



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

**¿QUÉ ENTENDER POR CONTRATO ADMINISTRATIVO EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO CHILENO ACTUAL?**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES**

ANDREA BETSI PARRA SANHUEZA

**PROFESOR GUÍA:
CLAUDIO MORAGA KLENNER**

**SANTIAGO DE CHILE
MAYO DE 2013**

A mis abuelos, Isabel y Juan, por su abnegada dádiva de vida,
cuyo amor tierno e inmortal, coronará por siempre mi juventud florecida.

A mi amado Edson, serenidad perfecta de mis días,
por su sincero corazón y dulce compañía.

ÍNDICE

Introducción.....	1
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

1.1. Consideraciones preliminares.....	4
1.2. Instituciones que integran la contratación pública.....	5
1.2.1. El órgano supraordenador de la comunidad.....	5
1.2.2. El contrato.....	7
1.3. Instituciones moderadoras de la relación público-privada.....	10
1.3.1. El Populus Romanus.....	10
1.3.2. El contrato de feudo.....	12
1.3.3. El Estado Moderno.....	16
2. El contrato al servicio de la monarquía: el caso español.....	18
2.1. Del Fuero Juzgo al Fuero Viejo de Castilla: la utilización del contrato por el rey está prohibida expresamente.....	18
2.2. Del Código del las Siete Partidas a la Novísima Recopilación de las Leyes de España: la contratación regia-privada complementa al régimen monárquico autosustentable.....	19
2.3. La vía contractual como complemento del sistema monárquico autosustentable.....	24
3. Indicios del contrato público en la América Hispánica.....	27
3.1. Los contratos públicos en la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias.....	28
3.1.1. Antecedentes de la Recopilación.....	28
3.1.2. Tipos contractuales regulados por la Recopilación.....	29
4. Los contratos celebrados por la administración adquieren nombre propio.....	35
4.1. Instituciones que propiciaron la especialización de los contratos de la Administración.....	35
4.1.1. La Fiskustheorie.....	35
4.1.2. Estado Constitucional de primera generación.....	39
4.1.3. La Administración del Estado.....	40

4.2. Los contratos administrativos.....	42
---	----

**CAPÍTULO SEGUNDO. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL ALERO DE LA
FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.**

1. La función administrativa y su relación con el contrato.	44
1.1. Administración Pública o Administración del Estado.	44
1.1.1. La visión orgánica de la Administración Pública y su influencia sobre la categorización de la estructura estatal en poder ejecutivo, legislativo y judicial.....	45
1.1.2. La dimensión funcional de la Administración Pública.	47
1.2. El contrato como instrumento jurídico de la Administración Pública.	50
2. La función administrativa y su rol configurador del contrato público en Chile.	51
2.1. La Administración Pública del Estado Liberal como una actividad de ejecución de leyes; el contrato celebrado por ella, como un acto privado.	52
2.1.1. Los primeros administrativistas y su estudio del contrato público.....	58
2.1.2. El contrato público en la jurisprudencia del Siglo XIX.....	66
2.1.3. El contrato público en la legislación del Siglo XIX.	72
2.2. La Administración del Estado Social otorga a cierto grupo de contratos fisonomía propia de Derecho Público de la mano de la doctrina de los servicios públicos.	77
2.2.1. Tratamiento doctrinal del contrato público en la era de la Administración Social, especialmente del contrato administrativo....	80

**CAPÍTULO TERCERO. AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO
ADMINISTRATIVO.**

1. La consagración del contrato en la escena administrativa nacional de fines del Siglo XX.	93
1.1. El papel desempeñado por la doctrina.	93
1.2. Multiplicación de la legislación sobre contratación pública.	96
1.3. La evolución de la jurisprudencia.	98
2. Anacronía de las ideas clásicas sobre contratación administrativa.	105

2.1. Las ideas clásicas sustentadoras de la contratación administrativa.	106
2.2. Planteamientos que socavan las bases de las ideas clásicas del contrato administrativo.	108
2.3. Nuevos contratos celebrados por la Administración.	113
2.3.1. Convenios interadministrativos.	113
2.3.2. Convenios de colaboración público-privados que implican el desarrollo de acciones o cometidos administrativos.	115
2.3.3. Contratos para disponer de la calificación profesional o técnica de una persona.	120
2.3.4. Los contratos internacionales del sector público.	121
3. El contrato público bajo el influjo de la función administrativa de conformación y cooperación social.	126
3.1. Necesidad de un nuevo entendimiento de la contratación pública, <i>ad hoc</i> a la nueva función administrativa de nuestro Estado.	130
4. Nuevas ideas para la contratación pública.	133
4.1. La extensión del término «contrato administrativo».	133
4.2. Un nuevo concepto de contrato administrativo unificador de todos los contratos celebrados por el Sector Público Administrativo Nacional.	136
4.2.1. Instrumento jurídico.	137
4.2.2. Una de sus partes es necesariamente un órgano del <i>Sector Público Administrativo Nacional</i>	137
4.2.3. Materialización de la función administrativa.	141
4.2.4. Incapacidad de materializar individual y directamente la misión administrativa, y/o la conveniencia de la colaboración de otros órganos públicos o privados, nacionales o internacionales.	148
4.2.5. Regulación por un régimen jurídico mixto.	151
Conclusión.	154
Bibliografía.	157

RESUMEN.

El objetivo de la presente tesis es enseñar el contrato administrativo como un instrumento jurídico que ha acompañado a la Administración del Estado, desde inicios del siglo XX hasta la actualidad, para que ésta pueda materializar su función administrativa. Transformándose ésta -la función administrativa- en el elemento configurador de la sustantividad de aquel, y a la luz del ordenamiento jurídico vigente, le entrega un contenido que hace al contrato administrativo sinónimo de las expresiones 'contrato público' o 'contrato de la Administración', e incluye a los llamados 'contratos civiles de la Administración'.

Para ello iniciaré con los antecedentes históricos de la contratación pública en general, que nos permitan dimensionar cómo llegaron a complementarse en equilibrio jurídico dos instituciones de orígenes completamente opuestos y desiguales: contrato, del ámbito privado, versus Estado, del ámbito público. Continuaré con el estudio de la relación que existe entre el contrato celebrado por la Administración, sea contrato administrativo u otro, y la función administrativa, describiendo el rol que el primero ha jugado al alero de la función administrativa nacional del Estado Liberal, primero; y del Estado Social, después. Para terminar con su análisis a la luz de nuestro ordenamiento jurídico actual, descubriendo los planteamientos que nos conducirán a la redefinición del contrato administrativo y, por ende, de la contratación pública nacional.

Específicamente, intentaré demostrar que el contrato público en general surgió como un instrumento necesario al ente supraordenador para el ejercicio de sus fines administrativos, y que el contrato administrativo no fue la excepción. Y es que la doctrina francesa, fundadora de la idea sustancial de este contrato, lo asoció al servicio público y, precisamente, esa será la función administrativa vigente a fines del siglo XIX. Sin embargo, hoy esa función es una de configuración y/o colaboración social, no ya exclusivamente de servicio público, por lo tanto, corresponde que adecuemos la idea de contrato administrativo a sus nuevos requerimientos. Nuestro legislador así lo ha hecho.

INTRODUCCIÓN.

La noción de contratación administrativa nos ha situado tradicionalmente en un específico sector de la Administración Pública, en el que se agrupan los contratos gestados bajo la influencia de la jurisprudencia y doctrina sustantivistas francesas de inicios del siglo XX, cuyo sello distintivo fue dado por la idea de servicio público. Sin embargo, desde entonces hasta hoy, han operado significativos cambios en la estructura social, política, jurídica y económica que les sirvió de base originaria y sobre la cual se construyó su marco teórico.

Por ello, en la actualidad, al hablar de la utilización de la vía contractual por la Administración Pública, nos enfrentamos a un vasto y dinámico campo del quehacer nacional e internacional, en el que se ha consolidado una prolífera relación de cooperación, tanto al nivel público-privado como en el ámbito interadministrativo, y que es materializada por los más diversos tipos contractuales, ya no solo por los contratos clásicamente administrativos. Y es que junto a los 'contratos administrativos' conviven otros identificados como 'contratos privados de la Administración', 'contratos públicos', 'contratos de la Administración', 'contratos celebrados por la Administración', etc.

En este sentido, mi hipótesis plantea que el conocimiento sobre contratación administrativa se encuentra cautivo en las ideas francesas de principios del siglo pasado elaboradas en base a la doctrina de los servicios públicos, y que fueron introducidas en nuestro país desde la década de los 30' del mismo siglo. Dicho cautiverio ha provocado, por un lado, que se petrifique el marco teórico explicativo de los contratos administrativos impidiendo su evolución y el ingreso de otros tipos contractuales celebrados por la Administración para ser regulados por directrices comunes. Y por otro, la presencia de múltiples y diferentes cuerpos normativos que dan vida a un ordenamiento jurídico contractual administrativo falto de uniformidad y consistencia.

Y en un escenario en que se han multiplicado de tal manera los contratos, que han pasado a ocupar un lugar a la par de los actos administrativos, influyendo notoriamente en la manera de administrar, la falta de organicidad y sistematización

se vuelve intolerable en aras a un eficiente y eficaz ejercicio de la función administrativa, máxime si aspiramos a alcanzar el estatus de nación desarrollada.

En consecuencia, postulo que para avanzar hacia un estatus deseado en esta materia una buena opción es partir por considerar que lo determinante de todo contrato celebrado por la Administración, sea típicamente administrativo u otro, es el hecho de ser un instrumento de la Administración Pública para que ésta pueda materializar su función administrativa, de la misma forma que se vale de los actos administrativos.

Por lo demás, esta idea no contradice aquella de inicios del siglo XX que sostenía que los contratos administrativos buscaban el aseguramiento y/o gestión de los servicios públicos, porque la función administrativa de aquella época era precisamente una de servicio público. Y como hoy la función administrativa es de configuración y/o colaboración social, ya no exclusivamente de servicio público, se abren las puertas para que se unifiquen todos los contratos celebrados por la Administración bajo una nomenclatura común y un ordenamiento teórico y normativo uniformes.

Por lo tanto, ordeno mi tesis de la siguiente forma:

Capítulo Primero: Contiene diversos antecedentes históricos que nos permiten dimensionar cómo se produjo el proceso que llevaría a la complementación de dos instituciones, en su origen, totalmente opuestas entre sí, como lo eran el contrato y el ente supraordenador de la sociedad. La importancia de este punto, es que nos aportará un primer argumento para unificar y organizar la teoría respecto de los contratos celebrados por la Administración, como es, que todos ellos tendrían una base embrionaria común: servir al ente supraordenador en aquello que él no puede hacer por sí mismo.

Capítulo Segundo: Incorporo a mi trabajo la categoría de *función administrativa* porque en mi opinión, ésta es un factor determinante en la configuración del contrato administrativo. En otras palabras, *función pública administrativa* y *contratación administrativa* están íntimamente relacionadas, existiendo entre ambas una afectación o modelación recíproca. Para tales efectos, describo cómo se desarrolló la contratación administrativa al alero de la función

administrativa en el Chile liberal e individualista del siglo XIX, de los inicios de nuestra Independencia, y cómo lo hizo bajo la Administración Social o Benefactora de gran parte del siglo XX.

Capítulo Tercero: Finalizo con la modelación que la contratación pública actual ha sufrido de la mano de la función administrativa de configuración social, reflejada en los estudios de la doctrina, jurisprudencia y legislación vigentes, de quienes extraeré los postulados que nos conduzcan hacia un nuevo entendimiento de la contratación administrativa en nuestro país, más integral, más ordenado y sistematizado.

En definitiva, el objetivo de esta tesis es contribuir con ideas y elementos que nos ayuden en la elaboración de un marco teórico que proporcione cohesión y organicidad a todos los contratos celebrados por el sector público nacional, incluyendo a los típicamente administrativos y los llamados contratos civiles de la Administración, de manera de abogar por un ejercicio de la función administrativa más eficiente y eficaz, sobre todo en el manejo de los recursos públicos. Y adecuar el entendimiento de la vía contractual administrativa a nuevos predicamentos de una sociedad postmoderna que espera y exige mayor calidad de la actuación administrativa.

CAPÍTULO PRIMERO. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

ANTECEDENTES GENERALES.

Consideraciones preliminares.

Para que la organización política administrativa actual llegara a la adopción del contrato como uno de sus instrumentos auxiliares en el ejercicio de su función administrativa, antes fue necesario que experimentara un largo proceso de transformación de sus estructuras de soporte para adecuarse a las nuevas expectativas e intereses de los gobernados, los cuales esperaban una relación público-privada basada en el respeto mutuo de determinadas garantías que terminaran con la arbitrariedad y abuso del poder político, impuesto hasta entonces por sus detentadores.

Tal proceso involucró a una diversidad de instituciones jurídicas, políticas, sociales u otras que, tras siglos de evolución y desarrollo, fueron recogiendo y dinamizando variados elementos fácticos y culturales por medio de los cuales actuaron en la configuración del estatus jurídico-político, para reducir a su mínima expresión la arbitrariedad que caracterizara la forma de ejercer el poder, y así dar pie a la aparición de las condiciones necesarias para la adopción del contrato por la entidad política gobernante.

Entre tales institutos hay dos que constituyen los ingredientes básicos y esenciales de la contratación pública, sin los cuales, no es posible hablar de ella. Son un poco obvios, pero no por ello menos importantes. Me refiero al ente supraordenador de los intereses de la comunidad civil políticamente organizada, desde Maquiavelo conceptualizado bajo el vocablo *lo Stato*, y al *contrato*. Además de éstos, hubo otros que contribuyeron a cimentar la interacción pública-privada a través del contrato.

Las instituciones a las que me refiero están unidas por el hecho de que ellas giren, directa o indirectamente, en torno a la continua búsqueda de las personas por el derecho a tomar sus propias decisiones, por tener y usar su libertad. HEGEL,

describió este fenómeno al sostener: "*La Historia universal es el progreso hacia la conciencia de libertad, un progreso que hemos de reconocer en su necesidad*". Conciencia de libertad en la que se anhela encontrar el bienestar material y espiritual de cada ser humano.

Veremos, en la medida que nos adentremos en el presente trabajo, cómo las personas, en su lucha por alcanzar y perfeccionar dicho anhelo de bienestar, influirán en la creación de instituciones moderadoras y equilibradoras de la relación público-privada, entre cuyos resultados se contará la utilización del contrato para pactar acuerdos de voluntad libremente emitida por las partes, en los inicios, acotado a aspectos netamente patrimoniales, pero que con el paso del tiempo ganará influencia hasta alcanzar aspectos relacionados con el ejercicio mismo de funciones públicas, como lo es la administrativa.

Instituciones que integran la contratación pública.

El órgano supraordenador de la comunidad.

Se refiere a la existencia de un ente que esté por sobre la voluntad de cada individuo, y tenga la capacidad de actuar con poder coercitivo sobre un grupo significativo de ellos, dentro de un determinado territorio, organizándolos y dirigiéndolos en la consecución de objetivos individuales y comunes, en el marco de un orden jurídico autoimpuesto.

Esta institución política obtuvo su factibilidad solo una vez que las comunidades de personas fueron capaces de sobreponerse a las fuerzas de la naturaleza, adoptando el sedentarismo como forma de vida. Consecuencialmente, vino el desarrollo y especialización del trabajo y de la mano de éste, el aumento demográfico y el progreso técnico y científico, que a su vez, trajeron consigo el fenómeno de la aglomeración e identificación subjetiva y objetiva de grandes grupos de habitantes, y la fundación de las ciudades.¹

¹ Historia Universal, *La Antigüedad: Asia y África. Los primeros griegos*. Tomo III, Editorial Salvat, Lima, 2005, pp. 156-158 y 177-179.

Recién allí, las personas fuimos capaces de dotarnos de un órgano suprapersonal que de forma más o menos racional y permanente en el tiempo dirigiera, organizara y decidiera el destino de los humanos en comunidad, porque recién allí fue posible “la reunión de los hombres en comunidades de voluntad y de valores por sus aspiraciones y concepciones políticas, con el objeto de conseguir algo para el futuro”.²

Desde entonces, incontables han sido los ropajes con que dicho órgano supra ordenador se ha vestido a través de la Historia. República, Imperio, Reino y Estado, son solo algunos de los más utilizados y vistosos para nuestra historia occidental. Incontables también han sido, los instrumentos que éstos han validado para materializar su *potestad de imperio*. Entre todos ellos destacan la fuerza física, uno de los que inicialmente se usó y, sin llegar a desaparecer, fue cediendo gradualmente su lugar a medios más racionales y pacíficos, tales como, la palabra empeñada³, el honor, las normas jurídicas y, más tarde, los acuerdos de voluntad.

Es de notar que los diversos sistemas de ejercicio del poder político, por largos períodos de nuestra historia, concretaron ese poder de manera absoluta, autoritaria y personalista, pues no se tenía conciencia ni de una clara diferenciación entre las personas que ejercían el poder y el órgano supraordenador, ni de la noción de igualdad distinta a la aristotélica. Así, su estructura de gobierno se organizaba en un sistema piramidal, situándose en la cúspide quienes detentaban el sumo poder y hacia abajo quienes lo tenían menos, hasta ubicar en la base a quienes estaban privados de toda clase de derechos, o de la mayor parte de ellos.

² HELLER, Hermann, *Teoría del Estado (1)*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1990, p.72.

³ Sobre el uso de la fuerza y la palabra como instrumentos de relación por los romanos, es muy ilustrativo lo señalado por Von Ihering, quien sostiene: “*En Roma la fuerza y el culto de la palabra dominan todas las relaciones de la vida pública y privada..., para el antiguo romano la palabra es una fuerza mística y poderosa que liga y desliga*”. En VON IHERING, Rudolf, “El espíritu del derecho romano” abreviatura o trozos selectos por Fernando Vela, *Revista de Occidente, segunda ed., Madrid, 1962, en especial N° 49 y N° 57*. Citado por LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos, Parte General (1)*, t. I, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 50.

Por otra parte, el fundamento de la supraposición que el ente de autoridad detentaba fue variando a través de los tiempos. En las etapas más tempranas de su existencia se sustentó sobre bases de carácter mágico, más tarde, se pueden encontrar unas de tipo religioso, y una vez superada la Edad Media, se adorna el antiguo discurso justificativo con principios materiales agradables al oído, tales como, *la búsqueda de la felicidad de los súbditos*, *la consecución del bien general*, entre otras de este mismo estilo.

Sin embargo, la adecuación del discurso nada podía hacer frente al poderoso influjo de las nuevas ideas sobre libertad e igualdad, levantadas sobre un sistema de Derecho natural y racional que intenta legitimar y explicar la naturaleza y la actividad humana, sin el prisma de la trascendencia divina ni en el valor de la tradición, sino por su racionalidad. La fuerza de estas nuevas ideas fue tal, que inútil era tratar de aplacarlas. Pronto estallaron en las salas de las universidades, en las calles, en las plazas públicas, etc. Se buscaba con ahínco limitar las omnímodas y asfixiantes potestades de los gobernantes.

El contrato.

El contrato es un instrumento facilitador de las relaciones humanas que, como tal, tiene un muy antiguo y, por lo mismo, nebuloso origen. Sobre su caracterización original no existe claridad, muestra de ello es que ni siquiera los especialistas sobre la materia han logrado aunar criterios.

Sobre el contrato primitivo, se cree que el elemento mágico era lo que le daba su fisonomía propia, por lo que carecería de elementos lógicos. Entre otras cosas, esto implicaría que mediante el contrato no se procuraba prever y regular relacionares futuras como es tan común hoy; por el contrario, “los etnólogos concluyen que en las sociedades más antiguas la incapacidad de abstracción de los individuos les impedía disociar el presente del futuro”.⁴

Los antecedentes más cercanos a la noción actual del contrato que distintos eruditos han investigado se remontan a la Grecia prerromana, y han concluido que

⁴ LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, *op. cit. (1)*, p. 38.

allí el contrato existía en la medida que se verificara, en la realidad, una reciprocidad de prestaciones o *sinallagma*.⁵

En la época del Derecho Romano Clásico, en tanto, había dos corrientes sobre la idea de contrato. Una que abogaba por una noción amplia postulando que el contrato era esencialmente formal, pues constaba si se cumplían, al pie de la letra, las formalidades establecidas para el pacto correspondiente, tanto con la verificación de la *stipulatio* o de la *datio*. La otra, tenía una concepción restringida del mismo, según la cual lo determinante en él era la constatación de obligaciones recíprocas.⁶ Sin embargo, en la época posclásica se admitían tanto el contrato formal o *stipulatio* -aunque su utilización iba en decadencia- y el contrato de cambio o *synallagma*, que gozaba de la mayor aceptación y utilización.⁷

Lo cierto es que la idea del contrato en Roma se puede visualizar mejor con su locución etimológica, “*contractus*”, que quiere decir ‘lo contraído’, o sea, “una relación jurídica ya formada, con independencia del acto de formación o de nacimiento de la misma”⁸, o como dice en otra parte el autor: “En Roma *contractus* es simplemente el sustantivo (...) derivado de *contrahere*, que significa ligar o atar”.⁹

Finalmente, en la época denominada del Derecho Intermedio, que se extendería desde el siglo V hasta las codificaciones Europeas -con el Código de Napoleón de 1804 como hito- básicamente, habría predominado la observancia de las formas como elemento determinante del contrato, las cuales habrían ido paulatinamente perdiendo aplicación desde el Siglo XVI, aproximadamente, en Italia; desde el Siglo XVII, en otros países y hasta el XVIII, en algunos otros.¹⁰

⁵ Ibídem, p. 41.

⁶ Ibídem, pp. 44, 49 y 50.

⁷ Ibídem, p.56.

⁸ Ibídem, pp. 45 y 53.

⁹ Ibídem, p. 51.

¹⁰ Cfr. LOPEZ SANTA MARIA, *op.cit.* (1), pp. 64-74.

En todas las nociones sobre contrato que hemos visto, el común denominador posible de observar es que en ninguna de ellas importaba el elemento volitivo, tan propio en el entendimiento actual del contrato. Allí, el contrato existía en tanto concurrían las circunstancias descritas, lo quisieran o no las partes. Luego, ¿cuándo es que este elemento se transforma en requisito esencial del contrato?

En opinión del destacado profesor LÓPEZ SANTA MARÍA, el elemento volitivo recién habría aparecido caracterizando los contratos en los tiempos modernos, habiéndose producido la consagración del mismo en el lenguaje jurídico, durante el Siglo XIX, de la mano de los comentaristas del Código de Napoleón.

No obstante lo anterior, en España, esto habría ocurrido mucho antes. Es posible encontrar una norma que hace referencia al elemento volitivo en el perfeccionamiento del contrato, ya en el *Fuero Juzgo o Código Visigodo*, cuya data sería del Siglo VII d. C.¹¹ Su **ley I, tít. IV, lib. V**, dice: “*El camio que non es fecho por fuerza ó por miedo, vala así como la compra*”.¹² Sobre esta norma, un comentarista español sostiene: “Es aquí de notar que estableciéndose por principio la libertad del consentimiento en las compras y permutas, se declara la nulidad del contrato en que intervenga fuerza y miedo...”¹³

Sin embargo, tal norma habría sido un antecedente un tanto aislado en su época, pues la influencia de los invasores germánicos habría masificado los contratos formales en gran parte de la península. Pero, en 1348, en el *Ordenamiento de Alcalá de Henares*, en su **título XVI**, reaparece el elemento volitivo en la formación del contrato. La única ley de este título, en su parte final

¹¹ Se discute su origen. Jaime Eyzaguirre, por su lado, describe tres etapas en la formación: la edición del rey Recesvinto, en 654; la del rey Ervigio, en 681, y la edición *vulgata*. Ver su *Historia del Derecho*, Ed. Universitaria, Santiago, 2006, pp. 47 y 48. Por otra parte, en la obra de *Los Códigos Españoles*, se sostiene que este cuerpo de normas se habría formado definitivamente durante el reinado del rey Egica y del de su hijo Witiza. Ver *Los Códigos Españoles, concordados y anotados (1)*, t. I, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847, p. X.

¹² *Los Códigos Españoles, op. cit (1)*, p. 142.

¹³ *Ibíd*em, p. LVIII, párrafo 51.

dice: “*que sea valedera la obligacion ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, è facer contracto con el*”.¹⁴

Dicha norma habría tenido antecedentes en diversos fueros locales, los cuales habrían mantenido cierta distancia de las tradiciones germánicas, por ende conservaron al *consentimiento* en la formación de algunos contratos, haciendo posible su retorno a la escena jurídica de la España del Siglo XIV.

Instituciones moderadoras de la relación público-privada.

Si nos remontamos en el tiempo, encontraremos una serie de institutos en los que podemos identificar esa continua búsqueda humana por nivelar, armonizar o, al menos, hacer menos arbitraria y abusiva la relación entre el órgano público, personificado en la autoridad y su grupo de acción, y los sujetos privados. También, queda en evidencia que cuando el órgano gubernamental se encontró con límites para el ejercicio de su poder o cuando tambaleó su legitimación acudió, de una u otra forma, a la complementación privada porque se negaba a desaparecer.

Es importante hacer una breve alusión a algunas de ellas, como ejemplos que nos sirvan para acercarnos a las ideas que cimentaron el camino hacia la contratación pública, como veremos a continuación.

El *Populus Romanus*.

El *populus Romanus* es una institución de la época de la República romana (509 a. C - 29 a. C), y se entendía como una corporación de individuos con capacidad de goce. En otras palabras, el *populus Romanus*, correspondía a “la totalidad de los *cives Romani* y no un ente abstracto distinto de ésta, equivalente a lo que es nuestro moderno ‘Estado’”, que podía ser titular de derechos y obligaciones y participar en el tráfico jurídico.¹⁵

¹⁴ *Ibidem*, p. 450.

¹⁵ GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 422.

Como tal, era dueño de bienes muebles e inmuebles, tesoro agrupado bajo la denominación *aerarium populi romani*. Actuaba en el tráfico jurídico y político a través de sus magistrados y del senado; y en lo patrimonial, lo hacía por medio de sus *censores* y *quaestores*. En este ámbito, celebraba contratos de compraventa, arrendamientos, aceptaba donaciones, legados y herencias, actividades por las que quedaba sometido a normas de carácter publicístico.¹⁶

Más tarde, durante la época del Principado (27 a. C – 284 d. C), César Octavio, Augusto, creó un nuevo patrimonio denominado *fiscus Caesaris*, cuyo titular era el príncipe. Lo hizo con el objeto de evitarse las trabas que el senado podía imponerle como fiscalizador de los fondos del *aerarium populi romani*. Así marcó el inicio de un progresivo proceso de suplantación de las instituciones republicanas por las del Principado,¹⁷ y la República pronto dará paso a las Monarquías Absolutas, las que, no obstante, serán más tarde superadas por ideas cuyos antecedentes mediatos vendrán dados precisamente por las ideas republicanas.

Por ello es que lo destacable del *populus Romanus* es el hecho que hereda a la sociedad occidental la visión de que los ciudadanos organizados en una fuerte estructura jurídica de derechos y obligaciones, pueden superar en eficacia y poder a los caudillos que quieran ejercer el gobierno de manera personalizada y arbitraria. No en vano, esta fórmula vino a reemplazar el ejercicio autoritario y abusivo de la Monarquía romana (758 ó 752 a.C – 509 a.C), abriendo paso a la época de la República (509 a. C - 29 a. C), en la que se dosificó el ejercicio del poder público entre el *senatus pupuli Romani* y los *magistratus populi Romani*, siendo ambos órganos especies de representantes del *populus Romanus*.

Junto a lo anterior, sobresale la idea de ‘un ser colectivo’ de carácter supra-privado que representa a las personas que lo constituyen: los ciudadanos, y que actúa por ellos a través de representantes, pudiendo celebrar contratos u otros actos. Mas, aún no ha llegado el tiempo en que se diferencie de la colectividad

¹⁶ *Ibidem*, p. 423.

¹⁷ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, bases fundamentales (1)*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, nota al pie n° 49, p. 211.

como ente independiente de ella. Sin embargo, está a un paso de la idea de las personas jurídicas o morales -obra de los postglosadores del Medioevo- la cual sí reconoció en las agrupaciones con capacidad de goce, la existencia de un ente individual, distinto de ellas, con personalidad jurídica propia.

Así las cosas, la imagen de una entidad de poder público, aglutinadora de todos los ciudadanos, ubicada sobre ellos pero para servir a sus intereses, con personalidad propia que la distinga de la persona del gobernante, que sea capaz de contraer derechos y obligaciones, y especialmente celebrar contratos, empezará tímidamente a dibujarse tras la sucesión de los siglos venideros.

El contrato de feudo.

Esta institución jurídica se configura en el periodo que va desde la Temprana a la Alta Edad Media ¹⁸, y dice relación con una progresiva generalización, durante esa época, del uso del acuerdo contractual entre el gobernante y aquellos de sus vasallos que habían adquirido suficiente influencia y riquezas. Esto es, entre los reyes de origen romano-germánicos y la nobleza. También se daba entre algunos nobles de mayor poder con otros de menor.

En efecto, en virtud del llamado *contrato de feudo*, el Rey -o noble de mayor poder- entregaba un territorio determinado a un noble, el que a su vez tenía la obligación de reconocer la propiedad de quien le entregó el feudo (vínculo de “beneficio”), combatir a su lado y prestarle todo tipo de ayuda (vínculo de “vasallaje”). A cambio, le correspondían las rentas, la administración, gobierno y defensa del territorio recibido. Esta relación contractual se perfeccionaba en una ceremonia pública, desarrollada ante testigos, consistente en la “investidura” o entrega de un objeto que representaba simbólicamente la tierra que el beneficiario recibía, y el “homenaje” que hacía el futuro vasallo a su futuro señor, besando su mano o poniendo las suyas entre las de él.¹⁹

¹⁸ ROMERO, José Luis, *La Edad Media*, Fondo de Cultura Económica, México, 1949, pp. 49-50.

¹⁹ *Ibidem*, p. 48.

Para comprender de mejor forma esta especie de vínculo público-privado, rey-vasallo, que se dio en plena Edad Media, intentaré una aproximación a la lógica de pensamiento vigente en aquella época, aunque dada las limitaciones propias del ser humano, solo es posible visualizar entre sombras su real sentido. Y es que, como dice HELLER, “[p]ara comprender las relaciones políticas del pasado, no hay, en último término, otro recurso que medirlas con los conceptos del pensar actual”.²⁰ Veamos.

Lo primero, es señalar que durante la Edad Media no existió la unidad de acción y ordenación política asentada dentro de un territorio determinado, que desde la época de las ciudades-repúblicas de la Italia septentrional, en el Renacimiento, se conoce como «Estado». Lo que había era una “*poliarquía*” en la que el poder político era ejercido por el rey y, en paralelo, por diversos sectores o grupos de carácter privado, gracias a que éstos también detentaban facultades o funciones públicas, tales como, las de administración, de ordenación y de justicia.²¹

Mas ¿cómo es que facultades, hoy típicamente públicas, llegaron a ser detentadas y ejercidas por privados? El contrato de feudo descrito supra tiene la respuesta. Sucedió que el órgano supraordenador de la época se fue desprendiendo y/o distribuyendo, contrato tras contrato, acuerdo tras acuerdo, sus derechos de dominación o derechos de superioridad, siendo trasladados a otros depositarios, muchos de los cuales tenían carácter privado. De manera que su poder político vino a quedar limitado en el ámbito interior “por los numerosos depositarios de poder feudales, corporativos y municipales y, en lo exterior, por la Iglesia y el Emperador”.²²

He aquí una primera pista que nos permite dimensionar el rol que jugó este contrato: contribuyó en la determinación, nada más ni nada menos, de una nueva forma de gobierno definida por la doctrina como “*poliarquía*”.

