

La estabilidad de los contratos administrativos

Iván Aróstica Maldonado

Director del Departamento de Derecho Público

Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Para quienes hemos frecuentado con verdadera moderación la literatura jurídica francesa, dado el carácter fuertemente potestativo de su derecho público, aparece inevitable condenar que, aquí en Chile, se quieran perpetuar los rasgos con que ella delineó los contratos administrativos. Sobre todo cuando esta mímica conlleva la proclamación más solemne de la mutabilidad y precariedad como características generales de los susodichos contratos, amén de que el Estado sería impermeable a la regla del *pacta sunt servanda*.

Recordaré que para abominar de este principio cardinal, primero se dio en fulgurar y, acaso, en exagerar la prevalencia del Estado por sobre los individuos. Y sentado que a la autoridad le asiste el deber inalienable de seguir las fluctuaciones del interés colectivo, de ahí se tomó vuelo de crucero para urdir la famosa teoría de las "cláusulas exorbitantes", cuyo intrínseco sentido es que esos acuerdos de voluntad –al contrario de lo que sucede en los pactos civiles– se tipificarían como tales por llevar, implícitas, sendas prerrogativas en favor de la Administración. En este tren, se hizo de estilo suponerle, a priori, las facultades para modificar unilateralmente las condiciones originarias del contrato (*potestas variandi*) y para poner término anticipado al mismo, por razones sobrevinientes de bien común (*revocación*) o por incumplimiento de las obligaciones del contratista (*caducidad*).

Que los contratos administrativos quedaban en vilo, supeditados a las oscilaciones de las autoridades, lo refrenda la aparición de otra teoría, llamada con fruición "hecho del príncipe" (*fait du prince*): durante su ejecución deberían adaptarse, *in actum*, a las sucesivas medidas generales –legales y reglamentarias– impuestas por el Estado, aunque su cumplimiento afectara las condiciones jurídicas o materiales convenidas originalmente.

Un autor –Juan Carlos Cassagne– interroga los hechos y sienta esta verdad, comprobable y elemental: “la adecuación que impone el proceso de transformación del Estado conduce a efectuar una reformulación tendiente a eliminar los elementos autoritarios que caracterizaban dicho régimen, los cuales, en definitiva, al agravar el riesgo empresario, provocaron un generalizado aumento de los costos de la contratación pública. Esta situación –en gran parte originada en la interpretación y aplicación de la concepción francesa clásica sobre el punto–, aparte de afectar las finanzas estatales, también repercute sobre la competencia, dado que, como es lógico, la decisión de afrontar mayores riesgos la toman o bien las empresas monopólicas o aquellas que, por su escasa responsabilidad patrimonial, no miden la asunción de riesgos que implica someterse a las llamadas prerrogativas implícitas”.¹

Entiendo que es así; que esta perspicua observación cuadra notoriamente con la realidad. Me aventuro a complementarla, levantando otro cargo: que esos arbitrios estatales encuentran parvo sustento en el ordenamiento chileno.

Acto bilateral e intangible para las partes

Es que, en la materia, tenemos un pasado nada donoso. Rememoremos, nada más, esa época paleo-jurídica inaugurada por “Testar con Fisco” (1947), una sentencia a cuyo alero se empezó, después, a pregonar –con gritos de profeta hebreo– que el Ejecutivo contaba siempre con un poder “subentendido” para alterar o revertir a su amaño los actos o contratos administrativos en curso,² y que luego –llevada hasta los límites del desvarío– se utilizaría como plataforma para acuñar la consigna estatizante de que “en derecho público no hay derechos adquiridos”.³

Claro, por el escaso interés de negociar con el Estado en esas condiciones de inseguridad o, en el mejor de los casos, por el encarecimiento de los contratos públicos que esto trajo consigo, en seguida aparecieron los “contratos leyes”, categoría imaginada con el afán de imprimir un cierto grado de fijeza e inmutabilidad a los acuerdos celebrados con la Administración, poniéndolos a salvo de los bruscos virajes ideológicos del legislador y del

¹ “Sobre la extinción de los contratos administrativos”, *Revista de Derecho Administrativo* (Bs. Aires) 24/26 (1997), 117-133.

