

Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la administración. Criterios para su delimitación

Administrative contracts in the strict sense and private contracts of the administration. Criteria for its delimitation

Karen R. Asenjo A.¹

El presente artículo intenta resolver dos de los problemas que se advierten en la interpretación del contrato administrativo, dada la dispersión normativa y la carencia de tribunales contencioso administrativos que permitan condensar esta materia. Un primer problema es la indeterminación del régimen jurídico aplicable a los contratos administrativos en la fase de ejecución, para lo cual, tomando como base los aportes previos de la doctrina, voy a partir por proponer criterios que permitan diferenciar entre el contrato administrativo en sentido estricto y el contrato privado de la Administración. Un segundo problema es el uso preeminente de reglas civiles que, en conjunto con la pretendida supletoriedad general del Código Civil, plantean la necesidad de revisar el estatuto jurídico supletorio de los contratos administrativos en silencio de regla expresa, para lo

This article tries to solve two of the problems that are noticed in the interpretation of the administrative contract, given the normative dispersion and the lack of contentious-administrative courts that allow condensing this matter. A first problem is the indeterminacy of the legal regime applicable to administrative contracts in the execution phase, for which, based on the previous contributions of the doctrine, I am going to start by proposing criteria that allow to differentiate between the administrative contract in the strict sense and the private contract of the Administration. A second problem is the preeminent use of civil rules that, together with the alleged general supplementary nature of the Civil Code, raise the need to review the supplementary legal status of administrative contracts in silence of

RESUMEN / ABSTRACT

¹ Abogada y Docente de la carrera de Derecho en la Universidad de los Lagos. Mg. en Derecho mención Derecho Público y Mg. en Derecho y Constitucionalismo ambos de la Universidad Austral de Chile. Doctoranda de la misma casa de estudios. Dirección Postal Avda. Fuchslocher 1305. Osorno, Chile. Correo electrónico: karen.asenjo@ulagos.cl.

Artículo recibido el 15 de febrero de 2022 y aceptado el 5 de mayo de 2022.

cual voy a fundamentar la interpretación preferente en base a reglas y principios de la contratación en el Derecho público y la aplicación supletoria de reglas civiles en defecto de lo anterior.

Palabras clave: contratación administrativa, contrato privado de la Administración y contrato administrativo en sentido estricto.

express rule, for which I am going to base the interpretation based on the rules and principles of contracting in public law and the supplementary application of civil rules in the absence of the foregoing.

Keywords: administrative contracting, private contract of the Administration and administrative contract in the strict sense.

I. Introducción

Partiremos de la premisa que la Administración en el ejercicio de sus funciones contrata y no todos los contratos que ella celebra se rigen íntegramente por unas mismas reglas, de hecho, se observa la presencia de cuerpos normativos que regulan pormenorizadamente el contenido y efectos de ciertos contratos, mientras que en otros casos el legislador remite dicha actividad a las reglas de Derecho privado. Ello se debe a que nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación que concentre toda la actividad contractual de la Administración del Estado². En su lugar, la regla matriz en esta materia, se encuentra en el artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE³) y se limita a indicar los mecanismos de selección del co-contratante de la Administración (licitación pública, licitación privada o trato directo) y los principios que deben regir a la licitación pública (la libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y la igualdad ante las bases que rigen el contrato). Esta regla procedimental, también denominada “zona común” de la contratación administrativa⁴, que regula la fase precontractual o de formación del contrato, ha

² Como ocurre en países de la Unión Europea luego de la entrada en vigencia de las Directivas N° 23, 24 y 25 de 2014 sobre contratación pública, que los ha obligado a condensar la regulación interna en función de tales reglas. Dicha dispersión, a su vez, ha sido criticada por el Banco Mundial desde el año 2004, pues genera espacios de corrupción, elevando la necesidad de nuestro país de contar con un estatuto jurídico unificado, integral y sistematizado que gobierne las adquisiciones de la Administración (Banco Mundial 2004,11). Dicha reforma es la que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso Nacional: Boletín 14137-05, Proyecto de Ley que Moderniza la Ley N° 19.886, de 2004 y otras leyes.

³ Esta referencia alude al DFL 1/19.653 de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fija Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁴ Respecto a la idea de “zona común”, ver: DE SOLAS RAFECA 1990, 141 y ss. ARIÑO 2007, 93, y García de Enterría y Fernández 2017, T I, 737. Por otro lado, es importante señalar que estas técnicas de contratación mencionadas en el artículo 9 de la LOCBGAE, han sido “desarrolladas” por la Ley N° 19.886, de 2004 y su reglamento, haciendo exigible a todos los órganos de la Administración la obligación de publicar la información de sus contrataciones a través de un Sistema de Información de Compras y Contratación Pública administrado por la Dirección de Compras y Contratación Públicas (DCCP). Respecto de aquellos contratos excluidos de su aplicación, rige supletoriamente la Ley N° 19.886, de 2004, de acuerdo a lo sostenido por la Contraloría General de la República (CGR) en los Dictámenes N°s 59.566 (2004); 53.520 (2008); N° 38.794 (2009); 35.844 (2012).

permitido la construcción de un concepto amplio de contrato administrativo que alberga todos los contratos suscritos por un órgano de la Administración del Estado (en el sentido amplio fijado por el artículo 1 de la LOCBGAE⁵) y un particular⁶, que es agente colaborador al servicio de un interés público. Esta regulación, dada su amplitud no se hace cargo de la fase posterior a la suscripción del contrato o de ejecución contractual, en la que se observa una dispersión normativa importante y en la que hay contratos que se rigen por reglas de derecho común, y otros por reglas administrativas especiales.

Al escenario normativo antes descrito, se debe agregar la ausencia de una jurisdicción contenciosa administrativa que, en materia contractual, centre el conocimiento y resolución de los conflictos que surjan desde la fase de construcción del contrato hasta la total y completa ejecución del mismo. Existen desde instancias arbitrales, hasta instancias internacionales de solución de conflictos en materia administrativa contractual, en un escenario tan disperso como confuso que contribuye a la indeterminación jurídica que existe respecto del régimen jurídico aplicable al contrato⁷. Ello se agudiza al observar el modo en el que los tribunales de justicia resuelven los conflictos de esta naturaleza, ya que cada vez con más frecuencia utilizan reglas de la contratación civil para interpretar y resolver conflictos en los que ya existen reglas y principios en el campo del Derecho Público⁸, suprimiendo toda la construcción doctrinal existente en torno a la figura del contrato administrativo.

Lo anterior genera dos tipos de problema: un primer problema que denominaremos de indeterminación del régimen jurídico aplicable a la fase de ejecución del contrato; y otro, que es accesorio del anterior, que denominaremos de indeterminación del estatuto normativo supletorio de los contratos administrativos en silencio de regla expresa, y que se vincula a la incidencia

⁵ En sentido amplio, se refiere a todos los indicados en el artículo 1° de la LOCBGAE, de acuerdo a Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 39 (1986). Asimismo se ha manifestado la CGR en los Dictámenes N°s 29.401 (1984); 12.251 (1993); 46.532 y 14.540 (2000), y 57.215 (2006), a partir de la historia fidedigna del establecimiento del artículo 9 de la LOCBGAE.

⁶ Se excluye de la clasificación en estudio a los contratos interadministrativos, esto es, aquellos que se celebran entre órganos de la Administración del Estado.

⁷ Así, ciertos conflictos son de competencia de comisiones arbitrales (en materia de concesión de obra pública [artículo 36 y 36 bis del Dto. N° 900, de 1996]; Financiamiento Urbano Compartido [artículo 21 de la Ley N° 19.865, de 2003]; Concesiones Portuarias [artículo 18 de la Ley N° 19.542, de 1997]). Otros, limitados a la fase de licitación del contrato, son de competencia del Tribunal de Contratación Pública (TCP) de acuerdo a la Ley N° 19.886, de 2004 (respecto de las limitaciones, ver: CONCHA 2016, 290-292, y LARA Y GARCÍA-HUIDOBRO 2013, 410-411). Finalmente, de forma general y residual, todos los restantes asuntos son del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia, conforme a lo dispuesto en el artículo 38 inciso 2° de la CPR, luego de la reforma del año 1989. Ferrada 2011, 131. Cabe agregar que si el co-contratante es una empresa extranjera perteneciente a un país con el cual el Estado mantenga un tratado internacional de inversiones, es posible que el asunto contractual sea de conocimiento y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) de acuerdo a la jurisprudencia de esta en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones. MEREMINSKAYA 2010, 37-64.

⁸ Carolina Pincheira ha efectuado un estudio jurisprudencial al respecto, en: PINCHEIRA 2019, 79-111. Para un análisis de los principios propios de la contratación administrativa, ver: BERMÚDEZ 2014, 247-257. CORDERO 2015, 430-435. ARIÑO 1968, 222-240.

de las reglas de la contratación civil respecto del contrato administrativo, a partir de la pretendida supletoriedad general del Código Civil (CC) respecto de la legislación especial.

Respecto del primer problema, la doctrina nacional distingue entre los contratos administrativos en sentido estricto y los contratos privados de la Administración, según el régimen jurídico de Derecho público o privado aplicable al contrato⁹. Cabe hacer presente que dicha clasificación ha sido importada del sistema franco español¹⁰, en el cual surge con el objeto de identificar el tipo de jurisdicción competente para cada contrato, además de gozar de reconocimiento legal expreso en el Derecho español¹¹; ambas son circunstancias que aun cuando no se den en nuestro derecho (porque no hay tribunales contencioso-administrativos con competencia en la fase de ejecución del contrato, y porque no hay reconocimiento legal de esta clasificación), no significa debemos prescindir de dicha clasificación, al contrario, debemos revisarla. Y si nos preguntamos el porqué es importante esta clasificación, la respuesta está en que ella indica el conjunto de las reglas y principios aplicables al contrato en silencio de las partes, las que son diversas en uno u otro régimen jurídico¹².

En este punto, pretendo ofrecer criterios de identificación de uno u otro tipo de contrato, lo que ha de tener incidencia desde el proceso de elaboración de las bases de licitación (informando a los órganos de la Administración el marco jurídico que deben observar en la confección de las mismas¹³), hasta la resolución de conflictos que puedan surgir de la ejecución del contrato y la extinción de los mismos¹⁴, informando a los órganos jurisdiccionales que dependiendo del tipo de contrato que suscriba la Administración, ha de aplicar uno u otro régimen jurídico. Así, a partir de una labor de reconstrucción

⁹ Dependiendo de si el conjunto de reglas y principios son de Derecho público (contrato administrativo en sentido estricto) o de Derecho privado (contrato privado de la Administración); MORAGA 2010, 324-326.

¹⁰ En cuanto a la procedencia de esta clasificación, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA 1963, 271. En cuanto al origen de la clasificación, ver: Villar PALASÍ 1969, 28. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2017, T I, 729. DE SOLAS RAFECAS 1990, 24. CARRETERO 1964, 107.

¹¹ La Ley N° 9/2017 identifica los criterios de identificación del contrato administrativo en sentido estricto y del contrato privado de la Administración. Por su parte, en el sistema Francés, luego de la entrada en vigencia del "*Code de la Commande publique*" el año 2019, la diferencia entre ambos contratos se desvaneció. AMILHAT 2020, 4.

¹² Para Coviello el porqué de esta distinción dice relación con el ejercicio de prerrogativas de poder público de la Administración que ostenta en el contrato administrativo, mas no en el de Derecho privado. COVIELLO, 2010.

¹³ Será el marco jurídico aplicable al contrato, aquél que informe a la Administración los límites al ejercicio de potestades que debe observar en la elaboración de las bases de licitación y la validez de las mismas. Por su parte, la CGR, en el marco de la toma de razón de bases de licitación, puede rechazar su aprobación si estas contravienen el marco jurídico que han debido observar en su elaboración, entre otros, ver los siguientes Dictámenes N° 47806 (2014); N° E113163 (2021); y N° E72477 (2021).

¹⁴ Juan Carlos Flores observa esta problemática, a propósito de la contratación administrativa de las empresas públicas. FLORES 2021b, 126 y ss.

de las diversas soluciones propuestas por la doctrina tanto nacional como comparada, pretendo proponer criterios de identificación basados en la presencia de un presupuesto orgánico y uno material que permitirán contribuir en la delimitación entre ambas categorías. Finalmente, agrego un apartado un análisis de cómo se expresa la modificación de contrato en uno y otro tipo contractual, a fin de mostrar las diferencias entre ambos.