²⁰ HELLER, Hermann, citando a v. Below, en *op. cit. (1)*, p. 141.

²¹ *Ibidem*, p. 142.

²² *Ídem*.

La pregunta siguiente es: ¿Qué fue lo que llevó a la monarquía a traspasar y compartir gran parte del ejercicio de su poder político con diferentes depositarios de carácter privado? Hay diversos motivos que se podrían enumerar para entregar una explicación a ese fenómeno. Sin embargo, lo que me interesa destacar es la constatación que subyace en todos ellos -o al menos en la gran mayoría- de una necesidad existencial del ente gobernante y de su estructura de apoyo, dada por la presencia de ciertos elementos que amenazaban con erosionar su conservación. He ahí los incentivos para la celebración de este tipo de acuerdos.

Esos elementos estaban relacionados con los problemas técnicos de comunicación dentro del extenso territorio sobre el que se extendía el poder regio, y la inexistencia de una efectiva fuerza defensora y ordenadora de sus habitantes. Recordemos que en la Edad Media no quedaba casi nada del vigoroso sistema de gobierno, de defensa y de caminos, que en su momento de gloria tuvieron los romanos. Los diversos monarcas medievales estaban, pues, a merced de las segundas oleadas de invasores compuestas por musulmanes, normandos, eslavos y mongoles, quienes representaban una seria y temible amenaza a la seguridad externa e interna de sus territorios. Dichos invasores, ante la imposibilidad de conquistar los nuevos territorios, harían del saqueo y la depredación su sello distintivo.²³

Otro elemento de riesgo que contaba era la ambición de poder y riquezas de nobles empoderados, quienes buscaban la expansión de sus dominios y con ello de sus respectivas esferas de poder político.

En consecuencia, para hacer frente a situaciones de riesgo como las anteriores, fue que el rey reaccionó acudiendo a la complementación de los privados, aquellos de mayor rango en el reino y mejor posicionados desde el punto de vista económico, con quienes se uniría a través del 'vínculo del beneficio y del vasallaje' propios del contrato de feudo. HELLER, identifica este fenómeno como el *enfeudamiento de la propiedad agraria y de los derechos de superioridad del rey*.²⁴

²³ ROMERO, José Luis, *op. cit.*, pp. 46-47, 143-144.

²⁴ HELLER, Hermann, *op. cit. (1)*, p. 146.

En esa idea, es posible observar una interesante tendencia de *privatización del poder público*, al pasar funciones públicas como las de *administración, gobierno y defensa* de determinados territorios, a manos de privados nobles, caballeros, eclesiásticos, y más tarde, burgueses. Notemos su semejanza con cierta tendencia que se atribuye hoy a la masificación de los contratos públicos, que provoca hablar de una *nueva forma de administrar*.

Lo segundo, es menester destacar que durante el período medieval, toda Europa se encuentra asimilando la mezcla cultural romano germánica, en medio de la cual, el contrato se verificaba con la ocurrencia de las formas establecidas, no importando el elemento volitivo, salvo quizás, algunas partes de España. Por lo tanto, debemos excluir el consentimiento en la forma de entender la relación contractual rey-vasallo que se verificaba por entonces. Se trataba, simplemente, de un nexo formal de complementación de intereses: el de conservación del poder regio, por parte del rey, con el de riqueza o mayor influencia, por parte de los privados, concurriera o no la voluntad de ambos contratantes.

Tercero, la utilización del contrato abarcaba un vasto campo de acción en esferas que hoy podemos clasificar como públicas y privadas, pues “el pensamiento jurídico medieval no conoció las distinciones entre derechos público y privado, entre contrato y ley, (...). El contrato era la institución jurídica universal y se utilizaba incluso para fundamentar y transmitir derechos y obligaciones concernientes al ejercicio de la autoridad”.²⁵

En definitiva, tenemos una tendencia a la *privatización del poder estatal* y en paralelo, la *necesidad* del rey y de su aparato gobernante *de permanecer vigentes*. Pero, si éstos no cuentan con herramientas internas para su auto supervivencia, porque han sido debilitados por las carencias técnicas como la falta de una eficiente red de caminos o la falta de una técnica gubernativa eficaz, fácil es concluir que enfrentados a dichas limitaciones perderán progresivamente legitimidad ante los súbditos. Entonces, la utilización de la vía contractual por los reyes, en aras a sellar

²⁵ *Ibíd*em, p. 151. Cfr. SOTO KLOSS, Eduardo, *op. cit.* (1), nota al pie N° 56, p. 216.

alianzas estratégicas con los privados más poderosos y ricos del reino, será la fórmula perfecta para paliar sus propias deficiencias.

Así, la utilización del contrato de feudo vino a ser la solución más eficaz -al menos temporalmente- para que los reyes y grandes señores feudales mantuvieran su poder. Con su ayuda pudieron incorporar al gobierno a privados de gran influencia y bienes materiales que costearan la defensa militar y la administración civil y, además, fortalecer las bases de su legitimidad. Decimos 'temporalmente', porque es sabido que muchos de los señores feudales terminaron por ejercer un poder de manera autónoma y "el derecho del feudatario sobre el objeto del feudo, incluidos los derechos de superioridad, vino a convertirse casi en una propiedad de Derecho Privado".²⁶

Sin embargo, desde el Siglo XV aproximadamente, la monarquía logró recuperar efectivamente las funciones políticas que había *feudalizado* durante la Edad Media, al adoptar nuevas técnicas de gobierno, surgiendo el Estado Moderno, objeto de revisión en el siguiente acápite.

El Estado Moderno.

El Estado moderno es la forma política que reemplazó a las poliarquías de la Edad Media, y fue levantado por las monarquías europeas una vez que hubieron encontrado la fórmula para sobreponerse definitivamente a la nobleza, tras sostener con ella una constante lucha, abierta o soterrada, que caracterizó el fondo del cuadro de la sociedad feudal.²⁷ Y es que durante la Alta y Baja Edad Media nos encontramos con una monarquía que se había debilitado considerablemente, en contraste con el fortalecimiento de la nobleza, debido a la feudalización de la propiedad agraria y de sus derechos de superioridad.

Ahora bien, durante el Siglo XVI, la monarquía logra una victoria definitiva sobre la nobleza al recuperar los medios de autoridad y administración que otrora les cediera. Fue la consagración de un proceso que se había iniciado tímidamente

²⁶ HELLER, Hermann, *op. cit. (1)*, p. 146. Cfr. ROMERO, José Luis, *op. cit.*, p. 47.

²⁷ ROMERO, José Luis, *op. cit.*, p. 50.

durante la Baja Edad Media gracias a la alianza con la naciente burguesía, de quien obtuvo los recursos humanos y económicos necesarios para crear una nueva y poderosa fórmula de gobierno levantada sobre:

(a) un ejército mercenario permanente; (b) los servicios de una burocracia administrativa basada en la especialización de sus funciones, en la jerarquización y remuneración de los funcionarios y amovibles a voluntad del rey; (c) un sistema impositivo bien reglamentado para el financiamiento de los anteriores; (d) un *jus certum* aplicable a todo el territorio bajo dominación, materializado en un sistema de reglas unitario y escrito, en aquella época proporcionado por el Derecho Romano, que aún con su carácter privatista, era preferible a la disgregación jurídica de los territorios consecuencia de la debilitación del Imperio y a la falta de codificaciones.²⁸

Sin embargo, a poco andar se hizo necesario no solo un *jus certum* de las relaciones de Derecho Privado, sino también de aquellas en las que intervenía la autoridad, y que organizara la estructura sobre la cual ésta ejercía su poder. Ahí estaría el origen específico de las Constituciones escritas. Además, se dice que lo nuevo en estos textos no estuvo dado por “la determinación en un documento de los derechos de libertad individual, sino precisamente por la regulación consciente y planificada de la estructura concreta de la unidad política en una ley constitucional escrita”.²⁹

En definitiva, la idea que deseo destacar de las instituciones revisadas es que al hacerse menos abusiva la relación público privada y al estar disminuido el poder del ente de gobierno, el contrato encontrará las condiciones precisas para recoger y conciliar esas nuevas situaciones, incorporándoles el elemento de utilidad recíproca, de manera que transformará una relación imposible de concebir, en una alianza estratégica, mutuamente beneficiosa para las partes. Y así, poco a poco y de manera excepcional, comenzará a ser utilizado por algunas monarquías en áreas elementales de su organización, como por ejemplo, el aprovisionamiento de bienes necesarios para el funcionamiento del aparataje gubernamental.

²⁸ HELLER, Hermann, *op. cit. (1)*, pp. 146-151.

²⁹ *Ibidem*, p. 151-152.

EL CONTRATO AL SERVICIO DE LA MONARQUÍA: EL CASO ESPAÑOL.

Uno de esos casos en que la forma monárquica utilizó el contrato de manera excepcional es el de España. Muestra de ello ha quedado plasmada en diversos cuerpos jurídicos que la han regido desde antaño. En base a sus disposiciones será desarrollado el presente subcapítulo, debido a que el caso español constituye un influyente antecedente de nuestras instituciones políticas, jurídicas, etc., dada las razones históricas que nos ligaron por varios siglos a ese país.

Del Fuero Juzgo al Fuero Viejo de Castilla: la utilización del contrato por el rey está prohibida expresamente.

En la relación contractual público-privada española podemos encontrar antecedentes que se remontan al Fuero Juzgo o Código Visigodo, del Siglo VII de nuestra era, considerado el primer cuerpo de leyes codificado del territorio español. Cuerpo legal en el que leemos una única norma que hace expresa referencia a este tipo de relación prohibiéndola. Me refiero, a su **Lib. V, tít. IV De la compra y venta, ley 20**, que establece la regulación de las cosas que son de los privados y de las que son de la Corte, prohibiéndose expresamente la venta y donaciones “*de los privados de la corte que son tenudos de dar cavallos ó otras cosas al rey ó á la corte*” bajo sanción de que se anularán esos contratos si es que llegan a celebrarse.

Al respecto, en la introducción hecha al Fuero Juzgo, en la obra de “Los Códigos Españoles”, se dice de dicha norma: “no podemos decir sino que aquí al rey y á la corte se da la significacion del Estado, cuyo servicio se trata de asegurar de un modo privilegiado por tan errada manera”.³⁰

Nótese, en el comentario citado, que la opinión del jurista quien está presentando los Códigos Españoles, a mediados del Siglo XIX, deja ver claramente la inconformidad con la proscripción del uso del contrato por el Estado -entiéndase monarquía- con los privados. Lo cual evidencia que hacia 1847, año en que se publicó aquella obra, ya había en España una pacífica aceptación, al menos por ciertos juristas, de la idea de que el Estado llevara a cabo determinadas relaciones

³⁰ *Los Códigos Españoles, op. cit. (1)*, Introducción, p. LIX.

con los particulares a través del uso del contrato, y de que ello era una forma *correcta*, o *no errada*, de relacionarse con los privados.

En cuanto a la vigencia del Fuero Juzgo, cabe señalar que ésta se mantuvo mientras conservaron la supremacía los reyes visigodos, mas, adentrados en la Edad Media, fue decayendo frente a la influencia de la nobleza y por el hecho de que el territorio se disgregó en una multiplicidad de reinos más pequeños, al alero de los que proliferaron igual variedad de cartas o fueros locales, en cada uno de los cuales procuraban dar cabida a intereses locales. Hasta que en el Siglo X, nos encontramos con el Fuero Viejo de Castilla³¹, el cual consagra el poder que la nobleza española había adquirido frente a la monarquía.

Del Código del las Siete Partidas a la Novísima Recopilación de las Leyes de España: la contratación regia-privada complementa al régimen monárquico autosustentable.

Desde el Siglo XIII, de la mano del rey Alfonso X, el Sabio, verán la luz diversos textos jurídicos, tales como, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá de Henares y el Código de las Siete Partidas.³² Este último comienza a reivindicar la

³¹ Este código se formó de la recopilación de distintas leyes que se dieron por distintos reyes a variadas villas y poblados de Castilla, siendo aunadas por D. Sancho García, Conde de Castilla, y puestas en vigor “...en los cinco años que mediaron desde el 995, hasta el 1000;...” y que posteriormente sería extendido a otros territorios de la actual España por el expediente de la conquista. Rigieron hasta 1259, año en que D. Alonso el Sabio, pretendió su anulación con la introducción del Fuero Real, pero que desde 1272 se volvieron a utilizar hasta 1348, año de las Cortes de Alcalá. JORDAN DE ASSO, Ignacio y DE MANUEL Y RODRIGUEZ, Miguel, *Discurso preliminar*, al Fuero Viejo de Castilla, en *Los Códigos Españoles*, op. cit. (1) pp. 223-224 y 237.

³² Este código de las Siete Partidas fue mandado redactar por el Rey Alfonso X, El Sabio, e iniciaron los trabajos para dicho fin en el año 1256. No fue puesto en vigencia apenas terminada su creación, porque “*la prudencia no le permitía dar un paso que le habría acarreada complicaciones graves; porque si el Fuero Real, á pesar de su espíritu mas conforme con el de los Fueros Municipales y con las antigua costumbres nacionales, encontró tan obstinada resistencia y cayó ante las injustas exigencias de los nobles, no podía esperar mejor suerte el nuevo código, compuesto en su mayor parte de leyes romanas y decretales, que estaba en lucha con las preocupaciones arraigadas en el país y á que se oponían intereses legales existentes y poderosos.*” Su autoridad legal iniciaría en el reinado de Alfonso XI. *Introducción Histórica* al Código de las Siete Partidas, en *Los Códigos Españoles, concordados y anotados* (2), Tomo II, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848, pp. II, III, XIV y XVII-XIX.

superior posición real, iniciando la construcción de un fortificado sistema de mantenimiento y funcionamiento del gobierno y su aparataje operativo, de carácter mayoritariamente autosuficiente. No obstante -y esto es lo interesante- legitima al rey y a su corte, a las ciudades y a las villas, como sujetos capaces de celebrar contratos con los privados.

Y durante los siglos venideros, dicho sistema vendrá a ser reforzado a través de la dictación de cédulas, decretos, ordenanzas y autos acordados, tal y como se puede apreciar en la Recopilación de Leyes de España,³³ y en la Novísima Recopilación de Leyes de España.³⁴

Tal sistema de actuación monárquico fue construido sobre una figura divinizada del rey y de su descendencia, la cual era reforzada con el reconocimiento de una serie de privilegios hieráticos, tanto para el rey como para quienes son parte de su corte, y con la supervaloración del honor que significaba servir al rey, al traer consigo una serie de beneficios sociales y económicos. Además, dicha supraposición divinizada importaba que fuera el Rey quien manejara la mayoría de los medios de producción y distribución, básicamente representados por la riqueza agrícola. Esta situación, obviamente, facilitaba la sobrevivencia de su propia familia, de los funcionarios reales y de toda su estructura operativa, tanto desde el punto de

La vigencia de este código habría concluido en el año 1263. *Introducción* al Espéculo, en *Los Códigos Españoles, concordados y anotados* (3), Tomo VI, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1849, p. 3.

³³ Esta obra se llevó a cabo en el año 1567, bajo el reinado de Felipe II, producto de una apremiante necesidad del país de contar con legislación uniforme y completa. Sin embargo, la crítica indicó que nada vino a solucionar, sino se limitó a recopilar antiguas normas dejando los mismos vacíos que aquellas no habían podido llenar. En DIAZ Y MENDOZA, F. de la P., *Introducción a la Novísima Recopilación de las Leyes de España*, en *Los Códigos Españoles, concordados y anotados* (4), Tomo VII, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1850, p III-X.

³⁴ El rey Carlos IV, en 1798, ordenó que se complementase la *Recopilación*, y en 1802 se mandó promulgar y ejecutar como ley del Reino *La Novísima Recopilación de las Leyes de España*. Nuevamente sus críticos sentenciaron que se trataba de una obra pobre que no vino a solucionar el problema de los vacíos legales y falta de unidad y sistematicidad jurídica en el ordenamiento jurídico nacional. Incluso, hacen ver que los compiladores de esta recopilación ni siquiera se dieron el trabajo de actualizar el vetusto lenguaje utilizado en muchas de las normas que reprodujeron. En DIAZ Y MENDOZA, F. de la P., *op. cit.* (4), p III-X.

vista de la infraestructura como desde la manutención diaria, sin tener que acudir a la ayuda de privados.

En la especie, nos encontramos con organismos administrativos y normativas que fortalecen la omnipotente posición regia, y generan las condiciones para que el régimen de gobierno monárquico actúe como poder autosuficiente. Así sucede en el ámbito de las obras públicas; también en lo relativo a la conservación y explotación de los bosques; con la comunicación en el reino y con el aprovisionamiento del gobierno monárquico.

Según dan cuenta los **títulos XXXIV y XXXV, Libro VII, de la Novísima Recopilación**, el sistema de construcción, reparación y mantenimiento de obras públicas, tales como caminos, puentes y edificios de gobierno, estaba encargado por entero a las autoridades regias, quienes debían especificar determinados parámetros de conveniencia y utilidad de la obra en sí, antes de aprobar el proyecto. El tema técnico, como el levantamiento de planos, estaba encargado a especialistas en la materia, como la Academia de San Fernando y la Academia de San Carlos de Valencia.

Por su parte, el **título X, Libro III, de la Novísima Recopilación** organiza la Real Junta de Obras y Bosques, compleja entidad real que contaba con Secretaría, Contaduría, Razon General, Agencia Fiscal, Escribanía de Cámara, dependientes de menor grado, y su propio tribunal ordinario de obras y bosques. Bajo el gobierno de los Borbones, su administración se centraliza quedando bajo supervisión directa del rey por intermedio de su Secretario de Estado y del Despacho.

A ella correspondía, según palabras del propio rey Carlos III, *“todos los negocios económicos y gubernativos de mis Palacios, Alcázares, Sitios Reales y Casas de campo con sus bosques, sotos y términos, caza mayor y menor de ellos terrestre y volátil, pesca de sus rios y estanques, y otras pertenencias é intereses, qualquiera calidad que sean, en todas partes de mis Reynos”*³⁵

³⁵ *Los Códigos Españoles, op. cit. (4), p. 302-319.*

Es de destacar que, junto al aparato orgánico, se alzaban diversas normas de conservación de estos bienes, las que se sobreponían a cualquier derecho particular justificadas en una exigencia de interés general del reino.

Por ejemplo, hay una norma que prohíbe a los dueños particulares de montes y dehesas aldañas de ciertos bosques de propiedad del rey cortar o sacar leña de ellos sin el permiso del rey. Solo lo permite en las áreas comunes, dónde se debe informar a las autoridades regias para que éstas establezcan el tiempo, modo y forma en que se deba hacer.

Sobre lo mismo, en 1752, el rey Fernando VI, para la provisión de leña ordena *“que se ejecuten en los tiempos, modo y forma debida en utilidad y beneficio del mismo monte para su conservacion y aumento, y de la causa pública, interesada en que no falten á la Corte los precisos abastos de leña y carbon que merecen mi primera atencion”*.

También, hay normas que protegen los pastos de los terrenos para que se desarrolle convenientemente la ganadería (Ley II, párrafos 30 y 34). En otra parte, las hay que regulan en igual tenor las acequias, importantísimas tanto para el riego de los cultivos y plantas de los huertos reales, como para la ganadería y la población (Ley VII y VIII).

Como se ve, la Junta de Obras y Bosques, procuraba mantener vivo el aparato gubernativo regio al ocuparse de dos ámbitos esenciales en su funcionamiento interno. Por una parte, lo relativo a la conservación de la infraestructura regia, referido en “Obras”, y por otra, aquello que tenía que ver con la manutención real, como la alimentación, la provisión de agua, calefacción y alumbrado, etc, aspecto al que se aludía con el vocablo “Bosques”, pues de allí se obtenían los productos necesarios para el desarrollo de la vida, lo que se explica por el predominio de una economía agraria.

En similar tenor que el órgano anterior, los **Títulos XIII-XIV, Libro III, de la Novísima Recopilación**, establecen la Junta de Correos y Oficios que comprende los asuntos de correos, posadas, caminos, bienes mostrencos, vacantes y

abintestatos, a cuya cabeza se encontraba un superintendente general con facultades omnímodas.³⁶ Con ella se buscaba incentivar una circulación de la información lo más expedita posible, dados los medios técnicos con que se contaba en la época.

Con ese objeto, se regulaba, por ejemplo, la situación de los caballos y sus pertrechos, la ordenación de la infraestructura, tanto para los equinos como para los funcionarios, el establecimiento de fueros especiales para que los que trasladaran el correo no fueran perturbados en el cumplimiento de su trabajo. También, se organizaba con detalle los diversos tipos de correspondencia, los sellos que debía llevar y todo lo relativo a las sanciones para el incumplimiento de esa normativa.³⁷

Las áreas descritas anteriormente, de vital importancia para la vigencia del reino, por lo mismo, tan minuciosamente reguladas y entregadas por entero a la dirección regia, única y excluyente, no concibiéndose la colaboración privada, corresponden a clásicas áreas que vinieron a ser cubiertas por la Administración del Estado, y en dónde hoy es común encontrar justamente dicha colaboración. Incluso, algunos de ellos derechamente han salido de la administración de manos públicas para pasar a las manos privadas, tras los procesos de privatización que han vivido nuestros gobiernos contemporáneos.

Sin embargo, en medio de instituciones autosustentables hubo un área que abrió sus puertas al aporte privado. Me refiero al ámbito del aprovisionamiento de medios al rey y a su corte. Es precisamente en este ámbito dónde primero se acepta el contrato como instrumento válido de relación regia-privada, pero de manera excepcional. Ello sucede cuando los sistemas de aprovisionamiento real no son capaces de proveer lo necesario al rey y a su corte, o cuando su régimen de actuación no es capaz de llevar a cabo alguna misión de interés para el reino, como detallaremos a continuación.

³⁶ *Ibíd*em, p. 333.

³⁷ *Ibíd*em, pp. 332-351.

La vía contractual como complemento del sistema monárquico autosustentable.

Lo cierto es que la vía contractual en la misión de complementar la actuación y manutención pública cuenta con antecedentes positivizados, al menos, desde la elaboración del Código de las Siete Partidas, pues en él encontramos regulaciones sobre la celebración de diversos contratos por los reyes, iglesias, villas y ciudades, con privados.

Específicamente en varias leyes de la **Quinta Partida**, tales como la **Ley III, Título I**, respecto del **contrato de mutuo**³⁸; la **Ley I, Título II**, en relación al **contrato de comodato**³⁹ y la **Ley LIII, Título V**, que se refiere al **contrato de compraventa**.⁴⁰ Incluso, es altamente posible, dado el carácter preferentemente recopilativo de la dinámica española para la confección de sus textos jurídicos, que estas normas hayan sido tomadas de fueros locales de más antigua data aún.

Otros antecedentes vienen dados por la Novísima Recopilación, en términos similares a los consignados en la Quinta Partida, como lo hace ver la obra de don Juan SALA, titulada “Ilustración del Derecho Real de España”, publicada en París, el año 1844.

En dicha obra, en su **Tomo I, Libro II, Título X**, titulado de la **De las ventas y compras**, al finalizar el párrafo 18, encontramos la siguiente norma “*Si el rey vende ó da alguna cosa ajena, adquiere desde luego su dominio aquel á quien la*

³⁸ **Ley III (Título I, 5ª Part.):** “*No tan solamente pueden los omes prestar vnos a otros, aquellas cosas que diximos en las leyes ante desta, que pueden ser emprastadas; mas puedenlas aun prestar a los Reyes, o a las Eglecias, e a las Cibdades, e a las Villas, (...) dezimos, que si pudiere prouar, el que los presto a la Eglecia, o alguno que lo rescibiesse en nome del Rey, o de alguna Cibdad, o Villa, (...); que vale tal prueua, para cobrar la cosa que fuesse prestada.*”

³⁹ **Ley I (Título II, 5ª Part.):** “*Commodatum quiere decir, como cosa que es dada a pro de aquel que la rescibio. E todos aquellos que diximos en las leyes del Titulo ante deste, que pueden dar, e rescebir emprastadas, las cosas que se suelen contar, o pesar, o medir; esos mismos pueden dar, e recibir tal préstamo como este,...*”.

⁴⁰ **Ley LIII (Título V, 5ª Part.):** “*Vendiendo, o dando el Rey cosa ajena como suya, passa el señorío de aquella cosa al que la vende, o al que la da. Pero aquel a quien la tomasse, puedele pedir, quel de la estimacion de aquella cosa, fasta quatro años, e el Rey deuegela pagar...*”

da. Pero el que antes era su dueño, puede pedir su estimacion hasta cuatro años y no mas, y el rey se la debe pagar.⁴¹

Luego, en el **Título XIX**, titulado **Del Contrato Literal, y de los Reales**, al referirse al **contrato de mutuo**, señala en su párrafo 5º que éste puede ser celebrado no solo por personas particulares, sino *también por reyes, iglesias, ciudades o villas*. Acto seguido, para el caso que lo celebre el rey establece exigencias especiales. En el párrafo 9º, hace aplicable esa misma norma para el caso del contrato de comodato.⁴²

En el **Libro III de la Novísima Recopilación**, además, encontramos el **Título XVI** titulado: “**De los proveedores de la Real Casa y Corte**”, y el **Título XVII** llamado: “**De los alcaldes del repeso: abastos y regatones de la Corte**”, ambos dedicados a regular las condiciones en que debía procederse al aprovisionamiento de las Cortes y de la Casa Real. Especialmente destacan las disposiciones sobre la utilización de contratos con pobladores para materializar dicha misión.

Tales contratos estaban fuertemente reglamentados y el objeto era, por una parte, evitar el abuso en los precios para que la Corte asegurara la adquisición de los productos que necesitaba, y por otra, evitar que los propios funcionarios reales revendieran los productos adquiridos. De esa forma, se establecían para cada lugar los precios a los que debían adquirir los bienes que era menester, e incluso los supuestos de hecho bajo los cuales se debía acudir a ese sistema, las cantidades y los tipos de productos que podían comprar, la prohibiciones de comprar más de lo que se necesitaba, etc. Para los funcionarios que incumplieran tales prescripciones se establecían severas penas.⁴³

⁴¹ SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España (1)*, Tomo I, Librería de Lecointe, París, 1844, p. 282.

⁴² SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España (2)*, Tomo II, Librería de Lecointe, París, 1844, pp. 30 y 31.

⁴³ *Los Códigos Españoles, op. cit. (4)*, pp. 355-366.

Otro ejemplo famoso es el relativo a la utilización del contrato en la misión de ensanchar los territorios españoles. Y dado que, al menos desde el Siglo XIII, es concebible la celebración de contratos por parte del rey, ciudades, villas e iglesias con particulares, no debiera parecer extraño que dos siglos más tarde, los Reyes Católicos, acudieran a esta herramienta para expandir sus influencias a nuevos territorios. Recordemos que por aquella época lidiaban una azuzada competencia con Portugal por descubrir y conquistar nuevas rutas marítimas y nuevos territorios, mas, dada su desgastada situación financiera tras las guerras pasadas, ven en los particulares útiles aliados para esta misión.

De ahí, entonces, que se llevara a cabo esta peculiar alianza a propósito de las *empresas de conquista*, y fueran plasmadas en un tipo especial de contrato, las denominadas *capitulaciones*⁴⁴. Las más famosas son las “Capitulaciones del Almirante don Cristóbal Colón” o “Capitulaciones de Santa Fe”, suscritas el 17 de abril de 1492.⁴⁵

Las capitulaciones corresponden a instrumentos jurídicos contractuales en los que confluyeron los intereses diversos que tenían, por un lado, los Reyes Católicos de expansión de sus dominios, con todos los beneficios militares, económicos y religiosos que ello representaba para sus reinos, y por otro lado, los conquistadores, de obtener riquezas, honores y, en definitiva, escalar posiciones en el cerrado estrato social de su época, sin obviar por cierto, el espíritu aventurero de estos últimos.

Estos contratos generaron derechos y obligaciones para las partes involucradas. El conquistador se obligaba a reconocer la soberanía real, a recaudar

⁴⁴ *Concierto o pacto hecho entre dos o más personas sobre algún asunto, comúnmente grave*. Según definición n° 1 de la RAE.

⁴⁵ Documento suscrito el 17 de abril de 1492, entre Fernando de Aragón e Isabel de Castilla y el navegante genovés Cristóbal Colón, en el campamento militar ubicado en las proximidades de Granada. Constituye uno de los documentos de la serie de acuerdos y capitulaciones suscritos por los monarcas hispanos en la localidad granadina de Santa Fe de la Vega (Granada) entre los años 1491 y 1492, entre los que sobresalen los establecidos con el monarca nazarí Boabdil el Chico (Muhammad XI) para la entrega y capitulación de Granada y el documento suscrito con Colón, considerado por algunos especialistas como el primer documento escrito de la Historia de América y agregada recientemente al “Registro Memoria del Mundo” de la Unesco.

los tributos y a aplicar los fines superiores de la Corona, como lo eran la evangelización y protección de los indígenas. Y el Rey se obligaba a delegar en el primero alguno de sus atributos, tales como, la gobernación del nuevo territorio, la titularidad de tierras y encomiendas, y la de impartir justicia.⁴⁶

Sin embargo, la más clara muestra de que estos pactos estaban aún lejos de asimilarse a los contratos administrativos, y por lo mismo, también muy lejos de obligar eficazmente a los Reyes, la encontramos en el hecho que, una vez conocido en España el descubrimiento, los reyes estimaron conveniente revocar muchas de las facultades otorgadas porque atentarían contra sus propias atribuciones.

Y para concluir, nótese cómo en las hipótesis de contratación vistas verificamos nuevamente el elemento de *limitación o imposibilidad* del aparato gubernamental monárquico, el cual lo lleva, cuando no tiene la capacidad de hacer algo que le interesa de sobremanera, a aliarse con súbditos privados para llevar a cabo la misión deseada.

Llama la atención, además, tras la lectura de las diversas normas que regulaban los acuerdos público-privados, la notoria presencia de una serie de disposiciones especiales que se apartan de la normativa típica aplicable a los contratantes privados entre sí, y que buscaban garantizar la seriedad del contrato. Tal hecho muestra ya -a temprana edad- la evidencia de que estamos en presencia de un tipo de contratación que no puede ser medida por los mismos parámetros aplicables a la contratación entre privados.

INDICIOS DEL CONTRATO PÚBLICO EN LA AMÉRICA HISPÁNICA.