² Corte Suprema 29.4.1947, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 49 (1947), 2.1, 513-538.

³ Eduardo Soto Kloss trituro este brocardo en “Los derechos adquiridos en el Derecho Público chileno (réquiem para una ineptia doctrinaria)”, *RDJ* 81 (1984), 1ª parte, sección Derecho, 13-23. Hoy en su *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Edit. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª ed. (1996), vol. 2, 211-228.



comportamiento errático de los funcionarios gubernamentales. Hasta que, en 1971, llegamos al extremo de degradar el derecho constitucional de propiedad, estampando que la mera invocación del “interés nacional” bastaba para que el legislador pudiera modificar o extinguir estos acuerdos de voluntad (ley de reforma constitucional 17.450).⁴

Mas como al poco tiempo caímos en la cuenta que el alzamiento generalizado del Estado contra sus propios contratos no conduce, precisamente, al bien común, hoy el Poder Judicial ya no duda en sostener que todo contrato administrativo es, de suyo, una ley para las partes.⁵ De manera que si la Administración carece de potestades expresas en tal sentido, acorde con el art. 7º de la Constitución, no le es dable alterarlos o dejarlos sin efecto por su sola voluntad, máxime cuando los créditos derivados de tales convenciones quedan tutelados por la garantía esencial al derecho de propiedad, vigorizada por el art. 19 N° 24 del mismo texto fundamental de 1980.⁶

Igual parecer mantiene la Contraloría General de la República. Sobre la base de que los efectos que dimanen de un acto bilateral sólo pueden ser precisados por medio de una resolución judicial o un mandato legislativo, su jurisprudencia ha declarado que resulta jurídicamente improcedente que las autoridades administrativas deroguen o modifiquen los convenios válidamente celebrados a los cuales concurren.⁷ Agregando que –salvo norma legal o estipulación en las bases que así lo permita– es inadmisibles la alteración de un contrato en pleno desarrollo, ni aun con el consenso o mutuo consentimiento de las partes.⁸

⁴ Apelando a esa locución, la Ley 17.910 (27.2.1973) declaró extinguida la concesión para la explotación del servicio telefónico, así como su régimen legal, jurisdiccional y administrativo, pactada entre el Fisco de Chile y la Compañía de Teléfonos (ITT), y cuyas cláusulas había aprobado la Ley 4.791. Más detalles de este caso “emblemático”, en nuestro “El servicio telefónico: pasado y presente”, *Ius Publicum* (U. Santo Tomás) 5 (2000) 67-88. Cfr. Jorge López Santa María, *Los contratos. Parte general*, Edit. Jurídica de Chile (Stgo.), 1ª ed. (1986), 143-147 y 202-207.

⁵ En esta línea jurisprudencial, v. los casos *Bravo Bravo*, Corte de Apelaciones de Santiago 31.1.1983 (cons. 5º) Corte Suprema 6.4.1983, en *RDJ* 80 (1983) 2.5, 28-31; “Inmobiliaria Desco Ltda”. C. Ap. Santiago, 9.6.1986 (cons. 5º), en *Gaceta Jurídica* 72 (1986), 40-42; “Labbe Campos”, C. Ap. P.A. Cerda 21.1.1987 (cons. 10º), CS 4.3.1987, en *GJ* 81 (1987), 23-25; “Sociedad de Transportes Intermodales Punto a Punto S.A.”, C. Ap. Santiago 7.8.1990 (cons. 7º), en *GJ* 124 (1990), 119-123; “Denham y Cía Ltda”, CS 18.7.1994 (cons. 3º y 5º), en *GJ* 169 (1994), 57-59 y *Fallos del Mes* 428 (1994) 330-333, entre varios.

⁶ Ya en su informe de 16.8.1978, enviado al Presidente de la República, la Comisión de Reforma Constitucional dejaba constancia que “los derechos que emanan de contratos o convenciones legalmente celebrados entre un particular y el Estado son bienes incorpóreos amparados por la garantía constitucional que asegura el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes y, en consecuencia, el titular de estos derechos no puede ser privado de los mismos, sino en virtud de expropiación en conformidad a las normas generales”.