Respecto del contrato administrativo en sentido estricto, veremos se presenta un segundo problema vinculado a la incidencia de las reglas civiles en la interpretación del mismo. Hago la prevención que no se trata aquí de sostener la completa autonomía del contrato administrativo respecto del CC, dada la existencia de reglas e instituciones que solo se encuentran reguladas en dicho cuerpo normativo, como en materia de prescripción, responsabilidad, entre otros¹⁵. Sino más bien, el problema que se intenta revisar acá dice relación con el uso de reglas civiles respecto de asuntos que se hallan expresamente reguladas en el derecho administrativo, o bien, de los cuales existen construcciones dogmáticas acordes a la especialidad de este tipo de contratación que, parece, debieran ser interpretadas acorde a ellas y no a reglas civiles por las razones que pretendo explicar en dicha parte del texto.

II. Especialidad de la contratación administrativa

En Derecho privado, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual permite a las partes pactar libremente el contenido y efectos de las obligaciones que han de asumir producto de dicho vínculo contractual¹⁶. El contrato es, ante todo, una fuente del derecho creadora de normas de carácter particular, puesto que una vez suscrito su contenido es obligatorio e inmutable siendo Ley para quienes le suscriben, de acuerdo al artículo 1545 CC¹⁷. En cambio, en el campo del Derecho Público, las relaciones jurídicas bilaterales que pueda pactar la Administración, por ser un sujeto público, debe necesariamente adecuarse –en su configuración formal y material¹⁸– al principio de legalidad y juridicidad de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República (CPR), al principio de probidad y transparencia del artículo 8 del mismo cuerpo normativo, y desde una óptica finalista, dicho acto debe propender al bien común mediante la satisfacción de un interés público, de acuerdo al artículo 1 inciso 4° del texto constitucional (estar al servicio de la persona humana y promover el bien común).

¹⁵ En esta línea, ver: MORAGA 2019, 39.

¹⁶ LÓPEZ y ELORRIAGA 2010, 191 y ss.

¹⁷ BARCIA 2006, 159-185.

¹⁸ Aquí hacemos alusión a la necesidad de adecuación competencial (la existencia de un poder de contratar asignado al órgano en cuestión), procedimental (la adecuación de la actuación administrativa a la Ley N° 19.880, de 2003), y presupuestaria (adecuación al D.L. N° 1.263, de 1975, a la Ley de presupuestos respectiva, entre otras reglas) que tiene la actuación administrativa y que va más allá del texto del contrato.

Como se observa, la libertad de pactos que se conoce en el ámbito privado, no puede predicarse con la misma intensidad respecto de las actuaciones en las que forme parte la Administración del Estado, por una serie de restricciones presupuestarias, procedimentales y competenciales que la rigen¹⁹, lo que ha llevado desde su origen a plantear la necesidad de su teorización. Si bien, al inicio son razones de carácter práctico-procesal las que justifican dicha construcción, con el objeto de extraer el conocimiento de estos contratos desde la jurisdicción civil ordinaria y llevarla a la jurisdicción contenciosa-administrativa²⁰; más tarde, serán regulaciones normativas especiales²¹, unida a otros factores que veremos a continuación, los que justifican su teorización.

El eje sobre el cual orbita el contrato administrativo es diverso de aquél que caracteriza el contrato entre privados. En efecto, la Administración del Estado usa esta técnica de concertación –de intercambio de bienes y servicios– con el objetivo de poder cumplir los fines de interés público que le han sido conferidos por la CPR y las leyes²², cada vez que el Estado no pueda por sus propios medios concretar tales fines; transformando al particular en un agente colaborador al servicio de un interés público²³. Esto supone, a su vez, dos cosas: por un lado, que la Administración no puede despojarse de la gestión del interés público, posición que le es irrenunciable, y cuya responsabilidad no puede verse condicionada por los contratos que vaya celebrando²⁴. Por otro lado, que el compromiso que asume el particular con dicha gestión es más elevado, pues “se extiende a todo lo que es absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público con el cual consiente en colaborar”²⁵. Como se observa, este tipo de contrato gira en torno a un interés público que se eleva por sobre los intereses individuales, y que transforma a dicho interés en un principio autónomo de interpretación del contrato, presumiendo una interpretación finalista, por

¹⁹ Para Cordero, la actuación administrativa es una actividad “típica” ya que debe ajustarse a los límites normativos impuestos por el ordenamiento jurídico y que son de índole organizacional, competencial, procedimental, presupuestaria, y finalista o teleológica. CORDERO 2015, 35 y 78.

²⁰ Para Colmeiro, había razones de conveniencia práctica para sostener aquello, fundadas en que la defensa del interés público, la exactitud y celeridad del servicio, la economía en los gastos, entre otros, recomiendan la jurisdicción administrativa con preferencia a la ordinaria requiere, pues si dependiera de esta última, se entorpecería la marcha rápida y eficaz de la Administración. COLMEIRO 1865, 110. En el mismo sentido, ver: PARADA 2018, 95 y ss. Villar PALASÍ 1969, 15. AMILHAT 2014, 180.

²¹ Como la Ley de Contratos del Estado española del año 1965 que recoge la distinción entre ambos tipos de contratos de forma expresa. DEL SAZ 2018, 546-547.

²² SOTO KLOSS 1978, 577. Dicha finalidad encuentra sustento a nivel legal en el artículo 3º de la LOCBGAE.

²³ MORAGA 2010, 283.

²⁴ ARIÑO 1968, 227. En el mismo sentido, ver: ENTRENA 1957, 66.

²⁵ *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017). Moraga dirá que esta extensión en el compromiso del contratista se explica por la teoría de las obligaciones inherentes. MORAGA 2019, 219.

sobre la subjetiva o voluntarista al modo civil que gira en torno a intereses privados²⁶.

En el plano nacional, la mayoría de la doctrina²⁷ reconoce al contrato administrativo como una realidad²⁸, como una figura que –pese a la dispersión normativa– se construye a partir de reglas y principios de Derecho público que le dan una fisonomía particular y diversa a la del contrato civil²⁹. A partir de ello y luego de un trabajo de reconstrucción de tales esfuerzos doctrinales, podemos sintetizar las características o particularidades que moldean el contrato administrativo, en las siguientes³⁰:

(1) hay un concierto de voluntades entre un órgano de la Administración del Estado y un particular;

(2) se presenta una desigualdad de intereses [y más precisamente desigualdad de fines³¹] entre las partes;

(3) por su intermedio se vincula a un particular con la gestión de un servicio público;

(4) el fin que persigue es la satisfacción de un interés público³²;

(5) se rigen por normas de derecho público, tanto por la ley que rige cada contrato, como por el conjunto de normas que determinan la validez de los actos de la Administración en virtud del principio de legalidad;

(6) la preeminencia de la Administración, se refleja en la posición supraordenadora que tiene esta respecto del contrato³³, la que –a su vez– es consecuencia de la existencia de prerrogativas de poder público (también conocidas como potestades exorbitantes) otorgadas a la Administración por

²⁶ Villar Palasí 1969, 169. Estamos ante una interpretación diversa de la contenida en el artículo 1560 del CC que acude a la intención de las partes. A modo de ejemplo, *Ahimco con Municipalidad de Cerrillos* (2021), la Corte vincula el fin que persiguen las estipulaciones contenidas en las bases de licitación, con el fin público que persigue el actuar de la Administración, en una interpretación que “repele todo obrar que impida el cumplimiento de tal objetivo”.

²⁷ En este sentido ver los siguientes trabajos: IRIBARREN 1936, 66 y ss. VARAS 1948, 288 y ss. SILVA CIMMA 1962, 163 y ss. AYLWIN 1963, 110 y ss. SOTO KLOSS 1978, 577 y ss. OELCKERS 1979, 135-160. MORAGA 2007, 29 y ss. PANTOJA 2008, 38 y ss. CONCHA 2012, 35 y ss. BERMÚDEZ 2014, 238-239. CELIS 2017, 15 y ss.

²⁸ MORAGA 2009, 425-427.

²⁹ En contra de esta doctrina, Arancibia sostiene se trataría de un acto administrativo potestativo que requiere de la aceptación del particular, y no de un contrato. ARANCIBIA 2019, 27-53.

³⁰ Los diversos autores en la esfera nacional los han identificado como características directamente: SOTO KLOSS 1978, 578. POBLETE 2010, 80-81. CELIS 2017, 25-30. SILVA CIMMA 1992, 166-167. Otros autores, los identifican como principios orientadores de la contratación administrativa, entre ellos, ver: BERMÚDEZ 2013, 247-257. CORDERO 2015, 430-435. Para Moraga, no son elementos concluyentes de calificación del contrato, sino meramente auxiliares del intérprete pues es una posición personal. MORAGA 2019, 66-67.

³¹ CELIS 2017, 26. BERMÚDEZ 2014, 247-248.

³² Las características (3) y (4) se extraen –además– de la obra de Patricio Aylwin en: AYLWIN 1963, 114.

³³ SOTO KLOSS 1963, 577. CORDERO 2015, 434-435.

el ordenamiento jurídico y que colocan al particular en un plano de sujeción al poder público, fundado en el bien común³⁴;

(7) por último, el complejo escenario de riesgos que implica el ejercicio de potestades exorbitantes por parte de la Administración, genera como contrapunto el principio del equilibrio económico o equivalencia de las prestaciones, que busca proteger al particular de los abusos que pueda cometer la Administración en su ejercicio (al ejercer las potestades de modificación o término unilateral de contrato por razones de interés público) y que la obligan a compensar los perjuicios que con su actuación pudiera generar en el contratante particular³⁵. Muchas de estas compensaciones están expresamente tratadas al momento de otorgar las potestades, como en materia de modificaciones de obras o de concesión de obra pública³⁶.

III. La indeterminación del régimen aplicable a la fase de ejecución y extinción del contrato administrativo y el uso excesivo de reglas civiles en la interpretación del contrato administrativo en casos regulados por el derecho administrativo

Conforme al contexto de dispersión normativa y jurisprudencial en el que se desenvuelve la contratación administrativa en Chile descrito al comienzo del presente trabajo, podemos observar la existencia de diversos tipos de estatutos contractuales que regulan el contenido y efectos del contrato en la fase de ejecución. Hay normativas que derivan la regulación del contenido y efectos de ciertos contratos íntegramente a las reglas de Derecho privado³⁷; otras que regulan de forma parcial ciertos aspectos del contrato a partir de reglas

³⁴ Estas prerrogativas son: (a) Potestad de Dirección del contrato en la ejecución del mismo; (b) Potestad de Inspección que habilita a la Administración a fiscalizar y controlar el cumplimiento del contrato; (c) Potestad Sancionatoria que opera ante un incumplimiento de la contraparte; (d) Potestad Modificatoria del contrato, que le permite a la administración variar el contenido del contrato por razones de interés público; (e) Potestad interpretativa del contrato que le permite fijar el contenido y alcance; (f) Potestad de poner término anticipado al contrato o de decretar la nulidad de sus actos mediante la invalidación de oficio (artículo 13 de la Ley N° 19.886, de 2004 y artículo 53 de la Ley N° 19.880, de 2003). Todas ellas, sin perjuicio de la existencia de recursos administrativos y del control de la CGR. POBLETE 2010, 82.

³⁵ Este también es concebido como principio, e iría de la mano del riesgo imprevisible (teoría de la imprevisión) que van de la mano de la obligación de indemnizar de parte del Estado. ARIÑO 1968, 241 y ss.

³⁶ A modo de ejemplo: los artículos 102, 146 y 147 del Decreto N° 75, de 2004 o el artículo 28 ter del Decreto N° 900, de 1996.

³⁷ A modo de ejemplo, el artículo 2 inciso final del D.F.L. N° 1, de 1993 sostiene que los actos y contratos de la Empresa de Ferrocarriles del Estado se regirán por el Derecho Privado. En el mismo sentido, respecto de la Corporación Nacional del Cobre, el artículo 1 inciso 2° del D.L. N° 1350, de 1976 que crea dicha entidad, somete su actuar a sus Estatutos y, en silencio de ellos, a las normas de las sociedades anónimas abiertas y la legislación común; el artículo 2° de la Ley N° 9.618, que crea la Empresa Nacional del Petróleo; Los artículos 24 y ss., de la Ley N° 19.132 que crea la empresa Televisión Nacional de Chile; y el artículo 9 de la Ley N° 19.542 que Moderniza el Sector Portuario Estatal.

de Derecho público³⁸, hasta llegar a cuerpos normativos que regulan directa y detalladamente algunos de estos contratos el campo del Derecho público³⁹.

