

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO: RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

JUAN CARLOS FLORES RIVAS

RESUMEN: El comentario trata la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 33.634-2015, de fecha 30 de agosto de 2016, sobre el juicio de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual en contra del Fisco de Chile en la construcción y equipamiento del Hospital Militar de La Reina. La Corte Suprema reconoce que los contratos a suma alzada no limitan el derecho de los contratistas a reclamar la indemnización integral del daño causado por la modificación unilateral de la Administración del Estado de un contrato vigente, sentenciando que existe un principio de reparación por sobre el contrato.

SUMARIO: 1. Introducción, 2. El caso y la sentencia, 3. Régimen potestativo contractual del Estado, 4. Potestad *variandi* y sus límites. 5. Responsabilidad contractual del Estado: Equilibrio económico financiero. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía. 8. Jurisprudencia.

1. INTRODUCCIÓN

Luego de varios años de escasas sentencias que condenaran al Estado a indemnizar los daños derivados de incumplimientos contractuales, la Corte Suprema en el mes de agosto de 2016 se pronunció derechamente sobre la posibilidad de reclamar perjuicios del Estado cuando se detectan comportamientos negligentes en el diseño y configuración de una obra pública, en la exigencia extemporánea de obras extraordinarias, que alteran sustancialmente el costo y la oportunidad del cumplimiento de las obligaciones del contratista privado.

Como se verá en este comentario, este caso resulta particularmente relevante porque declara abiertamente que en materia contractual, el Estado tiene el deber de indemnizar y reparar todo daño, aun cuando el estatuto normativo del contrato específico que el Estado

suscriba omita cualquier referencia al deber de reparación o el particular contratista hubiese renunciado parcialmente a cualquier tipo de indemnización.

2. EL CASO Y LA SENTENCIA

La empresa constructora Obrascón Huarte Laín (OHL) demanda indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual en contra del Ministerio de Obras Públicas (MOP), derivada del contrato a suma alzada suscrito por ambos el año 2004, para la construcción del Hospital Militar de La Reina.

Durante la vigencia del contrato, el MOP introdujo diversas modificaciones al contrato incorporando obras adicionales que alteraron su objeto y el plazo final de ejecución de la obra pública. Estas obras extraordinarias fueron formalizadas y compensadas en 5 Convenios Complementarios suscritos entre las partes, aumentando el presupuesto y el plazo de la obra originalmente contratada.

Cabe señalar que en la cláusula 5 de los Convenios N°s 3 a 5 se hizo expresa reserva de derecho para impetrar las acciones por los perjuicios causados en razón de las modificaciones unilaterales decretadas por el MOP. Mientras que en el resto de los convenios las partes renunciaron expresamente a cualquier indemnización proveniente de los costos directos relacionados con las obras adicionales.

La actora, junto con demandar el daño no convenido, también demandó el mayor gasto general generado por la pérdida de productividad y por la sobre estadía por mayor plazo de duración de la obra hasta la recepción provisional, no obstante que el Reglamento de Contrato de Obra Pública en sus artículos 138 y 139 no considera la posibilidad de demandar indemnización de perjuicios por concepto de gastos generales por sobre estadía debido al aumento de plazo por la imposición unilateral de obras extraordinarias del MOP.

El fallo de primera instancia rechazó la demanda básicamente tomando como referencias que la pretensión indemnizatoria era contraria a los Convenios Complementarios, por cuanto las partes habían transigido la reparación de las modificaciones contractuales, renunciando expresamente a impetrar cualquier tipo de reparación judicial. No obstante, la demandante en los Convenios N°s 3 a 5 hizo expresa reserva de derecho.

De la sentencia de primera instancia se dedujo apelación ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, que rechazó el recurso, confirmando lo decidido.