⁷ Entre otros, Dictámenes 7.367 de 1962; 27.878 de 1978; 39.212 de 1982; 16.033 y 30.815 de 1984; 16.135 de 1986.

⁸ Dictámenes 8.885 de 1987; 3.199 de 1988; 33.253 de 1994; 32.795 de 1996.

1. Así que el principio de legalidad imperante en nuestro régimen positivo –arts. 7º y 62 inc. 4º N° 2 de la Constitución– conforme al cual los organismos públicos únicamente pueden hacer lo que previa y expresamente les permite la ley, disuade la creencia de que la Administración del Estado detentaría un poder “implícito” o “subentendido” para cambiar unilateralmente las estipulaciones de los contratos en que ella participa.⁹

Digamos más, precisando que si la ley vigente a la época del contrato le otorga una competencia explícita para ello, regulando los casos y situaciones que la hacen procedente, de todas formas el particular co-contratante tendrá que ser compensado en plenitud, en todos los perjuicios que le irroge el ejercicio de ese poder modificadorio, por aplicación directa del art. 1º inc. 4º de la Carta Fundamental, en cuya virtud el Estado debe propender al bien común “con pleno respeto a los derechos y garantías” de las personas.

De esta suerte, (a) si la modificación se traduce en la imposición de nuevas obligaciones o deberes, la reparación encuentra su fundamento en el art. 19 N° 20 de la propia Ley Suprema: dado que sobre el contratista pesa la carga de tener que ampliar sus prestaciones, forzoso será compensarlo a fin de que pueda proseguir en el desempeño del contrato. De lo contrario, se lo estaría haciendo víctima de una carga pública desproporcionada, de un sacrificio especial en aras del bien común, que no pesa sobre el resto de las personas.¹⁰ Y (b) si la alteración importa un menoscabo a los derechos o créditos que emanan del contrato, la reparación halla su justificación en el art. 19 N° 24: es regla imperativa de nuestro Derecho Público que, cuando por motivos cualificados de bien común, se ha de privar a alguien de lo suyo, de una cosa que le pertenece, el Estado debe subrogar íntegramente ese bien, mediante la correspondiente indemnización.

Tomemos el ejemplo de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, DFL 164 de 1991, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por DFL 900 (MOP) de 1996 (18.12.1996), cuando en su art. 19 dice que:

“El Ministerio de Obras Públicas, desde que se perfeccione el contrato, podrá modificar, por razones de interés público, las características de las

⁹ Tal cual han expresado, especialmente, las sentencias recaídas en los casos “Amatil”, C. Ap. Santiago 11.5.1986 (cons. 11º), CS 3.6.1986, en *RDJ* 83 (1986) 2.5, 84-90; “Proctora Ingeniería y Construcciones S.A.”, C. Ap. Santiago 17.10.1989 (cons. 4º y 5º), en *RDJ* 86 (1989) 2.5, 206-210, y “Sociedad Ferré y Grau Ltda.”, C. Ap. Santiago 30.10.1991, y CS 21.11. 1991, en *RDJ* 88 (1991) 2.5, 337-340, *FM* 396 (1991) 663-667, e *Informe Constitucional* 198 (13.11.1991).

¹⁰ Este principio general ha sido recepcionado varias veces en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, v. gr. por la Corte Suprema en sentencia de 7.8.1984, *RDJ* 81 (1984) 2.5, 181-189, y por el Tribunal Constitucional en fallo de 2.12.1996 (rol 245). Y, con mayor razón, debe recibir aplicación cuando esa carga especial acontece en un contrato administrativo.

obras y servicios contratados y, como consecuencia, deberá compensar al concesionario con las indemnizaciones necesarias en caso de perjuicio, acordando con aquél indemnizaciones que podrán expresarse en el plazo de la concesión, en las tarifas, en los aportes o subsidios o en otros factores del régimen económico de la concesión pactados, pudiendo utilizar uno o varios de esos factores a la vez..." (inc. 1º).