Hemos descrito antecedentes de la relación contractual pública-privada que se dio en España, quedando plasmados en los cuerpos normativos vigentes en las distintas épocas de su historia. Muchas de esas normas también pasaron a regir en América mientras duró la Conquista. Pero ya en la etapa de la Colonia, durante el Siglo XVII, se decide armar un texto legal que contuviera una legislación

⁴⁶ VILLALOBOS R., Sergio, SILVA G., Osvaldo, SILVA V., Fernando, ESTELLÉ M., Patricio, *Historia de Chile*, Editorial Universitaria, Santiago, 2001, pp. 87 y 88.

especialmente destinada a estos territorios. Es ella la que nos entrega antecedentes aún más cercanos a nuestra contratación pública. Me refiero a la “Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias”, texto que vino a unirse a los códigos españoles vigentes, con aplicación preferente sobre éstos.

Los contratos públicos en la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias.

Antecedentes de la Recopilación.

La Recopilación de Leyes de Indias corresponde a un cuerpo de normas jurídicas que versaba sobre materias muy disímiles entre sí, aspecto en lo que contrasta notoriamente con la lógica de la codificación moderna. Regulaba temas relativos a la forma de gobierno, administración, justicia, aspectos procedimentales, hacienda, guerra y otros asuntos más, todos en un mismo texto jurídico. Y su aplicación se extendía a los territorios abarcados por las conquistas españolas.

Dicha recopilación jurídica se formó de la colección de Cédulas, Cartas, Provisiones, Ordenanzas, Instrucciones, Autos de gobierno, y de otros despachos, con los que se procuraba dar leyes a estos Reinos para que fueran gobernados en paz y en justicia.

La necesidad de la compilación estaba en los problemas que provocaba la extensa distancia que separaba las distintas provincias del territorio conquistado con los conquistadores, pues muchas veces sucedió que tales despachos no llegaron al conocimiento de los vasallos o lo hicieron tardíamente, ocasionando “*grande perjuicio al buen gobierno y derecho de las partes interesadas*”. Además, en la conveniencia de organizar la profusa y abundante normativa existente. Ambos, motivos suficientes para que se trabajara en ordenar, sistematizar y comprimir todas las normas en un solo texto con diversos volúmenes que viniera a

dejar sin efecto la normativa anterior. Tal evento se oficializó con fecha 18 de Mayo de 1680.⁴⁷

Tipos contractuales regulados por la Recopilación.

En este texto jurídico es posible encontrar algunas hipótesis contractuales en las que se relacionan el sector público y los privados. En los hechos se trataba de contratos formales de diverso tipo que se perfeccionaban entre representantes del aparato burocrático monárquico y determinados particulares, en virtud del cual nacían derechos y obligaciones para ambas partes. Además, en el fondo del escenario contractual había siempre una limitación o incapacidad regia, en combinación con una recíproca búsqueda de satisfacción de intereses, mezclándose los de la monarquía con los particulares.

Algunos de esos casos son:

a. La venta de oficios.

La venta de oficios en los territorios conquistados por España es un ejemplo de contratos que habrían sido celebrados por el ente gubernamental español desde mediados del Siglo XVI⁴⁸, los cuales fueron regulados por despachos reales hasta que, en 1680, se homogeneizó la normativa aplicable en el **Título Veinte** titulado **De la venta de oficios**, contenido en el **Libro VIII, Tomo Tercero**, de la **Recopilación de Leyes de las Indias**.

Allí es posible discernir elementos que demostrarían la tendencia del ente gubernamental a plantear una actuación no imperativa, sino consensuada frente a los particulares, en temas sobre los cuales aquel ente público detentaría una posición predominante, pero que ante una necesidad de orden público, voluntariamente renunciaría a ella.

⁴⁷ *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, mandada imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II, Nuestro Señor, Tomo Primero, 5ª Edición, Doix, Editor, 1841, Ley que declara la autoridad que han de tener las Leyes de esta Recopilación.

⁴⁸ En la Recopilación de Leyes de Indias encontramos que los despachos reales en los que se fundamentan sus distintas normas sobre venta de oficios públicos contenidas en el Título Veinte, del Libro VIII, del Tomo Tercero, están fechados desde el 15 de octubre de 1522, la primera ley, hasta el 24 de mayo de 1670, la Ley XXIX.

Ese es el orden de ideas que subyace en el contenido de la Ley Primera, sobre venta de oficios públicos. Ésta inicia con la declaración de que la autoridad gobernante tendría una especie de monopolio público sobre las funciones públicas. Leemos: *“Por cuanto una de las mayores y mas conocidas regalías de nuestra real preeminencia y señorío es la creacion y provision de los oficios públicos”*. Luego, hace mención a la gran utilidad que prestan los oficios, en la *“buena administración de justicia”* y *“al buen gobierno de nuestros estados y expedicion de los muchos y varios negocios que en ellos se suelen ofrecer”*, de forma tal que *“no puede vivir la república sin ellos”*. En seguida, finaliza reconociendo la existencia de una necesidad de interés general que es imperativo satisfacer, en los siguientes términos: *“las necesidades generales y públicas han obligado á que (...) se beneficien los de segunda [alude a los oficios que no conllevaban el ejercicio de facultades de gobierno] para aumento de nuestra hacienda real”*. Es decir, llegan a la conclusión de que es necesario contratar con privados cierto tipo de oficios gubernamentales -aquellos que no conllevan facultad de imperio- para una buena administración de sus territorios y, conjuntamente, auxiliar las cada vez más alicaídas arcas reales, al cobrar un precio por ellos.

Más adelante, se encarga de regular jurídicamente todos los aspectos a cumplir en la materialización de la venta de un oficio, sin dejar margen a la creatividad de las partes.

Así es como determina qué oficios serán vendibles (*Ley I*), y si éstos no están expresados en este texto legal, se exige una cédula real que los contenga, especialmente emitida al efecto (*Ley XXIV*). Radica la facultad de vender los oficios en ciertos funcionarios de gobierno, tales como, virreyes, presidentes, oidores u otros expresamente autorizados (*Ley X*). Señala los requisitos que deben cumplir los particulares que estén interesados en comprarlos (*Leyes II, VI y VIII*). Establece normas sobre la determinación y pago del precio, además de un procedimiento especial (*Ley XXIV*): se deben vender en remate público o almoneda, proceso en el que se está obligado a dar cumplimiento a principios de publicidad, escrituración, celeridad y probidad (*Leyes XII a XVII*). Finalmente, establece sanciones para los funcionarios de gobierno que no obedezcan alguna de estas disposiciones (*Ley XXIX*).

Como vemos, la venta de oficios era un contrato que la ley regulaba detalladamente, lo que se explicaría por el objeto público valioso que los oficios representaban en la buena marcha de los asuntos administrativos del reino y de las arcas reales. Además, comienzan a notarse dos aspectos específicos que se desprenden del tratamiento jurídico de estos tipos contractuales y que los llevarán a diferenciarse de los demás contratos. Me refiero a características que determinan en ellos una especialidad tanto sustancial como formal. El aspecto sustancial viene dado por *el interés público involucrado*, y el formal por el *procedimiento especial* normado por ley. Ahondaré un poco más sobre estos aspectos al tratar el siguiente ejemplo.

b. La reimpresión de la Recopilación de Leyes de Indias.

Otro ejemplo concreto de la contratación pública en el Estado Moderno relacionado con la América Hispánica, lo podemos visualizar en el Decreto Real que autoriza al editor particular, Ignacio Boix, a llevar a cabo la 5ta. reimpresión de la Recopilación de Leyes de Indias.⁴⁹

Allí se deja constancia de que alrededor de 1839 el gobierno tenía la necesidad de hacer una nueva reimpresión de la Recopilación de Leyes de Indias, y se lee lo siguiente: *“trató el gobierno de que se verificase la reimpresión por medio de algún empresario particular, y se hizo sobre ello anuncio en la Gaceta y en el Diario de Avisos de Madrid; pero este expediente quedó sin resolución definitiva en el año de 1839, sin que lo hayan promovido después los que pudieran decirse interesados”*.

Continúa relatando el hecho de haber aparecido, al año siguiente de la anterior publicación, un editor interesado en hacer tal reimpresión. Se trataba de Ignacio Boix, quien ofreció sus condiciones al ente gubernamental en un documento denominado *Prospecto*, puesto en conocimiento público por intermedio de la Gaceta de Madrid, el 10 de diciembre de 1840. Tal ofrecimiento fue aceptado por la autoridad gubernamental, y se emitió el Decreto Real de autorización, el 16 de diciembre de ese mismo año.

⁴⁹ Este decreto está situado en la segunda hoja de la susodicha reimpresión que viera la luz en el año 1841, y se titula *Ministerio de Gracia y Justicia*.

Este decreto establecía la autorización para la reimpresión y los términos en que se llevaría adelante la ejecución material de la obra. Primero, señala que se elaborará de conformidad a los términos anunciados en el *Prospecto* respectivo. En seguida, fija la supervisión de la autenticidad de la obra por la Sala de Indias del Tribunal Supremo de Justicia. Y finalmente, dispone la obligación del editor de entregar 6 ejemplares de la reimpresión para los archivos respectivos del Estado.

En este punto daré cuenta de las condiciones que comenzaron a identificar a este tipo de contratos público-privados, y que enunciáramos en el ejemplo anterior.

Las **condiciones sustanciales** dicen relación con los fundamentos o razones que llevan al Estado monárquico absoluto de aquella época a buscar la colaboración de un empresario particular en la consecución de una obra, en este caso, la reimpresión de la Recopilación de Leyes de Indias. Por otra parte, las **condiciones formales**, están relacionadas con determinados aspectos externos, formas o procedimientos empleados en la materialización de esta relación público-privado.

En este ejemplo, las condiciones sustanciales están contenidas en la parte considerativa del decreto. Ahí aparecen dos razones relacionadas entre sí, que utiliza el órgano gubernamental, para justificar la referida autorización dada a un privado. Dice expresamente: "*La Regencia provisional del Reino, en el deber de defender la propiedad de los códigos legales que pertenece al Estado*", y en seguida agrega "*y con el deseo al mismo tiempo de no privar al público del beneficio de tener fácil y cómodamente una obra tan necesaria*".

Ahí podemos identificar dos condiciones sustanciales que marcan el paso hacia la contratación administrativa: **uno**, el rol preponderante que se atribuye al Estado en ciertas materias. En este caso, se dice que los códigos le pertenecen; **dos**, la constatación de una necesidad pública que, en opinión del mismo Estado, es menester satisfacer. Acá, la necesidad del público de tener fácil y cómodo acceso a la legislación del Reino de Indias.

Por otro lado, también podemos constatar la existencia de ciertas **condiciones formales**, como lo son formalidades de publicidad y procedimiento

que tienen alguna semejanza con los que hoy son exigibles a los contratos típicamente administrativos.

Así, nos encontramos con una ‘oferta’ hecha por el gobierno a los empresarios particulares que se verifica mediante ‘avisos’ insertos en dos periódicos de Madrid. Luego, se abre un ‘*expediente*’ que tras ser ‘promovido’ por los interesados, terminaría con una ‘resolución definitiva’. En este caso, no se llegó a pronunciar una ‘resolución definitiva, sin embargo, al año siguiente, se retomó el proceso gracias a que un privado publicó en un diario un ofrecimiento al Estado para llevar a cabo la reimpresión que fuera ofrecida antes por éste.

Tal ofrecimiento es identificado como ‘prospecto’ y en él se contendrían determinados términos en que el particular llevaría a cabo la obra. Como respuesta a este ofrecimiento el gobierno emitió, ahora sí, una ‘resolución definitiva’: una Cédula Real, en la cual podemos identificar una **parte expositiva**: relata los hechos, tales como la publicación del ofrecimiento del gobierno y otros atinentes al caso; **otra considerativa**: expone las razones que justifican la decisión de autorizar al privado en la reimpresión; y finalmente, **una resolutive**, que oficializa las condiciones en las que se debía realizar la reimpresión, estableciendo una fiscalización gubernamental y ciertas obligaciones del particular para con el gobierno.

c. La Almoneda.

Si bien no se trata de un contrato, es un procedimiento obligatorio en la celebración del contrato de compraventa de bienes pertenecientes a la Real Hacienda. Así lo establece la norma respectiva expresamente: “*Mandamos á los oficiales de nuestra real hacienda que no vendan cosa alguna de ella fuera de las almonedas, conforme a lo ordenado*”.⁵⁰

Este procedimiento de las almonedas habría iniciado como una forma indirecta de motivar la participación en la guerra, garantizando un procedimiento especial que permitiera a los soldados vender el botín adquirido en ésta al precio

⁵⁰ Última ley, Tít. VIII, Lib. VIII, Tomo Tercero, en relación con el Tít. XXV del mismo libro y tomo, de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias.

más alto posible. De ahí, que se creara una regulación especial en la Ley XXXI, tít. XXVI, Segunda Partida, del Código de las Siete Partidas.

En las Partidas, se establece que las ventas se hagan en un lugar público, denominado 'mercado', dónde puedan ir varios interesados y ver el producto, y tener la posibilidad de hacer ofertas por el mismo. El vendedor podrá venderlos al que haga la más alta oferta y, por lo tanto, obtener el mejor precio que se pueda. Se establecen funcionarios especiales, sus atribuciones, requisitos y sanciones, entre quienes están los 'corredores', quienes irían de un lugar a otro ofreciendo en alta voz el producto: *correrían de un lugar a otro*, por eso el nombre. Además, escribanos para registrar los aspectos de la almoneda: producto, oferentes, vendedor, comprador, precio, condiciones, etc.

En tanto, siglos después, en el Título XXV, Libro VIII, Tomo Tercero, de la Recopilación de Leyes de Indias, encontramos nuevamente este procedimiento, pero esta vez está mucho más regulado y al servicio de la Administración con el objeto de encontrar la mejor oferta a los productos que ésta quiera vender.

Para iniciarlo era necesaria la autorización de determinadas autoridades gubernamentales, tales como presidentes de audiencias u oidores, quienes debían acordar, por mayoría, las condiciones de venta y abrir un expediente al respecto (*Leyes I y III*). Luego, se debía llevar a cabo el remate en la plaza pública del lugar, ante un escribano y un contador, quienes debían dejar preciso registro de todo lo obrado, en libros y no en pliegos sueltos (*Leyes II y V*). Además, era obligatoria la presencia de los oficiales propietarios (*Ley IV*), que la venta fuera de contado (*Ley VI*), y se prohibía a los oficiales reales hacer posturas en el remate por sí mismos o por interposición de personas, bajo sanción de perder su oficio y pago de una multa (*Ley VIII*).

Como podemos ver, había en los contratos celebrados por la administración monárquica determinados elementos sustanciales y formales, como el interés público y la almoneda, que les imprimían un carácter distintivo que los diferenciaba de los demás contratos celebrados entre privados. Se empezaba a construir tímidamente una categoría especial de contratos. Sin embargo, para llegar a configurarse como una categoría única, y obligar efectivamente a la autoridad

pública bajo un marco de garantías que aseguraran, al menos, una igualdad formal entre las partes, fue necesario el surgimiento de la Administración del Estado, bajo el Estado Constitucional que seguiría a las monarquías absolutas.

LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN ADQUIEREN NOMBRE PROPIO.

Instituciones que propiciaron la especialización de los contratos de la Administración.

La Fiskustheorie.

La teoría del *Fiskus* fue elaborada en los territorios que coinciden a grandes rasgos con la actual Alemania, durante el Siglo XVIII, en una época en que el predominio de las ideas monárquicas absolutistas había provocado tal nivel de arbitrariedades y abusos a los gobernados, que motivó a los intelectuales a desarrollar medios que terminaran con ellas.

Más aún, el absolutismo se potenciaba con el hecho de que el *ius politiae*, es decir, el conjunto de las órdenes o instrucciones que dictaba el soberano para ocuparse del buen funcionamiento del aparato de gobierno o administración (*Polizei*), quedaba sin ningún control judicial, pues no constituía norma de derecho propiamente tal, y por tanto, no podía ser invocado ante los órganos judiciales. Lo anterior, porque el *ius privatum* era el único que los tribunales validaban como fundamento en su misión de declarar el derecho, y por lo mismo, era el único instrumento jurídico garantístico de los derechos de los ciudadanos.⁵¹ Así, los particulares y su esfera de derechos quedaban totalmente expuestos a las arbitrariedades de los príncipes y sus funcionarios en el ejercicio de estas facultades de *Polizei*.

Sumado a lo anterior, había un postulado teórico profundamente arraigado en la lógica sistemática-política germana, cual era entender que a la institución

⁵¹ SOTO KLOSS, Eduardo, *op. cit.* (1), pp. 185 y 186.

misma del soberano o monarca le era ínsita e inseparable la búsqueda de la felicidad de los súbditos,⁵² es decir, el príncipe existía por y para procurar esa felicidad y bienestar, por lo tanto, malamente se podría sostener en la teoría que las prerrogativas de éste fueran fuente de abusos.

En consecuencia, la fuerza de tales situaciones condujo a los publicistas alemanes a idear un mecanismo para la sujeción del *ius politiae* a un control judicial *a posteriori* que cumpliera dos condiciones: **uno**, se insertara dentro del *ius privatum*, único que podía ser alegado en tribunales y que constituía un medio de control efectivo en el respeto a los derechos de los particulares; **dos**, dejar incólume la persona del soberano, ya que -como señaláramos- era inconcebible, desde el punto de vista teórico, un ejercicio abusivo de su poder.

Tal mecanismo resultó de la combinación de dos instituciones del derecho germánico: los *iura quaesita* y el *Fiskus*.

a. Los iura quaesita.

Éstos constituían un tipo especial de derechos individuales oponibles al *ius politiae*. Estaban integrados por aquellos derechos que no siendo inherentes a la naturaleza humana, como lo era libertad, por ejemplo, eran adquiridos en virtud de un título específico, “especie de contrapartida del privilegio real (obtenido por el Príncipe ante el Emperador)”, y que ingresaban al patrimonio del particular. Para su limitación no valía invocar el bienestar o felicidad de los súbditos, sino solo aquello que constituyera una “razón de Estado” (*ius eminentis* o *suma potestas*), lo que sucedía únicamente en los casos en que el Derecho Privado ponía en peligro la existencia y conservación de la comunidad o de un grupo significativo de aquella.⁵³

Y si el príncipe invocaba *ius eminentis* ¿qué sucedía con los particulares? Debían renunciar a su derecho, pero los efectos perjudiciales para ellos eran paliados mediante el expediente de sujetar al *ius privatum* los actos del monarca que tuvieran contenido patrimonial o generaran consecuencias pecuniarias, otorgándoles una naturaleza jurídica de carácter privado, muchas veces

⁵² Ibídem, p. 219.

⁵³ Ibídem, pp. 187, 188 y 219.

contractual. Por ejemplo, a la expropiación se le consideraba una “venta forzada”, cuyo precio estaría dado por la indemnización, y si un privado debía prestar servicios al monarca, se consideraba dicha relación contrato de “arrendamiento de servicios”, por citar algunos ejemplos.⁵⁴

Así las cosas, fue posible sujetar al *ius privatum*, y por ende, a los tribunales, actos del *ius politiae* que afectaban los derechos adquiridos por los súbditos, y desde dónde serán tratados como asuntos de *iustitia*.⁵⁵ Sin embargo, quedaba pendiente la otra cara de la moneda: cómo hacer responsable al monarca sin tener que cuestionar el ejercicio de su *suma potestas*. Aquí surge la figura del *Fiskus*.

b. El Fiskus.

Esta creación cameralista, con antecedentes en la figura del *fiscus Caesaris* romano, consiste en el establecimiento de una persona moral distinta del monarca denominada *Fiskus*, desde que era posible, al llegar el Siglo XVIII, detectar una diferenciación entre el patrimonio estatal, entendido como perteneciente a los habitantes del territorio considerado como un todo -según terminología moderna: atribuible al Estado-, y el patrimonio real de propiedad del monarca. Junto con ello, había mucha actividad administrativa bastante similar a la actividad que realizaban los particulares en el ámbito patrimonial.⁵⁶

En seguida, qué mejor que existiera un sujeto privado titular del patrimonio del Estado, distinto del Monarca pero que no interfiriera con su actividad de *Polizei*, y que fuera justiciable ante los tribunales territoriales. Nace así el *Fiskus*, una especie de persona moral, con atribuciones jurídicas similares a las poseídas por los privados, personas naturales, y que en tanto detentador de un patrimonio propio, podía responder pecuniariamente a los particulares que tuvieran que sacrificar un derecho de carácter patrimonial frente al *ius eminens* del príncipe.⁵⁷

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 215-217.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 187.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 214.

⁵⁷ *Ídem*.

Si bien, este expediente -el de la imputación de la responsabilidad pecuniaria al *Fiskus*- no significó una protección integral de los súbditos frente al poder del monarca, pues los actos gravosos para ellos que éste dictaba en ejercicio de su poder soberano no eran anulables, al menos vino a compensar el desmedro económico que éstos les acarreaban.

En consecuencia, ya a fines del Siglo XVIII, dos eran los sujetos integrantes del aparato gobernante: el Fisco, sujeto al derecho y centro de imputación de los aspectos patrimoniales del Estado, y éste -el Estado- como “representante de la sociedad política gobernada por un monarca”.⁵⁸

Se configuró, entonces, una doble actuación estatal: aquella en que éste actuaba como poder político dotado de soberanía a través de órdenes imperativas, exentas de un control de tipo judicial, y aquella otra en que sus actos no se diferenciaban de los realizados por los particulares, estando sujetos al derecho. Si había lesión de derechos patrimoniales, el *Fiskus* debía responder pecuniariamente a través de las respectivas indemnizaciones, pudiendo ser constreñido por los propios tribunales del territorio para hacerlo.

Fue mediante la creación de tales artificios garantísticos, cómo se intentó limitar nuevamente el poder absoluto con el que los gobernantes insistían, de tiempo en tiempo, para ejercer el gobierno sobre sus territorios.⁵⁹ Además, con ellos se dio un importante paso hacia la despersonalización de ese poder que identificaba a la persona gobernante con el órgano político.

Podemos observar, entonces, la manera cómo la institución contractual se acerca al órgano político, tímidamente y de forma artificiosa, para ayudar a subsumir en el Derecho a cierto tipo de actos -aquellos asimilables a instituciones

⁵⁸ *Ibidem*, p. 218.

⁵⁹ Recordemos que la Historia nos muestra cómo proliferaron los gobiernos de corte paternalista en la antigüedad, que siendo superados temporalmente en algunos períodos de la antigua Grecia, y en la época de la República romana, fueron gradualmente ganando espacio desde los tiempos del Imperio romano, y tras perder poder gradualmente en el período que va desde el Bajo Imperio romano hasta la Alta Edad Media, lo volverían a recuperar progresivamente desde la Baja Edad Media, dando paso al Estado moderno con sus monarquías absolutas durante los siglos XVII y XVIII.

contractuales tratadas por el *ius privatum*- originados en el *ius polítiae*, y de paso, captar la responsabilidad, aunque sea a medias, del órgano gobernante, en cuanto sujeto titular de un patrimonio: el *Fiskus*.

De esa forma se abre un espacio para que el contrato encuentre un espacio para desempeñar un rol preponderante en la estructura funcional del ente supraordenador, en el que será consagrado una vez que este último adopte la forma del Estado Constitucional, materializando su función gestora mediante una Administración Pública especializada.

Estado Constitucional de primera generación.

El Estado constitucional de 1ª generación fue herencia, principalmente, de las revoluciones de 1776 y 1789, las cuales lograron socavar gravemente las bases del poder absoluto de la monarquía. Y de entre sus ruinas se erguiría el pueblo como el nuevo depositario del poder soberano, y la Constitución como la suprema ordenadora de la estructura institucional y funcional del Estado, y por ende, legitimada por el pueblo para dosificar el uso de ese poder entre aquellos que resultaran elegidos para ejecutarlo.

Se trataba de las ideas liberales democráticas sobreponiéndose al principio monárquico, pues ya no se cree que el gobierno se funda “ni en la trascendencia divina ni en la creencia en un privilegio hierático o tradicional del sujeto titular, mas corresponde a uno que se legitima desde abajo, por los mismos gobernados, por el pueblo”.⁶⁰

Este nuevo escenario político y social significó el reconocimiento firme de la autonomía de la esfera individual de cada persona, cuyos derechos quedaron plasmados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, siendo concretados en la libertad, propiedad, seguridad individual y resistencia a la opresión,⁶¹ y desde los inicios del Siglo XIX, fueron incorporados paulatinamente a

⁶⁰ HELLER, Hermann, *Las ideas políticas contemporáneas (2)*, Editorial Labor S.A, Barcelona, 1930, p. 63.

⁶¹ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La Doctrina Chilena de Derecho Administrativo y su Contexto Jurídico Político (1)*, en *Derecho Administrativo, 150 años de doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 78.

las constituciones respectivas de los países. Este mismo escenario importó también la limitación de las omnímodas potestades con que los monarcas absolutos habían provisto al Estado Moderno, en la convicción de que la persona de la autoridad se confundía con el ente gobernante, explicado con claridad y precisión por Luis IX de Francia, cuando sentenció ¡El Estado soy yo!

En definitiva, los nuevos acontecimientos propiciaron las condiciones para el proceso de despersonalización del Estado de la mano de la consagración de una nueva estructura política, en la que cada uno de los poderes estatales sería ejercido por personas que actuarían separadas las unas de las otras “de modo que el poder controle al poder” -había dicho Montesquieu-. Y como resultado concreto dos nuevas fuerzas vinieron a encontrarse en este *novus ordo* del Siglo XIX. Me refiero, por una parte, al grupo de personas naturales que por tanto tiempo fueron relegadas de las decisiones políticas atingentes a sus territorios, y por otra, a las autoridades gobernantes.

En los hechos, los privados pasaron de ser vasallos detentadores solo de deberes, a ser ciudadanos provistos de derechos y obligaciones con una esfera subjetiva individual fuertemente custodiada de los abusos de poder público (aunque quedarían peligrosamente expuestos al poder privado de las clases detentadoras de la riqueza). Y frente a ellos, se situaría el ente supra ordenador con un nuevo rostro, el de Estado Constitucional, ocupando el lugar que fuera de la Monarquía Absoluta con una nueva estructura, ahora dividida en varios poderes, correspondiendo a cada uno de ellos una parte del antiguo sumo poder.

Y fue precisamente en el ámbito de actuación de uno de esos poderes públicos, en que sujetos públicos y privados harían de la coordinación y/o cooperación, y del ordenamiento jurídico público, sus nuevas directrices - paulatinamente más influyentes- en la configuración y regulación de su relación. Me refiero a la Administración Pública.

La Administración del Estado.

La Administración del Estado tiene sus antecedentes en la actividad de *Polizei* que realizaran los funcionarios de la burocracia monárquica germana destinada a la buena administración del territorio, y en la cameralística, disciplina de

estudio que dedicará justamente al tratamiento de la actividad de *Polizei*, y cuyo objeto era estimular “la elaboración de técnicas y de prácticas administrativas para la mejor marcha de los asuntos reales y para la conservación de su patrimonio”.⁶²

En el Siglo XIX, una vez que en el Estado Moderno opera la división de poderes y se consagra el Estado Constitucional, la cameralística dará paso a la ciencia de la Administración. Desde entonces, será el poder ejecutivo al que identificarán con la Administración Pública, y la ciencia de la administración tendrá como objeto a la Administración Pública en su acción, procedimiento y organización interna.⁶³

Queda configurada, así, una nueva cara del Estado: la Administración, quien se relacionará de manera cotidiana y directa con los particulares, porque a ella corresponderá ordenar, dirigir, coordinar y/o armonizar las acciones sociales que a diario éstos realizan en su vida en comunidad, con los fines de interés general del Estado, viniendo -en ello- a diferenciarse de las tareas legislativa, judicial u otras que realiza en paralelo la máxima autoridad política del territorio.

Lo interesante de la formación del Estado constitucional y de su Administración, en lo que respecta a nuestro trabajo, se concentra en la inédita forma en que llegarán a desarrollarse de aquí en adelante las relaciones entre el Estado-Administración y los particulares, pues ya no se dará más la dinámica profundamente verticalizada y arbitraria rey-vasallo, sino una nueva de Estado-ciudadano en que ambas fuerzas vendrán a ser equilibradas y guiadas por el ordenamiento jurídico.

Esa forma de contacto adquirirá un nuevo cariz porque el Estado-Administración, en el ejercicio de su poder ejecutivo mediante potestades públicas, se las verá con personas detentadoras de una esfera de derechos subjetivos cada vez más firmemente resguardada por el ordenamiento jurídico, sobre todo cuando cobra fuerza la idea de Estado de Derecho, en donde nadie estará por sobre la ley ni siquiera el propio Estado. Ley que se materializará en el Derecho Administrativo,

⁶²Ibídem, p. 63.

⁶³Ibídem, p. 65.

el cual regulará, ordenará, sistematizará e intentará armonizar estas dos fuerzas que día tras día se encontrarán frente a frente.

Dado este escenario, la vía contractual se transformará en una opción cada vez más utilizada, pues permitirá coordinar y aunar intereses de dos fuerzas, medidas equitativamente por el ordenamiento jurídico, en materias o actividades en que la relación resultará mutuamente beneficiosa. Ahora, para determinar qué tipos de materias o actividades serán contratadas entre ambos, deberemos consultar la orientación ideológica que adopte el Estado para el ejercicio de sus funciones públicas, cuestión sobre la que ahondaremos en el capítulo segundo.

Los contratos administrativos.

Desde la segunda mitad de la centuria del 1800, diversos autores administrativistas empezarán a identificar algunos caracteres comunes en los contratos celebrados por la Administración, ya sean relativos a la jurisdicción, a la ejecución, a la legislación aplicable, etc. Y unos antes, otros después, les otorgarán una fisonomía propia conceptualizándolos bajo el nombre de *contratos administrativos*, especial categoría del contrato, ahora manifestada en el ámbito público.

Por ejemplo, en Alemania, se constata que desde 1884 en adelante se comienzan a multiplicar las posiciones doctrinarias a favor de reconocer la existencia y especificidad al contrato administrativo, y se le define legalmente como *aquellos contratos que crean o modifican una relación jurídica que se sujeta al Derecho Público-Administrativo*.⁶⁴

Francia también marca pautas en este tema, pues le da un tratamiento especial a los contratos que celebra la Administración, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial, sobre todo desde el establecimiento de la jurisdicción contenciosa-administrativa del Consejo de Estado. Por ejemplo, en sentencia, de 1887, dice: "*Considerando que (...) la Compañía está ligada, vis-à-vis*

⁶⁴ MORAGA KLENNER, Claudio, *Los Contratos Administrativos en la doctrina chilena (1859-2009) (1)*, artículo inserto en Libro *Derecho Administrativo, 150 años de doctrina*, Coordinador ROLANDO PANTOJA BAUZÁ, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 382.

*de la administración militar por un contrato de transporte de una naturaleza especial al cual el artículo 216 del Código de Comercio no es aplicable...*⁶⁵ (subrayado mío)

En el caso de la doctrina, a fines del Siglo XIX, HAURIUO y BEZIN, hablan de *los contratos pactados por la Administración* a propósito del estudio de la declaración de voluntad en el Derecho Administrativo francés. Identifican algunos signos distintivos de este contrato, como por ejemplo, el hecho de que puedan ser descompuestos en una serie de actos jurídicos separados, cada uno atribuibles a una fase del contrato. Mencionan que tal sería el caso del contrato de construcción de obras públicas, en el que cada fase termina en un acto administrativo que liquida situaciones parciales.⁶⁶

Una tendencia similar se siguió en países como Italia o España.