La tercera sala de la Corte Suprema integrada por los ministros Pedro Pierry, Rosa Egnem, María Eugenia Sandoval, Carlos Aránguiz y Manuel Valderrama acogió el recurso de casación en la forma, anulando y dictando una nueva sentencia, en razón de que la anulada contenía considerandos contradictorios, por cuanto, por una parte reconocía que la demandante había efectuado reserva expresa del derecho de reclamar indemnización de perjuicios derivados de las interferencias contractuales en los Convenios Complementarios, mientras que por otra argumentaba que la suscripción de dichos Convenios y la aceptación de la cláusula de finiquito inserta en los mismos, alcanzaba el mérito suficiente para entender reparados todos los perjuicios causados por el MOP.

3. RÉGIMEN POTESTATIVO CONTRACTUAL DEL ESTADO

Una vez expuestos los hechos de la sentencia, pasaremos a analizar el sustento dogmático de los cambios introducidos por el MOP en el contrato suscrito con OHL, explicando el sentido y alcance de la potestad *variandi* en materia de contratos administrativos, sus límites y la obligación de compensar al contratista para mantener el equilibrio económico financiero del contrato.

En el derecho de la contratación administrativa se busca permanentemente el adecuado equilibrio entre potestades públicas y los derechos de los particulares, con la finalidad de satisfacer las necesidades públicas concretas en un momento determinado. La actuación jurídica bilateral de la Administración no es ajena a la presencia de un régimen potestativo estatal intenso.

De hecho, el legislador inviste a los órganos del Estado de prerrogativas que adquieren un grado de exorbitancia relevante, no obstante la presencia de los principios *lex inter partes* y *pacta sunt servanda*. En efecto, en el campo de la contratación pública la presencia de potestades exorbitantes es uno de los elementos que sirve para definir la existencia misma de los contratos administrativos y elevar a la Administración del Estado a una posición de privilegio unilateral,

permitiéndole modificar o extinguir las relaciones contractuales en aras de una adecuada gestión de las necesidades públicas. Son estas últimas las que permiten sustentar la configuración del contrato administrativo como una categoría jurídica distinta de los contratos privados.

Una de las potestades expresamente atribuidas por el legislador a la Administración en materia contractual es la potestad de variación del contenido del contrato conforme a la combinación de criterios de gradualidad y de causalidad. La potestad *variandi* permite a la Administración afectar la dirección del contrato –*ius variandi*– sin necesidad que las partes o un juez resuelvan su procedencia, por exigencias del interés público, cuya presencia altera el contrato haciéndolo excesivamente oneroso frente al encarecimiento desmedido de los derechos y obligaciones inicialmente contratadas.

4. POTESTAD *VARIANDI* Y SUS LÍMITES

Sabido es que el interés público no es estático e inmutable ante las variables económicas, financieras, laborales, inclusive administrativas que ocurren en la realidad y que impacta en el contenido del contrato administrativo. Ante variaciones sustantivas del interés general que motivará a la Administración a celebrar un contrato administrativo bajo determinadas condiciones y circunstancias, los órganos estatales gozan de la potestad *variandi*, esto es, la posibilidad de modificar unilateralmente su contenido con la finalidad de alcanzar una adecuada satisfacción de las necesidades públicas, por razones de interés público.

Materialmente para que opere la potestad *variandi* legítimamente en el contrato administrativo, se ha dispuesto el cumplimiento de los siguientes presupuestos fácticos: (a) debe producirse por hechos o condiciones que no puedan ser imputables a la parte que reclama el restablecimiento, por ser extraño a ella y por tratarse de un hecho del otro contratante; (b) debe ser consecuencia de hechos o acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o celebración del contrato; (c) debe ser causada por un álea (suerte o fortuna) anormal de carácter administrativo; y (d) debe afectar la economía del contrato de forma grave y anormal.

Aclarados los presupuestos fácticos que permiten el ejercicio de la potestad *variandi*, la fuerza vinculante de los contratos administra-

tivos exige que la potestad *variandi* solo sea procedente dentro de un marco inspirado por el principio de juridicidad, no admitiendo que los órganos estatales cambien los contratos válidamente celebrados sin sujeción a ninguna formalidad o acudiendo a potestades implícitas reñidas por la seguridad jurídica.

