

## EL PREMIO DEL POSTULANTE EN EL CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PUBLICA

JORGE ENRIQUE PRECHT PIZARRO

*Profesor Titular de Derecho Administrativo*

*Pontificia Universidad Católica de Chile*

### 1. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PREMIOS Y RECOMPENSAS

El otorgamiento de un premio o recompensa es una manifestación de la actividad administrativa del Estado, denominada fomento.

Esta categoría jurídica abarca muy distintas actividades estatales difícilmente reducibles conceptualmente.

La teoría clásica define el fomento como "la acción de la administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidas a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o que se estiman de utilidad general, sin usar la coacción ni crear servicios públicos"<sup>1</sup>.

Por su parte, Fernando Garrido Fafla propone la siguiente definición: "Aquella actividad administrativa que se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entes públicos que directamente las satisfacen"<sup>2</sup>.

Villar Palasi en su pionero trabajo<sup>3</sup> muestra que las obras públicas fueron objeto privilegiado de estas técnicas desde muy antiguo.

Así, por ejemplo, en 1336, la ciudad de Zaragoza pedía al Rey que para la construcción del puente, concediera el Monarca una subvención para dicha obra, obtenida como un porcentaje sobre las rentas del merino. La construcción de canales durante los Austria generaliza el empleo de la subvención. En 1579 se solicitó de Felipe II una subvención para el canal imperial de Aragón

En pleno siglo XVI, Pedro de Valencia (1555 a 1620) hablaba en sus escritos de "premios y apremios" para aludir a los dos modos que el Rey tiene de lograr que los súbditos obren como conviene al bien público.

Los medios de fomento se dividen según Jordana de Pozas en honoríficos, económicos y jurídicos. Son "medios de fomento económico todos aquellos que directa o indirectamente determinan una ventaja pecuniaria para el sujeto fomentado. Se incluyen aquí las subvenciones, primas, premios, anticipos o prestamos y, en general, las exenciones fiscales"<sup>4</sup>.

Villar Palasi ha intentado distinguir los premios o primas de las subvenciones.

<sup>1</sup> Jordana de Pozas: "Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho Administrativo", Revista de Estudios Políticos, número 48, noviembre-diciembre de 1949, páginas 41 a 55.

<sup>2</sup> Fernando Garrido: "Tratado de Derecho Administrativo", volumen II, Tercera Edición, Madrid 1966, páginas 265-266.

<sup>3</sup> Villar Palasi: "Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político" en *Revista de Administración Pública*, número 14, 1954.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

La distinción entre primas y subvenciones no es, ni mucho menos, clara.

Aunque para algunos las primas se conciben como formas de subvención, la diferencia podría montarse sobre el criterio de considerar como primas aquellos supuestos en los que el beneficiario tiene un derecho subjetivo a obtenerlas, reconocido por ley; en cambio, el otorgamiento de toda subvención se realiza, en principio de forma discrecional. Ello se debe a que la prima es un subsidio *in rem* que se debe legalmente con absoluta independencia de toda consideración personal o contractual, el acto que la otorga se limita a aplicar una situación objetiva y reglamentaria a favor de quien se encuentre en las circunstancias previstas<sup>5</sup>.

El concepto de premio es descrito por la Academia de la Lengua de la siguiente manera:

1. "Recompensa, galardón o remuneración que se da por algún mérito o servicio". 2. "Vuelta, demasía, cantidad que se añade al precio o valor por vía de compensación o incentivo".

En un trabajo relativamente reciente, José Luis Martínez López-Muñoz sugiere sustituir la categoría actividad de fomento por la acción –o actividad– dispensadora de ayudas y recompensas, la que propone definir como "aquella actividad administrativa consistente en el otorgamiento directo o indirecto de bienes o derechos a determinados administrados privados o públicos, con carácter no devolutivo y por razón de ciertas actividades que le son propias, ya realizadas o aun por realizar, quedando en este último caso afectados a su desarrollo"<sup>6</sup>.

La diferencia esencial entre ayudas y premios o recompensas es descrita como sigue: "Elemento esencial de diferenciación entre unas y otras ha de ser, sin embargo, la certeza o la incertidumbre e inseguridad respecto a su obtención al emprender y realizar la actividad justificante del beneficio: los beneficiarios cuentan con las ayudas como algo cierto y seguro al plantear y llevar a cabo la actividad ayudada;

no tienen, en cambio, ninguna seguridad de lograr los premios, aun cuando estos se anuncien o convoquen con antelación. Ello se hará en forma tal que su definitiva adjudicación sea algo aleatorio e imprevisible"<sup>7</sup>.

Si bien en la subvención hay una preocupación en relación con el subvencionado, en la prima o premio hay una posocupación o posoperación en relación al premiado. Primero se realiza el servicio o la acción meritoria y luego se recompensa, si bien la sola existencia del premio puede significar un incentivo para realizar el servicio o acción meritoria, pero siempre en el caso aleatorio en que la Administración califique tal acción o servicio como digno del premio.

Pero tanto la subvención como los premios estrictamente no son onerosos, ni tienen causa onerosa, como es palmario en los títulos honoríficos, diplomas, condecoraciones, medallas en que no hay necesariamente proporcionalidad entre el servicio y el premio. Pero tampoco hay una auténtica gratuidad. Ello se muestra en la llamada impropriamente "nacionalidad por gracia" que debería denominarse como antaño "gran nacionalidad", la que no tiene por causa la mera liberalidad, a diferencia de lo que podría pasar en un negocio jurídico privado.

Ahora bien, los civilistas han mostrado que no es cierto que gratuidad y onerosidad sean términos que agoten las posibilidades causales de actos y negocios jurídicos: junto a ellas existen otras, como la causa remuneratoria.

Es cierto que el premio produce un enriquecimiento o transferencia económica unidireccional en beneficio del sujeto ayudado, pero se otorga por razón del interés o relevancia de la actividad a fin de que se afecte para la obtención de un fin público o de interés público. Como dice López: "No se otorgan, por tanto, simplemente para mejorar la situación económica del beneficiario, para favorecerle o para producir en él un enriquecimiento o un lucro, sino, evidentemente, para conseguir determinada finalidad de interés público mediante la efectiva o más fácil realización por el beneficiario de la actividad... Tienen, pues, una peculiar causa, ni onerosa ni gratuita, aunque más cercana desde luego a lo gratuito y con alguna semejanza con respecto a la causa remuneratoria"<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Villar Palasi, citado, páginas 97 a 101.

<sup>6</sup> José Luis Martínez: "La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la administración pública", en Varios Autores: "Libro homenaje a José Luis Villar Palasi", Editorial Civitas, Madrid, 1989, páginas 751 a 768. La cita es de la página 758.

<sup>7</sup> *Ibidem*, página 759.

<sup>8</sup> *Ibidem*, página 763.

En el artículo segundo del DFL MOP 164, de 1991, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue hecho por el Decreto N° 900, publicado el 18 de diciembre de 1996, se lee en su inciso segundo: "Cualquier persona natural o jurídica podrá postular ante el Ministerio de Obras Públicas mediante el sistema de concesión. La calificación de estas postulaciones será resuelta por el Ministro de Obras Públicas, en forma fundada, dentro del plazo de un año contado desde su presentación".

El inciso cuarto establece que "el postulante deberá hacer su presentación en la forma que establezca el reglamento".

El inciso quinto: "La obra cuya ejecución en concesión se apruebe deberá licitarse dentro de un año desde la aprobación de la solicitud".

El inciso sexto afirma: "El postulante que ha dado origen a la licitación tendrá derecho a un premio en la evaluación de la oferta que formule con ocasión de la licitación de la concesión, cuya consideración será especificada en el Reglamento y en las Bases. Además, el Ministerio podrá ofrecer al postulante el reembolso o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición. Este reembolso podrá ser hecho directamente por el Ministerio de Obras Públicas si el proyecto presentado no se licita, o si la licitación convocada no se perfecciona por falta de adjudicación o por cualquier otra causa en uno o dos llamados o se licita por un sistema distinto del de la concesión. En caso de licitarse por concesión este reembolso será de cargo del adjudicatario de la concesión, en la forma, modo y plazo que se establezca en las Bases de la Licitación. El Ministerio entregará al postulante un certificado en el que se individualizará al adjudicatario y se liquidará el monto de reembolso, el que tendrá mérito ejecutivo para todos los efectos legales. En caso de que el postulante se adjudique la concesión, la forma, modo y plazo a que se sujetará el reembolso será establecida por el Ministerio en el respectivo contrato de concesión".

Claramente aquí nos encontramos con un premio o prima, cuya causa no es la mera liberalidad de la Administración, pero tampoco la clara onerosidad como si se tratara de estrictas relaciones recíprocas sinalagmáticas. Se trata de obtener un flujo de proyectos de obras públicas fiscales a través de la presentación de naturaleza privada, proyectos que son incentivados por la ventaja que supone el premio en la licitación por obras de concesión.

Nótese que el postulante no solo quiere obtener el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición, sino que quiere obtener el premio, esto es, la ventaja en la evaluación de la oferta que formule con ocasión de la licitación. Ello supone que, normalmente, las obras serán licitadas y ello se desprende del inciso que dice: "La obra cuya ejecución en concesión se apruebe deberá licitarse dentro de un año desde la aprobación de la solicitud".

Es evidente que aquí no nos encontramos frente a una donación de la Administración, no solo porque falta acá la causa de la donación que el artículo 1467 del C.C. describe al decir "La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente", sino porque la figura de la donación remuneratoria no es aplicable en razón de lo dispuesto en el artículo 1433, inciso primero del Código Civil: "Las que expresamente se hicieren en remuneración de los servicios específicos, siempre que estos sean de los que suelen pagarse".

En efecto, es elemento esencial de la donación remuneratoria el que no se constituyan por estos servicios deudas exigibles, como claramente aparecen en este caso.

Por ello, mi conclusión es que nos encontramos ante un contrato cuya retribución por los servicios prestados (el proyecto de ingeniería) es el premio. Se trata, entonces, de una especie de contrato remuneratorio cuya causa es el servicio o beneficio que se remunera y la aportación social de nuevos proyectos fiscales efectuados por privados.

## 2. LAS MODERNAS TENDENCIAS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

El objeto del contrato de concesión de obras públicas, que es considerado una modalidad del contrato de obra pública, es la ejecución, reparación o conservación de obras públicas fiscales por el contratista, otorgando la Administración contratante al adjudicatario el derecho a explotar la obra por un periodo determinado. Pero este contrato puede ir unido al contrato de prestación de servicios públicos y a la concesión del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público, como se desprende del artículo 1° del DFL MOP 164, de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas.

En el contrato de concesión de servicio público la prestación del adjudicatario consiste en la ges-

ción de un servicio público y, en su caso, el abono de un canon, participación o beneficio mínimo que corresponde a la Administración contratante.

La prestación por parte de la Administración consistirá en la concesión del derecho de explotación y, en su caso, la aportación al contratista de medios auxiliares, de un precio o de las subvenciones previstas.

La "obra pública" es definida por el Decreto N° 15, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas como "inmueble construido por el Estado, directamente o en virtud de un contrato, cuya finalidad es propender al bien público" (artículo 4 N° 12).

Por su parte el propio DFL MOP N° 164 en su artículo 39 señala: "Para los efectos de esta ley, se entenderá por obra pública fiscal a cualquier bien inmueble construido, reparado o conservado a cambio de concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicio" (inciso primero).

Por su parte, la Contraloría General de la República en dictamen N° 38.839, de 1976 señala: "Los requisitos que deben concurrir para que una obra sea calificada de pública son: 1) Debe tratarse de un inmueble; 2) La construcción debe estar a cargo del Estado, ya sea directamente o por intermedio y 3) es menester que la obra propenda a una finalidad pública".