2. En buena lógica, sería lo mismo cuando se trata de la revocación (rescisión unilateral): la alternativa de que la Administración pueda desahuciar el contrato en cualquier momento, poniéndole término anticipado por circunstancias sobrevinientes de bien común, sólo sería legítima en la medida que la ley consulte, previa y expresamente, esa posibilidad;¹¹ sin perjuicio –por supuesto– de las indemnizaciones que sean procedentes, por el daño emergente y el lucro cesante causados.

Además, casi no hace falta apuntar que el acto de extinción, de expiración del contrato, como todo acto administrativo, deviene susceptible de reclamación judicial por el contratista afectado, especialmente cuando reviste caracteres de arbitrario. En efecto, dado que el "interés público" no supone una idea-camaleón que pueda confundirse con los cambios de orientación política o con las mutaciones de la coyuntura, ni el poder de marras significa que los contratos administrativos queden librados a la volubilidad de las autoridades de turno, nuestros tribunales han sentado jurisprudencia, en orden a que la decisión de revocar debe motivarse precisamente y descansar en antecedentes de hecho objetivos, concretos y pertinentes, sin que sea suficiente esgrimir razones tan genéricas y vagas como el "interés general", la "utilidad pública" o las "necesidades del Estado".¹²

¹¹ Esta cuestión –en punto a si cabe la revocación– requiere una aclaración en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, dado que su art. 27 sólo contempla las siguientes causales de extinción de la concesión:

1. Cumplimiento del plazo por el que se otorgó con sus modificaciones si procediere,
2. Mutuo acuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario...;
3. Incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario; y
4. *Las que se estipulen en las bases de licitación*".

De otro lado, la ley orgánica del MOP, actual DFL 850, de 1997 (25.2.1998), en su art. 5º previene que a esa Secretaría de Estado corresponde: "i) Convenir las indemnizaciones a que tendrá derecho el Fisco o el concesionario, por incumplimiento de los contratos a que se refiere el artículo 87 (concesiones de obras) o cuando deban revocarse esas concesiones por razones de interés público...". ¿Cómo se concilian ambos textos? Sugiero esta hipótesis: la "revocación" únicamente podría aplicarse si las bases de la respectiva licitación han incorporado expresamente dicha forma de cese del contrato (aunque la conveniencia de introducir esta cláusula es harto discutible, habida cuenta que, en la práctica, negaría todo aliciente para participar en una propuesta convocada en esas condiciones de incerteza).

¹² Cito, a modo de ejemplo, estos precedentes: "Labbé Campos", C. Ap. P. A. Cerda 21.1.1987 (cons. 10º), CS 4.3.1987, en GJ 81 (1987) 23-25; "Corporación de Desarrollo Educacional Científico y Tecnológico", C. Ap. Santiago 31.1.1994, CS 10.3.1994, en GJ 166 (1994) 165-197 y en RDJ 91 (1994) 2.5, 42-45; "Aridos y Movimientos de Tierra Santa Gloria Ltda.", C. Ap. P. A. Cerda 10.9.2001 (rol 87-2001), CS 1.10.2001 (rol 3.662-01) en Informe Constitucional 2.561 (4.10.2001).

Con todo, sostengo que esto de que la ley faculte a la Administración para revocar unilateralmente una convención, en cuanto implica privar al co-contratante particular de sus derechos personales o créditos por móviles vinculados al bien común, encierra una delegación indebida de potestades legislativas. La acusación encuentra sustento en la circunstancia de que, según nuestra Constitución (art. 19 N° 24), incumbe exclusivamente a la ley disponer que alguien sea afectado en su propiedad por causales de utilidad pública o interés nacional, a través del instituto de la expropiación; siendo del caso añadir que, por tratarse de una materia concerniente a garantías constitucionales, el mismo texto supremo prohíbe su delegación (art. 61 inc. 2º, en el Presidente de la República y, por obvia extensión, en cualquier otro funcionario de la Administración que de él dependa o con el cual se relacione).