La trascendencia de la finalidad envuelta en el ejercicio de la *ius variandi*, lleva afirmar a parte de la doctrina que dicha potestad aparentemente no tendría límites en cuanto a su intensidad y extensión, por cuanto el interés general debe prevalecer en todo caso y en cualquier circunstancia, porque de otro modo sería la propia comunidad la que habría de padecer las consecuencias de un contrato inflexible.

García de Enterría afirma que obligar a la comunidad a soportar una carretera, un puerto o un embalse mal planteado *ab initio*, inútiles o ineficaces desde su misma concepción, por simple respeto a la *lex contractus*, no tendría sentido. De este modo, al servicio del interés público y de sus concretas e insoslayables exigencias, el *ius variandi* de la Administración contratante es ilimitado en extensión o intensidad, ya que el interés público prima sobre cualquier otra consideración¹.

No obstante, lo trascendental de las necesidades públicas y la unilateralidad e imperatividad con que se impone el *ius variandi*, otra parte de la doctrina estima que es preciso que exista una adecuada armonización entre el *ius variandi* y el principio *pacta sunt servanda*, dado que el *ius variandi* se encuentra sujeto al principio de legalidad², a la obligación de no afectar al contrato en su esencia³, o simplemente a la obligación de acreditar la existencia de un interés público que justifique la invocación de esta prerrogativa administrativa exorbitante para vulnerar el principio *pacta sunt servanda*⁴.

En efecto, la potestad *variandi* se encuentra sujeta a límites a fin de no desnaturalizar la relación contractual y que no exista una situación de enriquecimiento sin causa a favor del Estado al implementar un cambio que cede en beneficio de la comunidad pero a

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (2011) p.705.

² COVIELLO (2011) p. 185

³ MARIENHOFF (1994) p. 395.

⁴ DE LAUBÁDERE (1984) pp. 403-405.

instancias del particular contratante. Ariño propone como límite de la potestad *variandi*, el interés general y la ecuación económica financiera del contrato, pues entiende que la potestad *variandi* representa el contrapunto del principio de mantenimiento del equivalente económico.

De este modo, si el interés público reclama la ejecución de una obra o la continuidad de un servicio, de tal forma que para garantizar esa finalidad es necesario modificar el objeto, la Administración cuenta con la habilitación necesaria para ello. Sin embargo, una elemental regla de equidad impone compensar al contratista por esas alteraciones unilaterales⁵, dando lugar a la responsabilidad del Estado.

5. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO: EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO

Tal como señala Aguerrea la dogmática de la responsabilidad de Estado ha centrado su estudio en la revisión del daño que proviene de los hechos u omisiones de los órganos estatales, relegando a un plano de segundo orden el análisis de la responsabilidad derivada de las actuaciones jurídicas unilaterales o bilaterales⁶. Si bien en el último tiempo la jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad del Estado derivada de actuaciones unilaterales, principalmente provenientes de la dictación de actos administrativos ilegales, el panorama no ha sido igualmente auspicioso para su responsabilidad contractual.

Hoy no existe discusión que el sustento normativo del principio de responsabilidad del Estado se encuentra en los artículos 6, 7, 19 N° 20 y 24, de la Constitución Política de la República, aunque su recepción legislativa ha sido recogida por los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575, bajo la forma específica de la falta de servicio, que jurisprudencialmente ha sido entendida como la ausencia u omisión, la prestación tardía o imperfecta de un servicio.

Sin embargo, la falta de servicio también puede provenir de actividades jurídicas de la Administración, como la dictación de un acto administrativo que causa daño a un particular por disponer en su

⁵ ARIÑO (1968) p. 735.

⁶ AGUERREA (2006) p. 143.

contenido algo contrario al ordenamiento jurídico, que afecta a los derechos garantizados por la Constitución en su esencia, o impone requisitos, condiciones o tributos que impiden su libre ejercicio, vulnerando el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental⁷.