El mismo dictamen señala en otro considerando: "La construcción de casa habitación para un funcionario del Ministerio de Obras Públicas no cumple con el requisito de ser obra de carácter inmueble, construida por el Estado y con una finalidad pública, ya que solo presta un servicio indirecto a la comunidad y satisface una necesidad individual. Por lo tanto, no es obra pública".

Sabemos que respecto a la naturaleza jurídica de la concesión de obra pública existe una polémica entre los que la entienden como un contrato de derecho privado o de derecho público y finalmente un acto de derecho público y contrato administrativo. Pero es evidente que toda la regulación moderna del contrato en comento tiende a ser permeada por el derecho privado.

Se adhiere este profesor a la idea que el contrato de concesión de obra pública tal como está regulado en el DFL MOP N° 164, así como en su matriz española, es un contrato civil<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Tal es la tesis que el profesor R. Gómez-Ferrer Morant expone en su trabajo "El contrato de obras. La concesión

Dice por lo demás José María Gimeno Feliú<sup>10</sup>: "Este último criterio es el que parece haber prevalecido, pese a la literalidad y ubicación sistemática de esta modalidad contractual, que implica la aplicación de normas civiles a los efectos y causas de la extinción del contrato, estando la Administración en una posición jurídica de igualdad. Régimen que supone, por tanto, la renuncia a las potestades administrativas inherentes a los contratos administrativos y que implica un desplazamiento de la causa del contrato, ya que como bien afirma De Solas Rafecas, con independencia de que para los actos preparatorios y respecto de la voluntad contractual de la Administración el interés general constituya su causa, una vez perfeccionado este contrato el interés no trasciende al contenido del contrato, mientras que cuando el contrato es administrativo el interés general afecta radicalmente a la reglamentación del mismo"<sup>11</sup>.

No debe extrañar esta ius-privatización del derecho administrativo ya que forma parte de un fenómeno general en el derecho comparado moderno, denominado "la huida del derecho administrativo".

Sucintamente podemos decir que "la expresión o noción de huida del Derecho administrativo aparece ligada a la utilización del Derecho privado por parte de entes o sujetos que cumplen funciones administrativas. Como aquel es el ordenamiento previsto para la regulación en estos casos, tal huida conducirá con mucha seguridad a una evasión o fuga, en general, del Estado de Derecho"<sup>12</sup>.

"Concretamente la huida es entonces el abuso en el ejercicio del principio de la libertad de elección (entre el Derecho privado o el público)

de obra pública como contrato" en el libro colectivo que él dirige: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, páginas 626-646.

<sup>10</sup> José María Gimeno Feliú: "Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública", en *Revista de Administración Pública* N° 144, septiembre-diciembre 1997, página 139.

<sup>11</sup> De Solas Rafecas: "Contratos administrativos y contratos privados de la Administración", Tecnos, Madrid, 1990, página 24.

<sup>12</sup> Santiago González-Varas Ibáñez: "El derecho administrativo privado", Editorial Montecorvo, Madrid, 1996, página 123.

del que inicialmente pueden hacer uso la Administración o el legislador"<sup>13</sup>.

"En ese contexto, el Derecho administrativo privado se presenta como un remedio o autodefensa del propio ordenamiento jurídico para sanar los supuestos anómalos en el empleo del Derecho privado (la 'huida' del Derecho administrativo), con ello se consigue que, en vez de una huida del Derecho (inadmisible) se presente una privatización formal (admisible)"<sup>14</sup>.

Por ello el contrato de concesión de obra pública debe entenderse o como contrato civil o a lo más como contrato administrativo privado, esto es, como un contrato de forma jurídica privada en el cual, no obstante, la entidad contratante ha de seguir el régimen general del Derecho administrativo privado (régimen de los actos separables), considerando que la función que realiza el órgano es de tipo administrativo. En todo caso no estamos frente a un contrato administrativo clásico.

### 3. DERECHOS DEL ENTE O PERSONA PREMIADA EN EL CASO DEL ARTÍCULO 2º DEL DFL MOP 164, DE 1991

Como sabemos el inciso sexto de dicho artículo segundo dice: "El postulante que ha dado origen a la licitación tendrá derecho a un premio en la evaluación de la oferta que formule con ocasión de la licitación de la concesión, cuya consideración será especificada en el Reglamento y en las Bases".

Por su parte, el artículo 3º letra p) define al postulante como "el proponente al cual se le ha aceptado la iniciativa contenida en el Formulario de Presentación de Obras por Concesión". El mismo artículo letra o) define al proponente como "la persona natural o jurídica que presenta, con carácter de propia, una iniciativa de ejecución, reparación o conservación de obra por concesión, la cual es propuesta en el "Formulario de Presentación de Obras por Concesión".

El artículo 4º describe las etapas de la postulación; "De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2º del DFL MOP N° 164, de 1991, las personas naturales o jurídicas podrán postular

ante el Ministerio de Obras Públicas la ejecución, reparación o conservación de obras públicas, recibiendo como contrapartida su explotación mediante el sistema de concesión, siempre que la obra no esté, al momento de la presentación siendo estudiada por el MOP para ser ejecutada mediante este mismo sistema. Esta postulación se cumplirá en dos etapas:

"1ª Etapa de Presentación: El proponente presentará el 'Formulario de Presentación de Obras por Concesión', en adelante, 'La Presentación'. Dicho formulario contendrá, a lo menos, los siguientes elementos:..."

"Este formulario se entregará en la Dirección General de Obras Públicas, en la oficina de partes de dicha dirección, la cual registrará su fecha y hora. Dentro del plazo de 30 días contados desde la recepción del formulario, la Dirección General de Obras Públicas dirigirá al domicilio del proponente un oficio-respuesta que le indicará afirmativa o negativamente si existe, en principio, interés público en el proyecto presentado. En caso afirmativo, dicho oficio no implica la aprobación del proyecto, sino solo el interés de conocerlo en detalle, sin responsabilidad ulterior para el MOP; sin embargo, después de la primera presentación, no habrá plazo para la respuesta".

"2ª Etapa de Proposición: Enviado el oficio con respuesta afirmativa, el postulante deberá presentar, dentro de los siguientes noventa días prorrogables hasta por el mismo plazo, a su petición fundada, cuando la magnitud de la obra lo justifique, en la oficina de partes de la dirección General de Obras Públicas, una 'Proposición de Ejecución de Obra y Explotación de Servicios por Concesión', en adelante 'la Proposición', adjuntando copia del oficio-respuesta del MOP, señalado en el tercer inciso del presente Artículo. Transcurrido el plazo señalado sin que se presentare la proposición, se entiende que el proponente se desiste de 'La Presentación' la que podrá ser asumida por el MOP como propia".

El artículo 6º define la respuesta a la Proposición: "Dentro del plazo de un año contado desde la fecha de la recepción de la Presentación, el Ministerio de Obras Públicas responderá fundamentadamente a la Proposición, tanto si la aprueba como si la rechaza".

El artículo 8º establece la regulación del premio en la evaluación de la oferta: "El Postulante podrá presentarse a la licitación señalada en el artículo 7º del presente Reglamento

<sup>13</sup> *Ibidem*, página 124.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

acompañando toda la documentación solicitada en las Bases y la copia del oficio respuesta que acredita la aceptación de su Proposición. En este caso se le asignará como premio en la evaluación de su oferta económica, un incremento del diez por ciento del puntaje final calculado según el artículo 23 de este Reglamento y de acuerdo a lo estipulado en las Bases”.

“En caso de obras de ámbito local el incremento será de veinte por ciento del puntaje final calculado del mismo modo”.

“El postulante podrá presentarse también a la licitación formando parte de un grupo licitante, cediendo expresamente el premio a que aluden los incisos anteriores, a dichos grupos”.

Finalmente el artículo 9° fija los derechos del proponente y del postulante: “En relación a la iniciativa presentada, se aplicarán las siguientes disposiciones: Si la presentación es rechazada, el MOP devolverá al Proponente la totalidad de los antecedentes presentados”.

“En la etapa de Proposición, la iniciativa del proyecto seguirá perteneciendo al Postulante hasta la respuesta del MOP señalada en el artículo 4° de este Reglamento. Si la Proposición es aceptada, esta se entenderá transferida al Ministerio de Obras Públicas a cambio del premio en la evaluación de la propuesta. En las Bases de la licitación se dejará constancia de la identidad del proponente y del premio a que este tiene derecho en la evaluación de la oferta”.

“Si la Proposición es rechazada, la iniciativa se mantendrá como de propiedad del Postulante y no podrá ser objeto de licitación por concesión sin antes notificar dicha situación al Postulante dueño de la iniciativa, a fin de que concurra a la licitación y opte al premio que le corresponda en la evaluación de su propuesta, hasta por un plazo de tres años. La no concurrencia a la licitación del Postulante debidamente notificado mediante el envío de carta certificada dirigida al domicilio indicado en la Presentación, implicará su renuncia a todos los derechos como impulsor de dicha iniciativa”.

Por su parte, el artículo 7° establece que: “Dentro del plazo de un año contado desde la aprobación de la Proposición el Ministerio de Obras Públicas llamará a licitación pública la concesión de la obra materia de la misma de acuerdo a las normas generales y adjudicación contenidas en el Título III de este Reglamento”.

Es preciso determinar la naturaleza del derecho del postulante.

Está fuera de duda que el Postulante tiene derecho al premio, es decir, el derecho a gozar de la ventaja del incremento del diez por ciento del puntaje final calculado de la evaluación de su oferta económica.

Este derecho, a mi juicio, es un derecho adquirido, protegido por el artículo 19 N° 24 de la Constitución, como consecuencia de un verdadero contrato ley, asunción por la ley de un contrato civil.

Explicitaré a continuación esta tesis jurídica.

La doctrina ha entendido por derecho adquirido lo siguiente: “Según los principios informadores de nuestra ley de 7 de octubre de 1861, sobre efecto retroactivo de las leyes, deben considerarse derechos adquiridos todos aquellos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo de la realización de este y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de una persona; en cambio, las meras expectativas son simples esperanzas de llegar a adquirir esos derechos cuando se realice el hecho o se dicte la ley que los incorpore al patrimonio de algún sujeto”<sup>15</sup>.

“La definición de derechos adquiridos que enuncia se refiere a la de Francisco Gabba pero se la reproduce incompleta; no aparece una frase que si bien podría mirarse como accesorio, en verdad ilumina la inteligencia cabal del concepto”<sup>16</sup>.

“Por derechos adquiridos –afirma el célebre autor italiano del siglo XIX– han de entenderse todos aquellos derechos que son una consecuencia de un hecho apto para producirlos, en conformidad y la ley vigente al tiempo en que el hecho se realizó y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, sin que tenga relevancia que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo que rige una nueva ley”<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Corte Suprema, 14 de agosto de 1980, R., t. 77, sec. 3°, p. 17 Considerando 5° página 19.

<sup>16</sup> Nota 1 del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Civil y Leyes Complementarias, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 1996, página 364.

<sup>17</sup> Cita de Antonio Vodanovic H. en su *Curso de Derecho Civil*, basado en las clases de Alessandri y Somarriva, Parte General y Los Sujetos de Derecho, tomo I, Primera Parte, página 184.

Podría decirse también que "derechos adquiridos son aquellos que se han incorporado al patrimonio de un sujeto por haberse cumplido todos los requisitos exigidos para esa incorporación por la ley vigente al tiempo en que el hecho se realizó y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona por haberse cumplido todos los requisitos exigidos para esa incorporación por la ley vigente al momento de las misma, aunque la ocasión para hacerlos valer se presente bajo el imperio de una nueva ley".