De la mano de la normativa contractual antes expuesta, existe un complejo sistema de normas de Derecho público que regulan el actuar de los órganos de la Administración, y que a partir del principio de legalidad (artículo 7 de la CPR), condicionan la validez de su actuación. En efecto, la acción administrativa requiere de habilitaciones normativas, también denominadas potestades, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación y que, naturalmente, extienden el contenido del contrato administrativo más allá del solo tenor de su texto⁴⁰. Ambos factores inciden en el conjunto normativo que se debe tener a la vista en la elaboración de las bases de licitación, durante todo el íter contractual y, con mayor razón, respecto de la revisión judicial de las actuaciones desplegadas durante la fase de ejecución del contrato.

En ausencia de un estatuto jurídico concentrado y claro de reglas que determinen el régimen jurídico aplicable a los contratos en su fase de ejecución, del análisis caso a caso surge la pregunta ¿qué hacer en caso de ausencia de regla? ¿Se puede acudir a otro cuerpo normativo de derecho público que por analogía contemple una solución al problema o se debe derechamente acudir a las reglas civiles de contratación? A *prima facie*, parte de esta pregunta encuentra respuesta en la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado N° 19.880, de 2003 y la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios N° 19.886, de 2003, ya que ellas permiten completar vacíos de índole procedimental tanto de los actos administrativos que se dicten como parte de la ejecución del contrato, como de los procedimientos de contratación ejecutados por la Administración, dada su aplicación supletoria⁴¹. En lo no contemplado por reglas de Derecho público, parece evidente la necesidad de acudir a reglas supletorias civiles. Sin embargo, veremos, se aprecia cierto exceso de aplicación de tales normas en desmedro de reglas y principios de Derecho público que permitirían solucionar el conflicto (preferencia más que supletoriedad).

³⁸ El DS N° 541, de 1996 del Ministerio de Bienes Nacionales que regula la contratación de ejecutores externos en el marco del Reglamento del Decreto N° 2.695, de 1979.

³⁹ Tales como: la Ley N° 19.886, de 2004; la Ley de Concesiones de Obras Públicas, Decreto N° 900, de 1996; la Ley de Concesión de Servicio Público, DS N° 956, de 1999; el Decreto N° 75, de 2004 que regula el contrato de obra pública; el DS N° 236, de 2002 que Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para Los Servicios de Vivienda y Urbanización; y la Ley N° 19.865 Sobre Financiamiento Urbano Compartido.

⁴⁰ La jurisprudencia contralora ya había sostenido con anterioridad que el contrato no se agota en la letra del mismo, sino que se extiende a todos los antecedentes de la licitación, entre otros. Dictámenes N°s 11.788 (2008), N° 17.738 (2016), y N° 29.552 (2018) la CGR.

⁴¹ La CGR en Dictamen N° 53.520 (2008), ha interpretado las reglas de la Ley N° 19.886, de conformidad con el artículo 3 letra e), como normas comunes aplicables a otros contratos administrativos. FLORES 2020, 93-124.

La jurisdicción civil adquiere un rol protagónico en la resolución de los conflictos surgidos en la fase de ejecución del contrato⁴², la cual –señala Carolina Pincheira– refleja una preeminencia en el uso de normas civiles por sobre lo establecido en la Ley y en las normas de Derecho público, resolviendo generalmente con énfasis en principios generales del derecho y asimilaciones a instituciones propias del derecho privado⁴³. En el mismo sentido, Gladys Camacho observa cómo se invoca la “Ley del contrato” como eje para resolver controversias en la interpretación de los contratos administrativos, remitiéndose al CC, dado el vacío normativo que se padece en esta materia⁴⁴.

Así las cosas, se advierte el enjuiciamiento del ejercicio de potestades públicas bajo una lógica civil contractual, en el que pese a existir un conjunto de reglas de Derecho público que regulan dicho contrato y determinan la validez de la actuación administrativa en dicho contexto, se prefiere determinar la validez de dicha actuación en función de reglas y principios del CC. Prueba de ello es la Sentencia de la Corte Suprema (CS) de 30 de julio de 2021⁴⁵, que equiparó la potestad de la Administración para rescindir unilateralmente el contrato establecida en el artículo 13 letra e) de la Ley N° 19.886 (LBCA) con una cláusula penal –ni siquiera resolutoria– del orden civil⁴⁶. Este tipo de pronunciamientos, en un contexto en el que tanto la doctrina administrativista nacional⁴⁷, la jurisprudencia de la CGR⁴⁸, y la propia jurisprudencia de los tribunales de justicia⁴⁹, sostienen se trata de una potestad pública, dificultan la caracterización de los contratos administrativos, oscurecen la identificación

⁴² Dada la limitada competencia del TCP que conoce solo de los conflictos precontractuales, y el papel residual que le cabe a la jurisdicción ordinaria en el contencioso-administrativo a partir de lo dispuesto en el artículo 38 inciso 2° de la CPR. En este sentido, ver: CELIS, 2017, 148-149.

⁴³ PINCHEIRA 2019, 79-111. En él observa que existen tribunales que aplican intuitivamente reglas civiles sin considerar aspectos particulares del derecho administrativo, citando un par de sentencias. En el mismo sentido, pero en defensa de dicha aplicación, Ver: CONCHA 2013, 467-476.

⁴⁴ CAMACHO 2021, 169.

⁴⁵ SEMKAT Ltda. Con Municipalidad de Santiago (2020).

⁴⁶ SEMKAT Ltda. Con Municipalidad de Santiago (2020), c 10°. Las potestades públicas son ejercicio de un poder-deber que emana del ordenamiento jurídico, mientras que las cláusulas penales han sido analizadas por la dogmática civil como un contrato accesorio, de manera que es un acuerdo creador de derechos y obligaciones. En otras palabras, se trata como potestad al derecho subjetivo que emana de la cláusula penal. Respecto de la naturaleza jurídica de las multas, ver: PUGA, 2019. FLORES, 2021c, 141-142. AGUILERA, 2021, 9-12. Esta asimilación implica tratar potestades públicas como derechos subjetivos, cuestión que para Ariño Ortiz, es fundamental de distinguir, pues “el derecho subjetivo se agota normalmente con su ejercicio; la potestad, en cambio, es inagotable, en el sentido de que el ejercicio de ella no la consume ni la disminuye”. ARIÑO, 1968, 226. A ello, Aguilera agrega que mientras las potestades son irrenunciables, los derechos subjetivos sí lo son, salvo prohibición expresa. AGUILERA, 2021, 11-12.

⁴⁷ Al respecto ver: MORAGA 2010, 477-501; BERMÚDEZ 2014, 275-276. POBLETE 2010, 82. OELCKERS 1988, 70.

⁴⁸ Entre otros, en los siguientes Dictámenes N° 16.307 (2008), N° 46.532 (2000), N° 23.701 (1999), y N° 32.795 (1996), todos ellos de la CGR. En esta línea, ver: CORDERO 2015, 435.

⁴⁹ Alguna jurisprudencia la trata como ejercicio de potestad exorbitante: *Sociedad de Proyectos y Servicios de Ingeniería Ltda. con Gobierno Regional Tarapacá* (2015) c. 9°. *Municipalidad de Tomé con Constructora de Servicios y Proyectos S.A.* (2011), c. 10°. *Municipalidad de Rancagua con Sociedad Proyecto XXI S.A.* (2014) c 10°.

del régimen jurídico aplicable a las controversias que surgen del mismo y son calificados como una “huida del Derecho administrativo”⁵⁰. El mismo escenario se repite con ocasión de la naturaleza jurídica de las multas contractuales, las que para la CGR⁵¹ y algunos fallos de la CS⁵² constituyen cláusulas del contrato (bajo una lógica de derechos subjetivos) respecto de la cuales se han de aplicar reglas civiles, y no ejercicio de potestad sancionadora; mientras que para la mayoría de la doctrina administrativista⁵³ y cierta jurisprudencia⁵⁴ constituyen ejercicio de potestad pública, respecto de la cual se han de aplicar los principios del derecho administrativo sancionador.

De lo anterior, se observa una tensión en el enjuiciamiento del acto-contrato administrativo, que permite se discutan unos mismos hechos bajo estructuras argumentativas diversas. Si, por ejemplo, se pretende discutir la validez de la actuación administrativa frente a una modificación del contrato, la aplicación de una multa o la terminación anticipada del contrato, es perfectamente posible que dicho conflicto se ventile en sede de responsabilidad contractual⁵⁵ (revisando si el acto configura, o no, un incumplimiento del contrato del artículo 1489 del CC), como en sede de nulidad de derecho público⁵⁶ (revisando la validez de la actuación administrativa), lo que genera –para Gladys Camacho– un escenario de incerteza jurídica⁵⁷. En sentido contrario, para Bermúdez, esta tensión sería aparente pues de acuerdo a la teoría de los actos separables, se permite la valoración individual del acto como del contrato administrativo⁵⁸. Ello, no obstante, no resuelve el escenario de incerteza que se presenta.

⁵⁰ Juan Carlos Flores comenta esta jurisprudencia a la que califica en estos términos, ver: FLORES 2021a.

⁵¹ Entre otros, los siguientes Dictámenes de la CGR: N° 65.248 (2011), N° 73.867 (2012), N° 47.61 (2013), N° 65.791 (2014), y el N° 96.251 (2015), sostienen que la naturaleza jurídica de las multas contractuales no constituye Derecho administrativo sancionador, sino más bien se trataría de una cláusula penal de orden civil.

⁵² *CAS Chile con Municipalidad de la Pintana* (2019), c 9°.

⁵³ La mayoría de la doctrina administrativista da razones para sostener que las multas contractuales no son cláusulas penales: Cristóbal Aguilera, José Luis Lara y Luis García Huidobro, Juan Carlos Flores, Claudio Moraga, Andrés Ruiz y Rosa Gómez, esta última sostiene que al ser una potestad pública, se deben aplicar un conjunto de reglas, principios y garantías de Derecho público. Al respecto, ver: AGUILERA 2021, 1-26. LARA Y GARCÍA-HUIDOBRO 2014, 383. MORAGA 2019, 496 y ss. FLORES 2021b, 137-151. GÓMEZ 2021, 79. RUIZ 2016, 291-297. Un sector minoritario, argumenta que no podría existir una sanción administrativa en el sentido clásico. LLEDÓ y PARDO 2015, 63.

⁵⁴ *Espacio y Jardín Ltda. con I. Municipalidad de Iquique* (2017), c. 5°.

⁵⁵ *Inversiones G.V.G. con Municipalidad de Viña del Mar* (2020), c. 6°.

⁵⁶ *Constructora de Servicios y Proyectos S.A. con Municipalidad de Tome* (2011), c. 10°.

⁵⁷ En *Nahuel con Municipalidad de Corral* (2019), c. 11°, se aplica la nulidad de Derecho público a una compraventa. Asimismo, *Socovesa con Servicio de Salud Arauco* (2018), c. 12°, se rechaza la nulidad de derecho público del acto revocatorio de una modificación contractual debidamente tramitada, en virtud del artículo 61 de la Ley N° 19.880, comparte los argumentos de la Corte de Apelaciones. Sentencias analizadas por: CAMACHO 2021, 170-171.

⁵⁸ BERMÚDEZ 2014, 41.

Los casos antes comentados representan solo una parte del problema, pero es suficiente para dar sentido al presente trabajo. El hecho de que existan reglas que deriven la regulación de contenido y efectos del contrato a reglas civiles, y otros que pormenorizadamente regulen cada aspecto de los mismos, genera espacios de indeterminación respecto de la validez de las actuaciones administrativas contractuales como se observa de los casos antes comentados, de ahí que la clasificación entre contratos administrativos en sentido estricto y privados de la Administración, podría servir de guía en la interpretación de esta figura reduciendo la incerteza anotada.

IV. Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la Administración. Una propuesta de identificación de ambas categorías contractuales

La distinción entre contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la Administración, pese a no tener reconocimiento normativo expreso como el existente en el derecho español⁵⁹, cuenta con un relativo desarrollo doctrinal⁶⁰, y ha sido recogida por cierta jurisprudencia con el objeto de identificar el régimen jurídico aplicable al contrato. En esta línea, la CS ha sostenido que la sola presencia de un órgano de la Administración del Estado, somete la validez del contrato al cumplimiento de las formalidades establecidas en el artículo 9 de la LOCBGAE⁶¹ y a las reglas del Derecho público⁶². Luego, agrega, "resulta indispensable determinar la naturaleza del contrato suscrito, toda vez que ella determinará la legislación aplicable. En efecto, de concluirse que se está en presencia de un contrato administrativo será aplicable toda la normativa de derecho público que regula la suscripción, ejecución y terminación de aquellos, mientras que si se establece que es un contrato privado celebrado por la Administración, este se regirá por el estatuto general aplicable a los contratos suscritos entre particulares"⁶³.