En el caso de Chile, encontramos referencias legales a este tipo de contratos ya en la Constitución de 1828. En su art. 96, regla 3ª, señala que la Corte Suprema será competente para conocer de las controversias que se susciten respecto de *los contratos celebrados por el Gobierno, o por intermedio de sus agentes*. En la Constitución de 1833 también hay una norma similar, la cual establece, en el párrafo 7º del art. 104, que en lo sucesivo será el Consejo de Estado el tribunal competente para *resolver las disputas que se suscitasen sobre contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno Supremo y sus agentes*.

Desde la vereda doctrinal, la especialidad de los contratos administrativos en Chile, recién alcanzará tribuna durante la primera mitad del siglo XX, de la mano de autores como don Raúl Depassier quien con su obra: "Los Contratos Administrativos", del año 1933, traza elementos distintivos de este tipo de contratos. En todo caso, el desarrollo de la contratación administrativa chilena será objeto del siguiente capítulo, a través del estudio de su relación con la función administrativa.

⁶⁵ Consejo de Estado, 18 de noviembre de 1887. Compañía Transatlántica S. 89, 3, 50. Citado por HAURIUO, Maurice y BEZIN, Guillermo, *La Declaración de voluntad en el Derecho Administrativo Francés*, RDJ, año I, marzo 1904, n° 4, 1ª parte, sec. Derecho, p. 124.

⁶⁶ HAURIUO, Mauricio y BEZIN, Guillermo, *op. cit.*, p. 81.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL ALERO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA.

1. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y SU RELACIÓN CON EL CONTRATO.

Administración Pública o Administración del Estado.

Estos dos términos son sinónimos, y en tal calidad serán tratados en este trabajo. Por lo demás, así lo falló el Tribunal Constitucional en causa Rol N° 39, de 1986, sobre el proyecto de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE).⁶⁷

Sobre esta materia, la doctrina administrativista coincide, y así lo vimos en su momento, en que solo es posible hablar de Administración Pública una vez que se configuró el Estado Constitucional de 1ª generación en los últimos decenios del 1700, porque solo desde entonces el poder público quedó sujeto efectivamente a otro poder: el de los mandatos expedidos por el Estado-legislador. Ello hizo posible “que todas las leyes referentes a la organización y a la actividad de los órganos administrativos cobraran eficacia ostensiblemente obligatoria”⁶⁸ y moldearan, por tanto, esta nueva cara estatal. La Administración Pública, en consecuencia, pasará a ocupar un lugar crucial en la nueva estructura de ordenación del poder estatal.

Pero ¿qué comprende este nuevo término que captará la atención de los publicistas modernos, y en el que se fundará la ciencia de la administración?

Puede ser entendida tanto en una dimensión orgánica, subjetiva o formal como en otra de carácter funcional, sustantivo o material. De acuerdo con la primera, Administración Pública, es el conjunto de órganos públicos que realizan la actividad administrativa del Estado. En tanto, su dimensión funcional hace un enfoque justamente desde dicha actividad administrativa, cuyo contenido específico

⁶⁷ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección (2)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 62-64.

⁶⁸ ZANOBINI, Guido, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Ediciones Acayú, Buenos Aires, 1954, pp. 56 y 57. Citado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *op. cit. (1)*, p. 59.

será determinado de acuerdo con los principios predominantes en la modalidad política que adopte el Estado en cada época social y cultural, en específico.

Revisemos cada una.

La visión orgánica de la Administración Pública y su influencia sobre la categorización de la estructura estatal en poder ejecutivo, legislativo y judicial.

La clásica doctrina de separación de poderes del Estado asociada a una conceptualización orgánica de la Administración, hizo proliferar la visión de una organización estatal dividida en bloques de institucionalidad separados indefectiblemente uno de otro. Estos bloques fueron identificados como poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y se le atribuyó a cada uno de ellos una función característica, propia y excluyente. Además, se les asoció con determinados órganos públicos. Poder Ejecutivo con Presidente de la República, Poder Legislativo con Congreso Nacional y Poder Judicial con Tribunales.

Esta forma de entender nuestra institucionalidad pública ha calado tan profundamente en la conciencia política de la colectividad nacional, que aún hoy gozan de indiscutible vigencia las palabras que el profesor PANTOJA escribiera hace más de una década, en cuanto a que “no hay que rastrear antecedentes para encontrarse con nuevas evidencias que comprueben la realidad de esta percepción institucional; a cada momento se encuentran expresiones que la manifiestan y confirman”.⁶⁹

Sin embargo, tal forma de entender al Estado tiempo hace que ha sido superada ampliamente por la doctrina internacional, y por la mayoría de los autores nacionales.

Ya en el año 1896, don Valentín LETELIER, destacado abogado y académico de la Universidad de Chile, se refería a ella como la “doctrina caduca de la separación de poderes según la cual el Estado sería un cuerpo inorgánico, compuesto de partes inconexas” y que vincula “cada función a un órgano especial e

⁶⁹ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *op. cit.* (2), p. 94.

independiente".⁷⁰ Y ejemplarizaba: "... hai funcionarios políticos que desempeñan funciones administrativas, como los lejisladores que tienen que atender a la policia de su local, al arreglo de la mesa de onces, etc., los judiciales que a mas de administrar justicia deben velar por el orden i aseo dentro del Palacio de Tribunales, por la conservación de documentos i archivos i por la asistencia de los jueces".⁷¹

Hoy, esta fórmula no tiene ni siquiera un reconocimiento constitucional.

Primero, el texto constitucional, en toda su extensión, no utiliza el vocablo *Poder Legislativo* ni organiza una unidad institucional de este tipo como bloque independiente y excluyente de otros. Sino que, en lo relativo a la generación de normas jurídicas establece la "conurrencia convergente de las voluntades del Presidente de la República y del Congreso Nacional",⁷² según se desprende de su art. 32, que establece las atribuciones del Presidente, y su Capítulo V (arts. 46 a 75) que regula los asuntos relativos al Congreso Nacional y a la formación de la ley. Además, la función de generación de leyes está lejos de ser la única función que los congresistas ejecutan; basta con leer normas como los arts. 40, 52, 53 y 54, todos de la Constitución, para comprobarlo.

Segundo, respecto del *Poder Judicial*, si bien el Capítulo VI de la Constitución Política de la República utiliza esa expresión como título, señala que su competencia se extiende solo a los asuntos civiles y criminales, restringiéndolo a los tribunales referidos en el **inc. 2º, art. 5º, del Código Orgánico de Tribunales**⁷³.

⁷⁰ LETELIER MADARIAGA, Valentín, *Teoría Jeneral de la Administración Pública*, Anales de la Universidad de Chile, tomo XCIV, vol. 2, 1896 (julio a diciembre), pp. 557 y 558, citado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando, en *Los 120 años de cátedra de Derecho Administrativo y la huella imborrable de don Valentín Letelier (3)*, artículo inserto en libro *Derecho Administrativo, 120 años de cátedra*, Rolando Pantoja Coordinador, Editorial de Chile, Santiago, 2008, p. 34.

⁷¹ LETELIER MADARIAGA, Valentín, *Apuntaciones de Derecho Administrativo (clases de don Valentín Letelier) (1)*, Imprenta i Encuadernación Chile, 1907, pp. 9-10.

⁷² PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *op. cit. (2)*, p. 98.

⁷³ **Art. 5º, incisos 2º y ss, COT: Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia**, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía. **Forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales**, los juzgados de familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los

No obstante, en la realidad judicial del país existen más materias que son objeto de función jurisdiccional, y por lo mismo, otros tribunales que se estima no pertenecen al poder judicial, tales como, los Tribunales Constitucional, Electoral, Calificador de Elecciones, de Cuentas, de Defensa de la Libre Competencia, entre otros; e incluso el Congreso Nacional.⁷⁴ La mayoría de ellos ejercen la función jurisdiccional no exclusivamente, sino principalmente.

Tercero, tampoco se ha instituido constitucionalmente un *Poder Ejecutivo*. Lo único que se menciona en la Constitución, en su **art. 32 N° 6º**, como atribución especial del Presidente de la República, junto a otras diecinueve más, es la de dictar los “reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la *ejecución de las leyes*”. Luego, es preciso concluir que si se habla de atribuciones especiales, es porque existe una que tiene el carácter de general frente a ellas.⁷⁵ Es el **art. 24** de la Carta Constitucional el que nos muestra cual es esa función genérica: Gobierno y Administración del Estado. Por lo tanto, *Poder Ejecutivo* está enfocado desde una visión estrictamente funcional, y como tal, ocupa un discreto lugar entre el universo mucho más amplio de funciones que corresponden al Presidente como Jefe de Estado.

En conclusión, y siguiendo las ideas del profesor PANTOJA, “el criterio orgánico implica la aceptación de una forma de caracterización de la estructura estatal, pero no conlleva la de la existencia de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial,...”.⁷⁶

La dimensión funcional de la Administración Pública.

Tribunales Militares en tiempo de paz, los cuales se regirán en su organización y atribuciones por las disposiciones orgánicas constitucionales contenidas en la ley N° 19.968, en el Código del Trabajo, y en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias, respectivamente, rigiendo para ellos las disposiciones de este Código sólo cuando los cuerpos legales citados se remitan en forma expresa a él. **Los demás tribunales especiales** se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código. Los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código.

⁷⁴ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *op. cit.* (2), pp. 98-99.

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 99.

⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 97 y 98.

El criterio funcional, sustantivo o material enfoca a la Administración desde su dimensión actuante, es decir, como función administrativa. Y ésta, a su vez, agrupa al *cúmulo de actividades o tareas que vienen a ser la matriz energética que pone en movimiento toda el aparataje administrativo estatal, y que provocan y/o determinan todas sus demás acciones.*⁷⁷ Es un específico grupo de actividades o tareas estatales que están adjetivadas por el vocablo “administrativo/a”.

Si analizamos bajo este prisma de la funcionalidad a la organización estatal, veremos que en la estructura del Estado no existen bloques de institucionalidad separados unos de otros, pues no hay órganos que realizan una función exclusivamente, a lo más existe una función que es ejercida de forma preferente en relación a otras funciones de diversa naturaleza que convergen con aquella en un mismo órgano o grupo de ellos.

Así, es constatable que los clásicos órganos legislativos también ejercen función administrativa y judicial, a más de la legislativa que es su actividad principal. Por su parte, los órganos administrativos, no solo ejecutan leyes, también crean normas jurídicas. Y algo similar sucede con el clásico poder judicial. Además, hoy existen nuevos órganos estatales que ejercen otras funciones, a más de las clásicas, como la función contralora, de fiscalización o de ordenación financiera del Estado. En todos los casos es el mismo Estado el que actúa ejerciendo diferentes funciones.

Luego, Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial no son sinónimos de Administración del Estado, Parlamento y Tribunales, respectivamente. Por consiguiente, es más preciso hablar de funciones legislativa, judicial, administrativa, contralora, fiscalizadora, etc., que el Estado materializa en ejercicio de sus atribuciones por intermedio de diversos órganos y autoridades públicas, y valiéndose de variados instrumentos de hecho o de derecho.

En cuanto al contenido específico de la función administrativa del Estado, ésta tempranamente fue asociada al poder ejecutivo, y por ende, a la actividad de

⁷⁷ Esta definición tiene como base el concepto de *función* entregado por la RAE, esto es: “la *tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas.*”

ejecución de ley. Así lo denotó la obra de Lorenzo VON STEIN, de la cual se dice sería la vertiente de origen de la ciencia de la administración.⁷⁸ Según su modo de ver, la función de la Administración se materializaría “a través de decretos y que en sí misma no es sino el querer y poder del Estado en el cumplimiento de su voluntad legal superior”.⁷⁹

De esa forma, el órgano administrador sería transformado en un simple ejecutor de ley, sin capacidad alguna de creación o adecuación de esa voluntad a la realidad sobre la que debía aplicarse. Pero esa visión tenía su explicación en el tinte liberal e individualista que definía el aparato estatal de aquella época. Y es que, de acuerdo a tales ideas, el Estado debía propiciar el ambiente necesario para que los individuos ejercieran sus derechos subjetivos libremente, sin trabas de ninguna especie. El órgano estatal se debía limitar en el ejercicio de su función pública a todo lo necesario para la conservación del orden interno y seguridad exterior de la República, siguiendo lo preceptuado en la Constitución y las leyes.

Tan cercano era aún el recuerdo de las acuciantes reglamentaciones absolutistas extendidas en los más diversos aspectos del quehacer de los individuos, que se pretendía evitarlas tanto como fuera posible.

Se observa, entonces, que Estado Liberal y función administrativa de ejecución de leyes van de la mano. Y es que existe entre ellos una afectación recíproca que se debe a la interacción entre la forma que adquiere el Estado y su función administrativa. Dado que ésta última es un predicado de aquél, todas las variaciones y nuevos carices que el ente estatal adquiriera a través del paso del tiempo, marcarán de igual manera su actividad de administración, o viceversa.

Es así como el Estado Liberal moldea una función administrativa mera ejecutora de leyes; y más tarde, del Estado Social de Derecho, se predicará una función administrativa del servicio público, y así sucesivamente.

⁷⁸ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *op. cit.* (1), p. 64.

⁷⁹ Ídem.

El contrato como instrumento jurídico de la Administración Pública.

La Administración del Estado y el contrato público han logrado una fructífera correspondencia que ha variado su intensidad a lo largo del tiempo, hasta convertirse este último en un instrumento de la primera para el ejercicio de su función pública a la par de los actos administrativos; pero antes fue necesario recorrer un largo camino.

En los inicios de la Administración Pública, y desde el punto de vista de su actuación cotidiana, dado el fin público que le es ínsito, podemos observar que el contrato jugaba un rol más o menos sencillo que consistía básicamente en el intercambio de bienes o servicios. A saber, permitía a la Administración contar de forma constante con los medios materiales y humanos suficientes para mantenerse en continuo funcionamiento y cumplir así con su función pública. En consecuencia, la doctrina francesa observa que la Administración operativiza una doble vertiente de actuación: por una parte emite actos unilaterales, potestativos y ejecutorios mediante los cuales ejerce su función pública, y por otra, suscribe un tipo de actos no impositivos que cumplen el rol de gestión interna para ayudarla en el ejercicio de esa función, entre los cuales destacan los contratos. Y en base a dichos supuestos de hecho elabora la doctrina de las *duae sunt positiones* la cual sistematiza la estructura de la Administración, para efectos de definir el régimen jurídico aplicable, en actos de autoridad o *iure imperii* y actos de gestión o *iure gestionis*. Los primeros quedan regulados por el Derecho Administrativo, y los segundos, por el Derecho Privado.

Sin embargo, desde fines del Siglo XVIII, la sociedad se volvió más compleja y con ello también lo hizo el rol contractual, porque la Administración ya no solo deberá velar por su manutención, sino también deberá hacerlo por la satisfacción de una multiplicidad de nuevas necesidades públicas que siguieron a los procesos de transformación social, política y económica herederos de la Revolución Industrial. Con ese objeto necesitaría de recursos y conocimientos especializados de los que ella carecía pero que los privados estaban en situación de proporcionarle.

En consecuencia, el contrato pasará de ser un instrumento de intercambio de simples prestaciones, a uno que regulará prestaciones que implican la

satisfacción de necesidades públicas, lo que complejizará su tratamiento y marcará el inicio de su alejamiento del contrato privado. Se dirá de aquellos contratos que no pueden ser categorizados ni como actos *iure imperii* ni como *iure gestionis*.

Y es que como por medio de ellos se busca satisfacer una necesidad pública beneficiando, por tanto, a una comunidad o colectividad antes que al ente público que los había celebrado, la doctrina los denominará *actos de gestión pública*. De *gestión*, pues no implicaban el ejercicio de sus facultades de imperio, y *pública*, porque “su contenido y finalidad eran sociales, por hallarse referidos a objetos generales relacionados con la población o la ciudad...”⁸⁰ Es dicha finalidad social la que justificó que su conocimiento pasara a tribunales contencioso-administrativos, separándose de los demás contratos cuya competencia continuó en manos de los tribunales ordinarios.

De esa manera, el contrato hasta allí un acto totalmente privado, por tanto sujeto al Derecho Privado y de competencia de tribunales ordinarios, se comienza a relacionar con el ámbito público a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es más, si consideramos que de la mano de la doctrina de los servicios públicos, la satisfacción de necesidades generales importaba el ejercicio de función administrativa, tenemos que **el contrato pasará a ser un instrumento más que el Estado utilizará para el cumplimiento de su función pública administrativa**. Por tanto, donde antes se actuaba con órdenes imperativas y coercitivas sin excepción, ahora se abre un área dónde se requiere de la colaboración consentida del privado.

Es precisamente este proceso el que intentaré desentrañar en las páginas siguientes respecto de la contratación pública de nuestro país, a través de antecedentes aportados por su legislación, doctrina y jurisprudencia.

LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y SU ROL CONFIGURADOR DEL CONTRATO PÚBLICO EN CHILE.

⁸⁰ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y Administración del Estado (4)*, T. I, Rolando Pantoja Coordinador, Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 68.

La Administración Pública del Estado Liberal como una actividad de ejecución de leyes; el contrato celebrado por ella, como un acto privado.

Lo cierto es que la celebración de contratos por el Estado con particulares queda de manifiesto desde los inicios de la República, recogiendo una tradición heredada del dominio español. Así lo evidencia don Valentín LETELIER, en 1893, siendo Fiscal de Cuentas, al pronunciarse sobre si el Supremo Gobierno tenía o no facultades para modificar un contrato celebrado con un particular. En ese caso, él acude a precedentes administrativos sobre la materia que datan, justamente, de los inicios de la República.

En el dictamen de 12 de enero de 1893, se lee: “en los primeros años de nuestra independencia, la recaudación de ciertos impuestos se subastaba lo mismo que al presente se subasta la provisión de la escuadra”.⁸¹ Y cita tres ejemplos en que se tuvo que resolver si cabía o no la modificación del contrato. En 1819, el caso de un particular que tenía a su cargo la recaudación del impuesto de cal, carbón y leña;⁸² en 1825, el caso de otro, la Casa de Portales Cea y Cía, que se había adjudicado, un año antes, la recaudación del estanco;⁸³ y en 1827, el caso del contrato del subastador de las alcabalas de Santiago.⁸⁴ Por su parte, la revista Gaceta de Tribunales (GdT) de 1846, da cuenta de otro caso, un contrato celebrado en 1826, entre la Aduana de Concepción y un particular, en que se le entrega la percepción de la alcabala de Concepción.⁸⁵

Tales casos son muestra de una realidad contractual pública que no pudo ser obviada ni por los textos constitucionales de la época. Así, cuando estos textos fueron ganando en perfección y consistencia, encontramos un expreso reconocimiento de aquella realidad contractual. La Constitución de 1822, Capítulo II

⁸¹ LETELIER, Valentín, *Dictámenes de don Valentín Letelier, Fiscal del Tribunal de Cuentas, 1891-1918 (2)*, Imprenta, Litografía, Encuadernación La Ilustración, Santiago, 1924, p. 50.

⁸² Ídem.

⁸³ Ibídem, p. 49.

⁸⁴ Ibídem, p. 51.

⁸⁵ **GdT N° 245**, 28 de noviembre de 1846, fallo 1340, p. 978.

titulado 'Facultades y Límites del Poder Ejecutivo', en su art.112, dice: "No hará contrata de interés al Fisco, sin oír primero a las oficinas o juntas respectivas."

Más tarde, las Constituciones de 1828 y 1833, dieron un paso más y determinaron los órganos competentes para conocer las controversias jurídicas suscitadas a raíz de tales contratos. La de 1828, habla expresamente de "contratos celebrados por el Gobierno, o por los agentes de éste en su nombre", y en su **art. 96, regla 3ª**, fija la competencia de la Corte Suprema. En tanto, la de 1833, se refiere a "contratos o negociaciones celebradas por el Gobierno Supremo i sus agentes", y en su **art. 104, regla 7ª**, la entrega al Consejo de Estado (CdE), competencia que posteriormente fue suprimida, por reforma constitucional de 24 de Octubre de 1874,⁸⁶ pasando la jurisdicción a los tribunales ordinarios.

En lo que dice relación con la función administrativa, un primer acercamiento nos sitúa en el área de las ideas políticas predicadas por el Estado liberal e individualista de inicios del Siglo XIX, según las cuales, de la misma forma que en la naturaleza opera un equilibrio dinámico basado en el libre juego de cada uno de sus elementos más pequeños -los átomos- así también debiera suceder con el orden social como natural formación de la humanidad. Por lo tanto, "el Estado no debía interferir con el mundo de la naturaleza. Su deber era conservarlo, mantenerlo, alejar de él los desórdenes y la violencia perturbadores de su status, a fin de que su operación natural produjera sus felices efectos".⁸⁷

En Chile, tras algunos intentos constitucionales fallidos, esta modalidad estatal fue instaurada exitosamente en el año 1833, con el agregado de una característica propia: el autoritarismo presidencial, como una fórmula para afianzar el orden interno debilitado producto de las escaramuzas que siguieron al proceso emancipador recientemente consolidado.

Bajo estas premisas, y desde el punto de vista de la legislación y de la doctrina posterior, la función administrativa quedó limitada al mínimo necesario para

⁸⁶ MERINO, Ernesto, *Derecho Administrativo, apuntes*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1936, p. 105.

⁸⁷ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *op. cit. (4)*, p. 253.

la preservación de la paz interior y seguridad exterior del país, "para lo cual no requería iniciativa, creación, autonomía de decisiones o facultades que le permitieran innovar en el orden establecido." "Bastaba (...) con observar atentamente su ley natural, la ley del Estado legislador, representante legítimo de la nación soberana, única capaz de autodeterminar los destinos del país,...".⁸⁸

Don Santiago PRADO, en 1859, expone ideas sobre la función administrativa que si bien, a grandes rasgos, coinciden con la visión individualista propia de la época, en ciertos aspectos se apartan de ella.

Resulta afín a esa visión cuando sostiene, respecto de las actividades cuya realización corresponde a la Administración, que "el gobierno jamás debe hacer lo que la sociedad sabe i puede hacer por sí misma"⁸⁹, y que la actividad administrativa se materializa, estrictamente, mediante el proceso de ejecución de las leyes que es llevado a la práctica por los actos de autoridad.⁹⁰ Concluyendo que "el primer deber general de la administración hacia las personas es velar por su conservación o proteger la vida de los administrados, alejando los peligros que pueden amenazarla o destruirla".⁹¹

Más, junto con lo anterior, hace precisiones que dejan entrever rasgos de una administración más social, al predicar de ésta una acción de satisfacciones de necesidades pública de tipo reactiva, preventiva, de fomento y subsidiaria de la actividad particular.

Él sostiene, "el objeto de la administración son las necesidades materiales y morales de los pueblos". Aclara que las necesidades morales son "las relativas al corazón" y "las que nacen del pensamiento o las necesidades intelectuales". Agrega, "[l]a administración no solo acude a satisfacer las necesidades existentes,

⁸⁸ *Ibíd*em, p. 254.

⁸⁹ PRADO, Santiago, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, siguiendo el plan y la teoría de varios autores*, Imprenta Nacional, Santiago, 1859, p. 11.

⁹⁰ *Ibíd*em, pp. 23 y 24.

⁹¹ *Ibíd*em, p. 164.

sino a precaver las futuras", pues una característica de la acción administrativa es la prevención, más que la represión, al ser ésta más propia de la acción judicial. Precisa que las necesidades a satisfacer no son solamente aquellas destinadas a la conservación de la sociedad, "sino también las conducentes a su perfección y adelantos." Finalmente, sentencia: "Aun dentro de estos límites la administración abraza la existencia entera de la sociedad, su pasado, su presente i su futuro, i por eso prever, ver i proveer son tres palabras que resumen todos los actos de todos los gobiernos".⁹²

Incluso, respecto de la actividad ejecutora de leyes tiene una visión en la que no solo se extiende a los reglamentos, decretos, y otros actos potestativos y unilaterales, sino también incorpora a los actos unilaterales consultivos y los bilaterales como los contratos, tema que abordaremos con mayor detención al hablar del rol de los contratos bajo el influjo del Estado Liberal y su Administración.

En consecuencia, si al predicado individualista y liberal agregamos el autoritarismo con que se operativiza el gobierno de la época, el resultado es una función administrativa ejecutora de ley independiente de los actos que se entiendan comprendidos dentro de ella, materializada en "actividad de policía que entraña la imposición de limitaciones que se traducen en deberes, prohibiciones, permisos, reglamentaciones, etc., a los ciudadanos por razones de interés general y en especial, por razones de orden público."⁹³ De ahí, entonces, que por aquella época se hablara en nuestro país de la administración como actividad de policía, y contara con la policía de subsistencia, la policía sanitaria y la policía de seguridad.⁹⁴

Otro autor de fines del siglo XIX, y de visión liberal, es don José Domingo AMUNÁTEGUI, quien también centra el objeto de la Administración del Estado en la conservación de la persona de los administrados.

⁹² *Ibíd.*, p. 11.

⁹³ CAMACHO CÉPEDA, Gladys, *La actividad administrativa en la doctrina chilena: 1859-2009*, artículo inserto en libro *Derecho Administrativo, 150 años de Doctrina*, Rolando Pantoja Coordinador, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 231.

⁹⁴ *Ídem.*

Además, él restringe la actividad de policía, antes extendida a toda la actividad administrativa, a la mantención del orden interior (policía de seguridad), y a la higiene y salubridad de la población (policía sanitaria). La primera "se ocupa de velar por la seguridad de las personas i bienes en cuanto puedan ser atacados por terceros; la segunda tiende a cortar los males que puedan sufrir los individuos en la salud, constituyendo peligro para los demás i atacando, en consecuencia, a los miembros de la sociedad en su propia conservación".⁹⁵ Y por otra parte, innova en la significación del vocablo *policía*. Dice: "La función de policía es, pues, de seguridad. Se designa también con la misma palabra al *cuerpo de agentes*, encargados de llenar esta función del Estado"⁹⁶(cursiva propia).

Otro aporte de este autor fue precisar el concepto de *función administrativa* asemejándolo al de *materia administrativa*, y seguidamente intentar determinar su contenido.

Dice que la 'función administrativa' hace referencia al "conjunto de atenciones de la Administración i a los complejos problemas que les conciernen."⁹⁷ En todo caso, prefiere utilizar el vocablo '*materia administrativa*' porque tendría una aplicación más amplia, ya que no incluiría solamente la actividad realizada por el personal administrativo, sino que abarcaría, además, "la materia en sí misma, la institución social, (...) i las atribuciones que respecto de ella tiene la Administración i que constituyen la función pública".⁹⁸

Y dado que ambos vocablos implican, de todas maneras, el ejercicio de actividades, entonces el paso siguiente es determinar cuáles son esas actividades. AMUNÁTEGUI opina que se deben determinar sobre la base de los fines del Estado, los cuales dependerán de la doctrina que se adopte al efecto. Apunta,

⁹⁵ AMUNÁTEGUI RIVERA, José Domingo, *Administración Política i Derecho Administrativo: estudios (1)*, Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1894, pp. 223 y 238.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 221-223.

⁹⁷ AMUNÁTEGUI RIVERA, José D., *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo aplicado a la legislación de Chile (2)*, Imprenta, litografía y encuadernación Barcelona, Santiago, 1907, p. 216.

⁹⁸ *Ídem*.

"[u]na escuela política sostiene que el Estado existe tan solo como medio de seguridad i conservacion de los asociados." "Otra, le asigna un fin mas amplio, dándole, como a todo organismo, facultades activas en el progreso propio". Y "al lado de estos sistemas principales se han fundado otros varios".⁹⁹

Más adelante, tras haber ahondado en las funciones administrativas que tales doctrinas otorgan al Estado, cree que en "el sostenimiento de estas doctrinas se ha llegado a la exajeración; miéntras por un lado se lucha por asignar al Estado el papel de Providencia universal, estrechando la iniciativa individual, la que no necesita manifestarse desde que existe ampliamente la del Poder Público; de otro se restringe la accion pública a puntos estrictamente conservativos i se deja toda la mayor parte del perfeccionamiento comun a la accion individual".¹⁰⁰

Entre una y otra, AMUNÁTEGUI se inclina por la última de aquellas posiciones, porque "reconoce en toda su amplitud la iniciativa individual", ya que "la intromision del Estado en la mayor parte de los actos de la vida, es dolorosa para el hombre libre; lo convierte en un autómata que no necesita ni del cultivo de sus facultades para llenar su mision".¹⁰¹

No obstante lo anterior, agrega que aún existe una mejor opción: la que se sitúa entre ambas posiciones extremas. Es un punto medio, en virtud del cual es posible reconocer a la Administración "su exclusiva accion en unas materias, la coparticipacion con la iniciativa particular en otras i por fin el desenvolvimiento exclusivo de ésta en aquellas que no constituyen el fin propio de la administracion; pero en las cuales le cabe siempre la parte restrictiva en beneficio de la comunidad".¹⁰²

Como podremos imaginar, en el escenario administrativo trazado por las ideas liberales, individualistas y paternalistas propias de nuestra organización

⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 216 y 217.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 217.

¹⁰¹ *Ibíd.*, pp. 217 y 218.

¹⁰² *Ibíd.*, p. 218.

política administrativa del Siglo XIX, no había espacio, desde el punto de vista teórico -no así en la práctica cotidiana- para incorporar entre sus filas un acto que implicaba, por una parte, que el Estado se inmiscuyera en actividades que los particulares deberían hacer por sí mismo, y por otra, una actuación consensuada, en dónde solo eran bien vistos los actos imperativos.

A consecuencia de ello, los contratos celebrados por la Administración de aquella época fueron entendidos como una institución propia del derecho privado, y como tal fueron tratados, especialmente, por la jurisprudencia. El único autor que intentó incorporarlos al ámbito del derecho público administrativo, ideó para ellos una fórmula artificiosa haciéndolos pasar por un tipo de actos imperativos, en circunstancias que el consentimiento de las partes era un elemento esencial dentro de su estructura. En tanto, las pocas leyes que trataron algunos de ellos solo establecían requisitos formales para proceder a su celebración, pero no aportaban directrices sustantivas que les diera un sello distintivo frente a las demás tipologías contractuales.

Así, entonces, la doctrina, jurisprudencia y legislación nacionales serán las que nos aporten antecedentes más específicos de la visión que se tuvo del contrato celebrado por el Estado durante el Siglo XIX al alero de una función administrativa de ejecución de leyes, y así será detallado en los acápites siguientes.

Los primeros administrativistas y su estudio del contrato público.

Un primer acercamiento doctrinal a los contratos celebrados por la Administración, y con argumentaciones que auspiciaban un desarrollo futuro enfocado en la dirección correcta, lo encontramos en unos artículos publicados en el año 1845 en la revista Gaceta de Tribunales (GdT), como reacción al funcionamiento práctico de la citada norma séptima del art. 104 de la Constitución de 1833, debido a que evidenciaría una vital carencia en su eficacia de justicia.