No obstante, la Corte Suprema ha negado en forma reiterada las pretensiones indemnizatorias en contra del Estado por actos administrativos aparentemente válidos, esgrimiendo como argumento principal que la Constitución Política de la República no regula un régimen determinado de responsabilidad por actos lícitos⁸, cayendo en una situación de indefensión de los derechos de los particulares. De este modo, la única forma para que el Estado, a la luz de la jurisprudencia actual, indemnice el daño proveniente de actuaciones administrativas aparentemente válidas, es por medio de una regulación legal expresa en ese sentido⁹.

Ajena a esta polémica se encuentra la responsabilidad del Estado proveniente de su actuación jurídica bilateral, por cuanto no existe norma explícita constitucional o legal en el área del Derecho Público que consagre un especial régimen de responsabilidad para cubrir las hipótesis indemnizatoria derivada del incumplimiento contractual. En vista de lo anterior, para configurar un régimen de responsabilidad contractual debemos revisar las reglas generales sobre las indemnizaciones estatales ante las manifestaciones jurídicas de la Administración del Estado, señalando que ha sido el principio de igual repartición de las cargas públicas el que ha servido de sustento para hacer responsable al Estado por actos lícitos.

La escasa doctrina que ha estudiado el tema afirma que:

“(...) esta infracción al ordenamiento jurídico puede llevar también aparejada una lesión o daño a un particular, en aquellos casos en que la actuación administrativa genere, como consecuencia, efectos directos o indirectos en los derechos de éste, (...) en el marco de una relación jurídica preestablecida con el particular, es decir, de su infracción al deber de actuar conforme al ordenamiento jurídico en caso concreto”¹⁰.

⁷ JARA (2004) p. 36.

⁸ CS, 20 de noviembre de 2013, “Vacas locas”, Rol N° 9924-2010.

⁹ CS, 30 de diciembre de 2004, “Lolco”, Rol N° 384-2004.

¹⁰ FERRADA (2012) p. 284.

Por su parte Oelckers, considera que para determinar adecuadamente la relación que existe entre la violación del ordenamiento jurídico y la responsabilidad del Estado, es preciso asociar la ilegalidad con un funcionamiento anormal de un servicio público, procediendo la responsabilidad del Estado desde el momento que existe un perjuicio imputable. De este modo, se debe efectuar una distinción entre los grados de ilegalidad que pueden afectar al acto administrativo, adentrándose en identificar posibles causales de justificación del daño.

En efecto, el autor distingue entre ilegalidades que en función de las características y medios del servicio o por la imprecisión del ordenamiento no son exigibles, es decir, son excusables, por tanto, no responden a un funcionamiento anormal del servicio público para determinar la procedencia de la responsabilidad del Estado. Por otra parte, existen ilegalidades que no son tolerables, graves e inexcusables que obedecen a un funcionamiento anormal del servicio fuera de los estándares medios.

Respecto de los actos administrativos que adolecen de ilegalidades excusables o tolerables, al igual que los casos en que el daño proviene de actos administrativos lícitos, Oelckers señala que la responsabilidad del Estado proviene de una vía diferente que la falta de servicio. El autor propone, en estos casos, centrar la responsabilidad del Estado en la doctrina del sacrificio especial, por cuanto la legalidad o ilegalidad no pueden ser siempre atribuidas al funcionamiento normal o anormal del servicio público¹¹.

De este modo, el fundamento para configurar la responsabilidad del Estado sería el ejercicio abusivo, injusto o arbitrario de una potestad pública, que causa daño a un particular, afectando los derechos válidamente adquiridos, las situaciones jurídicas consolidadas, las cargas públicas y el principio de confianza legítima.

Esta doctrina permite sustentar que en materia contractual, el Estado es responsable cuando se le impone a un particular una carga consistente en la modificación del contrato, mediante el ejercicio de la potestad *variandi*, que deriva en una mayor y mejor prestación de un servicio público que cede en favor de resto de la sociedad.

¹¹ OELCKERS (1989) p. 468-469.