Luis Claro Solar toma la definición de Merlin<sup>18</sup>: "aquellos que han entrado en nuestro patrimonio, que harán parte de él y que no puede quitarnos aquel de quien lo tenemos. Toda otra ventaja no es más que un interés o expectativa que no nos pertenece y la ley puede quitarnos la esperanza de adquirirla...". "En el fondo todas las definiciones están de acuerdo en esta idea capital. Los derechos adquiridos son las facultades legales regularmente ejercidas y las expectativas aquellas facultades no ejercidas en el momento de cambio de legislación".

"Con el nombre de derechos la ley nos reconoce aptitudes, nos recuerda facultades y nos deja en libertad de usar o de no usar de ellas. Mientras no hemos utilizado esas aptitudes tenemos un derecho en el sentido de que somos aptos para adquirirlos, según ciertos y determinados requisitos; pero no adquirimos el derecho sino cuando nuestra aptitud se ha manifestado llenando los requisitos indispensables para su utilización. El ejercicio de esta facultad, que, en cierto modo, se materializa con aquel acto, viene a constituir el derecho adquirido que ninguna ley posterior puede arrebatarnos sin que pueda aplicarse retroactivamente, pues la misma ley vendría a destruirse a sí misma, destruyendo la obra que ella ha autorizado en el pasado con gran perjuicio de su propia autoridad personal y de los intereses de aquellos que ella rige, puesto que nada podría ser estable en la sociedad"<sup>19</sup>.

Por eso, Claro Solar agrega: "Que la nueva ley suprima o modifique las facultades antes

acordadas y de las cuales no se ha hecho uso, se comprende, por el contrario, porque ella no daña a nadie, mejorándose a sí misma, cerrando o rectificando un camino abierto hasta entonces, pero en el cual no habían entrado los interesados o alguno de ellos"<sup>20</sup>.

Por ello, Braudry Lacantinerie<sup>21</sup>, dice: "Bajo el nombre de derechos, la ley nos reconoce aptitudes, nos abre facultades, las cuales nos deja generalmente libres de usar o no. Mientras nosotros no hayamos utilizado una de esas aptitudes, tenemos un derecho, si se quiere, solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlo sino cuando recurrimos a esos modos y que nuestra aptitud, en el hecho, se ha manifestado por el acto necesario para su utilización. El ejercicio de la facultad legal que en cierto modo se ha materializado en este acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo del derecho adquirido".

Ello significa que para incorporar a su patrimonio los derechos, el proponente debió efectuar todos los actos que conforme a la ley y el reglamento fueran necesarios para obtener la aprobación de su proposición y consiguientemente alcanzar la calidad jurídica de postulante, calidad y derechos anexos que son de su propiedad. Tanto es así que, adquirida la calidad de postulante, esta puede ser cedida a terceros según el artículo 8° del inciso final del reglamento: "El postulante podrá presentarse también a la licitación formando parte de un grupo licitante, cediendo expresamente el premio al que aluden los incisos anteriores, a dicho grupo".

En doctrina no existe estrictamente propiedad sobre bienes incorpóreos: existe un crédito, un derecho personal. Sin embargo, otorgado el premio, el postulante goza en Chile de una especie de propiedad sobre su derecho y está protegido por el artículo 19 N° 24 de la Constitución.

Este profesor comparte lo expresado por los catedráticos Victorio Pescio y más recientemente Jorge López Santa María.

<sup>18</sup> Véanse sus "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", volumen I "De las Personas", Editorial jurídica de Chile, 1978, páginas 64 y 65.

<sup>19</sup> Claro Solar, *ibidem* página 64.

<sup>20</sup> Claro Solar, *ibidem*.

<sup>21</sup> Citado por Raymundo Salvat: "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1964, tomo 1, página 294.

Dice Victorio Pescio: "El derecho de dominio solamente puede recaer sobre cosas corporales, es decir, cosas que tienen un ser real y que pueden ser percibidas por los sentidos. Tal es la conclusión a que conducen la razón y la técnica jurídica".

"No se concibe que el derecho de dominio pueda recaer sobre cosas incorporales... El titular de un derecho personal o crédito ejercita las facultades que le corresponden, no porque sea dueño de una cosa incorporal, sino porque es acreedor. Discurrir de otro modo nos llevaría a la estafalaria conclusión de que el propietario tiene, a su vez, el dominio sobre el derecho de dominio que tiene en la cosa"<sup>22</sup>.

Por su parte, Jorge López expresa: "No simpatizamos con la idea de que exista propiedad sobre derechos personales... si se persiste en predicar de la propiedad su aplicación a los derechos personales, habría, entonces, que admitir la posesión de derechos personales. Lo afirmo, no obstante, las dudas que ha levantado el artículo 715 del mismo Código, en razón de que la principal consecuencia de la posesión en nuestro ordenamiento, la usucapión o prescripción adquisitiva, no tiene aplicación alguna respecto de los personales. Y también en mérito que en el Mensaje del Código Civil, don Andrés Bello, explícitamente, descartó la posesión de derechos personales, cuando dijo: "pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato"<sup>23</sup>.

Pero la propiedad sobre cosas incorporales es hoy derecho vigente en Chile. Por ello otorgado un premio, y cumplidas las condiciones por el postulante, este goza, hoy por hoy, de una especie de propiedad sobre su derecho y está protegido por el artículo 19 N° 24 de la Constitución.

Dice la Corte Suprema: "Un análisis armónico y comparativo de la norma constitucional del artículo 19 N° 24 con los preceptos del Código Civil referentes al dominio, por ejemplo, los artículos 565, 567 y 582, conduce a un mismo concepto, esto es, que sobre las cosas incor-

porales existe un derecho de propiedad, pero con una diferencia fundamental: mientras la legislación civil señala que sobre las cosas incorporales existe una especie de propiedad, en la Carta Fundamental se garantiza la propiedad en sus diversas especies y respecto de toda clase de bienes corporales e incorporales, sin excluir a ninguno de ellos de la garantía constitucional, idea reforzada en el N° 25 del mismo artículo 19, al garantizar la propiedad sobre las obras artísticas y el intelecto"<sup>24</sup>.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha mantenido constante: "Vinculación de las locuciones 'bienes corporales e incorporales' con los artículos 582 y 583 del Código Civil: El inciso 1° del N° 24 del artículo 19 guarda íntima relación con los artículos 582 y 583 del Código Civil, el primero de los cuales define el dominio (que se llama también propiedad) como el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno, y el segundo al disponer que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad"<sup>25</sup>.

La Corte Suprema aplicando esta doctrina ha sentenciado: "Se entiende por patrimonio el 'conjunto de bienes que se hallan a disposición de una persona según las reglas del derecho' y las autorizaciones vigentes de la recurrente de organismos de capacitación ocupacional, configuran un dominio sobre cosa incorporal"<sup>26</sup>.

#### 4. EL CONVENIO ENTRE EL POSTULANTE Y LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO COMO UN CASO DE CONTRATO-LEY

El convenio entre el postulante y el Estado Administrador en relación al premio es un contrato-ley. En efecto, el premio ha sido autorizado por ley a fin de alterar, en razón de utilidad pública, la igualdad entre los proponentes,

<sup>22</sup> Víctor Pescio: "Manual de Derecho Civil", tomo III, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1958, N° 639.

<sup>23</sup> Jorge López: "Los Contratos, Parte General", Editorial Jurídica de Chile, página 208.

<sup>24</sup> C. Suprema, 14 de enero de 1983, R.G.J. N° 33, página 17 (voto disidente); C. Suprema, 28 de julio de 1981, R. t. 78, sec. 5°, página 138 (voto disidente); C. Suprema, 26 de enero 1983, R.G.J. N° 110, página 114 (voto disidente); C. Suprema, 24 de agosto 1989, R. t. 86, sec. 5°, página 96; C. Suprema, 20 diciembre 1989, R. t. 86, sec. 5°, página 165).

<sup>25</sup> T. Constitucional, 16 de julio 1982, R. t. 79, sec. 6°, página 32, Rol N° 12, considerando II.

<sup>26</sup> C. Suprema, 19 de diciembre de 1990.

dándole una ventaja al premiado, a fin de promover una "lluvia de proyectos" de origen privado de obras en concesión, bajo ese incentivo.

El sujeto activo de la relación tiene como obligación fundamental el llamar a licitación, a fin de otorgar el premio. Así lo dice el artículo 7º del Reglamento: "Dentro del plazo de un año contado desde la aprobación de la proposición, el Ministerio de Obras Públicas llamará a licitación pública la concesión de la obra materia de la misma, de acuerdo a las normas generales de licitación y adjudicación contenidas en el Título III de este Reglamento".

Por su parte, el beneficiario tiene como derecho fundamental el recibir el premio, esto es, poder participar en la licitación, con la ventaja acordada.

En 1964, la Corte Suprema definió el concepto de contrato-ley: "Si bien no existen en nuestro Derecho positivo, especialmente instituidos y reglamentados, los contratos-leyes, es conveniente recordar que existen leyes que constituyen lo que los tratadistas han denominado acuerdos, convenios o convenciones legales o bien contratos, leyes, que tienen por objeto garantizar por el Estado el otorgamiento de ciertas franquicias o derechos de terceros, en general o nominativamente, en los cuales aquel y estos convienen en la ejecución de actos de interés general, franquicias que se hacen consistir en liberación de contribuciones, regulación de tarifas, concesiones relativas a servicios, etc., y que, por razón de ser, tales acuerdos, convenios o convenciones legales tienden al resguardo del orden jurídico, y están encaminados a producir consecuencias jurídicas para establecer una relación de esta naturaleza entre el tercero que cumple la exigencia legal y el Estado que ampara el cumplimiento de la franquicia, evitando, de este modo, la falta de esa confianza jurídica que traería, consecuentemente, la inoperancia de la ley, ante el temor de que la adquisición del derecho ya afectado pudiese estar suspendida en el futuro por otra ley posterior a propósito del conflicto que puede surgir entre interés social de la nueva ley y el particular que defiende los derechos realizados y concedidos, por la ley antigua"<sup>27</sup>.

La Corte Suprema ha respaldado la plena eficacia de los contratos-leyes, advirtiendo que ellos se encuentran a horcajadas entre los contratos de derecho privado y los de derecho público: "y no puede el Estado unilateralmente desahuciarlos, porque se trata de convenios de carácter bilateral que producen beneficios y obligaciones para ambos contratantes y que deben ser cumplidas de buena fe. Por lo tanto, la franquicia tributaria y demás beneficios que otorga a particulares a cambio de las prestaciones que estos han debido realizar en favor de aquel, constituyen para los terceros un derecho adquirido que incorporan a su patrimonio y que no puede ser desconocido por la decisión unilateral del Estado contratante"<sup>28</sup>.

Ahora bien, a mi entender, el premio, legalmente creado y convenido mediante un acuerdo con el postulante, reúne todas las características de un contrato-ley y nótese que el premio no consiste en que se reembolse el todo o parte de los costos de los estudios que debía realizar para su proposición, pues ello es "Además de..." y constituye esto último (los costos) solo una oferta y, en consecuencia, una mera expectativa del postulante, según lo establece el artículo 2º del DFL 164, en su inciso final.

Sin embargo, la tesis de entender que los derechos del postulante derivan de un contrato-ley podrían controvertirse por la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema en orden a limitar el concepto de contrato-ley, en razón de la pluralidad de situaciones en que podría aplicarse.

Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de 27 de diciembre de 1968, R. t. 65, sec. 1ª, p. 399: "En nuestro derecho positivo no existen especialmente instituidos ni reglamentados los acuerdos, convenios o convenciones legales constituidas por leyes, que tienen por objeto garantizar por el Estado a terceros, ya sea en general o nominativamente, el otorgamiento de ciertas franquicias o derechos en los cuales se conviene entre aquellos la ejecución de actos de interés general, franquicias que se hacen consistir en liberación de contribuciones, regulación de tarifas, concesiones relativas a

<sup>27</sup> C. Suprema, 3 de abril de 1964, R. t. 61, página 60.

<sup>28</sup> Considerando 3º de la sentencia de la Corte Suprema de 3 de octubre de 1966 en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 63, sección la páginas 353 y siguientes, con nota crítica de Eduardo Novoa Monreal.

servicios públicos, a obras públicas o a bienes de dominio público, etc. mediante un acto habilitante de la Administración: acuerdos, convenios o convenciones legales que por los diversos nombres con que se les designa, acarrear por lo general, dificultades entre la calificación del acto y su verdadero contenido"<sup>29</sup>.

Sobre todo deben tenerse presentes los fallos de la Corte Suprema de 29 de junio de 1972, R, t. 69, sec., la, p. 107, Revista Fallos del Mes N° 121, p. 284: "Los contratos leyes son, por su naturaleza y alcances absolutamente excepcionales; no existen en la legislación positiva de nuestro país sino cuando en la propia ley o en el acto administrativo subsiguiente, que subscribe la correspondiente autoridad administrativa, queda expresa y claramente establecido su carácter de tal".

Sin embargo, la doctrina de esta sentencia de la Corte Suprema es criticable.

En primer lugar, recordemos que bajo el régimen de la Constitución de 1925 fueron agregados dos incisos finales al citado 10 N° 10 de dicha Carta Fundamental por el artículo 1, letra d) de la Ley de Reforma Constitucional N° 17.450 publicada el 16 de julio de 1971: "En los casos en que el Estado o sus organismos hayan celebrado o celebren con la debida autorización o aprobación de la ley, contratos o convenciones de cualquier clase en que se comprometan a mantener en favor de particulares determinados regímenes legales de excepción o tratamientos administrativos especiales, estos podrán ser modificados o extinguidos por la ley cuando lo exija el interés nacional".

"En casos calificados, cuando se produzca como consecuencia de la aplicación del inciso anterior, un principio directo, actual y efectivo, la ley podrá disponer una compensación a los afectados".

La Constitución de 1980 suprimió esos incisos.

Aún más, se dictó la ley N° 18.392, de enero de 1985, que amplió la técnica del contrato-ley para empresas a instalarse en la XII Región con garantía de invariabilidad del régimen tributario por 25 años.

Queda claro que la Comisión Ortúzar quiso eliminar los incisos finales del artículo 10 N° 10 de la Constitución de 1925, pues era incompa-

tible con aquello de "asegurar la propiedad en sus diversas especies"<sup>30</sup>.

Tanto es así que al presentar sus trabajos al General Pinochet, la Comisión Ortúzar va a expresar el 16 de agosto de 1978 en el documento "Proposiciones e Ideas Precisas": "La preceptiva anterior, como consecuencia de la reforma constitucional de 1971, contenía una norma especial relativa a los derechos emanados de los llamados contratos leyes y disponía que en los casos en que el Estado o sus organismos hayan celebrado o celebren con la debida autorización o aprobación de la ley, contratos o convenciones de cualquier clase en que se comprometan a mantener a favor de particulares determinados regímenes legales de excepción o tratamientos administrativos especiales, estos podrán ser modificados o extinguidos por la ley cuando lo exige el interés nacional".

"El precepto citado desaparece, ya que los derechos que emanan de los contratos o convenciones legalmente celebrados entre un particular y el Estado son bienes incorporeales 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".

"Si un particular tiene la obligación de respetar y cumplir la palabra empeñada en un contrato, con mayor razón le asiste este deber al Estado y será el legislador, al autorizar este tipo de convenciones, el que deba adoptar los resguardos, tendientes a amparar los derechos del Estado y de la colectividad, estableciendo las normas y limitaciones que estime convenientes"<sup>31</sup>.

En segundo lugar, conviene atender a lo que señala Jorge López Santa María: "podría sostenerse que a la luz de la doctrina vigente, que impide al legislador alterar los derechos emanados de contratos ordinarios, la figura del contrato-ley habría quedado obsoleta. Actualmente, la intangibilidad de los efectos contrac-

<sup>29</sup> C. Suprema, 27 de diciembre 1968, R. t.65, sec. 1°, página 399.

<sup>30</sup> Véase el Informe del 26 de noviembre de 1975 de la Subcomisión de Reforma Constitucional sobre derecho de propiedad y Actas de las Sesiones números 170 y siguientes de la Comisión de Estudios sobre la Nueva Constitución.

<sup>31</sup> Véase el texto en *Revista Chilena de Derecho*, vol. N° 16, Enero-diciembre 1981, páginas 212-213.

tuales no sería exclusiva de los contratos leyes, sino que riesgo común a cualesquiera contrato de ejecución diferida o de trato sucesivo”.

Pero agrega el profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez: “En alguna medida, el destino de la jurisprudencia que ha admitido la intangibilidad de los efectos producidos por los contratos ordinarios es incierto. Ante ello, en la actualidad solo el contrato-ley garantiza de manera categórica que los beneficios reportados de un contrato no serán alterados en el futuro”<sup>32</sup>.

Así, entonces, el postulante tiene los siguientes derechos adquiridos:

(1°) Derecho al premio en la evaluación de la oferta que formule con ocasión de la licitación de la concesión (art. 20 DFL 164, inciso final).

(2°) Derecho a que la licitación sea llamada dentro del plazo de un año desde la aprobación de la Proposición, según el artículo 7° del Reglamento: “Dentro del plazo de un año contado desde la aprobación de la proposición, el Ministro de Obras Públicas llamará a licitación pública la concesión de la obra materia de la misma, de acuerdo a las normas generales de licitación y adjudicación contenidas en el título III de este Reglamento”.

(3°) Derecho a que, si el proyecto se licita por concesión, pero no se adjudica al postulante, le sean reembolsados los costos de los estudios que debió realizar. Ello será de cargo del adjudicatario de la concesión, en la forma, modo y plazo que se establezca en las bases de la licitación. El Ministerio entregará al postulante un certificado en el que se individualizará al adjudicatario y se liquidará el monto de reembolso, el que tendrá mérito ejecutivo para todos los efectos legales (art. 2° DFL 164, inciso final).

(4°) Derecho a que, si el Proyecto se licita por concesión, pero se adjudica al postulante, le sean reembolsados esos costos en la forma, modo y plazos que serán establecidos por el Ministro en el respectivo contrato de concesión (*ibidem*).

Los postulantes tienen las siguientes meras expectativas:

(1°) El postulante tiene una mera expectativa a que, si el proyecto presentado no se licita, o si la licitación convocada no se perfecciona por falta de adjudicación o por cualquier otra causa en uno o dos llamados, o se licita por

sistema distinto del de concesión, le sea efectuado ese reembolso, ya que el artículo 2° habla que “ese reembolso podrá ser hecho directamente por el Ministerio de Obras Públicas”.

(2°) El postulante tiene una mera expectativa a que, antes de la licitación, en la asignación del premio mismo, el Ministerio de Obras Públicas ofrezca el reembolso (total o parcial) de los costos de los estudios que debió realizar. Ello deriva de la expresión: “Además, el Ministro podrá ofrecer al postulante el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición”.

#### 5. OBLIGACIÓN DEL ESTADO ADMINISTRADOR DE LLAMAR A LA LICITACIÓN

Este profesor entiende que el Estado está jurídicamente obligado a llamar a licitación por concesión una vez otorgado el premio, en razón del artículo 7° del Reglamento: “7° Dentro del plazo de un año contado desde la aprobación de la Proposición, el Ministro de Obras Públicas llamará a licitación pública la concesión de la obra materia de la misma, de acuerdo a las normas generales de licitación y adjudicación contenidas en el Título III de este Reglamento”.

Por lo tanto, cuando el artículo 2° del DFL 164 se coloca en la situación “de que el proyecto presentado no se licita”, debe entenderse que el proyecto no se licita por un hecho ajeno a la voluntad del Ministerio de Obras Públicas, pero no por la voluntad o falta de voluntad del Ministerio.

En efecto, si interpretáramos que la obligación de premiar deberá depender de la nuda voluntad del Ministerio estaríamos ante una obligación bajo condición suspensiva meramente potestativa del deudor.

El artículo 1478 del Código Civil dice: “Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la personal que se obliga”.

“Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá”.

La doctrina de la jurisprudencia de la Corte Suprema es clara en la interpretación de este artículo “Distinción entre la condición simplemente potestativa: De acuerdo con las disposiciones de ambos incisos del artículo 1478 hay que distinguir entre condiciones simplemente potestativa y meramente potestativa. Las prime-

<sup>32</sup> Jorge López Santa María, *ibidem*, página 147 nota 238.

ras consisten en un hecho voluntario del deudor o del acreedor y tiene validez o eficacia porque el deudor o acreedor pueden ser compelidos a la ejecución del hecho por factores o circunstancias que no dependan de su voluntad. Las segundas, o sea, las condiciones meramente o puramente potestativas, consisten en la mera voluntad de cualquiera de las partes, dependen de una voluntad caprichosa, del *merum arbitrium*, responden a una voluntad que puede manifestarse con las expresiones 'porque quiero', porque se me antoja".

Todas las condiciones, tanto simplemente potestativas como mera o puramente potestativas, son válidas, menos las condiciones suspensivas meramente potestativas que dependen del deudor, pues en tal caso este no manifiesta su voluntad inalterable de obligarse<sup>33</sup>.

Así las cosas, el premio sometido a una condición suspensiva del deudor debe entenderse como simplemente potestativa, en el sentido que dependen del hecho que el Ministerio de Obras Públicas debe llamar a propuesta pública dentro de un año, pero no puede entenderse como meramente potestativa del deudor ("El Ministerio llamará a licitación si le plugiese"), pues en tal caso el premio y la obligación de premios serían nulas.

#### 6. LOS DERECHOS DEL POSTULANTE EN SUS RELACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN, A SABER, LA INTANGIBILIDAD DE SU RELACIÓN Y LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY QUE AFECTE SU RELACIÓN

Ante todo tenemos que recordar que el artículo 19 N° 26 de la Constitución señala que se asegura a toda persona "26. La seguridad (sic) de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limitan en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

El legislador puede vulnerar la fuerza obligatoria del acuerdo o contrato, sea por razón de hechos imprevistos que exige agravar las obligaciones del postulante o promover la relación en el tiempo. En ese caso deberá indemnizarse al postulante o respetar lo que la doctrina llama "el principio del equilibrio financiero del contrato", que exige una honesta equiparidad de las prestaciones o considerar, en fin, esos hechos como una carga pública. Ello coincide con lo que opina Jorge López: "El principio de la fuerza obligatoria de los contratos no se resiente mayoritariamente, en verdad, con los reveses o contratiempos de origen legal de que acabamos de hablar. Esto en razón de que en el caso de las leyes moratorias, transitorias por lo demás, los hechos justifican plenamente la excepción..." (citado, página 204).

En la segunda situación referente a leyes retroactivas que vulneran no solo la fuerza obligatoria, sino también los derechos adquiridos por la vía contractual, concuerdo con dos supuestos teóricos analizados por Soto Kloss:

1º) "La adaptación que la autoridad debe siempre tener presente encuentra en su realización práctica un contrapeso bastante poderoso, constituido por el respeto -que el mismo orden jurídico prevé- de los derechos o situaciones jurídicas que han sido creados o reconocidos, ya sea por la ley o bien por la propia Administración, en provecho de los individuos e incorporados en sus estatutos jurídicos personales. Este freno consustancial con la noción de Estado de Derecho y que permite un mínimo de seguridad a los ciudadanos, a las personas, para cuyo bien, en definitiva, existen tanto la sociedad como el propio Estado y el mismísimo Derecho"<sup>34</sup>.