El punto es que, como la tentación de confundir el bien común con las vicisitudes políticas, además de traducir una evidente desviación de fin, constituye un campo fértil para la comisión de abusos y prácticas de corrupción, aparece mucho más transparente sacrificar los derechos del contratista –cuando es menester– por la vía de la expropiación, que supone una declaración legislativa en tal sentido, antes que acudir a la llamada revocación por mérito o conveniencia.¹³

3. Pero regresemos, ahora, para reiterar que el hecho que los contratos administrativos se rijan por el derecho público, no involucra que la autoridad concurrente quede, automáticamente, investida con esas prerrogativas “exorbitantes implícitas”, con esos dones subyacentes que algunos le prodigan con generosidad. Trátase, en verdad, de una conclusión gratuita, porque la cosa es precisamente al revés: la sujeción al derecho público implica –antes que nada– que en tales acuerdos de voluntad se debe observar rigurosa y estrictamente el principio de juridicidad, consagrado en nuestra Carta Fundamental (arts. 7º y 62 inc. 4º Nº 2), de manera que los órganos de la Administración involucrados no tienen en ellos más competencias o posibilidades de actuación que las que les franquea la ley.

Y es, justamente, la aplicación de este principio lo que permite afirmar que, sin ley previa y expresa, la Administración no ostenta –tampoco– ningún poder sancionador para caducar por sí misma un contrato administrativo, con fuerza de autoridad, a pretexto de un supuesto incumplimiento o infracción, por parte del contratista, de las obligaciones pactadas.

¹³ J. C. Cassagne, *ob. cit.*, 122.



Pero aquí, sin desmedro alguno de ese razonamiento –al que se han atenido de continuo nuestros tribunales¹⁴–, yo desearía resaltar unos veredictos que han ido más lejos, argumentando con mayor eficacia en el marco de los principios que rigen en un Estado de Derecho. Son aquellos fallos que desdican la autotutela de la Administración e indican que la caducidad debe producirse siempre por vía judicial.

Esto es: comoquiera que de los contratos administrativos resultan derechos para el particular, que se incorporan a su patrimonio y de los cuales no puede ser privado por un acto administrativo unilateral, la caducidad, cuando existe contradicción de pareceres, exige el examen y juzgamiento previo de todas las cuestiones de hecho y de derecho promovidas por las mismas partes, como fundamento de sus actuaciones, y esta resolución previa, tanto por su propia naturaleza cuanto por lo dispuesto en los arts. 73 de la Constitución y 1º del Código Orgánico de Tribunales, incumbe exclusivamente al Poder Judicial.¹⁵

Colateralmente, digamos al pasar que otro tanto ha manifestado la jurisprudencia administrativa y judicial, respecto de la invalidación o nulidad: la Administración no puede desconocer unilateralmente los contratos en que ella es parte, ni aun invocando supuestos vicios de ilegalidad cometidos durante su tramitación, ya que en tal evento la única actitud jurídicamente aceptable es que ella impetre el pronunciamiento de los tribunales de justicia, previo un racional y justo procedimiento, con audiencia del interesado.¹⁶

¹⁴ Casos "Kleinkopk Publicidad", C. Ap. Santiago 15.4.1987, en *GJ* 82 (1987) 54-55; "Soc. de Transportes Intermodales Punto a Punto S.A." cit. en nota 5; "Fandos Tremolini y Cía. Ltda.", C. Ap. Valparaíso 18.5.1998 (rol 731-97) CS 16.6.1998 (rol 1854-98) en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 157 (nota al pie).

¹⁵ "Delucchi con Municipalidad de Iquique", CS 22.7.1966, en *RDJ* 63 (1966) 2.1, 274-279; "Sociedad de Agregados Pétreos Ltda.", CS 21.8.1989, en *RDJ* 86 (1989) 2.5, 92-95; "Echeverría Ossa", C. Ap. Santiago 22.12.1992 en *GJ* 150 (1992) 58-60; "Dinamex Chile", C. Ap. Santiago 27.9.1996, CS 28.4.1997 en *RDJ* 94 (1997) 2.5, 146-151; "Sepúlveda Castro", C. Ap. P. A. Cerda 29.10.1997 (rol 67-97) CS 6.1.1998 (rol 3.956-97) en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 157 (nota al pie); "Proctora Ingeniería y Construcciones S.A.", CS 13.1.1998 (rol 3.289-97) en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 158 (nota al pie).