Nace el deber de indemnizar porque la asunción de mayores estándares en la prestación de un servicio público inserto en un contrato, en favor de toda la sociedad, implica una alteración del equilibrio económico financiero que el particular contratista tuvo presente al momento de realizar su oferta y suscribir el contrato administrativo.

La mantención del equilibrio económico-financiero del contrato administrativo, que se traduce en determinar la extensión de la indemnización de los perjuicios causados por el acto de autoridad. Es unánimemente aceptado que el contratista afectado por la potestad *variandi* tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios causados como consecuencia de la medida¹². Oelckers, considera que “*la justificación de tal indemnización se encuentra en la responsabilidad objetiva, por la cual, la Administración está obligada a indemnizar toda lesión o perjuicio antijurídico, aunque el agente que lo ocasione obre con toda licitud*”¹³.

En este sentido se pronuncia la Contraloría General de la República, que en el caso de un contrato de suministro para el Ejército de Chile, dictaminó que:

“(...) sobre la materia además se debe estar a otros principios tales como la buena fe y la prohibición de enriquecimiento sin causa, con especial atención al de equilibrio económico del contrato o de las prestaciones mutuas de las partes. Este último se traduce en el acatamiento de las condiciones fijadas para la presentación de las ofertas y de ejecución del acuerdo de voluntades, en lo que respecta a la equivalencia de las cantidades de especies entregadas y su precio”.

Y concluye que:

“Esta alteración ocasionó que la aplicación desfasada de la ‘cláusula de reajustabilidad’, en vez de mantener el justo y exacto valor del contrato –más aun tratándose de productos estacionarios, sensibles a los cambios climáticos y de difícil almacenamiento–, se tradujera en un desequilibrio económico del contrato, al tener el reclamante –según indica–, que vender al Ejército de Chile a un precio más bajo de lo que previno en su oferta y en el ‘contrato’, producto de la demora en la ‘total tramitación del referido acto administrativo aprobatorio’”¹⁴.

¹² JÈZE (1950) p. 38.

¹³ OELCKERS(1983) p. 189.

¹⁴ DICTAMEN DE CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA N° 94.386, de 2014.

Bajo este contexto, la necesidad de una equivalencia económica de las prestaciones se constituye como una garantía del contratante para lograr un adecuado equilibrio entre las ventajas y las cargas que le impone el contrato. De este modo, el contratista, en palabras de Jèze debe recibir una indemnización integral y no una mera ayuda parcial, sino que la ayuda debe tener la entidad de restablecer la equivalencia económica del contrato¹⁵.

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de mantener un adecuado equilibrio del contrato administrativo ante alteraciones sustanciales, explica el máximo tribunal que:

*“(...) de acuerdo a los principios de los contratos administrativos y a lo establecido en el artículo 19 de la ley de concesiones, el Estado debe indemnizar al concesionario por el rompimiento del equilibrio financiero del contrato. Este rompimiento se produce cuando se altera significativamente, el régimen económico del mismo, como dice el artículo 19 de la ya citada ley. Ello corresponde al término francés de bouleversement o conmoción del contrato, introducido por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés a comienzos del siglo XX. Cuando ello se produce el Estado debe venir en ayuda del concesionario, lo que ocurrirá en cualquier situación”*¹⁶.

En efecto, ante la presencia de potestades exorbitantes se hace necesario o imprescindible la mantención del equivalente económico o ecuación financiera del contrato administrativo, máxime cuando sus efectos son de tracto sucesivo, por cuanto se garantiza que ante las alteraciones del objeto del contrato se hace necesario restablecer el equilibrio económico mediante el pago de las indemnizaciones adecuadas. Lo anterior descansa en el hecho que la colisión de facultades administrativas *versus* la estabilidad contractual produce la necesidad de que la Administración compense, a través del pago del equivalente económico, la perturbación producida en las cláusulas económicas e inmutables¹⁷.

De este modo, el Estado debe indemnizar cuando la alteración del objeto del contrato por el ejercicio de la potestad *variandi*, implica

¹⁵ JÈZE (1950) p. 16.