2º) "Aceptado el principio de una posible controversia entre derechos de la Administración, como institución vicarial del bien común, y derechos del particular postulante: "La solución de tal compromiso se resuelve en la aceptación de la mutabilidad de las normas, pero en la medida en que dicha mutabilidad sea prevista de antemano por el ordenamiento jurídico, y siempre que -y es el dato fundamental- no haya derechos de terceros afectados,

<sup>33</sup> C. Suprema, 8 de noviembre de 1901. G.1901, t. II, N° 2.883, p. 1041., C. Suprema, 3 de octubre de 1906, G. 1906, t. II, N° 782, p. 137 (considerando octavo, p. 139); C. Talca, 7 de septiembre de 1920, G. 1920, T. II, N° 134, p. 579, R. t. 19, Sec. 1ª, p. 5; C. Talca, 6 de enero de 1936, R. t. 35, Sec. 2ª, p. 19; C. Suprema, 27 de marzo de 1946, R. t. 43, Sec. 1ª, p. 399.

<sup>34</sup> Eduardo Soto Kloss: *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. Tomo II: El principio de juridicidad, Editorial Jurídica, 1996, página 221.

derechos ingresados a sus esferas jurídicas subjetivas<sup>35</sup>.

Para analizar el problema planteado, debemos recurrir al Código Civil y a la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, hecho ya el desarrollo teórico de Soto Kloss.

El artículo 9º del Código Civil dice en su inciso primero: "La ley solo puede disponer para el futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo".

Esto no implica que, en principio, la ley solo puede disponer para el futuro, pues este es un principio de rango meramente legal.

Carlos Ducci señala que el artículo 9º citado es "una disposición legal y no constitucional, que no obliga al legislador quien puede soberanamente dictar leyes retroactivas"<sup>36</sup>.

Cabe, sin embargo, repetir aquí lo ya concluido: el derecho de la persona premiada, habiéndose admitido en Chile el dominio sobre los derechos personales, debe considerarse un derecho adquirido, pues el acreedor es propietario de los derechos personales derivados del contrato o de otra fuente de obligaciones, que en este caso es también la ley. El sujeto activo del derecho personal emanado del contrato es simultáneamente titular de un derecho real; el acreedor es dueño y este dominio es intangible para el legislador.

El problema planteado, entonces, es: ¿Significa que el legislador no podría afectar hacia el futuro el premio pactado, afectar sus goces y cargas o extinguirlo? ¿Podría o no cambiar el monto del premio?

Es cierto que el artículo 22, inciso primero de la Ley sobre Efecto Retroactivo dice que "en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración", pero no puede pretender el premiado que no se le aplique el artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes: "Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiese ordenado o se ordenase por leyes especiales.

De manera que el artículo 12 de la Ley de 1861 es clave en la solución de la cuestión

planteada, por lo que me permito transcribir la doctrina que respecto a él han emitido tanto los autores como los jueces.

Dice don Luis Claro Solar<sup>37</sup>: "Una nueva ley no puede afectar a un derecho de propiedad o más generalmente a un derecho real ya existente, sin que se despoje al titular, de un derecho adquirido, de una aptitud ya ejercida".

"Pero no debe confundirse con el derecho mismo lo que constituye más que su ejercicio, su manera de usarlo, o su modo de conservarlo. Estas no son meras aptitudes que emanan del derecho mismo, y naturalmente quedan regidas por la nueva ley".

"Todo lo que exige el principio de la retroactividad es que la nueva ley respete en este último caso los actos de goce ya cumplidos y, que como tales son constitutivos de derechos adquiridos. Se puede tener interés en ejercitar el derecho de la misma manera; pero este interés no se transforma en derecho adquirido sino en cuanto la facultad de usarlo así, se ha traducido en un acto de ejercicio".

Los señores Alessandri y Somarriva en su Curso de Derecho Civil<sup>38</sup> dicen: "El derecho en sí mismo permanece intangible porque incorporándose al patrimonio por un título propio, es decir, por la actividad de una persona, constituye derecho adquirido; pero no así las facultades anexas, estas entran al patrimonio por un título general: la Ley. Por eso puede la nueva norma, sin caer en retroactividad, someter dichas facultades a su imperio".

Entender que también las facultades anexas estarían comprendidas en la prohibición del artículo 19 N° 26 de la Constitución, llevaría a graves consecuencias.

Así, por ejemplo, según la Ley General de Urbanismo y Construcciones los instrumentos de planificación urbana nacional de que trata el título II de esta ley, tienen fuerza legal desde que han sido sancionados por la autoridad competente. Sancionado, por ejemplo, un plan regulador comunal por los organismos municipales pertinentes, si se celebrara un contrato de compraventa sobre una propiedad ubicada

<sup>35</sup> *Ibidem*, página 223.

<sup>36</sup> Carlos Ducci: *Interpretación Jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

<sup>37</sup> Luis Claro Solar. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago, Establecimiento Poligráfico de Roma, 1888, Tomo I, página 79.

<sup>38</sup> Alessandri y Somarriva: *Curso de Derecho Civil*, tomo I, vol. I, Editorial Nascimento, 1961.

en esa comuna, deberían entenderse –según dicha errónea opinión– incorporados a su contrato las normas del plan regulador el amparo del cual lo adquirió.

Lo anterior resulta absurdo. Es así que la Corte Suprema ha sentenciado que: “Siendo el reajuste automático de pensiones la esperanza o mera expectativa de constituir un derecho, no se encuentra amparado por el derecho de propiedad y, por lo mismo, a la ley que lo suprime o deja sin efecto no puede imputársele que contrariase el derecho garantizado por el artículo 19 N° 24 de la Constitución”<sup>39</sup> y más claramente aún: “La Ley 18.152, de 1982, solo permite alterar los regímenes de reajustes de pensiones, lo que ha ocurrido en el caso presente, pero la misma ley reconoce el derecho de los pensionados a la propiedad sobre sus pensiones y a los reajustes ya devengados, de los cuales no pueden ser privados, sin perjuicio de que en el futuro puede legislarse consagrando otros sistemas de reajustes, puesto que no se trataría de un derecho, sino de expectativas, las que no aparecen protegidas por el artículo 19 N° 24 de la Constitución”<sup>40</sup>.

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en su fallo de 16 de julio de 1982, en relación a un proyecto de ley que interpreta el alcance de la garantía del derecho de propiedad, en relación con las pensiones integrantes de un sistema de seguridad social y su reajustabilidad.

Este caso dice relación a las pensiones llamadas perseguidoras y fue criticado tanto por don Héctor Escobar Mandiola en la Revista Jurídica del Trabajo, año LIII, N° 8, agosto de 1982, como por don Alejandro Silva Bascuñán: “Comentario a la Sentencia del Tribunal sobre perseguidoras”<sup>41</sup>.

No puede entonces el premiado sostener que tiene un derecho adquirido a que permanezca incólume en el tiempo el régimen jurídico existente al momento que cedido el premio. Está fuera de duda la potestad legislativa de alterar el régimen jurídico futuro. El particular solo puede alegar propiedad respecto del premio devengado.

La jurisprudencia ha precisado el sentido del término devengar. Dice el artículo 1725 de Código Civil: “El haber de la sociedad conyugal se compone: 1°) De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el patrimonio y al interpretarlo la Corte de Apelaciones de Santiago señala: “...según la definición de Escriche, que es también la de la Real Academia Española, ‘devengar’ es hacer uno suya alguna cosa mereciéndola, adquirir derecho a ella por razón de trabajo o servicio”; concepto que, como se ve en dicha definición, no trae como consecuencia la necesidad imperiosa de que sea menester la realización completa del trabajo o servicio para adquirir derecho a la remuneración...”<sup>42</sup>

2°) “...la palabra ‘devengar’, según Escriche y los que profesan la ciencia jurídica, y aun según el Diccionario de la Lengua, significa hacer alguien suya alguna cosa mereciéndola, o adquirir derecho a ella por razón de trabajo o servicio, como devengar –salarios o sueldos, y causar y producir, como devengar intereses;...”<sup>43</sup>

En relación al artículo 9° transitorio de la Ley N° 3.091, la jurisprudencia afirma lo siguiente: “...el sentido natural del verbo devengarse es el de estar vencida o ser exigible una obligación y que es el mismo sentido en que está empleado en los artículos 1596 y 1597 del Código Civil...”.

“...ya se tome el verbo ‘devengar’ en su sentido natural y obvio de adquirir el derecho al impuesto, ya en el concepto jurídico que denota su empleo en los artículos 1596, 1597, 1725, 1736 y 1740 del Código Civil, es una expresión de un significado diverso y no sinónimo de la de pagar...”<sup>44</sup>

#### 7. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN EN RELACIÓN AL POSTULANTE Y AL PREMIO

Hay responsabilidad civil cuando un sujeto, actuando antijurídicamente, ocasiona un daño a otro en mérito de la atribución que tal resultado hace el ordenamiento jurídico al imputado –sea a título de culpa o por factores ajenos en principio a esa idea– tiene la obligación de reparar el daño causado.

<sup>39</sup> Corte Suprema, 16 de abril 1987, R. t. 24, sec. 5°, p. 69.

<sup>30</sup> Corte Suprema, 10 de octubre 1986, R. t. 83, sec. 3a, p. 178; ver C. Apelaciones de Santiago, 10 de diciembre 1990, R.G.J. N° 126, página 52.

<sup>41</sup> *Revista Chilena de Derecho*, septiembre-diciembre 1982, vol. 9 N° 3, páginas 585 a 591.

<sup>42</sup> C. Apelaciones de Santiago, 22 de abril de 1930, consid. 4°, R. tomo 30 sec. 2°, p. 17.

<sup>43</sup> C. de Ap. de Santiago, 2 de enero de 1938, consid. 30, R., t.37, 2ª parte, sec. 2°, p. 56.

<sup>44</sup> C. de Apelaciones de Valparaíso, 10 de enero de 1921, consid. 7°, respectivamente. R. t. 21, 2ª parte, sec. 1°, p. 97.

Ahora bien, en todos los sistemas jurídicos modernos hay "una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad patrimonial que es acorde con las necesidades de nuestra época. Por el contrario, los sistemas que siguen girando sobre la base de dotar de una responsabilidad administrativa subsidiaria a la acción culpable del agente, están operando incluso con un retraso conceptual de la evolución que se ha ido originando en el propio derecho privado en base a la doctrina del riesgo y a la inequivalencia de las posiciones jurídicas entre las grandes empresas de servicios y sus usuarios"<sup>45</sup>.

Conocemos que la responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. En el caso de la responsabilidad contractual del acto ilícito se configura por el incumplimiento de una obligación preestablecida en un contrato y en la responsabilidad extracontractual del acto ilícito se configura por la violación o incumplimiento de una obligación o deber legal, genérico o específico. Por lo tanto, para que haya responsabilidad contractual, un daño y la relación de causalidad adecuada entre el daño y el incumplimiento.

La diferencia de regulación que reviste mayor relevancia entre responsabilidad contractual y extracontractual se refiere al régimen de la mora, la extensión del resarcimiento, el peso de la prueba de la culpa, la prescripción y la limitación o atenuación de la responsabilidad.