Conforme a lo anterior, esta clasificación distingue dos tipos de contratos celebrados por la Administración dependiendo del régimen preferentemente público o privado aplicable al mismo, habida cuenta de que aun cuando todos los contratos que celebre la Administración se financian con fondos públicos y comprometen, en consecuencia, el interés público, claro es que "no todos ellos" se rigen íntegramente por reglas de Derecho público⁶⁴. En consecuencia, no se trata de una distinción absoluta, en el sentido de esta-

⁵⁹ La Ley N° 9/2017, artículo 9.2 y 26.

⁶⁰ En torno a la clasificación contratos administrativos y privados de la Administración ver: Concha 2012, 45; MERINO 1936, 129 y ss.; BERMÚDEZ 2014, 238; y OELCKERS 1979, 143-144.

⁶¹ *Jaime Sarra con Fisco* (2020), c. 7° y ss.

⁶² *Jaime Sarra con Fisco* (2020), c. 16°.

⁶³ *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 2°.

⁶⁴ Cuestión admitida por la doctrina. MORAGA 2019, 34 y ss. Por otro lado, autores como Gaspar Ariño y De Solas Rafecas, buscan administrativizar aún más el contrato de la Administración. DE SOLAS RAFECAS 1990, 21.

blecer una frontera infranqueable entre ambos tipos de contrato, dada las dificultades normativas que presenta esta materia, pero sin duda que esta clasificación permite visualizar la preeminencia de uno u otro sistema de reglas y, con ello, servir de pauta en la interpretación más favorable del conjunto de reglas y principios aplicables al contrato frente a las dificultades observadas en el punto anterior.

En términos generales, se admite como definición de cada uno de estos tipos de contratos, la siguiente: se entiende por contrato privado de la Administración aquel en el que la Administración contrata con un particular desprovista de imperio⁶⁵, no tiene por objeto satisfacer una necesidad pública y se rige –en su ejecución– por normas de Derecho privado (civiles, comerciales u otras)⁶⁶. Por otro lado, se entiende por contrato administrativo en sentido estricto, a aquel vínculo jurídico entre un órgano de la Administración y uno o más particulares, que –en oposición al tipo anterior– satisface una necesidad de interés público y se rige por las normas del Derecho público⁶⁷.

Los criterios de distinción entre ambas categorías contractuales desarrollados por la doctrina nacional son fundamentalmente los que se han importado de los sistemas francés y español⁶⁸, a partir de la sustantivación del contrato administrativo en sentido estricto. Tales criterios son: (1) la presencia de cláusulas o prerrogativas exorbitantes⁶⁹ (tales como: la modificación unilateral o el término anticipado del contrato), que otorgan una posición de preeminencia a la Administración⁷⁰ respecto del particular co-contratante; (2) el objeto del contrato a través del servicio público⁷¹, (3) el giro o tráfico peculiar

⁶⁵ BERMÚDEZ 2014, 238.

⁶⁶ *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 3°.

⁶⁷ BERMÚDEZ 2014, 236. En el mismo sentido, *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 3°.

⁶⁸ Respecto del origen de esta clasificación en estos sistemas, ver: Villar PALASÍ 1969, 28. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 2017, T I, 729. DE SOLAS RAFECAS 1990, 24. CARRETERO 1964, 107. Respecto de los autores nacionales cuyo trabajo es influenciado por el desarrollo de los sistemas francés y español, ver los siguientes trabajos: SOTO KLOSS 1978, 577 y ss. OELCKERS 1979, 135-160. MORAGA 2007, 29 y ss. PANTOJA 2008, 38 y ss. CONCHA 2012, 35 y ss. BERMÚDEZ 2014, 238-239. CELIS 2017, 15 y ss.

⁶⁹ En relación a la terminología empleada, la corriente española prefiere el uso del vocablo “prerrogativa de la Administración”, y la francesa usa el de “cláusulas exorbitantes”. MORAGA 2010, 477. Para Coviello estas prerrogativas son determinantes en la identificación del contrato administrativo, COVIELLO 2011. Estas cláusulas caracterizan al contrato por ser contrarias a los principios que rigen el contrato civil, en tanto que justifican la posición dominante que la Administración detenta para la gestión del servicio público, en miras a la satisfacción de un interés general. Este criterio tiene su origen en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, en sentencia del 31 de julio de 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, y se mantiene vigente en sentencia del Tribunal de Conflictos de 13 de octubre de 2014, *SA Axa France*. LONG et al. 2017, 89 y 205-209.

⁷⁰ La preeminencia se explica por los fines que debe cumplir la Administración, mediante la ejecución del contrato. Ver: MORAGA 2010, 335. SOTO KLOSS 1978, 577. CORDERO 2015, 434-435.

⁷¹ Surge en el seno de la Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, a partir del caso Blanco, en Sentencia del Tribunal de Conflictos, de fecha 8 de febrero de 1873. LONG et al. 2017, 27 y ss. Más tarde se desarrolla como criterio material de identificación del contrato administrativo en las sentencias: Tèrrier, emitida por el Consejo de Estado el 6 de febrero de 1903, pero sobre todo con la sentencia Théron, también emitida por el Consejo de Estado el 4 de marzo de 1910. LONG et al. 2017, 112-118, y 169 y ss. DE LABAUDERE 1956, 58. Respecto de la relevancia del

y propio de la Administración⁷², (4) el servicio público dentro de la competencia del órgano⁷³, y (5) el interés público⁷⁴, desigualdad de intereses y fines entre el privado y el público⁷⁵, entre otras posiciones.

Los criterios antes mencionados han permitido a la doctrina nacional construir la caracterización general de los contratos administrativos, o –como dice Moraga– servir de elementos auxiliares de interpretación del contrato⁷⁶, sin que se observe la preferencia por algún criterio en particular que monopolice la identificación del contrato⁷⁷. Por ello, nuestra pretensión de ofrecer criterios de identificación del contrato administrativo en sentido estricto que, haciendo eco de los aportes de la doctrina, contribuya a la mejor identificación de este tipo de contratos atendida nuestra realidad jurídica. Así, es preciso distinguir en presupuestos orgánicos y materiales de distinción entre uno y otro.

1. El presupuesto orgánico de identificación del contrato administrativo como criterio aplicable a ambas categorías contractuales

El criterio orgánico se construye a partir del artículo 9 de la LOCBGAE y consiste en necesaria presencia de un “órgano de la Administración del Estado” como requisito *sine qua non* para la identificación del mismo, excluyéndose a los contratos celebrados entre privados⁷⁸. La interpretación literal de la regla antes citada solo alcanza a los órganos de la Administración del Estado definidos en el artículo 1º de la LOCBGAE. Sin embargo, en la práctica existe una serie de órganos que forman parte del “sector público”, contratan con fondos estatales (a partir del DL N° 1.263 de 1975 de Administración Finan-

criterio desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad, ver: PAREJO 1968, 398; GARCÍA DE ENTERRÍA 1963, 108 y ss.; VILLAR PALASÍ, 1969, 28-29.

⁷² Este criterio ha sido propuesto por García de Enterría. Así, prosigue el autor, mientras lo primero explica casi todas las reglas peculiares de formación del contrato (reglas de competencia, de procedimiento, de habilitación previa, de presupuesto disponible, de formación del contrato); lo segundo, se manifiesta en las reglas de ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos, y que en Francia se conocen como “cláusulas exorbitantes”, pero cuyo estudio conviene separar. GARCÍA DE ENTERRÍA 1963, 116. Este concepto es más amplio que el servicio público y así dio cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español (sentencias de 30 de octubre de 1990 y 9 de junio de 1994), razón por la cual se incorporó en la legislación española a partir de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas de 1995. DEL SAZ 2018, 558.

⁷³ Ver: OELCKERS 1979, 157-158. SILVA CIMMA 1995, 172.

⁷⁴ Ver: AYLWIN 1963, 114. IRRIBARREN, 1936, 66.

⁷⁵ Ver: SOTO KLOSS 1978, 578; CELIS 2017, 26. BERMÚDEZ 2014, 247-248.

⁷⁶ MORAGA 2019, 25.

⁷⁷ Al respecto ver: OELCKERS 1979, 159; BERMÚDEZ 2014, 239; y MORAGA 2019, 25.

⁷⁸ El subcontrato, aun cuando su objeto sirva a la consecución de un fin público, no se rige por el derecho público ni califica como contrato administrativo, por no ser parte directa de él un órgano de la Administración del Estado. Tales contratos entre privados se rigen por el derecho privado, como señala el artículo 21 inciso 2º del Decreto N° 900, de 1996 del Ministerio de Obras Públicas, y son de responsabilidad de la empresa contratista. Por ello, solo se permite la subcontratación parcial del objeto del contrato, ver: los artículos 14 y 15 de la Ley N° 19.886, de 2004, corroborado por Dictamen 85.895 (2016) de la CGR, y los artículos 18 y 19 del Decreto 541, de 1996 del Ministerio de Bienes Nacionales.

ciera del Estado), y que no se sujetan a la LOCBGAE⁷⁹. En efecto, hay una serie de órganos que sin ser Administración del Estado –como el Senado, la cámara de diputados, la Corporación Administrativa del Poder Judicial, entre otros– han adherido voluntariamente a los procesos de compra regulados por la LBCA, desarrollando a su vez los sistemas de contratación definidos en la LOCBGAE. Para algunos, el sometimiento a estas reglas por parte de estos órganos del sector público debería ser obligatorio⁸⁰ y no voluntario. En la práctica dicha incorporación se materializa mediante una glosa del presupuesto de la DCCP que sucesivamente se ha ido replicando en el tiempo y que permite esta inclusión⁸¹. Esta situación práctica extiende el criterio orgánico en la identificación del contrato administrativo, incorporando a otros órganos del sector público que no son “Administración del Estado”, quienes se obligan a respetar las reglas de este tipo de contratación. Ello, permite reafirmar la necesidad de una perspectiva tanto orgánica como funcional en la identificación del contrato administrativo.

2. El presupuesto material o funcional de identificación del contrato administrativo

Este presupuesto pretende identificar uno u otro tipo de contrato administrativo en atención a los aspectos materiales o funcionales del mismo, y que a diferencia del presupuesto orgánico, da lugar a dos manifestaciones diversas del contrato administrativo.

a) *El criterio material en el contrato administrativo en sentido estricto*

Este criterio expresa la especialidad de la contratación administrativa (indicada en el punto II de este trabajo), la que –más allá de la presencia de la Administración– apunta al servicio de interés público al cual asiste, y que justifica tanto la preocupación del legislador de dar una regulación especial de contenido y efectos, como la presencia de prerrogativas exorbitantes de la Administración (tales como modificación unilateral o término anticipado de contrato) en la etapa de ejecución contractual, para el aseguramiento del fin específico que se persigue con su celebración. Teniendo presente aquello, la procedencia de este criterio se expresa por la concurrencia de uno o más de los subcriterios que indicaremos a continuación:

1) La existencia de una regulación especial de Derecho público respecto del contenido y efectos del contrato suscrito por la Administración. Ello da cuenta de que la intención del legislador es establecer un régimen jurídico especial, ponderando de esta forma el interés público que hay en la ejecución del contrato. Este tipo de regulaciones, por regla general, reconocen

⁷⁹ El concepto de “órganos del sector público” es más amplio y arranca del DL N° 1263, de 1975. El desafío es, para Dorothy Pérez, que una modificación de la LBCA incorpore al sector público. PÉREZ 2013, 485 y ss.

⁸⁰ PÉREZ 2013, 487.

⁸¹ La glosa correspondiente es la 02 en el Programa 01, Capítulo 7 de la Partida 8 de la Ley de Presupuestos del Sector Público. BECERRA 2016, 82-83.

prerrogativas exorbitantes del Derecho común que permiten a la Administración cumplir con el fin público que motiva al contrato.

2) Asegurar el funcionamiento regular y continuo de un servicio público⁸² o se vincule al giro o tráfico peculiar y propio de la Administración contratante⁸³.