¹⁶ CORTE SUPREMA, 10 de mayo de 2010, Rol N° 123-10.

¹⁷ VILLAR (1974) p. 397.

una afectación de la igualdad ante las cargas públicas. En efecto, cuando las nuevas obras o exigencias adicionales impuestas por la autoridad unilateralmente para elevar los estándares de servicio del contrato o para cubrir partidas constructivas no que estuvieron presentes al momento de la elaboración del proyecto, deviene en una afectación de la ecuación económica financiera del contrato y en un sacrificio especial de los derechos contractuales que ceden en beneficio de toda la colectividad.

Para hacer responsable al Estado por el sacrificio especial de los derechos de los particulares en beneficio del resto de la sociedad, se suele invocar el principio de igualdad repartición de las cargas públicas que paulatinamente ha sido recepcionado por la jurisprudencia constitucional.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional desde la sentencia Rol N° 755, de 2008, caso Turno de Abogados, en el caso de las cargas públicas personales, ha dispuesto que estas deben compensarse amparado en la teoría del sacrificio especial, por cuanto el principio de igualdad exige remunerar las cargas, aun cuando provengan de actos administrativos aparentemente lícitos. Luego, en el fallo del Tribunal Constitucional, Rol N° 1.254, en el cual esa magistratura conociendo de una acción de inconstitucionalidad, procede a derogar la expresión “gratuitamente”¹⁸.

Luego del fallo Turnos de Abogados, la obligación de indemnizar el daño proveniente de la actividad jurídica ha sido confirmada por la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional, relativa las cargas patrimoniales o reales especiales impuestas a individuos específicos en su patrimonio, en favor del resto de la colectividad. En los fallos Roles N° 254 y 246, de 1996, denominado “Playas I”, el Tribunal Constitucional fue requerido para declarar la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 1, de 6 de agosto de 1996, del Ministerio de Bienes Nacionales, que pretendió reglamentar la aplicación del artículo 13 del Decreto Ley N° 1.939, de 1977, que impone que los propietarios de terrenos colindantes con playas de mar, ríos o lagos deberán facilitar gratuitamente el acceso a estos,

¹⁸ TC, Rol N° 1.254-08, 29 de julio de 2009.

para fines turísticos y de pesca, cuando no existan otras vías o caminos públicos al efecto¹⁹.

Por su parte, en los fallos denominados “Playas II y III”, el Tribunal Constitucional²⁰, sin inaplicar el artículo 13 del DL 1.939, afirmó que el propietario de la franja de terreno sobre la cual la ley obliga al acceso público gratuito a playas, conserva sin embargo derecho a una compensación económica por el Estado, sin mencionar cuál era la vía jurídica para impetrar dicho beneficio²¹.

Finalmente, la doctrina de la reparación del daño causado por la infracción del principio de igualdad ante las cargas públicas ha sido ratificada por el fallo Curtidos Bas S.A., Rol N° 2684-2014, que se pronuncia sobre las constitucionalidad del artículo 62, inciso segundo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, que faculta a las municipalidades para decretar el traslado de las industrias mal ubicadas, que causen molestias o daños al vecindario. En efecto, el Tribunal Constitucional sentenció que todas las limitaciones al ejercicio de los derechos deben poseer determinación y especificidad; no pueden afectar la esencia del derecho asegurado y, además, han de respetar el principio de igualdad, especialmente en cuanto deben estar establecidas con parámetros incuestionables. Esto es, que deben ser razonables y justificadas, de donde se sigue que han de ser medidas, necesarias y proporcionadas.

De este modo, la exigencia de compensar o indemnizar la desigualdad ante las cargas públicas emana directamente de la Constitución y de la justicia tomando como referencia el principio de sacrificio especial que constituye la aplicación estricta de la justicia distributiva, en virtud del cual los daños que resulten necesarios para la producción de una utilidad colectiva no deben recaer sobre un miembro solo de la comunidad sino que deben ser distribuidos entre todos²².