Según Arturo Alessandri las diferencias se describen de la siguiente manera:..."3° En cuanto a la constitución en mora: si en materia contractual es menester constituir en mora al deudor para pedir indemnización de perjuicios, a menos que la obligación sea de no hacer, en cuyo caso aquella se debe desde el momento de la contravención (art. 1537), en materia delictual y cuasidelictual esa constitución en mora es innecesaria, porque en ella, como ha dicho la Corte Suprema, el perjuicio resulta de la sola existencia del hecho y su autor está en mora de indemnizar el daño de pleno derecho; 4° En cuanto a la extensión de la reparación: En materia delictual o cuasidelictual, la reparación es completa: comprende todo daño sufrido por la víctima inclusive el moral. En materia contractual, el deudor solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudie-

ron preverse en el tiempo del contrato, salvo que pueda imputarse dolo, en cuyo caso responde aun de los imprevistos (art. 1558) y el daño moral no es indemnizable a lo menos en el estado actual de la jurisprudencia. En otros términos, el artículo 1558 solo es aplicable en materia contractual. Esto se explica fácilmente. Las partes, al contratar, han podido prever los daños que el incumplimiento del contrato podía causar; esta previsión, en cambio, no puede tener cabida tratándose de un delito o cuasidelito... En cuanto al peso de la prueba: Tratándose de la responsabilidad contractual el acreedor solo debe probar la existencia de la obligación, no necesita acreditar que su incumplimiento proviene de culpa del deudor; esta queda demostrada por el solo hecho de ese incumplimiento. Es el deudor que pretende liberarse de responsabilidad quien deberá probar que el incumplimiento de la obligación no le es imputable, sea acreditando el caso fortuito o la fuerza mayor que hizo posible su ejecución, o que empleó en ella la debida diligencia o cuidado.

Los arts. 1547, inciso 3° y 1698 son bien explícitos al respecto. En materia de responsabilidad delictual o cuasidelictual, en cambio, es la víctima que reclama la correspondiente indemnización quien debe probar el hecho doloso o culpable que imputa al demandado, salvo que la ley presuma la culpabilidad de este, como en los casos de los artículos 2320 a 2323 y 2326 a 2329; a falta de esta prueba, la demanda será rechazada. Incumbe probar las obligaciones a quien las alega (artículo 1698): en este caso, la de indemnizar el daño causado nace precisamente del delito o cuasidelito que invoca el demandante".

"En consecuencia, la imposibilidad de establecer exactamente la causa del daño proveniente de un hecho ilícito perjudicará a la víctima, que deberá soportar ese daño por sí sola, en tanto que la imposibilidad de establecer la causa del incumplimiento de una obligación contractual favorecerá al acreedor, pues ello significaría que el deudor no había acreditado su obligación"<sup>46</sup>.

Ahora bien, la responsabilidad en el caso de premios y recompensas no es un sujeto desconocido en el derecho y la jurisprudencia chilenos. Tampoco lo es en derecho comparado.

<sup>45</sup> Luis Ortega Alvarez: La responsabilidad civil de la administración pública en el Libro Colectivo: *El derecho público de finales de siglo*, Civitas S.A., 1997, páginas 167 a 773.

<sup>46</sup> Arturo Alessandri Rodríguez: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, segunda edición, Ediar Editores, 1983, páginas 46 y siguientes.

Las figuras más conocidas son la promesa pública de recompensa y el llamado a concurso, siendo el caso del artículo 2° de la Ley sobre concesiones de obras públicas una mezcla de ambos.

"Existe promesa de recompensa cuando por un medio público de divulgación se ofrece un premio a quien cumpla una determinada acción o se encuentre en una determinada situación debidamente individualizada. La especie más difundida es la de promesa de pago de un premio a quien encontrara una cosa perdida, pero no obsta para que la recompensa pueda ser ofrecida y tenga eficacia cuando es motivada por otras razones que la pérdida de una cosa"<sup>47</sup>.

Se distinguen en el derecho civil chileno la recompensa por cosas al parecer perdidas; las especies náufragas y las especies represadas.

Respecto a las primeras el artículo 632 dice: "Si aparece el dueño antes de subastada la especie, le será restituida, pagando las expensas, y lo que a título de salvamento adjudicara la autoridad competente al que encontró y denunció la especie".

"Si el dueño hubiere ofrecido recompensa por el hallazgo el denunciador elegirá entre el premio de salvamento y la recompensa ofrecida".

Véase que en este caso el dueño debe pagar las expensas que irrogó el hallazgo y las derivadas de los preparativos de la subasta, sin perjuicio de pagar la autoridad el premio de salvamento (la que repetirá sobre el dueño) o la recompensa, el dueño.

El artículo 634 del Código Civil señala: "Si la especie fuere corruptible o su custodia y conservación dispendiosas, podrá anticiparse la subasta y el dueño, presentándose, antes de expirar el mes subsiguiente al último aviso, tendrá derecho al precio, deducidas, como queda dicho, las expensas y el premio de salvamento".

Respecto a las especies náufragas, el artículo 636 dispone: "Las especies náufragas que se salvaren serán restituidas por la autoridad a los interesados, mediante el pago de las expensas gratificación de salvamento".

El artículo 638 determina la gratificación de salvamento: la autoridad competente fijará, según las circunstancias, la gratificación de salvamento, que nunca pasará de la mitad de la mitad del valor de las especies".

Pero si el salvamento de las especies se hiere bajo las órdenes y dirección de la autoridad pública se restituirán a los interesados, mediante el abono de las expensas, sin gratificación de salvamento".

Muestran la falta de correlación con el Código de Comercio: "El Código de Comercio, en su artículo 1160, agrega que se puede fijar el pago de una prima al que dio aviso de naufragio y en caso que esta sea la misma persona que hizo el salvamento pueda extenderse la gratificación hasta la tercera parte del valor de las especies, previa deducción del importe del salario de asistencia y salvamento"<sup>48</sup>.

La disposición del Código del Comercio dice que se extenderá la gratificación, o sea, que se aumentará, hasta el tercio del valor de las especies. Pero en esto hay un error del legislador, pues el Código Civil dice que la gratificación puede llegar hasta la mitad de ese valor. De manera que el Código de Comercio en vez de aumentar disminuye la gratificación".

Estas normas tienen jurisprudencia: "1. Especies caídas desde una lancha al mar: Las especies (fardos de tabaco) caídas desde una lancha que zozobró al mar y salvadas por unos boteros, deben regirse por las reglas del Código Civil y no por los artículos 1157 y 1159 del Código de Comercio. En consecuencia, se debe la gratificación del salvamento en conformidad al artículo 638 del Código Civil"<sup>49</sup>.

2. Salvamento de una embarcación ajena a la autoridad pública: No cabe aplicar el inciso 2° del artículo 638 para privar de gratificación al que hizo el salvamento de una embarcación, si no se realizó este bajo las órdenes y dirección de la autoridad pública, dado que si bien lo efectuó un práctico del puerto y de la autoridad pública de que dependía, sin la dirección de esta y en forma ajena a las funciones del práctico".

"Los servicios extraordinarios de un práctico en tiempo de tempestad, prestados con convenio previo de precio y de acuerdo con el artículo 37 del Reglamento de Prácticos vigente en 1926, se debe remunerar también, en forma extraordinaria, que corresponde fijarla a los tribunales y no a la autoridad marítima"<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Roberto Brebbia: *Responsabilidad precontractual*, Ediciones La Rocea, Buenos Aires, 1987, página 140.

<sup>48</sup> Somarriva y Alessandri. *Derecho Civil* (Vodanovic) Los Bienes, Nascimento, 1957, página 279.

<sup>49</sup> C. Suprema, 5 de marzo de 1968, G, N° 339, p. 191.

<sup>50</sup> C. Suprema, 17 de junio de 1933, R, t. 38, sec. 1°, página 223.

Finalmente, las especies represadas están reguladas en el artículo 641: "Las presas hechas por bandidos, piratas o insurgentes, no transfieren dominio, y represadas deberán restituirse a los dueños, pagando estos el premio de salvamento a los represadores".

"Este premio se regulará por el que casos análogos se conceda a los apresadores en guerra de nación a nación".

Esta figura jurídica de la promesa de recompensa se caracteriza por 3 elementos: a) Publicidad, es decir, se debe efectuar a través de un medio de difusión que llegue a la población en general o por un grupo de personas indeterminadas a quienes va dirigida; b) Indeterminación del destinatario. c) Determinación del supuesto de hecho: En la promesa debe quedar individualizada la prestación o situación que exige como contrapartida del pago del precio.

Si aplicáramos esta figura en este caso, el Ministerio de Obras Públicas prometió un premio al que propusiera un proyecto de obra pública, susceptible de ser licitado en concesión. El premio fue asignado, una vez verificado el supuesto de hecho descrito en la misma propuesta, lo que fue oficialmente comunicado al postulante pero no se llamó a licitación dentro del plazo convenido. ¿Frente a qué tipo de responsabilidad civil nos encontramos?

A juicio de este profesor coexisten dos tipos de responsabilidad. Una en referencia al otorgamiento de un premio convenido entre las partes y otro en relación al no cumplimiento por el Ministerio de Obras Públicas de su obligación de llamar a licitación de construcción de obras por concesión, dentro del plazo que establece la ley (uno o dos años).

Voy a explicar las consecuencias de ambos tipos de responsabilidad. En el caso de la responsabilidad por promesa de premio no cumplida, nos encontramos con una responsabilidad contractual o -en relación a la licitación- con un tipo de responsabilidad precontractual.

Según algunos autores, entre ellos Alessandri, la responsabilidad será siempre contractual. En la página 57 del libro citado se lee: "2ª. Reglas aplicables a la responsabilidad precontractual: La responsabilidad precontractual, es decir, la que incide en la formación de un contrato o con motivo de ella, como la que se produce en el caso de los arts. 98, inc., final, y 100

de C. de Comercio, aunque no es posible calificarla de contractual, porque aquel todavía no existe, se rige igualmente por las reglas de esta responsabilidad".

Ahora bien, para el caso en estudio, ello significa que las partes, al acordar el premio, previeron los daños que el incumplimiento de la obligación del Ministerio de tomar medidas legales para que el premio pudiese utilizarse, ocasionaría. Ello lo hicieron de modo tácito por el contexto del artículo segundo de la Ley de Concesiones, porque si en el caso de utilizarse el premio, "además podrá ofrecer al postulante, el reembolso de todo o parte de los costos de los estudios que debió realizar para su proposición" *a fortiori* el Ministerio debe pagar el todo de esos costos si, por su culpa, no permite cobrar el premio, que permanece devengado, pero no pagado.

¿Debe pagar algo más el Ministerio de Obras Públicas?

Tiene razón Arturo Alessandri Rodríguez cuando afirma que este tipo de responsabilidad no es posible calificarla de contractual, pero no tiene razón cuando afirma, sin excepciones, que tal responsabilidad se rige por las reglas de responsabilidad contractual<sup>51</sup>.

Como es conocido en el curso de esta búsqueda sobre los textos romanos, al abordar el tema de la extensión de la indemnización a fijar en los casos de culpa *in contrahendo*, Von Iehring expone su famosa teoría del interés negativo (*negative verstrags interesse*).