3) La presencia de cláusulas que otorgan poderes exorbitantes a la Administración en miras a la satisfacción de un bien o servicio de interés público⁸⁴. Se trata de cláusulas especiales que otorgan poderes que el Derecho no le ha reconocido directamente a dicho órgano, pero que son incorporadas a la fase de preparación del contrato (ya sea en las bases de licitación o en la elaboración del trato directo), y que son admitidas por aplicación voluntaria y analógica de alguna regulación administrativa especial en materia contractual⁸⁵. Con ello hacemos referencia a aquellos casos en los que un órgano invoca una regulación que le es ajena (orgánicamente) en razón de

⁸² Este criterio ha sido expresamente recogido por la jurisprudencia de la CS, para identificar al contrato administrativo en sentido estricto. SERVIU con Instituto de Educación Rural (2017). La idea de servicio público se puede extraer, en nuestro sistema, del artículo 28 de la LOCBGAE que señala “Los servicios públicos son órganos administrativos encargados de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua” Ello permite vincular la competencia de un servicio público así creado por el legislador, con el fin para el cual ha sido creado (satisfacer necesidades colectivas) y cómo ello contribuye al bien común.

⁸³ Este concepto acuñado en la doctrina de García de Enterría, fue recogido en la legislación española desde la Ley de Contratos de las Administraciones públicas de 1995 y se mantiene en la actual Ley de Contratos del Sector Público N° 9, de 2017, en su artículo 25.1.b) para identificar como contratos administrativos aquellos supuestos de hecho inominados, en los que el objeto del contrato se relaciona al giro de la entidad contratante. DEL SAZ 2018, 558. En nuestro país, Bermúdez invoca en la propuesta de definición del contrato administrativo la idea del giro o tráfico peculiar y propio. BERMÚDEZ 2014, 239.

⁸⁴ Usamos la denominación de “cláusulas” y no “prerrogativas”, porque entendemos que las primeras nacen del contrato, y las segundas nacen directamente del ordenamiento jurídico. Las cláusulas exorbitantes de mayor aplicación conocidas son: 1) la ejecutoriedad propia de los actos de la Administración; 2) la modificación unilateral al objeto del contrato (*potestas variandi*); 3) la facultad de terminar anticipadamente el contrato; 4) la potestad de ceder a un particular, por concesión, la explotación de un bien público; 5) la facultad de dirección y control en el cumplimiento del contrato, y; 6) la facultad de imponer la interpretación del contrato. PÉREZ HUALDE 2011, 179-180. Por su parte, Bermúdez agrega a las cláusulas exorbitantes ya indicadas, la potestad sancionatoria. BERMÚDEZ 2011, 224. En el mismo sentido de ambos autores, ver: MORAGA 2010, 338 y 481-501.

⁸⁵ Aquí conviene recordar que la Administración actúa por mandato normativo en virtud del principio de legalidad y vinculación positiva de la Administración. Sin embargo, dicho principio presenta una serie de conflictos derivados tanto de la insuficiencia normativa, como de los altos niveles de imprecisión con la cual el legislador tipifica la atribución de estas potestades, que adoptan la forma de potestades discrecionales y conceptos jurídicos indeterminados, también denominados cláusulas generales de apoderamiento, pues otorgan a la Administración márgenes de creación normativa. SÁNCHEZ MORÓN 2006, 88 y ss. DE LA CUÉTARA 1986, 139. Consecuencia de lo anterior, estas indeterminaciones normativas –para Medina Alcoz– constituyen programas normativos no acabados, que la Administración debe completar para asegurar el adecuado ejercicio de tales potestades. MEDINA 2016, 103.158. Ahora bien, no es admisible cualquier creación normativa, pues como señala De la Cuétara– el o de la potestad es la juridificación del fin, de manera que cualquier desviación de fin ocasiona la nulidad del ejercicio de la misma. DE LA CUÉTARA 1986, 137-138.

la materia, como ocurre con la construcción de obras por entes diversos del Ministerio de Obras Públicas (MOP)⁸⁶, o en materia de compra de suministro de bienes y servicios de la LBCA cuando es efectuada por órganos ajenos a la Administración del Estado que voluntariamente se sujetan a dicha normativa, como acontece con la Corporación Nacional Forestal⁸⁷, o bien porque obligatoriamente deban acatar tales reglas por disponerlo así la Contraloría General de la República, como acontece con las Corporaciones Municipales⁸⁸, pudiendo incorporar el ejercicio de cláusulas exorbitantes de su artículo 13, al permitir la modificación o el término anticipado del contrato bajo las causales allí establecidas.

En este punto conviene señalar que la sola presencia de estas cláusulas no permite calificarlo como un contrato administrativo en sentido estricto, más bien, la CS sostiene debe ser tratado como un pacto comisorio calificado expreso⁸⁹. Por ello, este criterio requiere que el objeto del contrato sea la satisfacción de una necesidad de interés público o un servicio público.

Si se presentan uno o más de los subcriterios antes señalados, estamos en presencia de un contrato administrativo en sentido estricto. La pregunta que surge una vez identificada esta categoría es ¿a qué régimen jurídico se debe recurrir para completar un vacío normativo proveniente de la debilidad de alguno de los subcriterios antes mencionados? Sea que se trate de una débil regulación de contenido y efectos, o bien de la ausencia de regulación en un contrato que asegura un servicio público de manera regular y continua, es una cuestión que pretendemos resolver en el punto que sigue.

⁸⁶ En defecto de reglas especiales, se suele invocar en sus bases de licitación (como parte del contrato) la aplicación del Reglamento del contrato de obras públicas, Decreto N° 75, de 2004. Del mismo modo acontece con el Reglamento para Contratos de Ejecución de Obras, contenidas el D.S. N° 236 de 2002. Así se puede ver su aplicación supletoria en: *Constructora Alvia S.A. con Municipalidad de Peñalolén* (2022), y *Soc. Proyectos y Servicios de Ingeniería Ltda. con Gobierno Regional de Tarapacá* (2015). En doctrina se refiere a esta práctica Moraga, ver: MORAGA 2019, 72-73.

⁸⁷ Dictamen N° 33.622 (2008) sostiene que la Corporación Nacional Forestal, aun cuando no forme parte de la Administración del Estado, podrá “disponer que se aplicarán en las licitaciones que efectúe las mismas reglas que contiene la citada ley 19886 quedando en tal evento obligada, tanto respecto de los postulantes como de los terceros, a respetar cabalmente esa normativa, lo cual se corrobora con la glosa 02 del presupuesto de la Dirección de Compras y Contratación Pública”.

⁸⁸ Las Corporaciones Municipales no forman parte de la Administración del Estado, sin embargo de acuerdo al Dictamen N° 160.316 (2021) se ajustan a la Ley N° 19.886 y su reglamento. Ello, sostiene el ente contralor en el citado pronunciamiento, en virtud “del principio de supremacía de la realidad que debe orientar la labor interpretativa del Derecho Administrativo, y la búsqueda de soluciones que armonicen y uniformen el actuar de las entidades a través de las cuales el Estado ejerce sus funciones (aplica criterio del dictamen N° E33624, de 2020)”.

⁸⁹ *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c 5°.

b) *El criterio material en el contrato privado de la Administración como criterio residual*

Desde una perspectiva funcional, el criterio material del contrato privado de la Administración atiende a todos aquéllos asuntos corrientes en los que la Administración actúa desprovista de poder frente al particular.

De lo revisado hasta aquí, el criterio material en este tipo de contratos, se configura en los siguientes supuestos:

1. La existencia de una expresa derivación de contenido y efectos del contrato, a reglas del Derecho privado y la Administración actúa desprovista del poder de imperio⁹⁰. Este criterio por sí solo no es suficiente, dada la presencia de entidades de derecho privado que debiendo regir sus actos y contratos por el Derecho común (como la Corporación Nacional Forestal y las Corporaciones Municipales, se someten a las disposiciones de la LBCA como vimos en el punto anterior.

2. A falta de derivación expresa al Derecho privado y frente a la ausencia de reglas y principios en el Derecho público, en aquellos supuestos de hecho contractuales en los que la Administración actúe desprovista del poder de imperio y el contrato no tenga por objeto satisfacer una necesidad pública.

Para la mejor comprensión y testeo de estos criterios, podemos revisar el caso de la “Sociedad de Restaurantes Isla de Angostura Ltda. y otros, con Fisco y otros”, resuelto por la CS en sentencia de fecha 3 de noviembre de 2021. En este caso, se discute la calificación jurídica de un “Protocolo de Acuerdo” en el que el MOP compromete el uso de un bien público a una sociedad de particulares a fin de reubicaren sus negocios, luego de haber sido expropiados y haber perdido el acceso al público producto del ensanchamiento de la Ruta 5. El acuerdo implicaba entregar el uso y la administración de ese espacio al Municipio de Paine, para que este dé en comodato los terrenos a estos particulares por 300 meses. Antes del vencimiento del plazo fijado, el MOP puso término anticipado al contrato aduciendo la necesidad de interés público de ensanchar nuevamente la Ruta y recuperar dichos terrenos, usando una cláusula que –dentro del acuerdo– le permitía poner fin al uso gratuito sin derecho a indemnización alguna. A juicio de los demandantes, hay un incumplimiento de contrato consistente en que el Fisco actuó como si se tratara de un contrato público y le puso término de forma unilateral, sin respetar las cláusulas del contrato –que es, a su juicio, privado– generando perjuicios que se deben indemnizar. El fallo de primera instancia, concluyó se trataba de un contrato privado de la Administración, pues su objeto solo mira el interés particular de los demandantes, lo que se aleja del carácter

⁹⁰ Ambos criterios han sido recogidos por la jurisprudencia y la doctrina, ver: *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 3º, Bermúdez 2014, 238. Por su parte, que la Administración actúe desprovista del poder de imperio supone que al no estar regulado el contenido del contrato por el Derecho público, el ordenamiento jurídico no otorga a la Administración potestades exorbitantes en el desarrollo y ejecución del contrato.

administrativo que pudiera tener⁹¹. En segunda instancia, la Corte estimó se trataba de “simples reglas para respetar el uso del bien” que no son una concesión administrativa, más bien se trataría de un permiso de uso que excluye supuestos de contratación, en tanto figura semi-informal del Derecho administrativo que refleja el principio de cooperación⁹². Finalmente, para la CS, se trata de un contrato privado de la Administración bajo la forma de un comodato simple o precario, en razón de que su objeto no es la satisfacción de una necesidad pública sino un interés privado. Ahora bien, en relación a la cláusula que habilita al MOP a poner término anticipado del contrato sin indemnización, es para la Corte una “potestad, incluida en la convención celebrada libremente por las partes” que fue válidamente capaz de poner término anticipado al contrato, de manera que las alegaciones basadas en la imposibilidad del MOP de poner término anticipado no son efectivas⁹³.

Del razonamiento anterior, la calificación del contrato se resuelve –en ausencia de una regulación de Derecho público, así como de una expresa derivación a las reglas de Derecho privado– en función del “interés” que rodea la contratación. Al ser un interés privado que mira el solo beneficio de los demandantes, es en concepto de la Corte, un contrato privado de la Administración⁹⁴. Sin embargo, se observa un problema en el análisis que se realiza respecto del acto administrativo que dispuso el término anticipado de contrato, pues –la Corte– estima se trata de una “potestad” que ha sido válidamente ejecutada en virtud de la cláusula cuarta del contrato, por una necesidad de interés público, que no da derecho a indemnización⁹⁵.

La citada potestad –en este caso– no tiene su origen en la Ley, sino en una cláusula del contrato de comodato⁹⁶. Así las cosas (y como se indicó en el último criterio de identificación del contrato administrativo en sentido estricto), la sola presencia de una cláusula exorbitante no convierte al contrato en administrativo, si la misma no va acompañada de la satisfacción de un interés público; más bien se trataría de un pacto comisorio calificado expreso civil y no de una potestad pública, razonamiento que se apoya en la sentencia de la CS de 11 de septiembre de 2017⁹⁷. En consecuencia, si bien este caso configura un contrato privado de la Administración, es –sin embargo– discutible la calificación jurídica que se realiza del acto administrativo que pone término anticipado al contrato, y con ello el tratamiento jurídico

⁹¹ *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 10°.

⁹² *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 11°.

⁹³ *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 17°.

⁹⁴ *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 12°.

⁹⁵ *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 14°.

⁹⁶ En la primera instancia se resolvió que no procede la aplicación del artículo 2180 del CC, desde que este caso no cabe en ninguna de las causales allí establecidas y que habilitan al comodante poner término anticipado al comodato. *Sociedad de Restaurantes con FISCO y otros* (2021), c. 10°.