Según se da cuenta, sucedía en la práctica que algunos juzgados ordinarios conocían de “contiendas suscitadas con ocasión de los contratos, *enteramente administrativos*” (cursiva propia), aún cuando la Constitución entregaba esta

competencia al CdE, debido a que dicho ente carecía de la institucionalidad que lo representara fuera de Santiago.¹⁰³

Este artículo fue suficiente para generar, durante ese año de 1845, un debate público de envergadura y bastante ilustrativo sobre el estado de ideas respecto de los contratos administrativos, en el que participaron tres periódicos, a saber, *El Progreso*, *El Mercurio* y *El Siglo*, y la revista GdT.¹⁰⁴

Básicamente, el punto de la discusión giró en torno a si era necesario modificar la Constitución y suprimir al CdE para que una nueva institucionalidad se hiciera cargo de los litigios contractuales del Gobierno cubriendo el ámbito provincial y local; o si bastaba con que dicho órgano delegara sus facultades en funcionarios subalternos que lo representaran fuera de la capital, sin necesidad de modificación constitucional alguna, pues se entendería que sería el mismo CdE el que actuara por intermedio de sus delegados.¹⁰⁵

Desde la GdT se defendía firmemente esta última opción. Además, siguiendo a un autor español, afirman que no sería conveniente entregar esos asuntos a los tribunales civiles o comunes, porque se comprometería el buen servicio del Estado dado que “esos tribunales aplican el derecho según éste consta en la letra de la ley, sin consideraciones de otra especie, propia de un orden distinto como lo es el público, que *da preponderancia al interés general*” (cursiva propia). Agregan, por otra parte, que es sano para la Administración que sea ella la que resuelva los asuntos litigiosos que se opongan a su marcha. “De otro modo, el gobierno no sería un poder, sino que estaría sujeto a la autoridad judicial, carecería de espontaneidad de movimiento, y la responsabilidad ministerial desaparecería, porque claro es que la responsabilidad supone libertad de acción.”¹⁰⁶

¹⁰³ **GdT N° 164**, 3 de mayo de 1845, pp. 107-108.

¹⁰⁴ Al respecto ver **GdT N° 164**, 3 de mayo de 1845, pp. 107-108; **GdT N° 167**, 24 de mayo de 1845, pp. 135-137; y **GdT N° 169**, 7 de junio de 1845, pp. 159-162.

¹⁰⁵ **GdT N° 167**, 24 de mayo de 1845, pp. 135-137, y **GdT N° 169**, 7 de junio de 1845, pp. 159-162.

¹⁰⁶ **GdT N° 167**, 24 de mayo de 1845, p. 135-137.

Queda en evidencia que los argumentos aportados desde la GdT reconocían a los contratos administrativos partiendo por llamarlos 'contratos enteramente administrativos', y enseguida reconociendo el elemento de utilidad pública que lleva envuelta su celebración el cual aconseja no darles el tratamiento privatista propio de los tribunales comunes. Sin embargo, este tipo de planteamientos no volverá a la vitrina doctrinal nacional sino hasta 1930.

Esta regla 7ª, art. 104, de la Constitución de 1833, también provocó que la Corte Suprema, en su afán por precaver las dudas que podían entorpecer su aplicación, emitiera, en el año 1864, una suerte de 'interpretación oficial', dirigiéndola al Ministro de Justicia, quien respondió, cito textual: "El Supremo Gobierno y el Consejo de Estado dan a la parte séptima del art. 104 de la Constitución la misma inteligencia que le presta U.E en su nota".¹⁰⁷

Interpretación que la Excma. Corte inicia con la pregunta: "¿Habla el artículo constitucional de todos los contratos en que tenga interes el fisco, cualquiera que sea su naturaleza i carácter?" Y su conclusión es que este artículo solo se refiere a "aquellos contratos que celebra el Presidente de la República directamente, o por medio de alguno de sus agentes que obran en virtud de una autorización especial". Y enumera un grupo de autoridades que deben considerarse incluidas bajo la voz de "Supremo Gobierno y sus agentes".¹⁰⁸

En seguida, acota la interpretación de la competencia del CdE solo respecto de los casos de los contratos celebrados por el encargado de una repartición pública por una "orden particular i determinada del Presidente de la República, en que de una manera espresa lo dejó sujeto a su aprobación posterior". Pero "si el jefe de oficina contrató sin una órden especial, obró en virtud de su empleo, si las facultades anexas a este se lo permitían", en este caso la controversia es de la competencia de la justicia ordinaria".¹⁰⁹

¹⁰⁷ **GdT N° 1139**, 7 de mayo de 1864, pp. 289-290.

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ Ídem.

Agrega que las razones que justifican esta norma son: 1. La utilidad para el país de que estos contratos sean prontamente ejecutados sin las dilaciones que implicarían la aplicación de las formas judiciales ordinarias. 2. La conveniencia de separar lo administrativo de lo judicial, alejando a los Tribunales de pronunciar fallos sobre actos que no pueden menos que afectar al Presidente de la República en sus funciones administrativas.¹¹⁰

Por último, hace hincapié en la conveniencia de esta interpretación restringida, dado que una interpretación lata traería consigo el riesgo de que el CdE termine conociendo materias que no son de su esfera, y contraría los fines de esta institución. Cita como ejemplo los casos de personas que han tomado préstamos de Tesorería Nacional y se encuentran en quiebra. Bajo una interpretación amplia de la referida norma, el CdE terminaría graduando acreedores y fallando en materias de prelación de créditos y otras de esa naturaleza.¹¹¹

Otro autor que tocó el tema de los contratos del Estado en este período, pero sin la precisión argumentativa vista en la GdT, fue don Santiago PRADO, en 1859. Él decía que la Administración emitía dos tipos de actos: unos, *actos de imperio o de puro mando*; otros, *actos de jurisdicción*, situando al contrato público en la primera categoría. Decía: "Son actos de imperio las providencias dictadas por la administración en uso de su facultad constitucional de ejecutar las leyes, o de dirigir y arreglar ciertos negocios que sin ser de naturaleza ejecutiva, sin embargo se le han confiado por la Constitución i por las leyes." como sucede con su facultad de "contratar i obligarse". Junto a lo anterior, hay casos en que se "puede suscitar reclamaciones que debe oír i decidir", y ellas darán origen a los actos de jurisdicción¹¹² (cursiva propia).

Más adelante, clarifica aún más su posición al afirmar que la Administración manifiesta su poder "en forma de acción, en cuanto procura la ejecución de las leyes, dicta reglamentos, vela por su observancia, espide órdenes jenerales o

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Ídem.

¹¹² PRADO, Santiago, *op. cit.*, p. 309.

particulares *i hace uso, en fin, de cualquier modo de su potestad de puro mando*" (cursiva propia). Estas últimas corresponden a sus facultades de poder discrecional y son actos de autoridad administrativa. Enseguida detalla ejemplos de este tipo de actos, entre los que menciona expresamente 'los contratos que la Administración celebra'.¹¹³

En consecuencia, queda claro que para el profesor PRADO, los contratos que la Administración celebra son considerados *actos de puro mando o de imperio*. ¿Cómo es ello posible? Tal vez porque al autor no le parecía que esos contratos fueran tratados como una institución privada más, dado los elementos públicos involucrados en su celebración y ejecución. En consecuencia, quiso buscar la forma de hacerlos calzar dentro del cuadro explicativo de la Administración para darles una naturaleza jurídica pública administrativa.

Don José D. AMUNÁTEGUI, por su parte, no da ningún tratamiento dogmático a los contratos celebrados por el Estado, ni tampoco les reconoce explícitamente algún lugar al lado de los decretos, reglamentos u otros actos de esa naturaleza. Mas, en la medida que avanza en su estudio sobre la Administración Pública, trata casuísticamente algunos de ellos, como los de empréstito y de enajenación de bienes fiscales o municipales, señalando los principales requisitos que leyes especiales exigen para que los órganos públicos los celebren, especialmente las municipalidades.¹¹⁴

Además, él identifica la asociación contractual de los entes públicos con particulares para ejecutar cometidos públicos asociados a obras y servicios públicos. Reconoce que ésta es un área compleja, "por cuanto en su funcionamiento se desarrollan dos fuerzas, la del Estado y la del individuo", y ambas tienen unas fronteras difíciles de delimitar "sobre todo por lo que toca a la acción administrativa, a fin de que no hiera derechos o intereses individuales ni deje de llenarse debidamente".¹¹⁵

¹¹³ *Ibíd*em, pp. 311-312.

¹¹⁴ AMUNÁTEGUI RIVERA, José D., *op. cit.* (3), pp. 181, 182, 204, 205, 267, 268 y 280.

¹¹⁵ *Ibíd*em, p. 177.

Luego de detallar los principales procedimientos que la Administración adopta en la práctica para actuar en este escenario de iniciativa mixta, hace algunas observaciones, muchas de ellas de indudable actualidad, como las siguientes:

Primero, estima que no es conveniente que la Administración ejecute una obra por sí misma contratando personal al efecto, porque “el carácter de agentes del Estado” que tendrá ese personal contratado, no es apropiado para desarrollar ese tipo de funciones “verdaderamente industriales”.¹¹⁶ En consecuencia, mejor es entregarlas derechamente a privados, pero manteniendo siempre la facultad de vigilar su perfecta y conveniente ejecución, porque a dichas obras o servicios les es ínsito el interés público.¹¹⁷

También comenta que al encargar una obra pública a un privado, éste se puede seleccionar directamente o vía licitación pública. Él cree que esta última es la modalidad más correcta (si bien la primera conviene en algunos casos), porque se podrá escoger entre varias propuestas la que ofrezca las mejores condiciones. Sin embargo, reconoce como realidad de la época, y que terminará abarcando gran parte del Siglo XX, el hecho que “ninguna ley ha reglamentado la materia, [y] queda al arbitrio de los agentes administrativos el determinar estas condiciones, las cuales no consultan a veces los intereses comunes”, razón por la cual “se ha visto la mala ejecución de algunas obras”.¹¹⁸

Para cerrar el análisis doctrinal del contrato, hay un estudio que hace don Luis CLARO SOLAR respecto de unos fallos recaídos sobre unos contratos celebrados por unas municipalidades, el cual refleja el estadio primitivo de desarrollo que tenía este tipo de contratos en el Chile del Siglo XIX y que fue

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ Ibídem, pp. 390-393.

¹¹⁸ Ibídem, p. 391.

traspasado al primer cuarto del Siglo XX. El artículo aparece publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ) del año 1922, en la sección Derecho.¹¹⁹

Este distinguido autor civilista, hace un análisis de dos fallos de la Corte Suprema pronunciados en igual número de juicios seguidos por la Compañía General de Electricidad Industrial contra las Municipalidades de San Fernando y de Chillán, respectivamente.

Dicha empresa, en el año 1905, había celebrado con ambas entidades edilicias contratos de suministro de electricidad para el alumbrado público, por el plazo de 10 años prorrogables por la respectiva municipalidad "por períodos sucesivos de diez años más, si así lo creyere conveniente", según la expresión literal contenida en los contratos. A cambio, las Municipalidades, se obligaban al pago de un precio determinado.

El conflicto se suscitó cuando la Compañía de Electricidad, un año antes de cumplirse los 10 años, notifica a las Municipalidades respectivas su decisión de no continuar con el contrato. Ambas abren propuestas públicas para encontrar otra empresa que les suministre electricidad pero no obtienen ninguna, ante lo cual comunican a la Compañía el acuerdo de prorrogar el contrato por otros 10 años más, según las autorizaba el mismo contrato.

Debido a esa prórroga, la Compañía inicia los juicios respectivos y demanda que se declare nula la cláusula contractual que la autoriza a voluntad del municipio respectivo. Argumenta que la parte final de tal cláusula "importa una promesa de celebrar un contrato que queda sujeta a mera voluntad de una de las partes, que carece de valor con arreglo al art. 1554 del Código Civil ya que sólo estaría obligada la Compañía, pero la obligación de la Municipalidad queda sujeta a su mera voluntad, esto es, a una condición potestativa que dependía de la sola voluntad, condición nula con arreglo al art. 1478 del Código Civil".¹²⁰

¹¹⁹ CLARO SOLAR, Luis, *Los contratos sobre suministro de electricidad y dos fallos de la Corte Suprema*, RDJ, sección Derecho, Marzo a Julio de 1922, N° 1-5, pp. 5-38.

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 6 y 9.

En definitiva, la Corte Suprema, en ambos casos, no dio lugar a la demanda, invocando fundamentos sin precisión jurídica, pues no determinó con claridad la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes; y señaló, simplemente, que la parte final de esa cláusula correspondía a un derecho adquirido por los municipios, inserto en un contrato válidamente celebrado y no de una condición potestativa.¹²¹ No hizo ninguna referencia, tampoco, al elemento de la utilidad pública dado que estaba involucrada la iluminación de dos ciudades completas.

En base a esos casos, CLARO SOLAR, elabora un minucioso estudio bajo una estricta mirada de principios e instituciones del Derecho Privado, único que el ordenamiento jurídico proveía en ese minuto para resolver las controversias de este tipo. Él llega a la conclusión de que se trata de un contrato bilateral de compraventa en que existen obligaciones correlativas a las partes que "sirven recíprocamente de causa o de condición de existencia", y que "no puede desconocerse que la Municipalidad ha subordinado sus obligaciones a su propia voluntad, futura a su buen querer, a lo que estimara ella conveniente después de diez años; y de este modo, sus obligaciones aparecen contraídas bajo una condición potestativa que no consiste en un hecho voluntario suyo, sino en su mera voluntad, lo que vicia sus obligaciones y deja sin causa o condición jurídica de existencia las obligaciones de la Compañía".¹²²

Tal conclusión es perfectamente armónica con el ordenamiento privado fijado por el Código Civil, pero el elemento que CLARO SOLAR tampoco considera es el de la utilidad pública, por el que las leyes administrativas de la época ponían a las municipalidades en el deber de velar por la satisfacción de necesidades públicas, como lo era el de alumbrado público. Pues ¿qué hubiera pasado si se da lugar a la demanda de la Compañía de Electricidad? Las ciudades de Chillán y de San Fernando, sencillamente, se hubieran quedado a oscuras, pues no había ninguna otra empresa que proveyera la electricidad necesaria, según lo denotaban las fallidas propuestas públicas que las entidades edilicias habían hecho con anterioridad.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 9 y 14.

¹²² *Ibidem*, p. 37.

El contrato público en la jurisprudencia del Siglo XIX.

Dado que los contratos públicos fueron animadores no poco frecuentes de la realidad nacional, es posible encontrar un importante número de fallos en la revista GdT, fundada en 1842, y en el Archivo Histórico Nacional respecto las causas seguidas ante el CdE relativas a contratos celebrados por el Supremo Gobierno y sus agentes, con autorización expresa de aquél.

Las sentencias sobre contratos públicos reproducidas en sus hojas dicen relación con contratos celebrados entre municipalidades y particulares, que se explica porque en aquella época no se consideraba a los municipios parte del Estado. Y el otro grupo hace alusión a contratos entre otros organismos estatales y particulares, pero que al parecer no estaban hechos a expresa petición del Presidente, por lo tanto, según la interpretación que había oficializado la Corte Suprema, frente a una controversia jurídica, no les alcanzaba la competencia del CdE.

Los casos en que los tribunales superiores terminaron declarando la incompetencia respectiva fueron mínimos, y encontrar casos de esos en la GdT fue difícil. Hubo dos el año 1854 y otro, en 1867.

El primero, es un juicio caratulado *Don Francisco Javier Ovalle con el Fisco*, “sobre cumplimiento de una contrata”, en el que las partes habían celebrado un contrato para que el particular provisionara de cales a los almacenes fiscales. El privado lleva el caso ante los tribunales ordinarios, quienes fallan, pero la Corte de Apelaciones (CA) de Valparaíso, declara que la causa debe ser conocida por el CdE en virtud de la citada regla 7a del art. 104 de la Constitución de 1833. Sentencia confirmada por la Corte Suprema.¹²³ Lo mismo se resuelve en otro juicio seguido entre estas mismas partes, pero con el Fisco como demandante ante tribunales ordinarios del cumplimiento del referido contrato.¹²⁴

¹²³ **GdT N° 628**, 26 de agosto de 1854, fallo N° 6598, p. 5297.

¹²⁴ **GdT N° 637**, 28 de octubre de 1854, fallo N° 6783, p. 5433.

El último caso, lo encontramos en juicio caratulado *El Fisco con don Tomas Bland Garland, sobre cumplimiento de un contrato*. En este caso, las partes habían suscrito un contrato de construcción del ferrocarril de San Fernando a Curicó, estipulándose, en la cláusula 8va, que se someterían a arbitraje todas las cuestiones que se originaran del referido contrato. El particular interpone demanda, y la entidad pública demandada opone la declinatoria de jurisdicción por corresponder el asunto al CdE. El juez de primera instancia, siguiendo principios de Derecho Privado, no da lugar a la declinatoria porque el contrato, incluida la cláusula de arbitraje, fue celebrado por el Supremo Gobierno con el acuerdo del CdE, por lo que concluye que dominó en las partes el propósito de sustraer las futuras controversias del conocimiento de dicho Consejo. Por lo tanto, se declara competente para conocer del litigio. Sin embargo, la Corte Suprema, a 30 de julio de 1867, revoca la resolución anterior, citando lo dispuesto por la parte 7ª del art. 104 de la Constitución de 1833, y declara que no corresponde el conocimiento al juez letrado de 1ª instancia, sino al CdE.¹²⁵

Respecto de los demás fallos, una revisión selectiva da cuenta de dos grandes tipos de contratos. Unos que aprovechaban directamente al ente público que lo celebraba (en representación del Estado), y otros que iban en beneficio de la comunidad.

Entre los primeros hay contratos sobre servicios personales,¹²⁶ percepción de la alcabala,¹²⁷ arriendo de inmuebles,¹²⁸ provisión de bienes muebles,¹²⁹

¹²⁵ **GdT N° 1309**, 10 de agosto de 1867, fallo N° 1300, p. 537.

¹²⁶ **GdT N° 175**, 10 de julio de 1845, fallo N° 500, p. 210; **GdT N° 337**, 4 de noviembre de 1848, fallo N° 1080, p. 2003; **GdT N° 434**, 9 de noviembre de 1850, fallo N° 2455, p. 3003; **GdT N° 1539**, 6 de enero de 1872, fallo N° 2, p. 1; **GdT N° 2954**, 14 de diciembre de 1889, fallo N° 4016, p. 1080; **GdT N° 6972**, 28 de abril de 1905, fallo N° 145, pp. 186-189.

¹²⁷ **GdT N° 245**, 28 de noviembre de 1846, fallo 1340, p. 978.

¹²⁸ **GdT N° 314**, 27 de mayo de 1848, fallo N° 446, p. 1749; **GdT N° 2079**, 8 de diciembre de 1883, fallo N° 3286, p. 1841.

¹²⁹ **GdT N° 749**, diciembre 20 de 1856, fallo N° 9545, p.7081; **GdT N° 1396**, 17 de abril de 1869, fallo N° 516, p. 273; **GdT N° 7866**, 4 de marzo de 1911, fallo N° 17, pp. 28-30.

compraventa de bienes inmuebles,¹³⁰ préstamo de dineros,¹³¹ construcción de una máquina para destilar,¹³² provisión de cales para almacenes fiscales,¹³³ transporte de mercadería fiscal,¹³⁴ administración del taller de zapatería de la Penitenciaría de Santiago,¹³⁵ transporte de tropas militares y pertrechos de guerra,¹³⁶ etc.

Y entre los segundos, encontramos contratos relativos a arreglo de canales y distribución de aguas,¹³⁷ construcción del ferrocarril de San Fernando a Curicó,¹³⁸ explotación del hielo natural en las regiones australes de la República, para distribuir hielo en Santiago y otras ciudades¹³⁹, colonización de terrenos en el sur de Chile,¹⁴⁰ construcción de escuelas públicas,¹⁴¹ construcción de la Escuela de Ingeniería de Chile,¹⁴² construcción del Puerto de San Antonio,¹⁴³ etc.

Pero, además de los celebrados por el Supremo Gobierno y sus agentes, había otro foco público generador de múltiples contratos. Me refiero a las municipalidades, también entes públicos, pero como lo esbozáramos antes, no

¹³⁰ **GdT N° 1154**, 20 de agosto de 1864, fallo N° 1466, p.531; **GdT N° 2176**, 10 de abril de 1886, fallo N° 427, p. 249.

¹³¹ **GdT N° 1459**, 25 de junio de 1870, fallo N° 1119, p. 505; **GdT N° 1801**, 8 de septiembre de 1877, fallo N° 1940, pp. 1003-1004.

¹³² **GdT N° 2178**, 24 de abril de 1886, fallo N° 605, pp. 353-354. Es un privado el que encarga a la Maestranza Fiscal de Limache la construcción de una máquina de destilar.

¹³³ **GdT N° 628**, Agosto 26 de 1854, fallo N° 6598, p. 5297.

¹³⁴ **GdT N° 1668**, 26 de setiembre de 1874, fallo N° 1934, p. 945.

¹³⁵ **GdT N° 1734**, 8 de abril de 1876, fallo N° 328, p. 161; **GdT N° 1811**, 17 de noviembre de 1877, fallo N° 2730, p. 1409.

¹³⁶ **GdT N° 5156**, 7 de enero de 1899, fallo N° 668, pp.471-473.

¹³⁷ **GdT N° 221**, 14 de junio de 1846, fallo N° 434, p. 686.

¹³⁸ **GdT N° 1309**, 10 de agosto de 1867, fallo N° 1300, p. 537.

¹³⁹ **GdT N° 1873**, 10 de mayo de 1879, fallo N° 477, pp. 318-319.

¹⁴⁰ **GdT N° 2082**, 29 de diciembre de 1883, fallo N° 3535, pp. 1985-1991.

¹⁴¹ **GdT N° 5125**, 28 de noviembre de 1898, fallo N° 170, pp. 177-179.

¹⁴² **GdT año 1921**, t. I, fallo N° 69, pp. 361-370.

¹⁴³ **GdT año 1925**, t. I, fallo N° 5, pp. 23-46

quedaban cubiertos por la voz de “Supremo Gobierno y sus agentes”, y respecto de los cuales la jurisprudencia evidenciada por la Gaceta de Tribunales es abundante.

Un estudio de los contratos celebrados por las municipalidades nos muestra que también en ellos concurre el distingo entre los que beneficiaban a la entidad edilicia, y otros que favorecían directamente las necesidades de la comunidad.

Entre los primeros están los contratos relativos a arriendo de inmuebles,¹⁴⁴ recaudación de los ramos de sisa y carretas,¹⁴⁵⁻¹⁴⁶ compraventa de bienes muebles o inmuebles,¹⁴⁷ préstamos de dinero,¹⁴⁸ contratación de servicios personales especializados,¹⁴⁹ suministro de víveres para las cárceles,¹⁵⁰ y de artículos de primera necesidad para la policía u otros entes públicos,¹⁵¹ etc.

Y entre los segundos, los hay relativos a la construcción y/o administración de casas de reñideros de gallos,¹⁵² el alumbrado público con faroles,¹⁵³ el pasaje en

¹⁴⁴ **GdT Nº 321**, 15 de julio de 1848, fallo Nº 651, p. 1829; **GdT año 15, Nº 727**, junio 19 de 1856, fallo Nº 3550, p.6842; **GdT año 21, Nº 1103**, 29 de agosto de 1863, fallo Nº 1655, p.628; **GdT año 21, Nº 1119**, 19 de diciembre de 1863, fallo Nº 2413, p.914; **GdT año 21, Nº 1132**, 17 de marzo de 1864, fallo Nº 480, p.191; **GdT año 33, Nº 1682**, 2 de enero de 1874, fallo Nº 3061, pp. 1471-1473, **GdT año 36, Nº 1810**, 10 de noviembre de 1877, fallo Nº 2651, pp. 1370-1371.

¹⁴⁵ La Sisa era un impuesto aplicable a productos de primera necesidad. Consistía en entregar al comprador una cantidad de género menor al que se pagaba, para hacer frente por parte del vendedor al pago de impuestos o gastos locales, que debía entregar a los recaudadores. Se sisaba el vino, el aceite, el vinagre, la carne, el azúcar, los tejidos, etc.

¹⁴⁶ **GdT, año 11, Nº 450**, 8 de marzo de 1851, fallo Nº 445, p. 3147.

¹⁴⁷ **GdT año 21, Nº 1099**, 1º de agosto de 1863, fallo Nº 1484, p. 566; **GdT año 33, Nº 1671**, 17 de octubre de 1874, fallo Nº 2209, p. 1073; **GdT año 38, Nº 1898**, 1º de noviembre de 1879, fallo Nº 1675, pp. 1181-1182; **GdT año 42, Nº 2076**, 17 de noviembre de 1883, fallo Nº 3056, p. 1708; **GdT, año 1929**, t. I, Primer Semestre, fallo Nº 35, pp. 237-242.

¹⁴⁸ **GdT Nº 1543**, 3 de febrero de 1872, fallo Nº 295, p. 137.

¹⁴⁹ **GdT Nº 5125**, 28 de noviembre de 1898, fallo Nº 175, p. 184; **GdT Nº 5169**, 20 de enero de 1899, fallo Nº 826, pp. 603-604.

¹⁵⁰ **GdT Nº 978**, 6 de abril de 1861, fallo Nº 520, p. 324.

¹⁵¹ **RDJ, Mar. – Dic. 1915**, en Jurisprudencia, sección segunda, Agosto de 1915, fallo Nº 6, pp. 21-24; **GdT año 1918**, noviembre y diciembre, fallo Nº 672, pp. 2093-2096.

¹⁵² **GdT Nº 175**, 19 de julio de 1845, fallo Nº 500, p. 210; **GdT Nº 1679**, 1 de diciembre de 1874, fallo Nº 2797, p. 1342.

lancha sobre ríos, dada la falta de puentes,¹⁵⁴ venta de derechos de llaves sobre palcos del Teatro Municipal,¹⁵⁵ administración del Teatro Municipal de Santiago,¹⁵⁶ la construcción y administración de mataderos públicos,¹⁵⁷ alumbrado público a gas,¹⁵⁸ la construcción y administración de recovas,¹⁵⁹⁻¹⁶⁰ concesión de distribución de gas,¹⁶¹ habilitación y distribución del servicio de agua potable,¹⁶² arreglo de calles,¹⁶³ adoquinado de calles,¹⁶⁴ reparación y reconstrucción de canales que proveen de agua a las ciudades,¹⁶⁵ la distribución y venta de nieve y hielo,¹⁶⁶ la construcción de vías férreas en las calles de diversas ciudades y concesión del

¹⁵³ **GdT, N° 442**, 5 de enero de 1851, fallo N° 2655, p. 3084; **GdT N° 723**, junio 21 de 1856, fallo N° 8846, p.6773; **GdT N° 733**, Agosto 30 de 1856, fallo N° 9083, p.6925.

¹⁵⁴ **GdT N° 754**, Enero 21 de 1857, fallo N° 3933, p.7161; **GdT N° 1164**, 29 de octubre de 1864, fallo N° 2169, p.776; **GdT N° 1705**, 31 de julio de 1875, fallo N° 1631, p. 735; **GdT N° 1730**, 11 de marzo de 1876, fallo N° 87, p. 47.

¹⁵⁵ **GdT N° 1649**, 2 de mayo de 1874, fallo N° 569, pp. 259-260

¹⁵⁶ **GdT N° 829**, 29 de mayo de 1858, fallo N° 835, p. 6; **GdT N° 1093**, 20 de junio de 1863, fallo 1133, p. 428.

¹⁵⁷ **GdT N° 897**, 7 de septiembre de 1859, fallo N° 1416, p. 820; **GdT N° 1287**, 9 de marzo de 1867, fallo N° 314, p. 147; **GdT N° 3318 bis**, septiembre de 1891, fallo N° 919, p. 431; **GdT, año 1930**, t. II, fallo N° 28, pp. 112-118.

¹⁵⁸ **GdT N° 957**, 10 de noviembre de 1860, fallo 1774, p. 1.059.

¹⁵⁹ Recova es el símil de lo que hoy conocemos como mercado. Un lugar físico dónde se venden comestibles. Los vendedores debían pagar un derecho al administrador quien se obligaba a mantener en estado de ser usado el edificio.

¹⁶⁰ **GdT N° 968**, 26 de enero de 1861, fallo N° 136, p. 73; **GdT N° 1252**, 7 de julio de 1866, fallo N° 970, p. 430; **GdT N° 1550**, 23 de marzo de 1872, fallo N° 512, pp. 264-266; **GdT N° 1994**, 31 de diciembre de 1881, fallo N° 2823, pp. 1567-1568; **GdT N° 2402**, 15 de diciembre de 1887, fallo N° 3061, pp. 2061-2062.

¹⁶¹ **GdT N° 1104**, 5 de septiembre de 1863, fallo N° 1728, p.655.

¹⁶² **GdT N° 1287**, 9 de marzo de 1867, fallo N° 314, p. 147.

¹⁶³ **GdT N° 1658**, 4 de julio de 1874, fallo N° 1269, p. 609.

¹⁶⁴ **GdT N° 1978**, 10 de septiembre de 1881, fallo N° 1534, pp. 908-909.

¹⁶⁵ **GdT N° 1783**, 5 de mayo de 1877, fallo N° 663, pp. 322-323.

¹⁶⁶ **GdT N° 1873**, 10 de mayo de 1879, fallo N° 477, pp. 318-319.

servicio de transporte en tranvías,¹⁶⁷ la construcción de un teatro-circo en Mapocho,¹⁶⁸ alumbrado eléctrico en Viña del Mar,¹⁶⁹ reparación de caminos rurales y construcción de puentes,¹⁷⁰ la atención del dispensario de la ciudad, aportando el local, las drogas y despacho gratis de las recetas del médico del dispensario¹⁷¹, etc.

Como vemos, la variedad de asuntos en que algún ente público se relacionaba contractualmente con particulares era abundante, y eso que solo corresponde a los asuntos que llegaban al conocimiento de los tribunales.

Es interesante hacer notar el argumento aceptado por la jurisprudencia que utilizan tanto las municipalidades como del Gobierno para legitimar sus atribuciones para celebrar contratos con particulares: tratado el tema en un caso específico, las primeras se apoyan en que ley de 17 de diciembre de 1842 entrega a ellas las obligaciones respecto a la habilitación y mantención de caminos, puentes y calzadas. En consecuencia, siendo suyo este deber, lo es también la elección de la manera en que lo cumplan. Por lo tanto, tan legítima es la modalidad de entregarlo a particulares mediante contratos, como el ejecutarlo ellas mismas.

En el caso del Gobierno, se da un argumento similar. Y es invocado en un litigio ente el Fisco y la Sociedad Colonizadora de los terrenos de Arauco, en 1879, en que ambas partes alegan incumplimiento contractual recíproco. Lo interesante de este juicio, es la intervención en segunda instancia, de don Santiago PRADO, en su calidad de fiscal.

PRADO, interpone acción de nulidad del contrato, argumentando que las leyes sobre colonización facultan al Gobierno y no a terceros para colonizar los

¹⁶⁷ **GdT N° 2063**, 18 de agosto de 1883, fallo N° 1992, pp. 1097-1098; **GdT N° 4388**, 25 febrero de 1896, fallo N° 4794, pp. 1020-1021; **GdT N° 6225**, 1° de octubre de 1902, fallo N° 1636, pp. 5-6.

¹⁶⁸ **RDJ, Oct. 1905-Oct. 1906**, sección Jurisprudencia, Septiembre de 1906, fallo N° 10, pp. 437-441.