Análogo criterio, en orden a que la caducidad debe ser declarada por un tercero independiente e imparcial, ha sido recogido en algunas leyes, de reciente data, reguladoras de determinados contratos administrativos. Por ejemplo en la citada Ley de Concesiones de Obras Públicas de 1991, art. 28; en el DL 1.939 de 1977, modificado por la Ley 19.606 (14.4.1999) art. 62 C, en cuanto a las concesiones sobre bienes estatales, y en la Ley 19.656 (7.1.2000) art. 40, respecto de la concesión geotérmica.

¹⁶ Dictámenes 16.033 de 1984 y 25.606 de 1992, de la Contraloría General de la República. En la jurisprudencia judicial, v. "Carreño Cisternas", C. Ap. Arica 9.3.2001 (rol 7.435) CS 9.5.2001 (rol 1.054-01), en *Informe Constitucional* 2.498 (28.6.2001). La revista *Actualidad Jurídica* (U. del Desarrollo) 4 (2001), pp. 379-391, publicó un informe en Derecho nuestro (junto al prof. Ramiro Mendoza Z.) relativo a este último caso. Cfr. "Sociedad Constructora Halcón Limitada", CS 7.10.1998, en *RDJ* 95 (1998) 2.5, 226-228.

La Ley del contrato y el llamado "hecho del príncipe"

Un árret del Consejo de Estado francés que los profesores prefieren es el de la "*Compagnie Générale Française de Tramways*" (o "*des Tramways de Marseille*") ocurrido en 1910. Predilección marcada, desde que por gravitación de dos comentaristas de alto coturno –Jéze y Hauriou– alcanzó la talla de hito memorable, de un "*cas d'espèce*" definitivo, al prefigurar la doctrina del *factum principis*.

Esta teoría viene a decirnos que ahora el Estado, ya no en su rol de parte, sino que actuando como autoridad, puede adoptar sendas medidas generales (legales o reglamentarias), aunque éstas repercutan directamente sobre la forma o condiciones de ejecución de un contrato administrativo en pleno desarrollo.¹⁷ O sea, a despecho de que es obvio que todo acuerdo de voluntad restringe en mayor o menor medida el campo de acción de las partes, y que si tal limitación fuera, en sí misma, ilegítima, el Estado nunca quedaría contractualmente obligado, a pesar de eso, digo, la tesis en comento sostiene que el contrato que un particular ha convenido con la Administración no puede significar un impedimento al ejercicio de los poderes públicos, si bien eventualmente daría origen a una indemnización para el particular co-contratante afectado. Este *alea estatal* revertiría, entonces, en un supuesto de responsabilidad extracontractual para el propio Estado.

Nuestra Contraloría General ha profesado la misma creencia, en un par de pronunciamientos célebres.¹⁸ Fue en su Dictamen 41.409, de 1994, donde sentó que "La doctrina del Derecho Administrativo, en general, propicia los principios de que, en los contratos administrativos, rige el elemento de riesgo y ventura, es decir, que el co-contratante de la Administración ha de soportar el riesgo del cumplimiento de las obligaciones que le impone el contrato. Sin embargo, tal principio aparece modificado o alterado por diversas circunstancias que dan derecho al contratista para que ciertos riesgos deban ser soportados por la Administración. Ello ocurre a través de las figuras jurídicas de la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, de la teoría del caso fortuito, de la fuerza mayor, y de las cláusulas de reajuste".

"Ahora bien, en el derecho chileno, la llamada teoría del príncipe se asimila con la figura del caso fortuito y de la fuerza mayor, por cuanto el artículo

¹⁷ "La figura del *factum principis* se encuentra inserta en los supuestos de la Teoría de los Riesgos o Teoría de la Imprevisión, de la cual no sería más que una especie dentro del género de ésta, especie que a su vez se caracterizaría por encontrar siempre su origen en medidas de intervencionismo económico de los poderes públicos": Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Edit. Jurídica de Chile (Stgo.) 1ª ed. (1995), 168.