Aclarado lo anterior, conviene determinar los alcances de lo sentenciado por el fallo de la Corte Suprema. Una vez anulada la sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, la Corte

¹⁹ TC, Rol N° 245 y 246, 2 de diciembre de 1996.

²⁰ TC, Rol N° 1141, 17 de marzo de 2009.

²¹ SOTO (2009) p. 33-34.

²² SANTAMARÍA (1972) p. 132.

Suprema dictó la sentencia de reemplazo destacándose las siguientes conclusiones jurídicas, convenientes para la delimitación del estatuto de la responsabilidad del Estado en materia contractual.

En primer lugar, la Corte Suprema estima que las renunciaciones y finiquitos efectuadas por OHL en los Convenios Complementarios fueron específicas y respecto de las materias allí acordadas, dando lugar a un caso de finiquito parcial de los costos directos de la imposición unilateral e intempestiva de obras adicionales. En consecuencia, no habiéndose renunciado expresamente la indemnización de los gastos generales por sobre estadía y por alteración sustantiva del programa de trabajo.

En segundo lugar, la Corte Suprema estimó que el MOP, de conformidad con los artículos 99, 131 y 140 del DS N° 75, de 2004 del Ministerio de Obras Públicas, que contiene el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, puede ordenar la modificación de obras, la ejecución de obras nuevas o extraordinarias, no más allá del 30% del valor del contrato inicial, conviniendo con el contratista el aumento del plazo y la compensación de los gastos directos por atrasos en la entrega de terrenos o planos del proyecto, y los gastos generales por aumento de plazo por el atraso en la entrega de materiales perteneciente al Fisco.

De esta forma, los preceptos antes citados reconocen expresamente la figura del *ius variandi* contractual, que permite al Estado por razones de interés público modificar algunas materias del contrato con el objeto preciso de satisfacer de mejor forma las necesidades públicas envueltas en el objeto contractual. Un aspecto esencial de la potestad *variandi* es la mantención de equilibrio económico financiero del contrato, lo cual se traduce en la obligación que pesa sobre el Estado de indemnizar los costos y gastos del reajuste contractual, cuya omisión genera la obligación de indemnizar.

En tercer lugar, la Corte Suprema afirma categóricamente que el Reglamento para Contratos de Obras Públicas no puede limitar de manera alguna las indemnizaciones de daños que se acrediten conforme a las reglas del derecho común. En efecto, la circunstancia que el Reglamento no trate específicamente ciertos gastos en que incurra el contratista a causa de hechos imputables a su contraparte fiscal no obsta a que aquel persiga judicialmente su compensación

por aplicación del principio constitucional de responsabilidad del Estado.

Finalmente, el máximo tribunal sentencia que en los contratos de obra pública celebrados bajo la modalidad a suma alzada cuando concurren determinados eventos, no implica que no rija el principio de reparación integral de daño, desechando la idea que en dichos contratos de construcción a suma alzada el precio del contrato es invariable a todo evento.

6. CONCLUSIONES

- i. Con la dictación del fallo Hospital Militar de La Reina, la Corte Suprema abre la puerta para revisar el régimen potestativo de los contratos administrativos en nuestro país. Específicamente revisar el estatuto jurídico de la potestad *variandi* o de modificación unilateral del contrato por parte del órgano administrativo contratante. Si bien es admitido que en los contratos administrativos el Estado pueda modificar unilateralmente algunas de sus disposiciones con la finalidad de adecuar el contrato a nuevas exigencias, esta potestad no es ilimitada ni puede ser ejercida arbitrariamente.
- ii. El ejercicio de la potestad *variandi*, reconoce limitaciones sustanciales para un adecuado ejercicio y respeto de los derechos del contratista particular. Entre las limitaciones de la potestad *variandi* se encuentra la obligación de no desnaturalizar el objeto del contrato, es decir, que so pretexto de armonizar el contrato a las nuevas exigencias de interés público, la Administración no pueda imponer nuevas obligaciones, cargas o requisitos no aceptados originalmente por el contratista privado. Otra limitación sustancial al ejercicio de la potestad *variandi*, se encuentra la mantención del equilibrio económico financiero del contrato, elemento esencial, que llevó al contratista privado a manifestar su voluntad bajo determinadas y precisas condiciones.
- iii. En la mantención del equilibrio económico financiero del contrato va envuelta la obligación de la Administración del Estado de indemnizar los detrimentos sufridos por el contratista particular para cumplir con las nuevas exigen-