¹⁶⁹ **GdT N° 6225**, 1° de octubre de 1902, fallo N° 1636, pp. 5-6.

¹⁷⁰ **GdT N° 7147**, 5 de enero de 1906, fallo N° 997, pp. 388-391.

¹⁷¹ **GdT año 1914**, meses Julio-Agosto, fallo N° 362, pp. 1017-1019.

territorios del sur, por lo que el citado contrato que entrega a particulares esta misión no respeta dichas leyes, y la cesión respectiva de bienes nacionales a privados, es ilegal. En resumen, el contrato adolece de nulidad absoluta pues es contrario al Derecho Público chileno “que prohíbe a toda autoridad atribuirse más derechos que los que expresamente le confieren las leyes”.¹⁷²

El procurador fiscal contesta que el Gobierno no se ha excedido de las atribuciones dadas por las referidas leyes de colonización, por cuanto es él quien está ejecutando dicho mandato, si bien, no por sí mismo, sino *por intermedio* de agentes o empresarios. Por lo tanto, no hay ilegalidad en la cesión de los terrenos fiscales para la colonización, ni tampoco la autoridad se ha arrogado atribuciones que no le competen.¹⁷³

La Corte, por su parte, sin ahondar mayormente sobre el tema no da lugar a la declaratoria de nulidad, y ordena seguir adelante con el juicio. Argumenta, escuetamente, que las partes litigantes están de acuerdo en que no hay nulidad absoluta, y tampoco hay en autos antecedentes para fundar una declaratoria de nulidad del referido contrato.¹⁷⁴

Finalmente, cabe señalar que el gran denominador común en el tratamiento jurídico que los tribunales nacionales daban a los contratos celebrados por la Administración, sin importar su contenido, era su resolución en base a principios del Derecho Privado, aplicando normas españolas, y desde 1855 en adelante, las normas del Código Civil.

El contrato público en la legislación del Siglo XIX.

Encontramos antecedentes de legislación del siglo antepasado aplicable a los contratos públicos en la jurisprudencia y en la doctrina, pero son leyes aisladas que están lejos de entregar un cuadro de sistematización jurídica de relieves sustantivos. Las normas de mayor rango y más generales sobre la materia,

¹⁷² **GdT N° 2082**, 29 de diciembre de 1883, fallo N° 3535, p. 1988.

¹⁷³ Ídem.

¹⁷⁴ Ídem.

corresponden a las disposiciones constitucionales que fijan jurisdicción contencioso-administrativa, referidas *supra*. Pero en lo tocante a aspectos de fondo, éstos quedaban entregados al ordenamiento jurídico privado, y muchas veces, a criterios de justicia y equidad que tenían los propios jueces.

En una primera etapa, que va desde los inicios de la República hasta 1855, año en que entra en vigencia el Código Civil, las controversias sobre contratos eran resueltas conforme la legislación española o con criterios de equidad y justicia. De ello dan cuenta don Valentín LETELIER y la GdT. El primero, escribe que en la década de 1820, hubo varios fallos dictados *ex – bono et aequo* que modificaban contratos públicos, aplicando por analogía leyes españolas que autorizaban a los tribunales para modificar los contratos entre particulares a lo justo y equitativo.¹⁷⁵ En las décadas posteriores, es la GdT la que deja en evidencia el mismo escenario.¹⁷⁶

En cambio, a partir del año 1855, serán las normas del Código Civil las favoritas de los tribunales para la resolución de las contiendas contractuales público-privadas. Mas, junto a dichas normas, comienzan a aparecer algunas disposiciones especiales que regulan, principalmente, aspectos formales a que deben ceñirse los entes públicos en la suscripción de algunos contratos con particulares, sobre todo en el ámbito de las municipalidades.

Entre ellas se cuenta la **Ley de municipalidades de 8 de noviembre de 1854**, que establecía, en su **artículo 44**, la obligación de pedir la opinión del procurador municipal previo a los acuerdos sobre contratos municipales; en sus **artículos 66 a 69**, exigía una serie de otros requisitos, como la obligación de remate o subasta pública para los contratos de enajenación o adquisición de bienes

¹⁷⁵ LETELIER, Valentín, *op. cit.* (2), pp. 48-52.

¹⁷⁶ **GdT N° 175**, 19 de julio de 1845, fallo N° 500, p. 210; **GdT N° 321**, 15 de julio de 1848, fallo N° 651, p. 1829; **GdT N° 442**, 5 de enero de 1851, fallo N° 2655, p. 3084; **GdT N° 727**, junio 19 de 1856, fallo N° 3550, p.6842; **GdT N° 754**, Enero 21 de 1857, fallo N° 3933, p.7161.

raíces municipales, arrendamiento de propiedades, u otros. Y en el **artículo 77**,¹⁷⁷ la obligación de rendir fianza para quienes contrataran con las municipalidades.¹⁷⁸

Más tarde, en la **Ley de municipalidades de 1887**, se establece que los bienes raíces no podrán enajenarse sin previa declaración de necesidad o utilidad aprobada por los 3/4 de los municipales en ejercicio y con acuerdo de la asamblea de electores. Respecto a la adquisición de terrenos para abrir calles, plazas, etc., había que distinguir si se había presupuestado los fondos para ello o no. En el primer caso, bastaba que la compra se acordara con los 2/3 de los municipales en ejercicio; en el segundo, solo podía hacerse si no pasaba de cinco mil pesos, y si excedía esa suma se exigía, además de la mayoría indicada, la aprobación de la asamblea de electores.¹⁷⁹ En tanto, la subasta pública es obligatoria en los contratos de un valor superior a los \$ 500, la que solo podrá omitirse cuando la naturaleza del contrato lo impida, como en la permuta. Don Valentín LETELIER da cuenta que esta disposición legal era burlada dividiendo en pequeños contratos, la construcción de una obra grande.¹⁸⁰

En las **Leyes de municipalidades de 1854, 1887 y 1891**, también hay algunas reglas sobre los contratos de préstamos. En las dos últimas, se acotaron las causas por la que los municipios podían endeudarse. Solo lo podían hacer para el financiamiento de "obras locales extraordinarias de seguridad, salubridad, aseo, viabilidad, instrucción y beneficencia". También fijaron tope de endeudamiento, y exigieron la aprobación de los 3/4 de los municipales en ejercicio y la del Senado. Lo mismo dispuso la **Ley de 14 de septiembre de 1896**.¹⁸¹

¹⁷⁷ "Los que contraen obligaciones respecto de la Municipalidad por remate o subasta o por cualquier otro contrato, deben dar fianza a satisfacción de la Comisión de Alcaldes o de la Comisión Especial de Municipales que hubieren intervenido en el contrato."

¹⁷⁸ PRADO, Santiago, *op. cit.*, pp. 141 y 149.

¹⁷⁹ Art. 57 de la Ley de Municipalidades de 1887.

¹⁸⁰ LETELIER, Valentín, *op. cit. (1)*, p. 98.

¹⁸¹ AMUNÁTEGUI RIVERA, José D., *Resumen de Derecho Administrativo aplicado a la Legislación de Chile (3)*, Imprenta y Litografía La Razón, Montevideo, 1900, p. 280, y LETELIER, Valentín, *op. cit. (1)*, p. 98.

Otras leyes especiales son las relativas a los contratos de enajenación de las tierras sureñas que formaban parte del territorio araucano. Tales como la **Ley de 4 de diciembre de 1866**, ordenó su venta en subasta pública, en lotes que no excedieran de 500 hectáreas y el pago del precio debía hacerse en 50 años, a razón de 2% cada año. Después, la **Ley de 4 de agosto de 1874**, prescribiría "que el pago debía hacerse con una tercera parte del valor al contado y el resto con dividendos de un 10% anual, quedando hipotecada la propiedad para responder del cumplimiento del contrato."¹⁸² Además de éstas, hubo otras leyes similares para regular la venta de otras extensiones de tierras como la enajenación de las salitreras en las provincias del norte de Chile.¹⁸³

En definitiva, en este período que se extiende hasta los inicios del siglo XX, solo hay una legislación administrativa casuística que busca regular básicamente aspectos formales de ciertos contratos, siendo las normas del Código Civil las que predominan en la solución sustantiva de las controversias contractuales públicas. Por ende, muchas veces, eran los intereses particulares los que predominaban sobre el beneficio público.

Un ejemplo concreto. Cuando la Municipalidad de Concepción llevaba adelante la construcción de un matadero para la ciudad, se le privó de las aguas que al efecto había tomado de la laguna Tres Pascualas, porque perjudicaría los derechos de aguas de un privado que, en todo caso, no había presentado un título que amparara dicha propiedad. El tribunal de primera instancia estableció que las aguas destinadas al matadero habían sido tomadas desde una ensenada de la laguna, y las que el particular usaba lo eran de una acequia por la que ella desaguaba y, además, el privado no tenía título que acreditara su propiedad, por lo que absolvió a la municipalidad. La Corte de Apelaciones de Concepción, en cambio, estimó que las aguas de la laguna pertenecían al particular por haberlas adquirido por prescripción y condenó al municipio a restituírselas.¹⁸⁴

¹⁸² AMUNÁTEGUI RIVERA, José D., *op. cit.* (3), p. 182.

¹⁸³ Ídem.

¹⁸⁴ **GdT N° 1542**, 27 de enero de 1872, fallo N° 236, p. 115.

Más, ¿qué pasaría con el matadero para la ciudad? ¿Y el interés público propio de una obra de utilidad para toda la comunidad? Eran preguntas cuya respuesta no era relevante considerar por los tribunales en el análisis jurídico para el fallo de los casos, solo importaban los elementos estrictamente legales.

Así queda demostrado en la resolución emitida en el mismo fallo anterior, respecto de una petición paralela de indemnización de perjuicios por los daños causados al privado en su terreno, debido a la construcción de un camino público para conectar el matadero con la ciudad. Mas, en ese caso la Corte de Apelaciones confirma el fallo del tribunal de primera instancia no dando lugar a la indemnización, entre otros motivos, porque estimó que la municipalidad actuó en cumplimiento de una obligación legal, como lo era el "atender a la mejora i conservación de las calles i caminos públicos del departamento", según lo disponían el art. 7º, de la ley de 17 de diciembre de 1842 y art. 64 de la ley de 3 de noviembre de 1854, Orgánica de Municipalidades.¹⁸⁵

Luego, si comparamos ambas resoluciones, se aprecia con claridad la tradición estrictamente legalista de nuestros tribunales ordinarios y la carencia de normas de Derecho Público, cuya combinación daba como resultado un ordenamiento jurídico público inconsistente. Vemos que en la primera situación no había norma de Derecho Público y predominó el interés privado; en la segunda, sí había ley expresa y predominó el interés público. Pero de todas maneras la construcción del matadero quedó incompleta, porque por una parte se autorizó la construcción del camino público que le entregaba conectividad, pero por otra se le quitó el agua, indispensable para su funcionamiento.

En definitiva, durante el período de la Administración Liberal del Siglo XIX e inicios del XX, el expediente contractual fue utilizado asiduamente por la Administración. Así lo demuestra la abundante jurisprudencia que existe al respecto. Sin embargo, la legislación y la doctrina de la época apenas sí consideraron este fenómeno, en comparación con el estudio que dedicaron a otros temas. El tratamiento que le dieron no pasaba de ser una revisión casuística y

¹⁸⁵ Ídem.

formal predominando, en lo sustantivo, los principios consagrados en el Código Civil. Así, el hecho de estar los contratos relacionados -directa o indirectamente- con la promoción y/o protección del interés público, no producía ningún efecto jurídico que los diferenciara de los celebrados por los particulares entre sí, contrariamente a lo que sucederá desde el segundo cuarto del Siglo XX, cuando se establezca en Chile el Estado Providencia, Benefactor o Social de Derecho.

La Administración del Estado Social otorga a cierto grupo de contratos fisonomía propia de Derecho Público de la mano de la doctrina de los servicios públicos.

Ya adentrados en el Siglo XIX, al consolidarse la Revolución Industrial gracias a las espectaculares aplicaciones de la máquina de vapor en los campos de la producción fabril y de transportes; y al derribarse el Antiguo Régimen por la Revolución Burguesa lo que permitió a los empresarios actuar sin restricciones de algún tipo, se inicia una transformación radical en la economía que llevaría a situar a la ciudad “en eje y centro, decisivos y fundamentales, de las nuevas realidades económicas, sociales, políticas y culturales...”¹⁸⁶ y elevaría al capitalismo a su máxima expresión.

Bajo el predominio de tales situaciones fácticas se hizo patente un nuevo escenario social cruzado por las abismantes diferencias en la distribución de la riqueza que hizo a unos pocos, los detentadores del capital, inmensamente ricos, y a otros, los trabajadores, extremadamente pobres. Polarización social que produjo, dentro de las ciudades, problemas de hacinamiento, de orden y seguridad interna, de alimentación, de salud y sanidad públicas, de ordenación y planificación urbana, etc.

Ante la nueva realidad, el Estado no pudo permanecer inmóvil y tuvo que reordenar su organigrama administrativo y funcional para darles acogida y solución, pues las premisas del liberalismo e individualismo, efectivas para liberar al individuo del poder absoluto de los monarcas, no eran suficientes para protegerlo del poder

¹⁸⁶ *Historia Universal. El siglo XIX en Europa y Norteamérica*, t. 17, Salvat Editores S.A, Lima, 2005, p. 123.

económico de los capitalistas y acogerlo con dignidad en el nuevo centro de la actividad humana: la *urbe*.

Nace así el llamado "Estado de Beneficencia", "Estado de Servicio" o "Estado Providencia", al que se le exige hacerse cargo de un mucho mayor número de tareas y actividades en comparación al Estado liberal e individualista que le antecedió. Ahora deberá, además, ayudar a satisfacer necesidades esenciales de la población, tales como, "el abastecimiento de alimentos, la atención de salud pública, la reparación de las obras de infraestructura económica, de la vivienda", prevenir y/o controlar la cesantía, etc.¹⁸⁷

En el caso de nuestro país, don Valentín LETELIER, a fines del Siglo XIX y en los inicios del XX, reconocía este cambio social. Él sostenía la diferenciación entre la función de gobierno y la función administrativa, predicando de esta última la satisfacción de necesidades sociales y su actuación por medio de servicios públicos.

En su obra leemos: "sin duda es un hecho histórico el que por causa de la inevitable imperfección del desarrollo del Estado, la administración nazca en todas partes desempeñada por los funcionarios políticos; pero tal antecedente no autoriza para confundirla con el Poder Ejecutivo".¹⁸⁸ Ejemplifica, "cuando se vacuna, (...) se enseña, (...) se salubrifican las poblaciones, (...) se cuidan las bibliotecas, (...) se recaudan las contribuciones, (...) se construyen cloacas, ferrocarriles y caminos, no se puede decir que se gobierna. (...). Hacer eso no es gobernar, es administrar".¹⁸⁹

Continúa enseñando que a la administración "las necesidades sociales la desarrollan, y (...) la impulsan a obrar y gradúan la eficacia de su acción. La administración funciona para satisfacerlas y no obtiene buen suceso sino en tanto cuanto las satisface." Concluye que "un pueblo no puede tener ni servicios ni

¹⁸⁷ CALDERA DELGADO, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001, p. 299.

¹⁸⁸ LETELIER, Valentín, *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales. Introducción al estudio del Derecho Público (3)*, Cabut y Cía. Editores, Buenos Aires, 1917, p. 663.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 664.

instituciones administrativas que sean superiores a su cultura y que no respondan a verdaderas necesidades sociales".¹⁹⁰

Las palabras de LETELIER encontraban eco no solo en los sucesos del resto del orbe sino también en hechos acaecidos en el territorio nacional, pues como resultado del florecimiento de la industria del salitre tras la Guerra del Pacífico, y más tarde, de la del cobre y del carbón, se desarrolló un numeroso proletariado minero cuyas condiciones de vida muchas veces eran inhumanas. Provocando, a inicios del Siglo XX, la movilización de los trabajadores quienes fueron adquiriendo progresivamente una mayor cohesión orgánica y más influencia en el orden político nacional, de manera de trasladar el eje de la confrontación ideológica, que hasta allí había sido la religión, a lo social.¹⁹¹

Así las cosas, la orientación estatal apuntará hacia la asistencia social, la que empezará a ser aplicada decididamente desde 1920, a través de la dictación de leyes sociales y de leyes orgánicas constitucionales por medio de las cuales se crearon importantes servicios públicos (entes descentralizados funcionalmente), y desde 1938, se agregarían las empresas fiscales.¹⁹² Este acomodo hacia lo social, traerá consigo el aumento progresivo de la intervención estatal en el campo privado alcanzando su máxima expresión en los años 1970-1973.

En el campo teórico administrativo, en tanto, la nueva orientación social vino de la mano de la doctrina de los servicios públicos, fundada en Francia por León DUGUIT, y desarrollada con nuevos lineamientos por Gastón JÈZE y Maurice HAURIUO. Por medio de esta teoría se exalta el rol del servicio público, ya sea que se le sitúe como unidad orgánica fundamental del Estado mismo (Duguit) o de la Administración (Jèze), o sólo como una parte más de esta última (Hauriou).

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 676, 677.

¹⁹¹ BOENINGER, Edgardo, *Políticas Públicas en democracia: institucionalidad y experiencia chilena, 1990-2006*, colección CIEPLAN, Uqbar editores, 3a edición, 2010, p. 20.

¹⁹² MUÑOZ CHIÚ, Natalia, *La Organización Administrativa del Estado: 1859-2009*, en libro *Derecho Administrativo, 150 años de Doctrina*, Rolando Pantoja Coordinador, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 302.

En nuestro país esta doctrina es reproducida desde 1940 en adelante con las obras de distinguidos profesores de Derecho Administrativo, tales como don Guillermo VARAS CONTRERAS, don Manuel JARA CRISTI, don Patricio AYLWIN AZÓCAR, y don Enrique SILVA CIMMA.¹⁹³

En consecuencia, esta nueva función administrativa orientada a la satisfacción de necesidades públicas de manera continua y permanente ¿qué efectos tuvo en el ámbito contractual público? Nuevamente buscaremos una respuesta en los antecedentes aportados por la doctrina, jurisprudencia y legislación nacionales de aquella época.

Tratamiento doctrinal del contrato público en la era de la Administración Social, especialmente del contrato administrativo.

Es preciso señalar que en esta época la celebración de diversos tipos de contratos entre los órganos públicos y los particulares, continuó sucediéndose en la práctica cotidiana como lo fuera en la época anterior. Si bien, ya no se repetían los mismos objetos como la recaudación de algunos ramos de impuestos, la construcción o administración de mataderos públicos, la explotación de hielos australes, la colonización de tierras del sur, pasajes de los ríos, u otros semejantes que el transcurso del tiempo, los adelantos técnicos y de la tecnología habían dejado en desuso.

Esta vez, las revistas de jurisprudencia de la época¹⁹⁴ contienen antecedentes relativos, mayoritariamente, a contratos que buscan la satisfacción de necesidades propias de los servicios públicos para mantenerse en continuo

¹⁹³ Para mayor abundamiento sobre esta doctrina del servicio público y su materialización en la actividad administrativa chilena, ver CAMACHO CÉPEDA, Gladys, *op cit.*, pp. 254-257, y PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La tipología asumida por la Administración Pública como función estatal, en su proceso adaptativo a la evolución experimentada por el Estado moderno constitucional: desde la summa potestas a la concreción humanista de la solidaridad (5)*, en libro *Derecho Administrativo, 120 años de cátedra*, Rolando Pantoja B. Coordinador, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 155-165.

¹⁹⁴ La GdT, publicada hasta 1952 y la Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ) emitida desde 1903 y fusionada con la GdT en el año 1952.

funcionamiento, tales como, su provisión de electricidad,¹⁹⁵ servicios personales de profesionales o técnicos,¹⁹⁶ arrendamiento de bienes fiscales o municipales,¹⁹⁷ compraventa de bienes inmuebles,¹⁹⁸ etc.

En general, y contrariamente a lo observado en la etapa anterior, en ésta, se nota una disminución de ciertos contratos pactados con privados cuya ejecución va en interés directo de la comunidad. Lo que se explicaría porque en la etapa que le antecedió, el Estado estaba influenciado por el sello liberal e individualista que daba prioridad a la iniciativa privada; mas ahora, es una orientación social y cada vez más intervencionista de la actividad privada la que marca la actuación de la Administración.

De ahí, entonces, que fuera la Administración la que tomara bajo su mano la ejecución directa de muchas obras y servicios de utilidad pública por medio de un cada vez más nutrido contingente de servicios públicos y de empresas estatales.

En este período, la doctrina dio la nota alta por cuanto ella intentó llenar el gran vacío existente en el campo teórico y científico nacional sobre los contratos celebrados por la Administración. Y es que desde la década de los 30's, paulatinamente, empezaron a aparecer obras que se hicieron cargo de esta importante realidad, siguiendo los pasos de la doctrina y jurisprudencia europea, particularmente francesa, quienes, desde la segunda mitad del Siglo XIX, venían generando importantes trabajos y avances sobre la materia.

Los autores de esta etapa, cuyas obras representan un valioso aporte a la contratación pública nacional, son don Ernesto MERINO, don Germán GASMAN,

¹⁹⁵ **GdT, año 1941**, t. II, fallo N° 16, pp. 65-69; **RDJ, Enero a Diciembre de 1952**, en Jurisprudencia, sección primera, pp. 421-425.

¹⁹⁶ **GdT, año 1934**, t. II, fallo N° 19, pp. 99-100; **GdT, año 1947**, t. II, fallo N° 23, pp. 132-139; **GdT, año 1950**, t. I, fallo N° 64, pp. 337-344.

¹⁹⁷ **RDJ, Enero a Abril de 1961**, Jurisprudencia, sección segunda, pp. 93-95; **RDJ, año 1981**, en Jurisprudencia, sección quinta, pp. 156-159 y 195-199.

¹⁹⁸ **RDJ, Enero a Marzo de 1969**, en Jurisprudencia, sección segunda, pp. 151-154; **RDJ, Enero a Diciembre de 1975**, en Jurisprudencia, sección primera pp. 83-89.

don Juan Antonio IRIBARREN, don Guillermo VARAS CONTRERAS, don Manuel JARA CRISTI, don Patricio AYWIN AZÓCAR, y don Enrique SILVA CIMMA.

El aporte de estos autores a la contratación pública en general, fue el análisis detallado, por vez primera en la doctrina administrativa nacional, de un determinado grupo de contratos celebrados por la Administración a los que identificaron como *contratos administrativos*. Su revisión se hizo siguiendo las ideas francesas, mediante el estudio de cinco ejes centrales de discusión, a saber: **(1)** Tipificación de los contratos administrativos, detallando sus diferentes aspectos de institución jurídica singular; **(2)** Existencia del contrato administrativo; **(3)** Idea sustancial del contrato administrativo: interés público v/s servicio público; **(4.)** Naturaleza jurídica de algunos de los contratos administrativos: la concesión, de obra pública y de servicio público, y la función pública; y **(5)** el desarrollo de algunos contratos administrativos más usados.

Vamos a detallar cada uno.

a. Tipificación de los contratos administrativos.

Este eje corresponde a uno de los primeros que fueron tratados, dado que los autores observaron en la práctica cotidiana de la Administración que, junto a los actos unilaterales, había otros que tenían la forma de un contrato y por medio de los cuales se perseguía un fin público. Y constataron, además, que los tribunales le daban el tratamiento de una institución de Derecho Privado, cuyos lineamientos fundamentales contrastaban con ese fin público inherente a la Administración.

En este sentido, un primer intento fue hecho por don Ernesto MERINO, en 1936. El aporte de este autor estuvo dado, primero, por el reconocimiento de la especialidad de algunos contratos celebrados por el Estado, a los que denomina contratos administrativos para diferenciarlos de los contratos civiles. Segundo, la propuesta de un sitial administrativo propio para estos contratos, diferenciándolo del que ocupaban los actos potestativos, unilaterales y ejecutorios de la Administración. Finalmente, la entrega de una primera definición de contrato administrativo.

Este autor, sostiene que la Administración en ejercicio de su función administrativa emite dos tipos de actos: *actos administrativos* y *actos de administración*. Son administrativos los actos jurídicos emanados de la

Administración, unilaterales, potestativos, ejecutorios y declarativos de derechos subjetivos,¹⁹⁹ los que a su vez se subdividen en «actos de autoridad» y «actos de gestión». Y son de administración los actos que no implican la declaración de un derecho subjetivo, sino, la concurrencia de voluntades. Y es en este grupo dónde sitúa a los contratos administrativos, a los cuales define como “convenciones en virtud de las cuales una de las partes, la Administración, procura un hecho o una cosa para la satisfacción de un interés público”.²⁰⁰ En lo sucesivo de su obra trata los requisitos de forma y fondo, los efectos, la interpretación y la extinción de los contratos administrativos. Cerrando su estudio con la revisión de los contratos administrativos en particular.²⁰¹

El año siguiente, en 1937, encontramos la tesis de don Germán GASMAN, en la que se aboca de lleno al tratamiento de los contratos administrativos a propósito de la aplicación de la teoría de la imprevisión. Sin embargo, la crítica que le hicieron sus evaluadores fue que su trabajo no consideraba elementos de la realidad nacional, sino solo antecedentes aportados por la doctrina extranjera.

Así, GASMAN es uno de los primeros, sino el primero, en introducir en Chile las ideas que sobre la tipificación del contrato administrativo había en la doctrina francesa, a saber: la singularidad de los contratos administrativos está dada porque una de las partes contratantes es el Estado, quien les imprime su propio sello. Primero, con su finalidad de satisfacción de una necesidad pública por medio de servicios públicos. Segundo, por su posición de privilegio.²⁰² Y de estos elementos derivan dos claras características que no concurren en los contratos privados, a saber, la búsqueda del interés público y las llamadas “cláusulas exorbitantes” del Derecho Privado.²⁰³

¹⁹⁹ MERINO, Ernesto, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 134-150.

²⁰² GASMAN, Germán, *La Teoría de la Imprevisión y los Contratos Administrativos*, Talleres Gráficos Gutenberg, Santiago, 1937, p. 13.

²⁰³ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

Enseguida, define a los contratos administrativos, según lo hace JÉZE, como aquellos "realizados por la Administración para asegurar el funcionamiento de un servicio público, y que se rigen por reglas especiales distintas a las aplicables a las relaciones de los particulares entre sí".²⁰⁴

Tres años después, en 1940, se publica la obra de don Juan Antonio IRIBARREN, quien hace el desarrollo de los contratos administrativos sobre los postulados hechos por MERINO. Por lo tanto, también los sitúa en el grupo denominados *actos de administración* y entrega una definición similar a la de este autor. Afirma que contrato administrativo es "todo acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la Administración, con el fin de proveer directa e inmediatamente a la satisfacción de un interés público."²⁰⁵

Él considera como elementos esenciales de los contratos administrativos: a) el que una de las partes sea la Administración, b) el fin público que ésta persigue.²⁰⁶ Agrega que el objeto de interés público autoriza a la Administración para "hacer variar substancialmente la eficacia del acuerdo de voluntades" pudiendo, incluso, dejar sin efecto un contrato bilateral, lo que es inaceptable en el ámbito de los contratos privados. Eso sí, debe indemnizar los perjuicios causados a la otra parte.²⁰⁷

Además, presenta un detalle de diversos aspectos sustanciales de este tipo de contratos, tales como, las diferencias entre el contrato administrativo y el contrato civil, los requisitos esenciales de los contratos administrativos, sus efectos jurídicos, su interpretación y terminación.²⁰⁸

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 15.

²⁰⁵ IRIBARREN, Juan Antonio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Nascimento, Santiago, 1940, p. 66.

²⁰⁶ *Ídem*.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 67.

²⁰⁸ *Ibidem*, pp. 68 y ss.

Otro autor que contribuyó a la tipificación de los contratos administrativos, fue don Manuel JARA CRISTI, profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, cuya obra publicó en 1943.

Este profesor, caracteriza a los contratos administrativos por el régimen jurídico especial que se les aplique. Sostiene que estos contratos serán especiales en la medida que haya una reglamentación administrativa que fije sus peculiaridades, condiciones y procedimientos a que deban someterse.²⁰⁹

En la década siguiente, dos nuevas obras vendrán a consolidar la existencia de un lugar en la doctrina administrativa nacional para este grupo de contratos catalogados como administrativos. Serán las obras de don Patricio AYLWIN AZÓCAR, y de don Enrique SILVA CIMMA.

Don Patricio AYLWIN caracteriza a los contratos administrativos de manera genérica como actos administrativos bilaterales. Luego, los define como los que "celebra la Administración con un particular para la ejecución de un fin de carácter público" siendo este elemento el que los distingue de los otros contratos -los civiles- que la Administración también celebra.²¹⁰ En síntesis, él presentó un completo estudio de estos contratos entregando, además, características, naturaleza jurídica, requisitos de existencia y validez, efectos jurídicos, y notas sobre su extinción.

Finalmente, don Enrique SILVA CIMMA, siguiendo a JÉZE, tipifica a los contratos administrativos en base a las siguientes características: 1º acuerdo de voluntades entre Administración y particular; 2º que su objeto sea la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicios personales, mediante una remuneración; 3º que la prestación esté destinada a asegurar el

²⁰⁹ JARA CRISTI, Manuel, *Derecho Administrativo, Anotaciones de Clases*, Artes y Letras Impresores, Santiago, 1943, p. 208.

²¹⁰ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo (1)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1952, p. 218.

funcionamiento de un servicio público; y 4º que esté sometido a un régimen de Derecho Público.²¹¹

b. Existencia del contrato administrativo.

Los primeros tres autores que se refirieron a los contratos administrativos, a saber, MERINO, GASMAN e IRIBARREN, lo hicieron desde la base de su existencia indiscutida, dada la constatación de su uso en el tráfico jurídico cotidiano de la Administración y la necesidad de organizarlos. Sin embargo, en 1940, de la mano de don Guillermo VARAS CONTRERAS, aparece en la doctrina nacional este otro eje de discusión que pone en tela de juicio la existencia del contrato administrativo como categoría independiente de los contratos privados.

VARAS recuerda que hay quienes desechan la existencia de los contratos administrativos, porque el término de 'contrato' es inaceptable en una Administración entendida como servicio público, ya que aquella institución privada "supone la igualdad jurídica de las partes contratantes, lo que es inconciliable con la noción de servicio público fundada en la preeminencia del Estado en razón de la necesidad que éste tiene de mantener, en forma regular y continua, los servicios de interés colectivo".²¹² Mas, reconoce que en nuestro medio predomina sin contrapesos el derecho civil por lo que es común la utilización de dicha terminología, lo que en su opinión justifica hace necesario el tratamiento del contrato administrativo como tal.²¹³

A inicios de la década siguiente, en 1952, don Patricio AYLWIN confronta el argumento de la inexistencia del contrato administrativo por no haber igualdad jurídica entre las partes. Él sostiene que para estar frente a un contrato es suficiente con que concurra un acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones para las partes. Puntualiza: "el hecho que una de las partes sea autoridad no basta

²¹¹ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo (1)*, T. II, Editorial Universitaria, Santiago, 1959, pp. 307 y 308.

²¹² VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, Editorial Nascimento, Santiago, 1940, p. 265.