¹⁸ Encuéntrase un precedente de lo que viene en Dictamen 61.390, de 1968.

45 del Código Civil justamente prevé como evento de esta especie el acto de autoridad (hecho del príncipe)...". Concluye: "La regla general sobre la materia es que el acto de autoridad sea de responsabilidad del Estado, a menos que el contratista haya tomado en forma expresa sobre sí tal riesgo. Lo anterior obedece a la circunstancia que la tesis contraria encarecería enormemente los contratos, toda vez que las empresas se verían obligadas a presumir en el momento de formular sus ofertas la ocurrencia de tales circunstancias, aumentando el valor de las cotizaciones".

Por Dictamen 35.989 de 2001, volvió sobre la misma idea, señalando que en los contratos administrativos –incluso a suma alzada– el precio comprende todos los gastos que irroga su cumplimiento, pero que ello sólo debe entenderse en el marco del desarrollo normal y plausible de su ejecución, por lo que dicho valor puede sufrir variaciones de concurrir una fuerza mayor derivada, por ejemplo, de un acto de autoridad imprevisible e irresistible (hecho del príncipe). Y reiteró que los mayores costos en que deben incurrir los contratistas para cumplir con ese acto de autoridad, tienen que ser solventados por la Administración, acorde con el citado art. 45 del Código Civil (que regula materias propias del derecho público) y el art. 4° de la Ley 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado (que consagra la responsabilidad extracontractual del Estado).

¿Qué comentarios nos merece esta solución? Desde luego, es realidad notoria que los negocios sólo pueden prosperar en un ambiente de tranquilidad, de seguridad y certeza, cuando existe estabilidad de las reglas del juego, mas no cuando las situaciones son escasamente predecibles. Por eso, en más de una ocasión hemos postulado que los contratistas de la Administración únicamente deben asumir los riesgos naturales e intrínsecos que son inherentes al contrato, esto es, el alea normal del negocio. Dicho de otro modo: salvo que de los términos de la convención aparezca inequívocamente que el contratista se ha hecho cargo de ese factor, no está en su deber el tener que soportar las –no pocas– mutaciones y fracturas legislativas o administrativas, la a veces serpenteante soberanía del Estado, por constituir ésta una circunstancia que escapa a toda previsión.

De allí que descreo que, frente al cambio de las circunstancias convenidas, en un contrato ya afinado bajo condiciones determinadas, el particular tenga –necesariamente– que plegarse a la alteración de las reglas, a trueque de una compensación. Es que, a nuestro juicio, la situación la resuelve con más probidad el art. 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes: "En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo

de su celebración” (inc. 1º), siendo de advertir que de la historia de su establecimiento aparece claro el propósito del legislador de excluir tanto el efecto retroactivo como el efecto inmediato de las leyes nuevas sobre los contratos celebrados con anterioridad.¹⁹ De esta suerte, la fuerza de una ley u otra medida administrativa general, incluso si es derogada o modificada, se mantiene mientras perdure el contrato que se celebra bajo su imperio, al que no le alcanzan ni le son aplicables las nuevas leyes o normas reglamentarias, ya que sus efectos están al abrigo de los cambios de legislación.

Vuelvo así al comienzo, a la idea primera: acorde con nuestra Constitución (art. 19 N° 24), ningún acto sobreviniente de la autoridad –distinto a la ley expropiatoria– puede innovar, alterando los derechos provenientes de un acuerdo en pleno desarrollo.²⁰

Y siendo ello así, a menos que las partes se adhieran voluntariamente –de consuno– a las prescripciones de la nueva preceptiva, haciendo las adecuaciones del caso,²¹ la regla general en nuestro ordenamiento es que todo