⁹⁷ El citado fallo resuelve un asunto de idéntica naturaleza, un contrato de comodato. *SERVIU con Instituto de Educación Rural* (2017), c. 5°.

de dicha actuación. Así, mientras en sede civil se discute la eficacia del pacto comisorio calificado (que para unos depende de una resolución judicial, para otros opera de pleno derecho, y una tercera posición requiere de un acto unilateral recepticio emanado del acreedor diligente en orden a poner término al contrato⁹⁸); en sede administrativa, la potestad opera de pleno derecho en virtud de la autotutela ejecutiva de los actos administrativos (artículo 3 de la Ley N° 19.880). Esta última supone la existencia de una habilitación normativa expresa que otorgue el citado poder y que, en este caso, aparentemente no existe pues nace de la cláusula cuarta del contrato.

V. Análisis de la clasificación anterior a la luz de la modificación del contrato y la *potestas variandi*

Con el objeto de plantear el impacto que esta clasificación ha de tener en la fase de ejecución de los contratos en la práctica, analizaremos la modificación contractual a modo de ver cómo esta difiere si se trata de uno o tipo de contrato, de acuerdo a la clasificación antes revisada⁹⁹.

En el ámbito privado, en el cual situamos la regulación de contenido y efectos de los contratos privados de la Administración, la modificación de contrato –si bien no tiene un análisis pormenorizado en el CC¹⁰⁰– ha sido definida por la doctrina civilista como toda alteración que se introduce a alguno de sus elementos estructurales después de la constitución de ella y antes de su vencimiento, que no constituya una novación del vínculo¹⁰¹. La misma, en consecuencia, solo puede tener su origen en el texto del contrato, en el acuerdo de las partes o en causas legales de acuerdo al tenor del artículo 1545 del CC. En el contrato administrativo en sentido estricto, en cambio, la mutabilidad es una característica del vínculo¹⁰², dada la necesidad que tiene la Administración de flexibilizar los términos del contrato frente a circunstancias que alteren y pongan en riesgo el interés público comprometido en la ejecución del mismo¹⁰³. En esta línea, el ordenamiento jurídico contempla reglas que habilitan a la Administración a introducir adecuaciones al contrato

⁹⁸ GIL LJUBETIC 2011, 287 y ss.

⁹⁹ Cabe señalar que esto es un asunto mucho más complejo que pretende ser analizado en términos generales solo con el objeto de experimentar esta clasificación.

¹⁰⁰ Escaso tratamiento que, según explica Abeliuk, se debe a que en este punto el Código Civil Chileno siguió la tradición francesa del código napoleónico que ignora este tema. ABELIUK 2014, T II, 1219.

¹⁰¹ Ello, dado que la novación implica una variación es de tal entidad que afecta la esencia del contrato y se transforma en la sustitución de una obligación por una nueva, en la que la primitiva que está destinada a extinguirse. Esta definición se extrae de la tesis de Abeliuk, así como la de Alessandri, Somarriva y Vodanovic. Al respecto ver: ABELIUK 2014. T. II, 1215, 130, 1303. ALESSANDRI et al. 2004, 7-9.

¹⁰² Al respecto, ver: POBLETE 2010, 82. MORAGA 2010, 484-491. FLORES 2020, 213-214. En el Derecho español, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2017, T I, 787.

¹⁰³ El fundamento de este poder, señala Marienhoff, radica en que “la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades

de forma unilateral, por razones de interés público, siendo obligatorias para el co-contratante, lo que se conoce como ejercicio de la *potestas variandi*¹⁰⁴. Esta última expresa un poder exorbitante¹⁰⁵ que el ordenamiento jurídico reconoce a la Administración, cuyo título –en consecuencia– arranca de la Ley que regula el contrato y no necesariamente del acuerdo inicial¹⁰⁶.

Existe, de esta manera, una diferencia relevante entre uno y otro tipo de contrato, ya que mientras en el contrato privado de la Administración rige el *pacta sunt servanda* que otorga intangibilidad al contenido del acuerdo¹⁰⁷, impidiendo que una de las partes pueda imponer modificaciones al otro contratante y limitando el ámbito de las alteraciones a aquéllas que no constituyan novación del vínculo; en el contrato administrativo en sentido estricto es posible –por mandato legal– introducir variaciones en favor de una de las partes (la Administración)¹⁰⁸, cuyos límites no se relacionan con los efectos de la novación. Así, en relación a los límites de la *potestas variandi*, se observa que no todos los preceptos legales que la contemplan establecen limitaciones materiales o de contenido a su extensión, basta revisar el artículo 13 letra d) de la LBCA para verificar aquello¹⁰⁹. Del mismo modo, hay preceptos que –fijando el contexto en el que se autoriza la variación del acuerdo– serían constitutivos de una novación a la luz del Derecho privado por alterar aspectos esenciales del contrato sin que por ello se extinga el vínculo, como acontece en materia de concesiones con la potestad otorgada por el artículo

originariamente tenidas en cuenta”. MARIENHOFF 1998, 148. En el mismo sentido, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2017, T I, 788.

¹⁰⁴ Para un análisis de esta potestad, ver: BERMÚDEZ 2014, 251. OELCKERS 1988, 69-90. MORAGA 2011, 484-488. FLORES 2021, 214-221. ARIÑO 1968, 226-230. GARRIDO FALLA 2012, 125-129. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ 2017, T I, 787-790.

¹⁰⁵ Algunos de los tratadistas nacionales que identifican la *potestas variandi* como una prerrogativa exorbitante de la Administración, son: Julia Poblete Vinaixa, Jorge Bermúdez Soto, Claudio Moraga Klenner y Juan Carlos Flores Rivas, entre otros. Ver: POBLETE 2010, 82. MORAGA 2010, 477-501. FLORES 2019, 70-72.

¹⁰⁶ Respecto del origen legal de la *potestas variandi*, ver: MORAGA 2019, 473. OELCKERS 1988, 73.

¹⁰⁷ La fuerza obligatoria del contrato o *pacta sunt servanda*, obliga a las partes y a terceros a respetar el contenido del pacto suscrito, no pudiendo una de ellas modificar el contenido de la relación a su solo arbitrio, lo que se traduce en su intangibilidad general o imposibilidad de alterar los contratos en curso. LÓPEZ Y ELORRIAGA 2010, 235 y ss. FERNÁNDEZ 2002, 23. La tesis anterior se apoya, desde el punto de vista constitucional, en el derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la CPR, desde el punto de vista legal, en el artículo 1545 del Código Civil y en el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, que, al disponer que “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, dándose a entender que no puede verse afectado por legislaciones futuras.

¹⁰⁸ Horgue Baena señala que esta potestad es una excepción a la inmutabilidad del contrato, y se expresa en sus dos vertientes, a saber: una, que denomina inalterabilidad del contrato (que busca respetar las reglas de la licitación, en garantía del principio de igualdad, publicidad, concurrencia y no discriminación, y del principio de buena administración); y otra, denominada *contractus lex*, que atiende a asegurar el cumplimiento del contrato en los términos en que se prestara el consentimiento. HORGUE BAENA 2018, 2260.

¹⁰⁹ De dicha regulación solo es posible colegir una limitación de índole presupuestaria, a partir de lo dispuesto en el inciso final del artículo 77 del Decreto Supremo N° 250, de 2004 que contiene el Reglamento de la LBCA.

19 inciso 3° del Decreto 900, de 1996, que permite “modificar las características de las obras y servicios contratados a objeto de incrementar los niveles de servicio y estándares técnicos establecidos en las bases de licitación”. Por último, las modificaciones de común acuerdo ampliamente aceptadas en el ámbito del Derecho privado, son –sin embargo– excepcionales en el contrato administrativo en sentido estricto, dado que solo proceden por mandato legal y no por mera voluntad de las partes¹¹⁰.

En suma, las modificaciones en uno u otro tipo de contrato son diversas y dan cuenta de la presencia de actos jurídicos que requieren ser analizados a la luz de reglas y principios acordes a la naturaleza, especialidad y finalidad de cada tipo contractual, justificando así la necesidad de introducir esta clasificación para entender el marco jurídico aplicable en la fase de ejecución y extinción del contrato administrativo.

VI. Régimen jurídico aplicable en defecto de regla expresa que regule un contrato administrativo en sentido estricto

La situación que se plantea en este apartado, es la de enfrentar una regulación débil de contenido y efectos de un determinado contrato administrativo en sentido estricto. En este contexto, dada la especialidad del contrato, su finalidad y la existencia de reglas especiales de Derecho público que regulan, con mayor o menor intensidad, el contenido y efectos de este tipo de contratos, un sector de la doctrina sostiene que en ausencia de regla expresa se debe suplir en función de las reglas y principios de Derecho público¹¹¹, salvo remisión expresa a las reglas de Derecho privado. En contra, hay quienes sostienen que la sola ausencia de regla obliga al intérprete a recurrir al CC como derecho común y general, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4° CC¹¹².

¹¹⁰ A modo de ejemplo, el artículo 13 letra a) de la LBCA permite la modificación de común acuerdo, pero de forma limitada a lo prescrito por el artículo 77 del reglamento de la citada Ley (Decreto Supremo N° 250, de 2004 Ministerio de Hacienda), a partir de la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 1410, de 2015 Ministerio de Hacienda señalando, que requiere sean previstas en las bases de la licitación, no excedan del 30% del monto originalmente pactado y se respeten los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes. Del mismo modo, el artículo 20 del Decreto N° 900, de 1996 Ministerio de Obras Públicas, permite se puede acordar modificaciones con el concesionario, de acuerdo a las limitaciones allí previstas. La jurisprudencia administrativa, por su parte, sostiene la improcedencia de las modificaciones de común acuerdo por vulnerar los principios de inmersos en el llamado a licitación pública. Ver: DICTAMEN N° 75.983 (2010) y N° 10.858 (2014), ambos de la Contraloría General de la República. La doctrina se pronuncia en el mismo sentido, al respecto ver: BERMÚDEZ 2014, 256-257.

¹¹¹ En esta línea podemos citar a Rosa Gómez y Alejandro Vergara, ver: GÓMEZ 2021, 47-85; y VERGARA 2010, 76-84. Este último basa su tesis en la descodificación de Irti y en la teoría de los núcleos dogmáticos y autónomos de las diversas disciplinas jurídicas. Por otro lado, Claudia Mejías sostiene la imposibilidad de ver en el CC el derecho común y lo vincula a la labor de la dogmática jurídica. MEJÍAS 2018, 621-646. Finalmente, Soto Kloss sostiene que “Tal aplicación de derecho privado no cabrá sino en cuanto sea compatible con su status jurídico, público y, en general no será sino meramente residual, dada la existencia cada vez más numerosa de regulaciones administrativas específicas”. SOTO KLOSS 1978, 582.

¹¹² Ver: BERMÚDEZ 2012, 21, 29-35 y 57; y CORRAL 2020.

Lo anterior, pese a que hay consenso en la existencia de un núcleo duro e irreductible de la disciplina del Derecho administrativo que solo admite ser interpretado en función de reglas y principios de la misma disciplina¹¹³.

Frente a la aplicación excesiva de reglas civiles para atender asuntos regulados por el Derecho público, es que parece relevante insistir en la necesidad de que frente a un contrato administrativo en sentido estricto, el esfuerzo de los intérpretes por dar soluciones ajustadas al Derecho público debiera ser mayor que el simple exhorto a instituciones civiles¹¹⁴. Parece poco discutible que el CC tiene un carácter residual dentro del sistema jurídico frente a la Constitucionalización del derecho¹¹⁵, o que la construcción que el CC realiza de la figura del contrato responde a ideas y principios decimonónicos que se alejan no solo del Derecho público, sino que inclusive del moderno y nuevo derecho de los contratos, respecto del cual incluso se ha postulado la muerte de los presupuestos de la contratación civil tal y como la conocemos¹¹⁶. Por ello, dada la especialidad del Derecho administrativo y del contrato administrativo en sentido estricto como parte del núcleo irreductible de aquel¹¹⁷, lo convierte en un microsistema jurídico de tal envergadura, que solo puede ser completado en función de reglas de similar naturaleza¹¹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, existen casos de remisión expresa de supletoriedad al CC, Derecho privado o Derecho común, que no provienen

¹¹³ BERMÚDEZ 2014, 39-40.

¹¹⁴ En relación al orden interpretativo ya lo establece el artículo 1 de la Ley 19.886 en orden a completar los vacíos en base a reglas y principios de derecho público y solo en defecto de lo anterior, acudir a reglas civiles.

¹¹⁵ Irti sostiene que en virtud de este proceso el Código Civil es un derecho residual. IRTI 1992, 90. Santiago Montt va más allá y cita los tratados internacionales que someten la acción del Estado –y su actividad contractual– a instancias jurisdiccionales de nivel internacional, como el CIADI. MONTT 2005, 276 y ss.