²¹³ *Ibidem*, p. 266.

para cambiar esta naturaleza".²¹⁴ En 1959, agregará un nuevo argumento basado en la definición que de contrato entrega el art. 1438 del Código Civil, norma que no establece como requisito esencial el de la igualdad entre las partes.²¹⁵

En 1959, don Enrique SILVA CIMMA, al inicio de su estudio de los contratos administrativos, también hace una reflexión sobre la cuestión de si éstos existen y si son únicos. Concluye que es así porque son constatables en la realidad, y en ellos concurren características que no están presentes, ni siquiera son aceptables, en los contratos del Derecho Privado, como por ejemplo, la patente desigualdad jurídica entre el poder administrador y el particular.²¹⁶

c. Idea sustancial del contrato administrativo: interés público v/s servicio público.

Sobre este punto, cabe observar, que los dos primeros autores que identificaron a los contratos administrativos celebrados en Chile, MERINO e IRIBARREN, entregaron como idea sustancial de los mismos el interés público perseguido con su celebración. Mas, todos los demás autores que hemos estudiado hasta aquí, adhieren a la idea duguitiana del servicio público como elemento tipificador del contrato administrativo, partiendo por GASMAN, en 1937, al que se sumarán JARA CRISTI,²¹⁷ AYLWIN AZÓCAR,²¹⁸ y SILVA CIMMA.²¹⁹

d. Crítica a la naturaleza jurídica de contrato administrativo atribuida a la concesión y al nexo de función pública.

Este tema dio qué hablar a la doctrina nacional, porque algunos no estaban de acuerdo en considerar como contratos administrativos a la concesión y al nexo jurídico de función pública, y otros sí.

²¹⁴ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *op. cit. (1)*, pp. 220 y 221.

²¹⁵ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *Derecho Administrativo: Teoría del acto administrativo y contencioso administrativo (2)*, Editorial Universitaria S.A, Santiago, 1959, p. 87.

²¹⁶ SILVA CIMMA, Enrique, *op. cit. (1)*, p. 304.

²¹⁷ JARA CRISTI, Manuel, *op. cit.*, p. 205.

²¹⁸ AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *op. cit. (1)*, p. 217; y *op. cit. (2)*, pp. 88 y 89.

²¹⁹ SILVA CIMMA, Enrique, *op. cit. (1)*, pp. 307 y 308.

En 1940, fue IRIBARREN el primero en referirse al tema afirmando que el contrato de función pública no existe, porque el "vínculo que une al funcionario con el Estado no es de naturaleza contractual", y el de concesión de servicios públicos no es administrativo, porque se trata más bien de un acto potestativo antes que contractual.²²⁰

El profesor VARAS también participa en esta discusión. Recordemos que su estudio sobre los contratos administrativos, a diferencia de IRIBARREN, no intenta explicarlos en general, sino que se aboca al estudio particular de los más conocidos, y en ese ámbito, es que trata el problema de la naturaleza jurídica de la concesión y del nexo de función pública.

En cuanto a la concesión -ya de obra pública, ya de servicio público- se inclina por catalogarla como contrato administrativo, porque importa la existencia de un acto mixto que reúne caracteres jurídicos de un acto de Derecho Público y de uno de Derecho Privado. De Derecho Público, porque solo una entidad que goce de 'poder público' puede desprenderse "de cierta parte de sus actividades, para encomendar su gestión a un particular". De Derecho Privado, porque toma la forma de un contrato bilateral que se otorga con la solemnidad de la escritura pública.²²¹

Eso sí, el autor no está de acuerdo en asimilar la concesión a un contrato privado, porque este último es "insuficiente para conciliar y resolver los intereses superiores de la colectividad" debido a que su base angular, desde su formación hasta su ejecución, es la voluntad concurrente de las dos partes. En consecuencia, ninguna modificación o adecuación se podría hacer a una concesión sin ella, "lo que, traducido en la práctica, puede significar que el progreso entero de una ciudad quede detenido por muchos años si el concesionario que goce del privilegio exclusivo, no se allana, voluntariamente, a facilitar las aplicaciones que los descubrimientos de las ciencias van proporcionando como útiles e indispensables al hombre".²²²

²²⁰ IRIBARREN, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 67.

²²¹ VARAS CONTRERAS, Manuel, *op. cit.*, p. 270.

²²² *Ibidem*, p. 275.

Reconoce, en todo caso, que en Chile se le trataba como un contrato de Derecho Privado, cosa que lamenta porque con ello "se desconoce la primacía de la Administración para velar y cuidar en todo instante por la adecuada satisfacción de las necesidades sociales", situando a la Administración y al concesionario en un mismo plano de igualdad jurídica, por lo que "se equipara el interés de la sociedad entera con el interés particular del concesionario." Da cuenta que en Francia eso ya no ocurre.²²³

Además, hace hincapié sobre la conveniencia para nuestro país de que en el futuro, tanto la legislación como la jurisprudencia, entiendan que estas relaciones jurídicas queden sujetas a un régimen jurídico especial "capaz de ofrecer soluciones compatibles con los intereses de la colectividad y del particular".²²⁴

Finalmente, trata la naturaleza jurídica del llamado contrato de función pública. Siguiendo a los tratadistas franceses, DUGUIT, JÈZE Y HAURIOU, concluye que ese contrato no existe. **Primero**, porque el Estado no concurre con su capacidad civil al formarse este vínculo jurídico, sino que lo hace con su capacidad pública, "o sea, como soberano, en cuyo carácter no contrata, ni conviene, sino que ordena y manda". **Segundo**, se dice que "en todo contrato va implícita la posibilidad de un cambio de ideas, de intereses, de pareceres", en cambio, en la relación del Estado con el funcionario aquello no se da.²²⁵

Además, observa que "la aceptación del funcionario no le agrega ningún valor jurídico al acto del nombramiento, y no es otra cosa que la adhesión a un hecho jurídico legalmente realizado y perfecto". Por lo tanto, la situación jurídica del funcionario público es una de carácter legal y reglamentario, en ningún caso contractual.²²⁶

²²³ *Ibidem*, p. 294.

²²⁴ *Ibidem*, p. 275.

²²⁵ *Ibidem*, p. 300.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 301 y 302.

JARA CRISTI, por su parte, adscribe a la posición que niega el carácter contractual a las concesiones. Lo califica como "un acto administrativo unilateral, que deriva de una mera liberalidad o tolerancia del Estado" sujeto, en todo, a las reglas de Derecho Administrativo, "y en defecto, [a] las disposiciones que el acto de concesión determine, (...) cuya precariedad es inherente a su naturaleza, a la vez que la subordinación del concesionario al Estado en todo cuanto diga relación con la cosa concedida".²²⁷

AYLWIN, en tanto, se inclina por dar la categoría jurídica de contrato administrativo a la concesión, pues en ella hay efectivamente un acuerdo de voluntades. Y el hecho que sea la Administración la que tenga un predominio en la formación y ejecución del convenio no altera su naturaleza. Lo esencial es que el concesionario, voluntariamente, se compromete a prestar el servicio. E insiste sobre los efectos derivados de calificarlo de una u otra forma. Si como contrato privado, no se puede conceder a la Administración el derecho de revocarla unilateralmente, lo que puede ser necesario para el interés público. Si como un acto unilateral de la Administración, ésta puede revocarlo a su arbitrio sin deber de indemnización al particular. Si como contrato administrativo, entonces la Administración podrá revocar en razón de interés público, pero debe indemnizar al particular por los perjuicios que le cause²²⁸, resultando la solución más justa de todas las propuestas.

e. Desarrollo de algunos contratos administrativos más usados.

Finalmente, otro eje de estudio a destacar es el esfuerzo que hicieron todos los autores estudiados en esta parte, desde GASMAN en adelante, para identificar a cada uno de los contratos calificados de administrativos.

GASMAN, presenta el detalle de algunos de los más conocidos por la doctrina francesa, tales como, el Contrato de Suministro o Aprovisionamiento, Contrato de Trabajos Públicos, la Concesión de Servicio Público, los Empréstitos Públicos, Arrendamiento de Servicios, Arrendamiento de cosas. Y la afirmación de que "en la contratación administrativa, como en la contratación civil, pueden

²²⁷ JARA CRISTI, Manuel, *op. cit.*, p. 211.

²²⁸ AYLWIN, Patricio, *op. cit. (1)*, p. 229.

aparecer multitud de contratos innominados, tantos y tan variados como las necesidades del servicio público lo exijan".²²⁹

En general, los demás autores, detallan en sus estudios a los contratos de concesiones -de obra pública y servicio público-, los de obras públicas y los de aprovisionamiento y suministros, y JARA CRISTI, también incluye a los de empréstitos, de arrendamiento de servicios, y de arrendamiento de cosas.²³⁰

Finalizado el estudio de esta segunda etapa de la evolución de la contratación pública, podemos visualizar el gran avance que hubo en relación con la época anterior. En aquella estos contratos no tenían un lugar definido dentro del cuadro sistematizador de las actuaciones de la Administración. Acá, en cambio, los autores referidos, abrieron y consagraron un espacio en la doctrina administrativista nacional para el estudio, sistematización y ordenación de esta realidad jurídica.

Además, como constataremos en las páginas siguientes, estos autores marcaron la pauta que la doctrina nacional de contratación pública seguiría en los años siguientes. Y como consecuencia, se consagrará una idea de contrato administrativo tipificado según las características de los contratos de concesiones, los de obras públicas y de aprovisionamiento y suministros, sin considerar otros. Ello provocará que haya dos grupos de contratos celebrados por la Administración: los contratos administrativos y los contratos civiles de la Administración.

Esa situación se explica por el predominio, sin contrapesos, en esta etapa de nuestra historia jurídica-administrativa, de la idea del servicio público como determinante en la función administrativa, y por ende, tipificadora de los contratos celebrados bajo su sombra. Sin embargo, una vez que nos adentramos en el Siglo XX -e iniciado ya el Siglo XXI- nos encontraremos con que esa idea ha cedido su esfera de influencia frente a la noción de la función administrativa como conformadora social. Por lo mismo, si en la actualidad analizamos la que

²²⁹ GASMAN, German, *op. cit.*, p. 19.

²³⁰ Al respecto, revisar, IRIBARREN, Juan Antonio, *op. cit.*, pp. 85-103; VARAS CONTRERAS, Guillermo, *op. cit.*, pp. 276-284; JARA CRISTI, Manuel, *op. cit.*, pp. 209-216; AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *op. cit. (1)* pp. 240 a 251; SILVA CIMMA, *op. cit. (1)*, pp. 308-354.

llamaremos *idea clásica de contrato administrativo* a la luz de la nueva función administrativa de conformación y cooperación social, y con la ayuda de antecedentes del ordenamiento jurídico vigente, veremos que ella ha sido superada, lo que permitirá que una gama de nuevos contratos puedan ser calificados de administrativos, y en consecuencia, unificar las nociones que se refieren a los distintos tipos contractuales celebrados por los entes públicos. Es el tema sobre el que profundizaremos en el siguiente y último capítulo de este trabajo.

CAPÍTULO TERCERO. AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO.

1. LA CONSAGRACIÓN DEL CONTRATO EN LA ESCENA ADMINISTRATIVA NACIONAL DE FINES DEL SIGLO XX.

El papel desempeñado por la doctrina.

Tras el período clásico de la contratación administrativa, en la que sobresalieron autores como VARAS, JARA CRISTI, AYLWIN o SILVA CIMMA, se produjo una especie de paréntesis doctrinal que abarcó las décadas de los 70's y 80's. En dicho período destaca solo un artículo sobre la contratación administrativa inserto en el tomo 75, de la revista de Derecho y Jurisprudencia, del año 1978, de autoría del profesor Eduardo SOTO KLOSS, con la particularidad de proponer una nueva visión a partir de la cual estudiar y entender a los contratos administrativos, basada en el retorno a la idea clásica del contrato como *synallagma*, de la hablaremos más adelante.

Algo similar a lo acontecido en el ámbito doctrinal sucedió, durante la década del 70', con la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, no así con la de Contraloría General de la República (en adelante, también CGR).

No obstante lo anterior, la multiplicidad de contratos públicos sucediéndose en la práctica cotidiana de la Administración, y un importante contingente de normas públicas, generales y especiales, dictadas desde fines de los 70's, vinieron a enriquecer nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito de la contratación pública, y generaron el ambiente propicio para el florecimiento de una doctrina y jurisprudencia de recambio, cada vez más especializadas.

Es así como en la década de los 90's y especialmente, tras el año 2000, reapareció la discusión doctrinal sobre los contratos administrativos. Entre otros, destacan autores como don Iván ARÓSTICA MALDONADO, doña Dolores RUFIAN LIZANA, don Juan FIGUEROA VALDES, don Gabriel CELIS DANZINGER, don

Claudio MORAGA KLENNER, doña Julia POBLETE VINAIXA, entre otros, junto a las reediciones actualizadas de obras de don Enrique SILVA CIMMA, y de don Eduardo SOTO KLOSS.

La generalidad de estos autores sigue la senda trazada por las ideas contractuales de la doctrina clásica. La diferencia está ahora en que el enfoque de esta temática es hecho desde un plano principal, no ya como un tema accesorio, como un capítulo más dentro de un tratado de Derecho Administrativo. Además, ellos ahondan en el tratamiento específico de cada uno de los contratos típicamente administrativos, pero sin revisar otros contratos públicos de aplicación actual, salvo doña Nancy BARRA GALLARDO y don Gabriel CELIS DANZINGER, quienes tratan algunos otros bajo el título de “*Normativas especiales de contratación*”.²³¹

A continuación presentaré una síntesis de las ideas doctrinales que definen la visión vigente del contrato administrativo y que evidencian esa influencia de las ideas tradicionales, con solo algunas tímidas variaciones.

a) Contrato administrativo es un acto jurídico bilateral, es decir, un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos.²³² El profesor SILVA CIMMA explica que dichos efectos jurídicos corresponden a derechos y obligaciones cuyo objeto será una prestación de cosas materiales o de servicios personales a cambio de una remuneración en dinero o de otro modo.²³³

b) Una de las partes debe ser necesariamente una persona jurídica de Derecho Público, y la otra parte puede ser un ente privado u otro órgano público.²³⁴ La profesora POBLETE, además, precisa que el contratante particular puede ser

²³¹ BARRA GALLARDO, Nancy - CELIS DANZINGER, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la Ley Compras*, Legal Publishing, Santiago, 2009, capítulo VII.

²³² POBLETE VINAIXA, Julia, *Actos y Contratos Administrativos*, 5ta Edición revisada y actualizada, Legal Publishing, Santiago, 2009, p. 77.

²³³ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes (2)*, Editorial Jurídica de Chile, reedición, Santiago, 2001, p. 172.

²³⁴ CELIS DANZINGER, Gabriel, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Thomson Reuters Punto Lex, Santiago, 2010, p. 455. BARRA GALLARDO, Nancy - CELIS DANZINGER, Gabriel, *op. cit.*, p. 2.

una persona física o una persona jurídica, nacional o extranjera, domiciliada dentro o fuera del territorio de la República, y debe estar en plena posesión de su capacidad jurídica y de actuar, y tener idoneidad moral.²³⁵

c) Se persigue un fin público, que consiste en proveer al funcionamiento de un servicio público y dar satisfacción a necesidades generales.²³⁶

d) Están sometidos a un régimen especial de Derecho Público, consecuencia de lo cual la Administración pasa a ocupar una posición de preeminencia respecto de los particulares gozando de un poder de dirección, fiscalización, de sanción y/o de terminación o modificación sobre el contrato. Por eso se dice también, que habría una desigualdad entre las partes contratantes.²³⁷ El profesor MORAGA, por su parte, observa que esta desigualdad de las partes “es, también, una reminiscencia del fenómeno unilateral y ejecutorio que envuelve a casi la totalidad de la actividad administrativa, y que deja al particular en la carga de impugnar lo decidido por la Administración si no está conforme con ello”.²³⁸

Además, MORAGA precisa que este régimen de Derecho Público es aplicable en unión con elementos del Derecho Internacional, y del Derecho Privado. Concluye que el régimen jurídico de contratación administrativa chileno es uno solo, “pero en cuyo seno los distintos contratos son permeados con diferente intensidad por cada una de esas ramas del derecho, y que todos los contratos que celebra la Administración son solemnes, indistintamente de cuál sea su específico régimen legal.”²³⁹

²³⁵ POBLETE VINAIXA, Julia, *op. cit.*, p. 81.

²³⁶ CELIS DANZINGER, Gabriel, *op. cit.*, p. 456.

²³⁷ MORAGA KLENNER, Claudio, *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Formal de la Administración del Estado (2)*, Tomo VII, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 337-340. CELIS DANZINGER, Gabriel, *op. cit.*, p. 456. POBLETE VINAIXA, Julia, *op. cit.*, p. 82. BARRA GALLARDO, Nancy - CELIS DANZINGER, Gabriel, *op. cit.*, p. 3.

²³⁸ MORAGA KLENNER, Claudio, *op. cit. (2)*, p. 340.

²³⁹ *Ibidem*, p. 342.

e) Pueden recaer sobre una cosa que se encuentra fuera del comercio humano, como el caso de los bienes nacionales de uso público, e implicar el ejercicio de actividades declaradas ilícitas por el ordenamiento jurídico, como el caso del juego y las apuestas.²⁴⁰

f) Están sujetos al control administrativo de la CGR, mediante controles de legalidad, de conveniencia y de término, a través de la *toma de razón* y de *controles de reemplazo*.²⁴¹

g) Es una contratación *intuitu personae*.²⁴²

Una detenida revisión arroja como conclusión que la generalidad de las características que se atribuyen a los contratos administrativos son en realidad las características de los contratos tradicionalmente considerados como tales. Mas, dejan fuera a un sinnúmero de otros contratos que celebra la Administración día a día, y que como veremos más adelante, nuestro ordenamiento jurídico vigente también considera administrativos. Es el caso de los contratos interadministrativos y de los contratos celebrados al alero de un convenio internacional, por citar algunos ejemplos.

Multiplicación de la legislación sobre contratación pública.

En paralelo a la doctrina, desde mediados de los 90's, se gestaron y/o afinaron diversas normativas destinadas a regular los contratos públicos más usados, es decir, los contratos administrativos clásicos, tales como, los de concesiones de obras y servicios públicos, los de suministro y prestación de servicios. Entre las más notorias están el **DFL MOP N° 164, de 1991 que establece la Ley de Concesiones de Obras Públicas**, (con texto refundido, coordinado y sistematizado por el DS MOP N° 900, de 1996), en adelante, LCOP; y

²⁴⁰ BARRA GALLARDO, Nancy - CELIS DANZINGER, Gabriel, *op. cit.*, p. 3. MORAGA KLENNER, Claudio, *op. cit. (2)*, p. 345. CELIS DANZINGER, Gabriel, *op. cit.*, p. 457.

²⁴¹ CELIS DANZINGER, Gabriel, *op. cit.*, p. 457. MORAGA KLENNER, Claudio, *op. cit. (2)*, p. 350. BARRA GALLARDO, Nancy - CELIS DANZINGER, Gabriel, *op. cit.*, p. 3.

²⁴² POBLETE VINAIXA, Julia, *op. cit.*, p. 82. MORAGA KLENNER, Claudio, *op. cit. (2)*, p. 358.

la **Ley Nº 18.886, de 2003**, que fija las **Bases de los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios**, en adelante, LBCASyPS, y sus respectivos reglamentos.

Pero incluso antes, desde la década de los 80', se venían elaborando una serie de otras normas contractuales especiales que abarcaban un universo mucho más amplio que el de los contratos administrativos clásicos.

Por ejemplo, **DL Nº 1.939 , de 1977**, del Ministerio de Tierras y Colonización, establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado; **DL Nº 2.349, de 1978**, del Ministerio de Hacienda, fija normas sobre contratos internacionales para el sector publico; **DFL Nº 36, de 1980**, del Ministerio de Salud Pública, que regula los convenios que celebren los servicios de salud; **Ley Nº 18.803, de 1989**, del Ministerio de Hacienda, que regula convenios de acciones de apoyo; **Ley 18.928, de 1990**, del Ministerio de Defensa Nacional, que fija normas sobre adquisiciones y enajenaciones de bienes corporales e incorporales muebles y servicios de las Fuerzas Armadas; **Decreto Nº 236, de 2003**, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, regula la contratación de obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización; **el art. 70 de la Ley Nº 19.175**, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional, en adelante LOCGyAR; **el art. 10 de la Ley Nº 19.989**, de 1990, del Ministerio del Interior (Ley FOSIS); y **el párrafo 5º de la Ley Nº 18.695**, Orgánica Constitucional de Municipalidades, en adelante, LOCM.

Los ejemplos anteriores dejan en evidencia de que en el ámbito de la contratación pública existe una profusa y muy dispersa legislación compuesta de leyes, DFL, DL, simples decretos, convenios internacionales e incluso convenios privados, como los contratos a honorarios. Todos los cuales trazan un complejo estereotipo de contratos públicos, indescifrable a la luz de las ideas clásicas sobre contratos administrativos, a tal punto que se ha llegado a sostener que no es posible elaborar una teoría general de los contratos administrativos.²⁴³

²⁴³ MORAGA KLENNER, Claudio, *op. cit.* (2), p. 305.

Sin embargo, y en buena hora, en el año 1999, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico público una norma de rango orgánico que nos permite relacionar la generalidad de los contratos celebrados por la Administración, a lo menos, desde un punto de vista terminológico. Me refiero al **art. 9º²⁴⁴ de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de la Administración del Estado**, en adelante, LOCBGAE. Esta disposición oficializa la aplicabilidad de los sistemas de contratación administrativa, y *extiende el concepto de contrato administrativo a todos los contratos celebrados por la Administración Pública*. He aquí, el punto de partida para extender el concepto de contrato administrativo a todos los contratos celebrados por la Administración, con todos los efectos jurídicos y prácticos que ello traer consigo, tema que será abordado *in extenso* en la parte final de este capítulo.

La evolución de la jurisprudencia.

En cuanto al desarrollo de los contratos públicos hecho por la jurisprudencia, tanto administrativa como de los tribunales ordinarios, en términos generales se ha ceñido a la visión doctrinal expuesta *supra*. Proceso que se nota a partir de la década de los 80's y más de una década antes en el caso de la CGR. Y significó, a la larga, la consagración oficial de la idea afrancesada sobre los contratos administrativos. No obstante lo cual, su aporte a la institucionalidad jurídica nacional es indudable y valiosísimo, porque enriqueció la discusión sobre los contratos administrativos con elementos propios del Derecho Público, acordes a su naturaleza jurídica.

En este sentido, la Contraloría General de la República, por medio de sus resoluciones y dictámenes dictados desde los 60's, fue quien primero recepcionó y desarrolló tales elementos. Así, en **dictamen Nº 20.165, de 1969**, sostiene que los contratos administrativos:

a) Se rigen fundamentalmente por el Derecho Público y supletoriamente por las reglas del Código Civil, en la medida que no contraríen los principios generales de Derecho Administrativo.

²⁴⁴ Incorporado por la Ley Nº 19.653, de 1999.

b) Se caracterizan por la forma como se ejecutan o celebran, esto es, mediante el trámite de la *propuesta pública*, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración las condiciones más ventajosas, y consiste en una invitación a los interesados para que sujetándose a las bases preparadas llamadas *pliego de peticiones* formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa mediante un acto de *adjudicación*, con lo que el contrato queda perfeccionado.

c) Este sistema de celebrar contratos se basa en ciertos principios para alcanzar la finalidad buscada, a saber, i) igualdad de todos los licitantes ante la Administración, ii) cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones o bases, y iii) igualdad de los participantes.

También se refieren a los requisitos anteriores los dictámenes N° 40.453, de 1968; N° 51.109, de 1972; N° 20.902, de 1976; N° 45.436, de 1976; N° 18.985, de 1982; N° 12.326, de 1985; y N° 16.522, de 1986.

Quince años después, en el **dictamen N° 29.401, de 1984**, se amplió el concepto de contrato administrativo a todo convenio celebrado entre un servicio público y un particular, regidos por el principio de legalidad, dada la naturaleza jurídica de una de las partes sobre la cual Contraloría ejerce sus facultades fiscalizadoras. Agrega, que tales convenciones son también ley para los contratantes.²⁴⁵

Y en **dictamen N° 12.251, de 1993**, se reconoce como requisito de los contratos administrativos la formalidad en la emisión de la voluntad pública. Se lee: "...los actos administrativos a través de los cuales se manifiesta la voluntad del Estado son formales por excelencia, ya que deben trasuntarse al exterior de determinada manera. Así, cuando el Estado, en el orden patrimonial celebra con un particular un convenio, que por ello pasa a denominarse contrato administrativo, también debe expresar su voluntad por acto formal, de modo que, para que el contrato analizado se ajustara a derecho y consiguiera los resultados esperados necesitaba cumplir con todos los requisitos que se exigieron, los que cumplidos,

²⁴⁵ Aplica dictámenes N°s 21.164, de 1983, 70.003, de 1977 y 30.354, de 1977.

originarían una convención válida, especialmente el referido a la forma de expresar la voluntad”.²⁴⁶

Contrariamente a lo acontecido con la jurisprudencia especializada de la CGR, los tribunales ordinarios, siguieron un camino bastante más lento en la incorporación de los elementos administrativos para el análisis de las controversias suscitada a raíz de este tipo de contratos, principalmente, debido al predominio entre sus filas de una visión privatista del ordenamiento jurídico y a la falta de normativa jurídica especializada.

Es por ello que en la década de los 80's y 90's, por ejemplo, era común que los tribunales rechazaran la procedencia de las modificaciones o términos de los contratos administrativos resueltos unilateralmente por la Administración o sus organismos. Los jueces aplicaban, sin más, el art. 1545 del Código Civil, en cuanto a que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. Y no hacían referencia a ningún elemento del ordenamiento público que pudiera atemperar esta regla.

Encontramos afirmaciones como las siguientes:

- “Tratándose de un contrato entre el Estado de Chile y un inversionista extranjero (...), no le es dado a una de las partes alterarlo por acción unilateral”. En sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 14 de mayo de 1986, confirmada por la Corte Suprema.²⁴⁷

- Respecto de un contrato celebrado entre la Universidad de Chile y la Universidad Austral de Chile: “Aún si se trata de una convención que es un contrato innominado, es igualmente aplicable la regla básica del artículo 1545 del Código Civil según la cual habiéndose legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas

²⁴⁶ Confirma dictamen N° 29.937, de 1992.

²⁴⁷ *Amatil Ltda. con Secretario Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras de Chile*, en **RDJ**, año 1986, Jurisprudencia, sección V, pp. 84-91.

legales.” En sentencia pronunciada por la Corte Suprema, el 9 de agosto de 1988.²⁴⁸

- “Los efectos de un contrato -aún si este es de naturaleza administrativa- obligan a las partes en el plano de la igualdad, según un principio general del Derecho, reconocido por el artículo 1545 del Código Civil.” En sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 27 de septiembre de 1996, confirmada por la Corte Suprema.²⁴⁹

- “Siendo la concesión de un casino municipal un contrato administrativo del cual emanan derechos y obligaciones recíprocas (...), es improcedente dejarlo sin efecto por la sola decisión de la autoridad, ya que no está ese acuerdo de voluntades a su disposición como para actuar por sí y ante sí unilateralmente.” En sentencia pronunciada por la Corte Suprema, a 10 de mayo de 2001.²⁵⁰

No obstante, en el año 1994, se dictó un fallo que reconoció el uso de facultades exorbitantes por la Administración en ciertos contratos que ésta celebraba, pero sin que ello importara una exención del control jurisdiccional. En consecuencia, se determina que la última palabra siempre corresponderá a los tribunales de justicia. Y esta tendencia se generalizará en los fallos dictados desde fines de la década de los 90's. En ellos se encuentran afirmaciones como las que siguen:

- “Las llamadas ‘cláusulas abiertas’ que incluye el legislador mediante fórmulas elásticas más o menos vagas, como interés general, utilidad pública, bienestar general, salud pública, otorgan al administrador un flexible arbitrio interpretativo, pero en todas las situaciones las causales que determinan la dictación de un acto deben ser razonables y acreditadas debidamente en la sede

²⁴⁸ *Rector de la Universidad Austral de Chile con Rector de la Universidad de Chile y otros*, en **RDJ**, año 1988, sección V, pp. 143-148.

²⁴⁹ *Dinamex Chile S.A con Cuerpo Militar de Trabajo*, en **RDJ**, año 1996, sección V, pp. 146-151.

²⁵⁰ *Sindicato de Empleados N° 1 de Arica y otros con Alcalde de la Municipalidad de Arica*, Rol Corte Suprema N° 1054-2001, en **RDJ**, tomo **XCVIII**, año 2001, sección V, pp. 93-105.

jurisdiccional.” Fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 31 de enero de 1994, y confirmado por la Corte Suprema.²⁵¹

- "Aún si se admitiera que la Municipalidad no está obligada a dar explicaciones sobre la justificación de sus decisiones, porque así lo han establecido las bases de la licitación pública, los Tribunales de Justicia sí están llamados a determinar si su actuar se ajustó a los marcos legales, de justicia y de razonabilidad”. Fallo dictado por Corte de Apelaciones de Rancagua, el 20 de julio de 1998. Confirmado por la Corte Suprema.²⁵²

Ya adentrados en la primera década del 2000, la jurisprudencia ha perfeccionado aún más sus apreciaciones. Y así es que se ha reconocido la presunción de legalidad en las decisiones de un ente administrativo, por lo que si de manera unilateral y ajustándose al marco legal aplicable, éste pone término anticipado a un contrato, la resolución respectiva gozará de una presunción de legalidad, y será el particular quien deba probar los hechos que desvirtúen dicha presunción.

Lo ha dicho la Corte Suprema, el 4 de agosto de 2010, en un juicio sobre reclamo de ilegalidad contra una resolución municipal que pone término anticipado a un contrato de suministro. Este tribunal concluye que el acto administrativo impugnado “se ha emitido conforme a la normativa que le es aplicable, no habiéndose desvirtuado en autos la presunción de legalidad que lo ampara, toda vez que se ha establecido el correcto actuar de la municipalidad recurrida.”²⁵³

De lo expuesto hasta aquí se puede apreciar la evolución de la jurisprudencia nacional en materia contractual pública. Por ejemplo, en lo que dice relación con la facultad administrativa de poner término unilateral y anticipado a un contrato invocando el interés público: primero, los tribunales ordinarios no la

²⁵¹ *Corporación de Desarrollo Educacional, Científico y Tecnológico con Ministro de Educación*, en **RDJ**, año 1994, Jurisprudencia, sección V, pp. 42-47.

²⁵² *Núcleo Paisajismo S.A con Municipalidad de San Fernando y otros*, en **RDJ**, año 1998, tomo XCV, V. 2, sección V, pp. 156-163.

²⁵³ *Empresa Editora Zig-Zag S.A con Sr. Alcalde de la I. Municipalidad de Santiago*, en Revista Gaceta Jurídica (en adelante **RGJ**), agosto de 2010, N° 362, pp. 27-35.

reconocían; luego, exigen a la Administración que debe justificar y probar las razones en las que se basó para hacer uso de dicha facultad; y ahora, gozan de presunción de legalidad, correspondiendo la prueba de los hechos que las desvirtúen al privado.