¹⁹ Según J. López SM., *ob. cit.*, pág. 206, el Mensaje del Presidente de la República expresaba: “el que contrata no lo hace por lo regular tomando en cuenta sólo el momento en que ajusta su convención, sus cálculos abrazan, además, el porvenir y trata de asegurarse al amparo de la ley una posición que en cuanto se pueda está a salvo de eventualidades caprichosas. Sería, pues, contraria hasta un punto muy peligroso a la confianza en las especulaciones, si hubiera de verse expuesto en el curso de su desarrollo a sufrir los cambios más o menos radicales que se originasen de la promulgación de una nueva ley. Para evitar estos inconvenientes, el proyecto sienta el principio de considerar incorporadas en un contrato las leyes que le eran aplicables al tiempo de su celebración”. Y más adelante, a propósito de la supervivencia de las leyes antiguas en los contratos: “puede afirmarse que los derechos contractuales son esencialmente derechos adquiridos y que adquisición se produce en el momento mismo de la conclusión del contrato según la legislación entonces vigente. La regla de la supervivencia de las leyes antiguas excluye el efecto inmediato de las leyes nuevas”.

Un detalle: para la jurisprudencia de la Contraloría General, la ley del contrato administrativo está constituida por las normas imperantes a la fecha de la convocatoria, cuando se pidieron las propuestas (Dictámenes 87.072 de 1965; 80.407 de 1966; 7.251 de 1998, etc.).

²⁰ Aquí nos remitimos a la límpida sentencia del Tribunal Constitucional (rol 207) de 10.2.1995 (cons. 64º y ss.), en *Fallos del Tribunal Constitucional pronunciados entre el 16 de julio de 1992 y el 22 de enero de 1996*, edición propia (1996) 285-315.

²¹ Supuesto lo anterior, lo que puede hacer la nueva ley es inducir –invitar– a las partes a asumir sus reglas. Pongamos por caso la Ley 19.460 (13.7.1996), que introdujo importantes modificaciones al DFL 164, de 1991, citado. Dijo su art. 1º transitorio: “Las sociedades concesionarias con su contrato de concesión de obra pública perfeccionado en la fecha de publicación de esta ley en el Diario Oficial podrán, dentro del plazo de los tres meses siguientes, optar por la aplicación de las normas de esta ley a sus respectivos contratos. Aquellas que no lo solicitaren, seguirán regidas por las normas legales vigentes en la fecha de licitación y del perfeccionamiento de dicho contrato de concesión” (inc. 1º).

Agregó en seguida que “Cuando las sociedades concesionarias o los adjudicatarios opten por acogerse a las normas modificatorias de esta ley según lo dispuesto en los incisos anteriores, el Ministerio de Obras Públicas dictará, sin más trámite, un decreto modificatorio del de adjudicación en que dejará constancia del cambio en el régimen legal de dicho contrato” (inc. 3º).

cuanto atañe a la relación contractual misma, a su perfeccionamiento, desarrollo y expiración, sigue rigiéndose por las disposiciones vigentes al momento de su celebración.²²

Terminemos.

Conclusión

Recuerdo que, no por nada, un día el gobierno llevó un iceberg a la ExpoSevilla '92. Su frialdad quería entregar, a quienes hicieran negocios con Chile, el mensaje de que somos serios y cumplidores de nuestros compromisos.

La mente del receptor hospedará que –aquí sí– la palabra empeñada por el Estado es válida y definitiva. Que éste no se afilia a ninguna de esas escuelas cargadas de opresivo oficialismo, que fuerzan a sus contratistas a sobrellevar los altibajos, las tribulaciones anudadas al ejercicio de esos (en otras partes elogiados) poderes “exorbitantes e inalienables” en favor del mismo Estado.

Puede que esta nota avale su confianza.



²² Vid., entre otros, el caso “Rolla Poblete”, C. Ap. Santiago 28.9.1981 (cons. 6º) CS 30.9.1981, en *RDJ* 78 (1981) 2.5, 266-268. Ahora, admitiendo lo aseverado, hay alguna jurisprudencia que aquí ha intercalado un alcance: dicha regla de supervivencia no se extiende a las competencias y formas de actuación de las autoridades administrativas, las cuales deben ceñirse a la ley actualmente vigente.

Así, en recurso de protección “Pisón Copelli”, C. Ap. Valdivia 4.3.1993 (cons. 16º) CS 22.3.1993 (confirma), en *Informe Constitucional* 530 (15.4.1993). Análogo es el Dictamen 6.713 de 2000, de Contraloría General de la República.