La parte damnificada por la no formalización de un contrato válido tiene derecho a una reparación si no medió culpa de su parte; la indemnización de ese perjuicio puede corresponder al llamado interés positivo o de cumplimiento, que comprende todo lo que el acreedor tendría si el negocio fuera válido; o bien, al interés negativo o de confianza, consistente en el daño sufrido a raíz de haber creído en la validez del negocio y que, por tanto, no hubiera padecido si hubiere sabido que no era válido. Dado que en los casos de culpa *in contrahendo*, el perjudicado no puede invocar la

<sup>51</sup> Se adhiere este profesor a la doctrina clásica de Rudlof von Iehring: "de la culpa in contrahendo ou des dommages y intéréts dans conventions nulles on restées imperfectes" en *Oeuvres Choisies*, traducción francesa de O. Maulenaere, París, 1993, págs. 1 a 100 (primera publicación en alemán en 1860).

lesión del interés positivo o de cumplimiento, solo exigible en caso de contrato válido, únicamente tendrá derecho para resarcirse interés negativo o de confianza. Dentro de este interés negativo queda comprendido no solo el daño emergente sino también el lucro cesante; de esta manera, por ejemplo, en el caso, de invalidez de un contrato de compraventa, el vendedor tiene derecho a reclamar lo que hubiere correspondido si no hubiera entablado las negociaciones culminadas en el contrato nulo, verbigracia, los gastos de envío de la cosa vendida (daño emergente) y la ganancia frustrada por la no realización de la compraventa de un tercero, operación esta desechada para cerrar trato con el que diera lugar por su culpa a la anulación del contrato (lucro cesante)<sup>52</sup>.

Por lo tanto, a juicio de este informante, el postulante tiene un derecho adquirido al premio, esto es, a la ventaja en la licitación, y por tanto de no cumplirse por la Administración el deber de realizar todo lo que esté en su mano para que el administrado pueda ejercer tal derecho, ha incurrido en responsabilidad precontractual y debe indemnizar no solo el daño emergente (costo total de los trabajos y estudios que debió realizar por su proposición), sino también el lucro cesante, es decir, de las operaciones no realizadas por haberse dedicado el administrado a perfeccionar su proposición y a lograr que se llamare a licitación, incluyendo las medidas tomadas para la defensa jurídica de sus legítimos derechos.

A mayor abundamiento puede argumentarse lo siguiente: (1º) La razón por la cual el legislador impone la obligación de resarcir el daño causado por un acto realizado en el periodo de formación del consentimiento, no debe ser buscada en la buena fe de la parte damnificada, pues la contraparte puede haber obrado también de buena fe al realizar el hecho dañoso, sino en la culpa calificante de la acción de esta última. Esta culpa *in contrahendo* consiste en la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no solo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo, a fin de que cada contratante no quede librado al peligro de constituirse en víctima de la negligencia

del otro. No es necesario que esa obligación o garantía de diligencia se estipule expresamente, pues la ley las presume.

(2º) No cabe duda que estamos ante un derecho adquirido del postulante no solo por lo ya señalado sino porque como dice Jimena González Espingá<sup>53</sup>: "En el sistema en estudio se incentiva la presentación de proyectos por parte de los particulares, estableciéndose una serie de derechos e incentivos para aquel que dé inicio al procedimiento de licitación; así, por ejemplo, se establece un sistema de premiación para el licitante que hubiere dado inicio al procedimiento. Cuando es necesario efectuar una precalificación de los licitantes, aquel que hubiere dado inicio al procedimiento queda precalificado de pleno derecho. Por otra parte, la ley autoriza al MOP para ofrecer al postulante reembolsarle todo o parte de los costos de estudio que debió realizar para su proposición". "I.A.I. Límites: Ahora bien, la iniciación de un proyecto por los particulares tiene al menos dos limitantes: La primera de ellas es que la obra de que se trate no esté siendo estudiada por el MOP para ser ejecutada mediante el mismo sistema, y como segundo límite, lo que el Reglamento llama propiedad de la iniciativa, que consiste en que, aunque la iniciativa haya sido rechazada, el postulante conserva ciertos derechos sobre ella, lo que en la práctica se traduce que la obra en cuestión no podrá ser objeto de licitación por concesión, sin antes notificar al postulante dueño de la iniciativa a fin de que concurra a la licitación y opte al premio que le corresponde en la evaluación de su propuesta".

Jimena González se apoya en el inciso final del artículo 9º del Reglamento que dice: "Si la proposición es rechazada, la iniciativa se mantendrá como de propiedad del postulante y no podrá ser objeto de licitación por concesión sin antes notificar dicha situación al postulante dueño de la iniciativa, a fin de que concurra a la licitación y opte al premio que le corresponde en la evaluación de su propuesta, hasta por un plazo de tres años. La no concurrencia a la licitación del postulante debidamente notificado mediante el envío de carta certificada diri-

<sup>52</sup> Robert Brebbia: *Responsabilidad precontractual*, citado, página 49.

<sup>53</sup> Jimena González Espingá. Seminario de titulación en la Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1995: "Concesiones de Obras Públicas" (páginas 33-34).

gida al domicilio indicado en la Presentación, implicará su renuncia a todos los derechos como impulsar dicha iniciativa”.

(3°) La obligación de llamar a licitación deriva también de la historia fidedigna de la ley:

En efecto, en el primer informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado el Ejecutivo figura introduciendo una indicación que corresponde al actual inciso 13° del artículo 12° del DFL MOP N° 164, de 1991. El Ejecutivo para defender su indicación dice lo siguiente: “Indicaron que actualmente el Ministerio debe pronunciarse sobre las ideas de iniciativa privada dentro del plazo de un año y, si las aprueba, debe licitar en el plazo de un año contado desde la aprobación de la solicitud, plazos que a su vez el reglamento fracciona en subetapas como, por ejemplo, un mes para que el Ministerio señale si acepta o no a estudio una idea; 90 días para el desarrollo de los estudios de la proposición, etc. ... Estas circunstancias, agregaron, impiden al Ministerio tomar una decisión adecuadamente fundada, dentro de plazo”.

Finalmente expresaron que la mayor garantía para la adecuada aplicación de esta norma la constituye el hecho que el proponente es quien debe solicitar su aplicación, mecanismo que evitará que el plazo sea ampliado por la sola voluntad de la autoridad<sup>54</sup>.

En el Diario de Sesiones, sesión 24, anexo de documentos, página 3141, figura el segundo informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado, en que se lee: “Se manifestó acuerdo y se dejó constancia para la historia del establecimiento de la ley, en que el sentido que la norma del inciso nuevo, propuesto en el primer informe, tiene por objeto evitar que, mediante el resquicio de nuevas presentaciones se dilate indefinidamente la presentación de una propuesta concreta, evitando que la idea planteada sea sometida a licitación, señalándose que la prórroga es una norma de excepción que permite ampliar el plazo hasta dos años en total, plazo que no es renovable mediante nuevas y sucesivas presentaciones”.

“Asimismo, se dejó constancia que el propósito de la Comisión es evitar que mediante el retiro y nuevas presentaciones sea posible

ampliar el plazo máximo que contempla la norma, que es de dos años para los casos calificados, y que tampoco es posible por la vía de los cambios de los sujetos o de los cambios de las presentaciones, mantener indefinidamente estancado el proceso de licitación de una idea de iniciativa privada”.

(4°) Que a semejante conclusión se llega también si se considera que estamos ante un concurso público abierto por la autoridad con la promesa de premio.

Es claro que este procedimiento es una especie de concurso destinado a lograr ideas y proyectos de ingeniería de obras públicas susceptibles de ser licitadas por concesión, bajo la promesa de un premio.

Esta figura jurídica, como la de las recompensas han sido estudiadas por la doctrina<sup>55</sup>.

Voy a resaltar algunos aspectos para el derecho en relación.

El llamado a concurso con premio participa de la naturaleza de la promesa de recompensa, por lo cual, en principio le resultan de aplicación las normas que rijan esta última especie de promesa pública.

“El llamado a concurso se diferencia de la promesa de recompensa en que, en el caso que estudiamos ahora, el premio no se adjudica al que cumple meramente una prestación determinada, sino al que se considera mejor capacitado, o al que ha realizado un mejor trabajo en opinión del jurado, de acuerdo con el criterio de selección y propósitos enunciados en el llamado a concurso. Además, a diferencia de la promesa de recompensa que se dirige al público en general, el llamado a concurso puede estar dirigido a personas determinadas, limitando de esta manera el número de destinatarios<sup>56</sup>.”

Este autor nos dice que el concurso se diferencia de la promesa en 3 aspectos: 1) Llamado público 2) Fijación de un plazo y 3) Revocación del prominente.

Respecto al segundo punto dice: “a) fijación de un plazo para el llamado que funciona como

<sup>54</sup> Diario de Sesiones del Senado, sesión 37, anexo de documentos, informe de 14 de agosto de 1995, página 4763, Boletín 1.432-05 correspondiente a la actual ley 16.460, D.Of. 13.7.96.

<sup>55</sup> Véase además del libro de Briebba ya citado, los siguientes trabajos: Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz: *La promesa pública de recompensa*, Bosch, Barcelona, 1985; Carlos E. Moroni: *La promesa al público*, Depalma, 1990; y más recientemente el libro de José Luis Arjona Guajardo-Fajardo: *Promesas unilaterales y donaciones: La promesa unilateral*, Madrid, *Marcial Pons*: 1998.

<sup>56</sup> Briebba, citado, página 148.

requisito esencial para la validez de la figura. Si no se fijara plazo la promesa no sería seria y carecería de valor vinculante, puesto que el promitente podría retrasar a su arbitrio el llamado, postergando de esta manera el concurso en forma indefinida; evidentemente, ello no constituiría una conducta congruente con el principio de la buena fe... (c) El llamado a concurso puede ser revocado con justa causa por el promitente, hasta la presentación de los aspirantes al llamado. A partir de ese momento la promesa de recompensa se torna irrevocable; tal como ocurre con la promesa cuando se ha cumplido el supuesto de hecho contenido en la misma. La revocación se debe hacer por el mismo sistema de publicidad utilizado para el llamado a concurso y debe obedecer a justa causa; de lo contrario se presumirá la existencia de culpa, lo cual obligará al prominente a resarcir los daños que hubiere ocasionado a los que hubieren prestado oídos al llamado"<sup>57</sup>.

El Diccionario de la Lengua Española dice que "Concurso es ... 4. Oposición que por medio de ejercicios científicos, artísticos o literarios, o alegando méritos, se hace a prebendas, cátedras, premios, etc. 5. Competencia entre los que aspiran a encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas".

Sin embargo, dentro de la gran variedad de bases de concursos no siempre nos encontramos pura y simplemente con una manifestación unilateral de voluntad de la Administración, sino que existiendo, a veces, obligaciones y efectos jurídicos desfavorables al administrado, nos adentramos de lleno dentro del acuerdo o contrato, pues se requiere la aceptación del premiado.

No es el caso de este concurso de presentación y proposición de prefactibilidad técnica y económica de proyectos de obras públicas susceptibles de ser construidas por concesión, con el premio descrito en el artículo 8° del Reglamento, en que no hay cláusulas que representen obligaciones para el postulante, salvo que a cambio del premio, la proposición, si es aceptada, se entenderá transferida al Ministerio de Obras Públicas. Condición que es obvia, pues de lo contrario no habría razón alguna para evitar el enriquecimiento sin causa y justificar el quiebre de la igualdad de trato entre los proponentes.

Se da aquí aquel tipo de concurso de que habla Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz: "En este tipo de concursos... las bases -ley del concurso- afectan exclusivamente al convocante, quien es a quien vinculan (en el sentido ya indicado); puesto que a los concursantes no obligan a nada para lo que sea preciso su aceptación. Para dichos concursantes las bases de la convocatoria tienen un carácter eminentemente informativo de las reglas que rigen el concurso (requisitos para participar en él, prestación requerida, mecanismo de decisión, etc.), y por lo tanto, no precisan ser aceptadas"<sup>58</sup>.

Así las cosas, estamos en el caso en referencia en un concurso jurídicamente estructurado sobre la figura de la promesa pública de recompensa y las reglas relativas a la reparación de los daños son los de la responsabilidad precontractual, incluyendo daño emergente y lucro cesante, en la postura de Von Iehring.