cias estatales, que tenga por objetivo dar un mejor cumplimiento a las finalidades del contrato. La modificación unilateral del estatuto por el Estado del estatuto original del contrato, implica que cuando ello se produce el Estado debe venir en ayuda del contratista, para dar cumplimiento al principio constitucional de responsabilidad.

- iv. El deber de compensar las alteraciones introducidas por los órganos de la Administración del Estado a los contratos administrativos, arranca su fundamento constitucional del principio de igualdad ante las cargas públicas, reconocido en el artículo 19 N° 22 de la Carta Fundamental. Bajo este principio, el texto constitucional no tolera la imposición de cargas específicas sobre los ciudadanos, para beneficiar al resto de la sociedad sin una debida compensación del Estado.
- v. La imposición unilateral de cargas públicas hacia los cocontratantes del Estado, con el objetivo directo de beneficiar al resto de la sociedad, en forma gratuita, sin una adecuada compensación, infringe el principio de igualdad ante las cargas públicas y el principio de equilibrio económico financiero de los contratos administrativos.
- vi. El principio de reparación integral del daño no puede ser limitado ni restringido por la tipicidad de los contratos que suscriba la Administración del Estado. La Carta Fundamental no tolera la contractualización de la responsabilidad estatal que deriva del principio de igual repartición de las cargas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, Gaspar (1968): *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* (Madrid, Instituto de Estudios Administrativos).
- AGUERREA MELLA, Pedro (2006): "Notas para el estudio de la responsabilidad contractual del Estado", en VVAA, *La responsabilidad del Estado-Administración* (Santiago, Conferencia Santo Tomás de Aquino, Universidad Santo Tomás).

- COVIELLO, Pedro (2011): “El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Perú*, N° 66.
- DE LAUBÁDERE, André (1984): *Traité des contrats administratifs* (Paris, LGDJ, 2ª edición).
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2012): “Falta de servicio y responsabilidad por actos administrativos”, en Letelier Wartenberg, Raúl, *La falta de servicio* (Santiago, Abeledo Perrot).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I* (15ª edición, Cizur Menor).
- JARA SCHNETLER, Jaime (2004): *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia* (Santiago, Libromar).
- JÈZE, Gastón (1950): *Principios generales del Derecho Administrativo. Teoría general de los contratos de la Administración, Tomo IV* (Buenos Aires, Depalma).
- MARIENHOFF, Miguel (1994): *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A* (4ª edición Buenos Aires, Abeledo-Perrot).
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1983): “Los principios informadores de la contratación administrativa”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 7.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1989): “Actos administrativos ilícitos y responsabilidad extracontractual del Estado administrador”, *Revista de Derecho, Universidad Católica de Valparaíso*, N° 13.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (1972): “La teoría de la responsabilidad del Estado-legislador”, *Revista de Administración Pública*, N° 68.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2009): “Acceso a las playas ¿un retorno al estatismo expoliador?”, en *Sentencia Destacadas* (Libertad y Desarrollo).
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1974): *Apuntes de Derecho Administrativo, Tomo II* (Madrid, UNED).

JURISPRUDENCIA

TC, 29 de julio de 2009, Rol N° 1.254-08.

TC, 2 de diciembre de 1996, Rol N° 245 y 246.

TC, 17 de marzo de 2009, Rol N° 1141.

CS, 10 de mayo de 2010, Rol N° 123-10.

CS, 20 de noviembre de 2013, Rol N° 9924-2010.

CS, 30 de diciembre de 2004, Rol N° 384-2004.

Dictamen de Contraloría General de la República N° 94.386, de 2014.