¹¹⁶ Respecto del cuestionado papel que tienen los principios básicos de la teoría general del contrato civil clásicos de la contratación como expresión del individualismo del s. XVIII, ver: PEREIRA 2017, 81-85. Respecto del nuevo derecho de los contratos caracterizado por los postulados de sociabilidad y función social, ver: VIDAL 2007, 43-44. Respecto de la muerte del contrato, ver: PEREIRA 2019, 261-306. En contra de ello, Corral si bien reconoce la tesis de la muerte del contrato como consecuencia de la caída de las concepciones liberales del *laissez-faire* y de la transición del individualismo “*to the welfare state and beyond*”, prefiere sostener que el mismo ha resucitado. CORRAL 2010, 29.

¹¹⁷ Dos razones para sostener que el contrato administrativo en sentido estricto forma parte del núcleo irreductible del Derecho administrativo: Una, la contratación es un mecanismo usado para satisfacer una necesidad colectiva de interés público, cuando la Administración no pueda por sus propios medios alcanzar el bien común (Artículo 3 de la LOCBGAE). Otra, no todos los contratos que celebra la Administración se rigen por el Derecho público, sino solo los que identificamos como contratos administrativos en sentido estricto.

¹¹⁸ Respecto del núcleo duro y la solución en base al Derecho público, ver: BERMÚDEZ 2014, 39-40. Este autor no sostiene derechamente que los contratos formen parte de él. Por su parte, Vergara, ha desarrollado la idea de los núcleos dogmáticos en cada disciplina y la necesidad de completar en base a sus propias reglas y principios. El Derecho administrativo como un microsistema jurídico. Ver: VERGARA 2014, 957-991.

el artículo 4 del CC¹¹⁹. Dichas remisiones reafirman la idea de que dicha supletoriedad es excepcional y no constituye la regla general¹²⁰. Por otro lado, debemos considerar que existen instituciones que trascienden a todo el Derecho, que no tienen desarrollo en el Derecho público y que se ubican en el CC, tales como: las normas sobre prescripción (art. 2497 y siguientes del CC), las prestaciones restitutorias del art. 1687 y siguientes del CC, a propósito de la nulidad de Derecho público¹²¹, salvo que existan reglas especiales como prescripciones de corto tiempo, caso en el cual prevalecerán estas sobre aquellas, entre otras. La explicación de esta ubicación no es otra que el resultado del proceso de codificación propio de los códigos civiles decimonónicos, lo que llevó a que nuestro CC contemple muchas reglas de general aplicación que constituían derecho común de las legislaciones especiales, por ser la disciplina con supuestos de hecho más amplios y generales¹²². Ello no significa que en la actualidad siga ocupando dicho lugar, pues conforme a las razones antes anotadas, el CC ha dejado de ser estar en el centro del sistema jurídico y su lugar lo ha ocupado la CPR.

Finalmente, no es apropiado superponer la lógica del contrato civil a un contrato administrativo, pues la construcción de reglas y principios de cada uno los hace diametralmente opuestos. Así, mientras la teoría del contrato civil se erige sobre los presupuestos de: primacía de la voluntad; simetría de los contratantes; estabilidad contractual y ausencia de intervención exógena a las partes¹²³. En el contrato administrativo la primacía de la voluntad es reemplazada por el interés general; la simetría de los contratantes es sustituida por la preeminencia de la Administración¹²⁴; la estabilidad contractual cede ante la mutabilidad del contrato (permitiendo el ejercicio de la *potestas variandi* o modificación unilateral del contrato)¹²⁵. Finalmente, si en el contrato civil se cita la ausencia de intervención exógena a las partes, en el contrato administrativo el *factum principis* o la teoría de la imprevisión, son capaces de afectar las relaciones en curso, permitiendo la adecuación del contenido del contrato¹²⁶.

¹¹⁹ Como ocurre con el artículo 1° de la LBCA; el artículo 9 de la Ley N° 19.542 de 1997 que Moderniza el Sector Portuario Estatal, y el artículo 21 de la Ley de Concesiones contenida en el Decreto N° 900 de 1996.

¹²⁰ FERRADA 2007, 117.

¹²¹ Ferrada 2007, 117. En contra de ello, un voto minoritario del Ministro Muñoz en el que señala que “la prescripción no es un principio general, todo lo contrario, es una sanción, una excepción, que se interpreta restrictivamente”. De esta manera, justifica la no aplicación de las reglas civiles de prescripción en el cómputo de los plazos de la nulidad de Derecho público. *Moya con Fisco* (2020), c. 5°.

¹²² GUZMÁN BRITO 1984, 11-30. IRTI 1992, 22-23.

¹²³ PEREIRA 2017, 81-85.

¹²⁴ MORAGA 2019, 221.

¹²⁵ MORAGA 2019, 230.

¹²⁶ FLORES 2019, 77 y ss.

Conclusiones

La regulación de la actividad contractual de la Administración, dadas las características de nuestro sistema jurídico, generan un espacio de indeterminación respecto del régimen aplicable a la fase de ejecución del contrato. En efecto, dado que no todos los contratos que celebra la Administración se rigen por el Derecho público, ni todos ellos se ejecutan por órganos de la Administración (como el caso de las contrataciones efectuadas por las Corporaciones Municipales), es que recurrimos a la clasificación que sistematiza entre los contratos administrativos en sentido estricto de aquellos que se rigen por el Derecho privado, según el régimen jurídico público o privado aplicable a la fase de ejecución contractual que permita dar claridad a ciertos conflictos que surgen por dicho concepto.

Dicha clasificación, a su vez, requiere de criterios que permitan identificar y uno u otro, para lo cual se ha propuesto ver dicha calificación desde una perspectiva orgánica y funcional, las que van de la mano pero difieren según si se trata de uno u otro tipo de contrato. El presupuesto orgánico consiste en la presencia de un órgano de la Administración que permita calificarlo como contrato administrativo en términos genéricos, razón por la cual es un presupuesto común para ambos tipos de contrato. El presupuesto material, en cambio, busca rescatar los rasgos esenciales de la actividad administrativa contractual, y tratándose de la versión estricta de la contratación, tales criterios son: (1) la existencia de una regulación especial de Derecho público, que se ocupe del contenido, efectos y extinción de los contratos que celebre la Administración; (2) la contribución del contrato a un fin de servicio público o su vinculación al giro o tráfico de la Administración; y (3) la incorporación de cláusulas exorbitantes de derecho común de forma voluntaria e indirecta al contrato, a objeto de satisfacer una necesidad de interés público. El criterio material de calificación de un contrato privado de la Administración, en contraste con el anterior, opera de forma residual en los casos en los que la Administración actúe desprovista de imperio, exista una remisión expresa de contenido y efectos del contrato al Derecho privado, o a falta de ella y de regla en el Derecho público que regule el supuesto de hecho, el contrato no satisfaga una necesidad de interés público y la Administración actúe desprovista del poder de imperio (el ordenamiento jurídico no ha regulado de forma especial el contrato, ni ha otorgado poderes exorbitantes en miras a la satisfacción de un interés público).

Finalmente, frente a la insuficiencia normativa que se pueda presentar respecto de un contrato administrativo en sentido estricto (luego de haberlo calificado como tal), se defiende la preeminencia de reglas y principios de Derecho administrativo, por sobre la integración directa de reglas civiles conforme se ha sostenido de la aplicación del artículo 4 del CC. Ello, de una parte, porque los contratos administrativos en sentido estricto –a diferencia de los contratos privados de la Administración– dada su especialidad administrativa, son una materia que forma o debiera formar parte del núcleo

duro de la disciplina, lo que exige deban ser completados en base a reglas y principios de Derecho público. Por otro lado, considerando el papel residual que tiene el CC en la actualidad, así como de lo obsolescencia de las reglas y principios decimonónicos que rigen la contratación civil en nuestro sistema, se estima son argumentos suficientes como para sostener que un contrato administrativo en sentido estricto debe necesariamente ser integrado e interpretado bajo los principios del Derecho administrativo.

Bibliografía citada

- ABELIUK MANASEVICH, Rene (2014). *Las Obligaciones* (6ª ed.) (T. II) Thomson Reuters.
- AGUILERA MEDINA, Cristóbal (2021). Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa: algunas reflexiones sobre la autoridad administrativa y el principio de legalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 1-26.
- AMILHAT, Mathias (2014). *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union européenne*. Bruylant.
- AMILHAT, Mathias (2020). *Marchés publics locaux. Cours Master 2 Collectivités territoriales*.
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio (2004) *Tratado de las Obligaciones. Volúmen de la modificación y extinción de las obligaciones* (2ª ed.) Editorial Jurídica de Chile.
- ARANCIBIA MATTAR, Jaime (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos Administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico* (30), 27-53.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Instituto de Estudios Administrativos.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2007). El enigma del contrato administrativo. *Revista de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales* (172) 79-102.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1963). *Derecho Administrativo* (T II). Apuntes de clases. Editorial Universitaria S.A.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2006). La Autonomía Privada como principio sustentador de la teoría del contrato y su aplicación en Chile. En Íñigo De la Maza, *Cuadernos de Análisis Jurídico, colección Derecho Privado III Temas Contratos* (pp. 159-185). Editorial Universidad Diego Portales.
- BECCERRA FARIAS, Carlos (2016). La Adhesión voluntaria del Senado al sistema de información de compras y contrataciones de la Administración y a los convenios marco suscritos por la Dirección de Compras Públicas. *Revista 50+UNO* (4), 72-90.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª ed.). Thomson Reuters.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012). *Las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Común*. Thomson Reuters-Abeledo Perrot.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2021). Certeza Jurídica y el problema de la nulidad de los contratos públicos en Chile. *Revista Digital de Derecho Administrativo* (25), 145-174.
- CARRETERO PÉREZ, Adolfo (1964). El Contrato Administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963. *Revista de Administración Pública* (45), 105-189.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2017). *Los Contratos Administrativos* (2ª ed.). El Jurista.
- COLMEIRO, Manuel (1865). *Derecho administrativo español* (3ª ed.). (T II). Imprenta de José Rodríguez.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2016). Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportado en un procedimiento ilegal. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (46), 287-310.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2013). La fuente normativa de la fuerza obligatoria del contrato de la Administración (Art. 1545 Del Código Civil). *Ius et Praxis* (19), 467-476.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2012). *Nulidad del Contrato de la Administración*. Legalpublishing-Thomson Reuters.

- CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed.). Thomson Reuters.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2020). *El derecho civil como derecho común: ¿mito o realidad? Una respuesta tardía (pero útil) al profesor Alejandro Vergara Blanco*. <https://corraltalciani.wordpress.com/>.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2010). *Contratos y daños por incumplimiento*. Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- COVIELLO, Pedro José (2011). El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi? *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (66), 169-194.
- COVIELLO, Pedro José (2010). ¿Contratos administrativos o contratos públicos? La actuali- dad jurídica de los contratos estatales. IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo, Mendoza. https://docs.google.com/document/d/1bDZeUV9yPas_aPfszlP33Qah10iF-Cy3tV6LdWgKdzV4/edit?hl=es.
- DE LA CUÉTARA, José Miguel (1986). *Las potestades administrativas*. Tecnos.
- DE LABAUDERE, André (1956). *Traité Théorique et pratique des contrats administratifs* (T I). *Librairie générale de droit et de jurisprudence*.
- DE SOLAS RAFECAS, José María (1990). *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración*. Tecnos.
- DEL SAZ CORDERO, Silvia (2018). El régimen jurídico de los contratos del sector público. Contratos administrativos y contratos privados (arts. 24, 25, 26 y 27 LCSP/2017). En José María Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 545-570). Aranzadi.
- ENTREÑA CUESTA, Rafael (1957). Consideraciones sobre la Teoría General de los Contratos de la Administración. *Revista de Administración Pública* (24), 39-74.
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2002) Fundamentos constitucionales del Derecho de los Contratos: intangibilidad, autonomía de la voluntad y buena fe. En Hernán Corral y Guillermo Acuña (edits.) *Cuadernos de Extensión Jurídica 6*, Universidad de los Andes (pp. 17-37).
- FERRADA BÓRQUEZ, J. C. (2007). Los Principios Estructurales del Derecho Administrativo Chileno: Un Análisis Comparativo. *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (75), 99-136.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011). Los Tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno. En Jaime Arancibia Mattar y otros (coord.), *Litigación Pública* (pp. 119-150). Thomson Reuters.
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA (2020). *Estudio de Mercado sobre Compras Públicas*, 2019. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/08/informe_preliminar_EM05_2020.pdf.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2021a). *Extinción de contratos administrativos: ¿potestad o cláusula contractual?* Asociación de Derecho Administrativo <https://www.adad.cl/post/extincion-de-contratos-administrativos-potestad-o-clausula-contractual>.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2021b). *Aspectos críticos de la contratación administrativa*. Thomson Reuters.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2021c). ¿Son cláusulas penales las multas en los contratos administrativos? En *Contratación Administrativa Práctica* (173), 137-151.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2020). ¿Es la licitación pública la regla de general aplicación en contratación administrativa? *Revista de Derecho Administrativo Económico* (31), 93-124.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos (2019). Revisión de los contratos administrativos: el adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (53), 67-98.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón (2017). *Curso de Derecho Administrativo I* (18ª ed.). Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963). La figura del contrato administrativo. *Revista de la Administración Pública* (41), 99-128.
- GARRIDO FALLA, Fernando, Palomar Olmeda, Alberto, y Losada, Herminio (2012). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. II) (13ª ed.). Tecnos.
- GIL LJUBETIC, Rodrigo (2011). *Material N° 1, Curso de Derecho Civil III Obligaciones*. Segundo semestre 2011. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa (2021). Aspectos críticos del régimen sancionatorio de los contratos administrativos. *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (89), 47-85.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1984). La Codificación del Derecho. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (8), 11-30.
- HORGUE BAENA, Concepción (2018). Modificación de los Contratos. En Eduardo Gamero e Isabel Gallego (Directores) *Tratado de Contratos del Sector Público* (T. III) (pp. 2259-2311) Tirant lo Blanch.
- IRRIBARREN, Juan Antonio (1936). *Lecciones de Derecho Administrativo* Nacimiento.
- IRTI, Natalio (1992). *La edad de la descodificación* (Trad. Luis Rojo Ajuria). Ed. Bosch.
- LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio (2013). Aspectos críticos de la solución de controversias en la Contratación Administrativa: el caso del Tribunal de Contratación Pública. En Gabriel Bocksang Hola y José Luis Lara Arroyo (coords.). *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública* (pp. 405-448). LegalPublishing.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge y ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2010). *Los Contratos. Parte General* (5ª ed.). Abeledo Perrot.
- LONG, Marceau; WEIL, Prosper; BRAIBANT, Guy; DEVOLVE, Pierre, y GENEVOIS, Bruno (2017). *Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés (Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa)*. Boletín Oficial del Estado-Dalloz.
- MARIENHOFF, Miguel (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular* (T III). Disponible en: http://ejuridicosalta.com.ar/files/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_Tomo_IIIA.pdf [fecha de consulta 26.4.2022].
- MEDINA ALCOZ, Luis (2016). Los hechos en el derecho administrativo. Una aproximación. *Revista española de Derecho Administrativo* (177), 103-158.
- MEJÍAS ALONSO, Claudia (2018). El Derecho Común Presupuesto en el Ordenamiento Jurídico Nacional. Una Revisión de su Contenido. *Revista Chilena de Derecho* (45), 621-646.
- MEREMINSKAYA IGOREWNA, Elina (2010). Demandas contractuales ante los tribunales internacionales a la luz de los APPIs suscritos por Chile. *Revista de la Sociedad de Derecho Internacional de Chile* (1), 37-64.
- MERINO, Ernesto (1936). *Derecho Administrativo*. Imprenta Universitaria.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2009). Contratos administrativos en la doctrina chilena (1859-2009). En Rolando Pantoja Bauzá (coord.), *Derecho Administrativo, 150 años de doctrina* (pp. 379-427). Editorial Jurídica de Chile.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010) *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado* (T VII). Legalpublishing.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación Administrativa* (2ª ed.). Thomson Reuters.
- MONTT OYARZÚN, Santiago (2005). Codificación y futuro de la educación jurídica en Chile: El caso irremediable, pero liberador del Derecho Administrativo. En María Dora Martinic Galetovic y Mauricio Tapia Ramos (coord.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la Codificación* (T I, pp. 249-291). LexisNexis.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1979). En torno al concepto de contrato administrativo. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (3), 135-160.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1988) La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativos. *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (12), 69-90.
- PANTOJA BAUZA, Rolando (2008). *Los Contratos de la Administración del Estado en "Los Sujetos de Derecho en el Derecho Administrativo: La Administración del Estado, su actuar"*. Apuntes de clase, Facultad de Derecho Universidad de Chile. https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D123A0525/1/material_docente/bajar?id_material=52483.
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón (2018). *Los orígenes del contrato administrativo en el derecho español*. Editorial Universitaria de Sevilla.
- PAREJO GAMIR, Roberto (1968). Contratos administrativos atípicos. *Revista de Administración Pública* (55), 383-420.
- PEREIRA FREDÉS, Esteban (2019). La muerte del contrato. En Esteban Pereira Fredes (ed.), *Fundamentos Filosóficos del Derecho Civil Chileno* (pp. 261-306). Rubicón Editores.

- PEREIRA FREDES, Esteban (2017). Fuerza obligatoria y función social del contrato: un estado de la cuestión en Brasil y Chile. *Latin American Legal Studies* (1) 79-114.
- PÉREZ GUTIÉRREZ, Dorothy (2013). Extensión del ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas, un desafío pendiente. En Gabriel Bocksang Hola y José Luis Lara Arroyo (coords.). *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública* (pp. 481-508). LegalPublishing.
- PÉREZ HUALDE, Aída (2011). La exorbitancia de las prerrogativas de la Administración en los contratos. *Aída ópera Prima de Derecho Administrativo* (9), 175-226.
- POBLETE VINAIXA, Julia (2010). *Actos y Contratos Administrativos* (5ª ed.). Legalpublishing.
- PRADO PUGA, Arturo (2019). Algunos aspectos de la cláusula penal en el derecho chileno. En *Revista de Derecho (Coquimbo)* (26). Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rducn/v26/0718-9753-rducn-26-16.pdf> [Fecha de consulta: 23 de abril de 2022].
- RUIZ IBÁÑEZ, Andrés (2016). Límites a la facultad de establecer sanciones por parte de la Administración en los contratos regulados por la Ley 19.886. En Jorge Bermúdez Soto (ed.), *Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa* (pp. 291-297). Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2006). *Derecho Administrativo. Parte general* (2ª ed.). Tecnos.
- SILVA CIMMA, Enrique (1962). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA CIMMA, Enrique (1995). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1978). La Contratación Administrativa: Un retorno a las fuentes clásicas del contrato. *Revista de Administración Pública* (86), 569-583.
- VARAS CONTRERAS, Guillermo (1948). *Derecho administrativo* (2ª ed.). Nascimento.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del código civil como "derecho común"*. AbeledoPerrot-Legal Publishing.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2014). Sistema y Autonomía de las Disciplinas Jurídicas. Teoría y Técnica de los "Núcleos Dogmáticos". *Revista Chilena de Derecho* (41), 957-991.
- VIDAL OLIVARES, Álvaro (2007). Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil. Una perspectiva más realista. *Revista Chilena de Derecho* (34), 41-59.
- VILLAR PALASI, José Luis (1969). *Lecciones sobre Contratación Administrativa*. Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense.

Jurisprudencia citada

- Control de constitucionalidad respecto del proyecto de Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado* (1986): Tribunal Constitucional, 2 de octubre de 1986 (Rol N° 39-1986). Pleno. [Control de constitucionalidad].
- Municipalidad de Tomé con Constructora de Servicios y Proyectos S.A.* (2011): Corte Suprema, 23 de diciembre de 2011 (Rol N° 810-2009). Tercera sala. [Recurso de Casación].
- Municipalidad de Rancagua con Soc. Proyecto XXI S.A.* (2014): Corte Suprema, 7 de abril de 2014 (Rol N° 9432-2013). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Sociedad de Proyectos y Servicios de Ingeniería Ltda. con Gobierno Regional Tarapacá* (2015): Corte Suprema, 24 de agosto de 2015 (Rol N° 1126-2015). Tercera Sala. [Recuso de Casación].
- Espacio y Jardín Ltda. con I. Municipalidad de Iquique* (2017): Corte Suprema, 21 de diciembre de 2017 (Rol N° 4001-2017). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Socovesa con Servicio de Salud Arauco* (2018): Corte Suprema, 29 de octubre de 2018 (Rol N° 44.629- 2017). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- CAS Chile con Municipalidad de la Pintana* (2019): Corte Suprema, 25 de julio de 2019 (Rol N° 11.527-2019). Tercera Sala. [Recuso de Casación].
- Moya con Fisco* (2020): Corte Suprema, 28 de mayo de 2020 (Rol N° 7410-2019). Tercera Sala. [Recuso de Casación].
- Nahuel con Municipalidad de Corral* (2020): Corte Suprema, 28 de julio de 2020 (Rol N° 29.317-2019). Tercera Sala. [Recuso de Casación].

- Jaime Sarra Propiedades Ltda. con Fisco* (2020): Corte Suprema, 3 de septiembre de 2020 (Rol N° 25.985-2019). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Inversiones G.V.G. con Municipalidad de Viña del Mar* (2020): Corte Suprema, 27 de octubre de 2020 (Rol N° 23.080-2019). Tercera sala. [Recurso de Casación].
- Ahimco Ingeniería y Construcción S.A. con Municipalidad de Cerrillos* (2021): Corte Suprema, 15 de julio de 2021 (Rol N° 150233-2020). Tercera Sala. [Recuso de Queja].
- Semkat Ltda. Con Municipalidad de Santiago* (2021): Corte Suprema, 30 de julio de 2021 (Rol N° 125.529-2020). Tercera Sala. [Recurso de Casación].
- Sociedad de Restaurantes con FISCO* (2021): Corte Suprema, 3 de noviembre de 2021 (Rol N° 11.398-2021). Tercera sala. [Recurso de Casación].
- Constructora Alvia S.A. con Municipalidad de Peñalolén* (2022): Corte Suprema, 24 de enero de 2022 (Rol N° 5.342-2021). Primera Sala. [Recuso de Casación].

Normativa citada

- Constitución Política de la República de Chile [Const]. 17 de septiembre de 2005 (Chile).
- Decreto N° 1 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 16 de mayo de 2000. D.O. N° 36.676.
- Decreto N° 1-19653 de 2000 [con fuerza de ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre 2000. D.O. N° 37.137.
- Decreto N° 900 de 1996 [con fuerza de Ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas. 31 de octubre de 1996. D.O. N° 35.604.
- Decreto N° 1 de 1960 [con fuerza de ley], Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado. 23 de febrero de 1960. D.O. N° 34.631.
- Decreto N° 1 de 1986 [con fuerza de Ley]. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 9.618, que crea la Empresa Nacional Del Petróleo. 4 de diciembre de 1986. D.O. N° 32.754.
- Decreto Ley N° 1.263 de 1975 [Ministerio de Hacienda]. Orgánico de Administración Financiera del Estado. 21 de noviembre de 1975.
- Decreto Ley N° 1350 de 1976 [Ministerio de Minería]. Crea la Corporación Nacional del Cobre. 30 de enero de 1976.
- Ley N° 19.880 de 2003. Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. 22 de mayo de 2003. D.O. N° 37.570.
- Ley N° 19.542 de 1997. Moderniza el Sector Portuario Estatal. 9 de diciembre de 1997. D.O. N° 35.944.
- Ley N° 19.865 de 2003. Financiamiento Urbano Compartido. 21 de marzo de 2003. D.O. N° 37.524.
- Ley N° 19.886 de 2003. Establece Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. 11 de julio de 2003. D.O. N° 37.622.
- Decreto Supremo N° 75 de 2004 [Ministerio de Obras Públicas]. Contiene el Reglamento del Contrato de Obra Pública. 2 de febrero de 2004.
- Ley N° 19.132 de 1992. Crea la Empresa Televisión Nacional de Chile. 30 de marzo de 1992. D.O. N° 34.239.
- Decreto Supremo N° 541 de 1996 [Ministerio de Bienes Nacionales]. Reglamento de Decreto N° 2.695, de 1979, que fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raiz y constituir el dominio sobre ella. 20 de agosto de 1996.
- Decreto Supremo N° 956 de 1999 [Ministerio de Obras Públicas]. Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991 modificado por las Leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996. Reconocida como Ley de Concesión de Servicio público. 6 de octubre de 1997.
- Decreto Supremo N° 236 de 2002 [Ministerio de Vivienda y Urbanismo]. Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para Los Servicios de Vivienda y Urbanización. 1 de julio de 2003.