Visto lo analizado, he sostenido que existe un derecho adquirido del postulante a que la licitación sea llamada dentro del plazo de un año contado desde la aprobación de la proposición. Cabe hacer presente que bajo el régimen de la Constitución de 1980 la responsabilidad del Estado Administrador tiene un asidero constitucional indiscutible en el artículo 38, inciso segundo del Texto Fundamental: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

El principio "*Alterum non laedere*" está consagrado en el artículo 2314 del Código Civil: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización" ...y en el encabezamiento del artículo 2329: "Por regla general todo daño que pueda reputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta".

Por su parte, los artículos 4° y 44 de la Ley 18.575 consagraron la responsabilidad objetiva extracontractual del Estado Administrador. Dice el artículo 4° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado: "El Estado será responsable por los daños que cause por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá

<sup>57</sup> Briebba, citado, páginas 150-151.

<sup>58</sup> Citado, página 276.

derecho a repetir en contra del funcionario que hubiese incurrido en falta personal”.

Este artículo 44 es aplicable al Ministerio de Obras Públicas ya que este no fue excluido en el artículo 18 del mismo cuerpo legal.

El concepto de “falta de servicio” (*faute de service, mal administration*) es una figura amplia. Debbasch la ha definido de la siguiente forma: “imprudencia, negligencia, negligencia culpable, ligereza, inobservancia de los reglamentos, error inexcusable o grave, falta de vigilancia, descuido... Asimismo constituye falta la inercia, es decir, si la Administración no lleva a cabo las medidas de ejecución ordenadas por un texto legislativo o no respeta su propia reglamentación o no adopta las medidas adecuadas para evitar accidentes...”<sup>59</sup>.

Debbasch cita en la jurisprudencia francesa: “Hay falta si se dan informaciones erróneas... Lo mismo se aplica a las promesas: aquellas, si son suficientemente precisas, acarrear la responsabilidad de la administración, cuando no son cumplidas”<sup>60</sup>.

El más reciente trabajo en Chile –con examen de jurisprudencia– es el de Jorge López Santa María<sup>61</sup>. “Empero, la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva. Según la sentencia del Tribunal Supremo Español, de 1991, a la cual hice alusión en la nota 7, “la única circunstancia exonerante es la fuerza mayor”.

Basta, por lo tanto, la causalidad material como factor de atribución de la responsabilidad.

A mi entender, si la acción u omisión de la Administración o su retardo causan daños, eso es suficiente para que las víctimas deban ser indemnizadas.

La falta de servicio es un resultado; es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia.

“La falta de servicio es la ineficiencia externa del Estado o de los Servicios descentralizados” (página 35).

<sup>59</sup> Charles Debbasch: *Institutions et Droit Administratifs*, Presse Universitaires de France, tome 2, Paris, 1978, p. 260.

<sup>60</sup> Sect., 24 avril 1964, Sté de Huileries de Chaumy, Rec, 245, concl. Braibant). En referencia al derecho inglés puede consultarse K.C. Wheare: *Maladministration and its remedies*, Stevens and Sons, London, 1973.

<sup>61</sup> Jorge López Santa María: Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente. Cuadernos jurídicos. Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, N° 10, marzo de 1998:

La jurisprudencia chilena –analizada por Soto Kloss, Caldera, Pierry– muestra que se ha aceptado indemnizar al administrado, sea basándose en el perjuicio causado en la actividad lícita de la administración, sea considerándose que se ha impuesto una carga pública para un beneficio social.

La sentencia Lapostol con Fisco<sup>62</sup> dice en su considerando 7°: “Que si nadie puede ser privado de lo suyo si no es por sentencia judicial o por expropiación, se halla justificado que aquí lo ha sido el demandante sin haberse observado ninguno de los requisitos prescritos por la Constitución Política, si establecido está asimismo que la prohibición impuesta por la fuerza pública se debió a orden de autoridad competente y a que se hizo indispensable a un servicio público dependiente del demandado, es de todo punto de vista evidente que a este corresponde indemnizar los perjuicios ocasionados al demandante y consiguientemente que puedan estos ser regulados según ha sido dispuesto en lo resolutivo del aludido fallo”.

La sentencia de la Corte Suprema en el caso Comunidad Galletué<sup>63</sup> es particularmente ilustrativa de la indemnización debida por acto ilícito del legislador y del administrador, por lo que me permito transcribir lo esencial: “Considerando 10° ... e) Desde el 16 de abril de 1976, fecha en que se publicó el Decreto Supremo N° 29 y en obediencia a él, los propietarios demandantes paralizaron la explotación de los bosques de su predio Galletué, en circunstancia que habían estado explotando la araucaria por más de 10 años, con un total de 1.200.000 pulgadas, con autorización de la autoridad respectiva, desarrollando el plan prefijado;”

“Considerando 11°. Que, dada la naturaleza y entidad de los hechos que el fallo asienta y que recién se han sintetizado tenía que concluirse que la demanda era atendible: la prohibición del Decreto Supremo N° 29, aunque loable y oportuna porque esos bellos, nobles e históricos árboles estaban en vías de extinción, y aunque basada en la ley, redundaba en perjuicios para el propietario sin que sean indemnizados por el Estado, autor de la decisión, conforme a los principios de la equidad y justicia”.

<sup>62</sup> Casación en el fondo, 8 de enero de 1930), RDJ, tomo 27.

<sup>63</sup> Corte Suprema, 7 de agosto de 1984 –Casación en el fondo– Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 81 (1984) II, 5°, páginas 181-189.

“Considerando 12°. Que la razón de equidad enunciada se refuerza grandemente si se atiende a que la propia Constitución Política junto con reconocer determinados derechos fundamentales, entre los que se halla el derecho de dominio, los resguarda estableciendo la responsabilidad del Estado si ellos se vulneran por acto de la autoridad, de la administración o por los legisladores, aludiendo en algunos preceptos concretamente a la obligación del Estado de pagar los perjuicios. Así el artículo 19 N° 7 letra e) de la Carta dispone que una vez dictado el sobreseimiento definitivo o sentencias absolutorias, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado si la Corte Suprema declara injustificadamente errónea o arbitrario el acto de procesamiento o de condena; y es particularmente interesante recordar que a pesar de que el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política acepta que las garantías constitucionales puedan sufrir limitaciones durante los estados de excepción, el artículo 41 en su número 8° prescribe que las requisiciones que se lleven a efecto en estos estados y que sean permitidos, darán derecho a indemnizar en conformidad a la ley, añadiendo que también darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio y con ello cause daño y si esto ocurre la indemnización será procedente si la limitación al dominio es dispuesta por la ley o las autoridades en estado normal constitucional y no de excepción”.

La indemnización de perjuicios en el caso de falta de servicio constituida en la especie, por la omisión de llamar a licitación y consiguientemente el impedir el cobro del premio del postulante, tanto el lucro cesante como el daño emergente. Cubre asimismo el daño moral, sobre todo debido al hecho que el postulante pudo vender su derecho al premio, en conformidad al inciso final del artículo 8° del Reglamento: “El postulante podrá presentarse también a la licitación formando parte de un grupo licitante, cediendo expresamente el premio a que aluden los incisos anteriores, a dicho grupo”.

El daño moral ha sido expresamente consultado en el caso de responsabilidad extracontractual ya desde 1944 en sentencia de don Roberto Peragallo Aqueveque con Fisco<sup>64</sup>: “Que una de

las razones que justifican el derecho a la indemnización por daño moral, es el efecto de la disminución de la capacidad para el trabajo, la depresión de la salud o las energías, fenómenos naturales y ordinarios que, por ello, no necesitan ser especialmente probados, ya que la comprobación de su realidad va incluida en la existencia misma de su desgracia ... 2°) Que aún sin contemplar el detrimento de la capacidad productiva ni de la salud ni de las energías, el simple daño moral es también indemnizable...”

Por aplicación de la Ley de Bases N° 18.575 la Corte Suprema aceptó el daño moral en Tirado Zilleruelo, María Eliana con Municipalidad de La Reina<sup>65</sup>.

Como dice en la nota comentario a este fallo, don Eduardo Soto Kloss: “El perjuicio moral en materia de derecho público no solo es el dolor, la aflicción, sino esa perturbación real y concreta que sufre la víctima en su vida normal, personal y de relación, alteración que, significándose un menoscabo de lo suyo y de lo más íntimo de su personalidad, no se encuentra jurídicamente obligada a soportar”<sup>66</sup>.

Finalmente, no cabe que el Ministerio de Obras Públicas proceda a incluir parcialmente obras comprendidas en la proposición original, en licitaciones parcializadas de concesión, pues ello atentaría directamente contra el principio de la buena fe, generando también responsabilidad civil extracontractual.

En esta hipótesis estaría en juego el principio constitucional de la buena fe, contenido a mi juicio en el artículo 7° de la Constitución, al decir su inciso 1° que los órganos públicos deben actuar “en la forma prescrita por la Constitución”.

La “forma prescrita” es bastante más que “las formalidades prescritas”.

La buena fe (vale además el artículo 1546 del Código Civil: Los contratos deben ejecutarse de buena fe) domina todo el derecho de las obligaciones y se extiende también al ejercicio de toda clase de derechos, tanto en el ámbito del derecho público como del privado,

<sup>65</sup> R.D.J., tomo 78, N° 1, enero-abril 1981, V, página 35.

<sup>66</sup> *Ibidem*. Véase asimismo la sentencia del Tercer Juzgado Civil de Valparaíso en la causa Uribe y otros, con Fisco y otro, de 28 de noviembre de 1995, en un caso de transfusión y contagio del sida y en el caso Leonel Beraud contra Fisco y otro, Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de septiembre de 1995, Corte Suprema, sentencia del 20 de junio de 1996.

<sup>64</sup> Casación 8 de noviembre de 1944.

puesto que constituye un principio general de derecho.

Como dice Luis Díez-Picazo en sus Fundamentos del Derecho Patrimonial Civil, 1978, "la buena fe es aquella conducta que revela la posición moral de una persona respecto de una situación jurídica. Es un arquetipo de conducta social, la libertad en los tratos, el proceder honesto, esmerado, diligente, esto es, guardar fidelidad a la palabra dada, no defraudar la confianza de los demás, no abusar de la confianza de los otros, conducirse conforme cabe esperar de cuantos con honrado proceder intervienen en el tráfico jurídico".

La administración del Estado no puede, entonces, dejar sin efecto la proposición aceptada y el premio otorgado, mediante el expediente de efectuar licitaciones parciales de obras comprendidas en la obra premiada, alterando substancialmente su contenido y objeto, pues ello es contrario a la buena fe.

Habría, por lo menos, tres cláusulas del principio de la buena fe que se verían afectadas:

- a) El *venire contra factum proprium*, por cuanto la administración alteraría de un modo abrupto, sin gradualidad y sorprendiendo al postulante la conducta anterior mantenida durante varias licitaciones.
- b) El *inciviliter agere*, pues tal comportamiento administrativo produciría graves perjuicios a los derechos del premiado que bien podría decirse que el Estado Administrador se burla de él, que está actuando *inciviliter ac inusitatum*, esto es, como dijeron los glosadores: "Una cosa así no la efectúa una persona medianamente decente".
- c) El *tu quoque*, ya que la posición del administrador que se vería libre de los compromisos contraídos, habría sido adquirida mediante un comportamiento contrario a la ley y a la ley del convenio, lo que llevaría a la nulidad de estas licitaciones parciales por concesión, pues como enseña la preclara Bolonia y a lo menos desde el siglo XII: "Solamente la propia fidelidad jurídica puede exigir fidelidad jurídica".