En consecuencia, no podemos sino concluir que nuestros tribunales ordinarios están incorporado en sus análisis de controversias contractuales administrativas elementos propios del ordenamiento jurídico público, lo que ha sido reafirmado por fallos más recientes, sobre todo con la entrada en escena del Tribunal de Contratación Pública (en adelante, también TCP).

Por ejemplo, destaca el desarrollo que han hecho del interés público como elemento esencial de todo contrato administrativo, y de la consecuente supraposición de la Administración. Al respecto, es dable encontrar consideraciones como las siguientes:

- "Que, en materia de contratación administrativa la preeminencia del interés público en relación a los derechos privados individuales, es un principio ampliamente reconocido, tanto por la doctrina como por la normativa de Derecho Público" (considerando 25º) (subrayado propio). Fallo pronunciado por el TCP en causa Rol N° 60–2007, confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa Rol N° 94-2009.²⁵⁴

- "si bien las partes se hallan contestes en la existencia del contrato en cuestión [entre una inmobiliaria y el SERVIU Bío-Bío], de suerte que, en principio, tal hecho debiera quedar relevado de prueba y establecido en el fallo, se trata, en la especie, de una causa en que está comprometido el interés público, de manera que el tribunal no puede proceder de ese modo sin constatar la existencia de las formalidades previstas por el ordenamiento jurídico para que tal contrato pueda

²⁵⁴ **Legal Publishing N° 42191**, caratulada *Sociedad Productora de Eventos Ser Producciones Creativas Ltda. con Presidencia de la República*, Rol CA Santiago N° 94-2009.

tenerse por existente," (considerando 1º) (subrayado propio). En fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Concepción el 07/07/2009.²⁵⁵

- "Que, en general, la innegable posición prevalente que el Estado debe mantener respecto de la concesionaria de un servicio público no sólo es un elemento de la naturaleza de la concesión, sino más aún, de su esencia, puesto que la satisfacción de la necesidad pública es el motivo o eje fundamental que la inspira, desde que dicha concesión carece de toda otra motivación para su existencia que la aludida satisfacción que le ha sido confiada por el Estado" (considerando 9º) (subrayado propio). En fallo pronunciado por la Corte Suprema a 30 de noviembre de 2009.²⁵⁶

Podemos notar como las ideas que antes sólo encontráramos en obras doctrinales, o en dictámenes de la CGR, son ahora aplicadas por nuestros tribunales de justicia gracias a la consagración de la doctrina sobre contratación administrativa y a la positivización de sus ideas fundamentales. Así, elementos como las prerrogativas de poder público, el interés general involucrado, o la presunción de legalidad de los actos de la Administración, contribuyen a una solución jurídica más acorde con el interés público, y por ende, con los cometidos administrativos. Y nuestros tribunales pueden conciliar, de mejor manera, el interés público con el de los privados.

En definitiva, en este primer subcapítulo hemos visto que las ideas introducidas en nuestra realidad jurídica por la doctrina clásica de los contratos administrativos desde la década de los 30's, han consolidado una posición transversal en el ordenamiento jurídico nacional para los contratos administrativos, dado que a partir de los 60's empezaría a ser recogida por la jurisprudencia administrativa; desde 80's, tímidamente, por la jurisprudencia ordinaria; y desde los 90's, por diversos cuerpos normativos especializados. Desde esa época, también, ha sido reproducida y tratada en detalle por los autores contemporáneos.

²⁵⁵ **Legal Publishing N° 42249**, caratulada *Ingecol S.A con Serviu Región del Bío Bío*, Rol CA Concepción N° 1267-2008.

²⁵⁶ **Legal Publishing N° 42887**, caratulada *Express de Santiago Uno S.A y otros con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones*. Rol CS N°5308-2009.

Sin embargo, desde los 90's y con especial fuerza posterior al 2000, han ido apareciendo elementos que modifican de forma importante el entendimiento que hoy tenemos sobre los contratos administrativos. Entendimiento que se encuentra encapsulado, petrificado tal vez, en las ideas trazadas por los autores clásicos, lo que explica que no haya un cuadro de sistematización integral de la contratación pública. Mas, si liberásemos a los contratos administrativos de tales ideas,²⁵⁷ tal vez podríamos lograr un mejor conocimiento de ellos, y por ende, perfeccionar su regulación, promover su utilización y facilitarla aún más. Es el tema sobre el que me ocuparé en lo sucesivo de este trabajo.

ANACRONÍA DE LAS IDEAS CLÁSICAS SOBRE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

Las ideas sobre los contratos administrativos transcritas hasta aquí han creado una imagen que no es suficiente para contener una serie de nuevos elementos que han afectado a los contratos celebrados por la Administración, y que hoy confluyen en nuestra realidad social, económica, política y jurídica.

Primero, mucho tiempo ha pasado desde que nuestra Administración dejó de ser una mera prestadora de servicios a la comunidad nacional. Hoy cumple un rol de configuración y de cooperación social más que de servidora social. Segundo, el objeto de los contratos y los entes públicos que los celebran se han multiplicado tanto en número como en sus cualidades. Tercero, también se han multiplicado y especializado los cuerpos jurídicos reguladores de la contratación llevada adelante por la Administración. Cuarto, la globalización es un fenómeno cultural que se ha introducido en, prácticamente, todas las áreas de nuestra sociedad, y la contratación pública no es la excepción.

En consecuencia, la contratación administrativa, tal y como la entendieron los autores clásicos, no ha podido permanecer incólume ante dichos eventos. Si así

²⁵⁷ No quiero decir con ello que dichas ideas son erradas, porque ellas efectivamente tipifican a un grupo importante de contratos públicos, aquellos que tradicionalmente fueron identificados como contratos administrativos. Solo quiero decir que prescindamos de ellas como elementos identificadores generales de los contratos públicos, por la sencilla razón de que no los comprenden a todos.

lo admitiéramos, entonces llegaríamos a la absurda conclusión de que se trata de un fenómeno cultural inerte, lo que contradice abiertamente la constatación de que toda institución humana, cualquier fruto de su intelecto y de sus costumbres, dado el inquieto espíritu de las personas, constantemente se está transformando y adecuando a las nuevas ideas y tendencias. y es que, en palabras del profesor PANTOJA: “la vida jurídica se debe a necesidades y circunstancias, superando el abstractismo de las construcciones racionales y abstractas”.²⁵⁸

Las ideas clásicas sustentadoras de la contratación administrativa.

Las ideas clásicas de la contratación administrativa son aquellas que surgieron en Francia a principios del Siglo XX de la mano de la doctrina de los servicios públicos, cuyo postulado sostiene que los contratos administrativos son sustancialmente diferentes de los contratos civiles por cuanto conciernen a la organización y funcionamiento de los servicios públicos, hecho que les entrega elementos esenciales que son inaceptables en la contratación privada. Su principal exponente sería Gastón JÉZE, y en el medio nacional fueron reproducidas por los autores administrativistas que publicaron sus obras desde el año 1930 hasta fines de 1960, y que revisáramos en el capítulo anterior.

Antes de la influencia de esas ideas, la distinción entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración era vista como una cuestión netamente procesal: eran administrativos los contratos cuyo conocimiento correspondía al Consejo de Estado francés, los demás eran civiles. Pero las normas de fondo para ambos eran las del Derecho Privado. La razón que atribuyó la jurisdicción contencioso-administrativa a determinados contratos fue una de carácter pragmático: los tribunales administrativos eran más rápidos y expeditos para conocer ese tipo de controversias.²⁵⁹ Esta es la misma idea que reproduce, durante el año 1864, la Corte Suprema de nuestro país al emitir su interpretación de la regla 7º, art. 104, de la Constitución de 1833, para justificar la competencia del

²⁵⁸ PANTOJA BAUZÁ, *op. cit.* (4), p. 68.

²⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª edición, Civitas ediciones, S.L, Madrid, 2002, p. 684.

CdE sobre los contratos celebrados por el Supremo Gobierno y sus agentes,²⁶⁰ y que fuera referida en el punto 2.1.1 del capítulo II de este trabajo.

Sin embargo, cuando la idea del servicio público de DUGUIT se posiciona como criterio material explicativo de la estructura de la Administración misma, por la influencia de JÉZE y de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés iniciada en los arrêts Terrier, de 1903 y Théron, de 1910, la distinción entre contratos administrativos y civiles, antes puramente procesal y pragmática, ahora se transforma en sustancial.

El primero de aquellos fallos se pronunció sobre el cumplimiento de un contrato celebrado entre el Sr. Terrier y el Departamento de Saône et Loire por el cual se perseguía la eliminación de animales dañinos. El segundo, lo hizo respecto de la terminación de otro contrato similar suscrito entre el Sr. Théron y el municipio de Montpellier para la captura de perros vagos. En ambos casos, el Consejo de Estado se declara competente para conocer de las demandas respectivas de incumplimiento de contrato argumentando: “todo cuanto concierna a la *organización y funcionamiento de los servicios públicos, sea que actúe la Administración por la vía del contrato o por la vía de autoridad, constituye una operación administrativa que por su naturaleza pertenece al conocimiento de la jurisdicción administrativa*” (cursiva propia).

Hay dos grandes efectos que derivaron de estas sentencias e impactaron la forma de ver al contrato administrativo. Primero, la jurisdicción contencioso administrativa que se había atribuido a ciertos contratos celebrados por la administración por cuestiones netamente de orden práctico: la celeridad en el conocimiento de los asuntos; desde entonces se fundamentará en la *naturaleza especial* que revisten dichos contratos, la cual viene dada por su asociación a los servicios públicos. Y el segundo efecto, consecuencia del primero, será la diferenciación sustantiva que desde ahí en adelante se predicará de los contratos administrativos en relación a los privados.

²⁶⁰ GdT N° 1139, 7 de mayo de 1864, pp. 289-290.

En consecuencia, el contrato administrativo, hasta allí un acto sustancialmente privado, por lo mismo, sujeto a las regulaciones de fondo propias del Derecho Civil, no obstante, ser de conocimiento de tribunales administrativos, se incorporará al ámbito público como expediente válido para que la Administración lleve adelante los servicios públicos, y por ende, comenzará a ser regulado por normas de Derecho Administrativo. Se dirá entonces que el contrato administrativo es esencialmente diferente del contrato civil.²⁶¹

Así, inicia su desarrollo la teoría sustancial del contrato administrativo que le atribuirá, como elementos distintivos, la desigualdad en la posición jurídica de las partes contratantes, las cláusulas exorbitantes del Derecho Privado, el *ius variandi*, el objeto de servicio público del contrato, el que una de las partes sea una persona jurídica de Derecho Público, entre otros. De ahí también, surgirán como íconos de los contratos administrativos los contratos de suministro y aprovisionamiento, los de obras públicas, los de concesiones ya de obras públicas, ya de servicios públicos, y los de servicios personales.

Hoy, al revisar los diversos elementos que se entregan por la mayoría de la doctrina vigente expuestos en el acápite 1.1 de este capítulo, fácil es constatar que coinciden con las ideas clásicas y se corresponden con las características de los contratos íconos de la contratación administrativa. En sus planteamientos no encuentro variaciones sustanciales, sino solo un tratamiento más especializado, que estudia en detalle los diversos elementos caracterizadores de tales contratos íconos y apenas hace una que otra alusión a los nuevos tipos de contratos públicos, pero sin poder insertarlos dentro del cuadro explicativo tradicional, por lo que pareciera que dichos tipos contractuales permanecen en tierra de nadie, con todos los peligros que ello conlleva para la construcción de un sistema jurídico público-administrativo ordenado y confiable.

Planteamientos que socavan las bases de las ideas clásicas del contrato administrativo.

²⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op.cit.*, pp. 685 y 686.

Los postulados de las ideas clásicas prontamente comenzarían a ser revisados. En el caso de nuestro país, la primera de estas voces data de 1978, y corresponde a don Eduardo SOTO KLOSS. En su artículo sobre contratación administrativa, él da cuenta de que la teoría del servicio público como base angular de los contratos administrativos estaba siendo superada, y por ende, también las características que se habían asignado a dichos contratos bajo su alero.

Entre otras cosas, él escribe que las cláusulas exorbitantes en realidad "no son el origen del contrato que las contiene, sino que su consecuencia", producto de que la Administración actúa con prerrogativas de poder público.²⁶² Y cuando estas cláusulas son expresas, son parte del propio contrato y están pactadas libremente por las partes. En definitiva, ellas no tienen que ver con el fondo del derecho aplicable, "sino más bien con el ejercicio de los derechos originados en la relación contractual" frente al cual el particular está protegido debidamente por el ordenamiento jurídico.²⁶³

Por otra parte, sostiene la idea de que el Estado es un ente supraordenador encargado de velar por el bien común y toda su existencia está marcada por este fin, él existe *por* y *para* ello. Por lo tanto, sostener que puede actuar como privado es privarlo de su *ser*. De ahí que no sea lógicamente aceptable la aseveración de que la Administración celebra contratos civiles y contratos administrativos, pues *todas* sus actuaciones no pueden sino estar finalizadas por su razón de ser que será la promoción y resguardo de ese bien común, sea de manera más o menos directa.²⁶⁴ Por lo tanto, malamente se puede decir que hay algunas actuaciones en que persigue un tipo de interés privado.

Por lo que para unificar la doctrina de los contratos celebrados por la Administración y para ser coherentes con la *razón de ser* y *de existir* del Estado, y a la vez, no poner en entredicho la institución contractual pública, propone que se

²⁶² SOTO KLOSS, Eduardo, *La Contratación Administrativa (2)*, en RDJ, Tomo 75, sección Derecho, 1978, p. 58.

²⁶³ *Ibidem*, p. 59. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *op.cit.*, p. 691.

²⁶⁴ SOTO KLOSS, Eduardo, *op. cit. (2)*, pp. 70 y 72.

retorne a la doctrina clásica del contrato basada en la idea de "synallagma" o intercambio justo de cosas entre los hombres.

De esa manera, en la celebración de todos los contratos públicos irá ínsita la finalidad pública de interés colectivo o bien común, "pero no por eso dejará de ser contrato, es decir, intercambio de bienes, intercambio de prestaciones, acordado voluntariamente por ambas partes y sobre bases de justicia", ni el Estado se privará de su *ser*, por lo que no se pondrá en duda su intrínseca posición supraordenadora, ni su finalidad de bien común.²⁶⁵

Éste autor ha reafirmado su posición, en 2010, con la segunda edición actualizada de su obra *Derecho Administrativo. Temas fundamentales*.²⁶⁶

Desde otro punto de vista, el profesor MORAGA también da luces de la crisis de estas ideas clásicas, al reconocer que hoy no es posible elaborar una teoría general de los contratos de la Administración, porque los que ésta celebra son tantos y tan variados que cualquier generalización al respecto pecaría de los vicios de vaguedad e imprecisión.²⁶⁷

Efectivamente no es posible elaborar una teoría general de los contratos administrativos que sea exclusiva y excluyente de cualquier otra teoría sobre contratos, de forma de ver en la contratación pública una institución contractual *sui generis* independiente de la teoría del contrato privado. Y no es posible debido a que ya existe una teoría general sobre los contratos en la que son perfectamente subsumibles los contratos administrativos. Muestra de ello es que estos contratos quedan comprendidos por la definición que entrega el **art. 1438 del Código Civil**, esto es, "acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 62, 67 y 68.

²⁶⁶ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, temas fundamentales (3)*, 2a edición actualizada, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010, pp. 485-502.

²⁶⁷ MORAGA KLENNER, Claudio, *op. cit.* (2), p. 305.

Por lo demás, también les son aplicables otras normas del Código Civil, pues como dice el profesor MORAGA, “precisamente allí están los mayores desarrollos jurídicos sobre la contratación”²⁶⁸. Por ejemplo, “las relativas a los vicios del consentimiento del privado; tipos de obligaciones; reglas de interpretación del contrato; responsabilidad contractual; daños indemnizables; reglas sobre el pago y su forma de hacerse”,²⁶⁹ y en específico, el art. 1437 que establece las fuentes de las obligaciones; el art. 1560 que señala que conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; el art. 1444 que distingue los diversos elementos del contrato; y el art. 1546 que consagra el principio de buena fe contractual.²⁷⁰

Por lo tanto, por esa vía se cumple con proveer al contrato administrativo de una indispensable base científica estable, tal como lo creía JARA CRISTI a mediados del siglo pasado.²⁷¹ Y es que “en el fondo no hay un contrato administrativo distinto del civil. Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo, con el objeto de resolver los problemas de sus sujetos, adopta el contrato como institución lógica-jurídica general, y lo modula o modifica hasta convertirlo en un contrato administrativo. Este viene así no ya a oponerse al contrato civil, sino a constituirse en una variedad del supra concepto contrato, del cual sería otra variedad el propio contrato civil.”²⁷²

Luego, para descifrar las diferencias que se dan entre los contratos privados y públicos, tendremos que fijarnos en las características que les imprimen sus elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales. Y al estudiar tales elementos en los contratos públicos es dónde encontraremos caracteres inconciliables con

²⁶⁸ *Ibíd.*, p. 326.

²⁶⁹ *Ibíd.*, p. 342.

²⁷⁰ Sentencia dictada el 15/12/2010, por la Corte de Apelaciones de Santiago en juicio caratulado “*Ministerio de Obras Públicas y otros con miembros de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado Estaciones de Tránsito para Transantiago*”, **Legal Publishing N° 46959**.

²⁷¹ JARA CRISTI, Manuel, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

²⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, citando a S. Martín-Retortillo, en *op. cit.*, p. 57.

algunos principios aplicables a los contratos civiles. En consecuencia, a lo que no podemos renunciar es a elaborar una teoría que comprenda, ordene y sistematice los elementos tipificadores comunes a todos los contratos públicos, dándoles una forma propia y original. En otras palabras, se trata de elaborar una tipología de contratos públicos que sea comprensiva de todos ellos pero conservando cada uno sus peculiaridades. Y así como bajo el tipo de contrato privado conviven diferentes clases de ellos, bajo el tipo de contrato público se pueda identificar a la gran diversidad que día a día son celebrados por la Administración.

Con ello, no pretendo argumentar que las ideas clásicas sobre contratos administrativos hayan sido erradas. Por el contrario, creo que representaron un muy valioso aporte que contribuyó notablemente en la delimitación de un espacio propio para los contratos celebrados por la Administración, sobre todo, considerando que estaba involucrado el bien común. Y a partir de ahí se pudo iniciar un fructífero proceso de reconocimiento y regulación de esos acuerdos. El problema está en pretender que la situación contractual pública actual sea subsumible en esas ideas, porque la realidad vigente tanto política, cultural, económica o jurídica difiere notablemente de aquella realidad pasada.

Como lo sostuviera al inicio del subcapítulo, ya no estamos en presencia de una Administración prestadora social sino de una configuradora social. Por lo tanto, su función administrativa no solo consiste en satisfacer las necesidades públicas de sus administrados, sino en contribuir a crear las mejores condiciones para que éstos alcancen su mayor realización material y espiritual posible. Como resultado, los contratos que celebra en ejercicio de su función administrativa ya no se reducen a *los contratos de servicio público*, como los de suministros y prestación de servicios, los de obras públicas, servicios públicos y concesiones. Hay muchos otros que día tras día se ejecutan en el marco de planes, programas y acciones de desarrollo nacional, regional o comunal,²⁷³ como lo veremos a continuación.

²⁷³ Esta idea de la Administración actuando en el marco de planes, programas, etc., la consagra el **artículo 9º, LOCM.**- “Las municipalidades deberán actuar, ***en todo caso***, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad. Corresponderá al intendente de la región respectiva velar por el cumplimiento de lo que dispone el inciso anterior.” (cursiva y negrita propias). También lo consagra la **Ley N° 19.175**, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.

Nuevos contratos celebrados por la Administración.

Convenios interadministrativos.

Son contratos celebrados entre órganos del sector público para materializar, de la mejor manera posible, el ejercicio de su función administrativa. Pueden ser de **coordinación, mandatorios** y de **traspasos de servicios**.

a. Convenios de coordinación.

Los convenios de coordinación son suscritos por los órganos del sector público con el objeto de *coordinarse para solucionar mancomunadamente los problemas sociales*²⁷⁴ y contribuir de forma colaborativa al desarrollo humano en el nivel administrativo que les corresponda.

Por ejemplo, a nivel comunal encontramos los acuerdos asociativos municipales y acuerdos asociativos entre servicios públicos y municipalidades.²⁷⁵ A nivel regional y nacional, están los convenios de programación de inversión pública a celebrarse entre uno o más gobiernos regionales y uno o más ministerios.²⁷⁶ Otro ejemplo, que puede abarcar niveles municipales o provinciales, son los convenios suscritos por el Gobierno Regional con municipalidades o con otros organismos del Estado para “construir, reponer, conservar y administrar en las áreas urbanas las obras de pavimentación de aceras y calzadas, con cargo a los fondos que al efecto le asigne la Ley de Presupuestos”.²⁷⁷

También podríamos incluir en este grupo aquellos convenios de encomendamiento de acciones y cometidos administrativos o de acciones de apoyo entre órganos públicos.

²⁷⁴ MORAGA KLENNER, Claudio, *op. cit.* (2), p. 330.

²⁷⁵ En la **Ley N° 18.695, LOCM**, relacionar el **art. 4º**; el **art. 5.k) párr. 5º**; el **art. 8.1**; y los **arts. 10, 18 y 137 a 140**.

²⁷⁶ **CPR, artículo 115.4**: “A iniciativa de los gobiernos regionales o de uno o más ministerios, podrán celebrarse convenios anuales o plurianuales de programación de inversión pública en la respectiva región o en el conjunto de regiones que convengan en asociarse con tal propósito.” Relacionar con **art. 20.c)**; **art. 24.f)**; **art. 36. f)** y **art. 81**, todos de la **Ley N° 19.175, LOCGyAR**.

²⁷⁷ **Art. 16. j)**, **Ley N° 19.175, LOCGyAR**.

b. Acuerdos Mandatorios.

Mediante este tipo de contratos, los órganos del sector público, también buscan el ejercicio de sus funciones administrativas, pero mediante la *delegación de algunas de sus facultades* en otro órgano administrativo para que las ejecute de acuerdo a los términos del mandato y a las normas jurídicas que le son aplicables.²⁷⁸

Por ejemplo, los mandatos que pueden celebrar los órganos públicos señalados en el **art. 16.4**, de la **Ley N° 18.091, de 1981**, con los organismos técnicos del Estado, para encomendarles *la licitación, adjudicación, celebración de los contratos y la ejecución de estudios, proyección, construcción y conservación de obras de cualquier naturaleza que hayan sido previamente identificadas*. La ejecución de estos cometidos deberá ceñirse al marco jurídico de que dispone el organismo mandatario para el desarrollo de sus propias actividades. Es el caso de los convenios que pueden suscribir los órganos de la Administración del Estado con el Ministerio de Obras Públicas para delegarle, respecto de obras bajo su competencia, la facultad de entregarlas en concesión, quedando regulados por la totalidad del marco jurídico de concesiones de Obras Públicas²⁷⁹. Otros, son los convenios marcos que suscriben los entes públicos con la Dirección de Compras para delegarle su facultad de licitar los bienes y servicios que necesitan para el ejercicio de su función pública.²⁸⁰

Por otra parte, están los mandatos que pueden celebrar órganos públicos con los Serviu para la ejecución de obras cuyo financiamiento se le garantice y para que sean contratadas por el sistema de propuesta pública, de acuerdo a lo dispuesto en el **Decreto Supremo 331 (V. y U.), de 1975**²⁸¹. También están los mandatos que pueden celebrar cualquier órgano o servicio integrante de la Administración del Estado, o que se encuentren bajo su administración, con los

²⁷⁸ MORAGA KLENNER, Claudio, *op. cit.* (2), p. 330.

²⁷⁹ **Art. 39.2, LCOP.**

²⁸⁰ **Art. 7.3, Decreto M. Hacienda N° 250, de 2004**, Aprueba Reglamento de la LBCASyPS.

²⁸¹ Se trata de la ejecución de obras señaladas por el **Decreto N° 355, de 1977 (V. y U.)** que aprueba el Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización.

Serviu o con las municipalidades para suscribir contratos de participación. Así mismo, respecto de esta materia, los Serviu o las municipalidades, podrán otorgarse mandatos recíprocamente.²⁸²

Finalmente, y sin el afán de dar una enumeración taxativa, quedan comprendidos por esta hipótesis los convenios que celebren servicios públicos con municipalidades o con otros servicios públicos para encomendarle la ejecución de acciones o funciones necesarias para el cumplimiento de sus objetivos administrativos, de acuerdo a lo establecido en los arts. 37 y 38 de la LOCBGAE.

c. Convenios de traspaso de servicios, o para la administración de establecimientos o de bienes.

Mediante este tipo de contratos un órgano administrativo traspasa a otro la titularidad sobre un determinado servicio público, y con ello, la consecuente transferencia de activos, recursos financieros, recursos humanos y normas de administración financiera, o de un establecimiento o bienes. El traspaso podrá tener el carácter de provisorio o definitivo, de acuerdo a las necesidades y programas existentes sobre el servicio de que se trate.

Por ejemplo, los convenios celebrados a propósito del traspaso a las municipalidades de los servicios de salud, educación y atención de menores, de acuerdo con el **DFL N° 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior**. Los convenios que se celebran para el traspaso de éstos mismos servicios de una municipalidad a otra cuando se crea una nueva comuna. O los celebrados cuando se crea una nueva región o provincia. Y aquellos convenios para el traspaso de establecimientos y de bienes establecidos en el **art. 37 de la LOCBGAE**.²⁸³

Convenios de colaboración público-privados que implican el desarrollo de acciones o cometidos administrativos.

²⁸² **Art. 5.3, Ley N° 19.865**, sobre Financiamiento Urbano Compartido.

²⁸³ **Art 37, LOCBGAE.-** Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de Derecho Privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado.

Son acuerdos de voluntades por medio de los cuales un servicio público encarga a un órgano privado²⁸⁴ la realización de determinadas acciones, actividades y/o cometidos públicos para asegurar el cumplimiento de la función pública-administrativa, sin perder la titularidad sobre las mismas. La finalidad es buscar colaboradores para garantizar el mejor y más eficiente cumplimiento de las competencias públicas. Y se insertan dentro de la lógica de la nueva forma de administrar más inclusiva del sector privado.

En nuestro ordenamiento jurídico podemos distinguir tres tipos de estos convenios, que no responden a la lógica tradicional de la contratación administrativa porque no implican necesariamente la satisfacción de las clásicas necesidades públicas de provisión de bienes y servicios. Me refiero al convenio de encomendamiento de acciones administrativas, al convenio de traspaso de cometidos administrativos y a los contratos de acciones de apoyo.

No obstante, antes de pasar al estudio particularizado de tales contratos, haré algunas precisiones terminológicas de importancia. En lo sucesivo utilizo el vocablo *cometido administrativo* para identificar una *función administrativa específica*, es decir, una determinada tarea o actividad que el Derecho pone a cargo de un órgano administrativo, para diferenciarlo de la *función administrativa* que se refiere de manera genérica al núcleo de actividades que representan la finalidad y razón de ser de la Administración Pública. Hecha la aclaración, pasemos a la revisión de cada uno.

a. Convenios de encomendamiento de acciones administrativas.

Son acuerdos contractuales por medio de los cuales un servicio público encarga a un ente privado *la ejecución de determinadas acciones que están en directa relación con los cometidos o funciones públicas que él debe cumplir*. En

²⁸⁴ También puede hacerlo a un órgano público, caso en el cual estaremos en presencia de un convenio interadministrativo de coordinación.

otras palabras, “les entrega la realización de *sus actividades*”²⁸⁵ a terceros (cursiva propia).

En este sentido, es clarificador lo sostenido por el **art. 2º del citado DFL Nº 36, de 1980**, porque reconoce expresamente que la contraparte del Servicio de Salud *lo sustituye en la ejecución de una o más acciones de fomento, protección y recuperación de la salud o de rehabilitación de enfermos*. Como se puede deducir, no es el cometido mismo de fomento, protección y recuperación de salud o rehabilitación de enfermos el que el órgano público encarga a un tercero, sino la *ejecución de determinadas acciones o actividades que tienden al cumplimiento de esos cometidos públicos*.

En nuestro ordenamiento jurídico-administrativo estos contratos tienen un reconocimiento general en el **art. 37 de la LOCBGAE**. Y también hay normas especiales que regulan su aplicación a casos particulares, como es el caso del **art. 10 de la Ley Nº 18.989**, que se refiere a los convenios que puede suscribir el FOSIS. Por ejemplo, los contratos celebrados por esta entidad el año 1992 con diversos entes privados para desarrollar el "Programa de Generación de Capacidades en Localidades Pobres",²⁸⁶ y el año 2003 con la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO, con el objeto de implementar el "Sistema de Formación, Capacitación y Acompañamiento de las Unidades de Intervención Familiar del Programa Puente".²⁸⁷

Otros ejemplos son los convenios suscritos por los Servicios de Salud a fin de que personas del sector privado tomen a su cargo, por cuenta de aquellos Servicios, algunas de las acciones de salud que les corresponde ejecutar, cuyo marco normativo está dado por el **DFL Nº 36 de 1980**, del Ministerio de Salud Pública.

²⁸⁵ **Art. 10.1, Ley 18.989.**- “Para los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 de la ley Nº 18.575, el Fondo podrá entregar la realización de sus actividades mediante convenios con los sectores público o privado.”

²⁸⁶ Dictamen Nº 3.741, de 1992.

²⁸⁷ Dictamen Nº 59.540, de 2003.

Es el caso del convenio suscrito entre el Servicio de Salud Metropolitano Oriente y la Fundación de Ayuda al Niño Limitado²⁸⁸ y del convenio entre el Servicio de Salud Metropolitano Occidente y la Fundación Grantz.²⁸⁹ Otro ejemplo de este tipo, pero a nivel interadministrativo, es el convenio suscrito entre el Servicio de Salud Metropolitano Central, FONASA y la Universidad de Chile con el objeto de que esta última entidad, a través del Instituto de Investigaciones Materno Infantil de su Facultad de Medicina, realice tratamientos de fertilización asistida a los beneficiarios de ese Fondo que sean derivados al efecto por los hospitales de referencia en él señalados.²⁹⁰

b. Convenios de traspaso de cometidos administrativos.

Por medio de estos acuerdos los servicios públicos confían a entes privados la facultad de ejecución de determinados cometidos públicos que la ley les ha encomendado, para que éstos últimos los realicen en lugar de ellos.

Es la hipótesis prevista en el **art. 38 de la LOCBGAE**, en dónde se establece que “en aquellos lugares donde no exista un determinado servicio público, *las funciones de éste podrán ser asumidas por otro*. Para tal efecto, deberá celebrarse un convenio entre los jefes superiores de los servicios, aprobado por decreto supremo suscrito por los Ministros correspondientes.”

A diferencia de los convenios de encomendamiento de acciones, aquí no solo hay un encargo de determinadas acciones para que el servicio público pueda cumplir con sus cometidos públicos, sino que son precisamente estos cometidos o funciones administrativas las que se facultan a otros entes.

c. Contratos de acciones de apoyo.

Estas convenciones permiten a los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y servicios públicos en general, comisionar todas *las acciones de apoyo a sus*

²⁸⁸ Dictamen N° 25.624, de 2010.

²⁸⁹ Dictamen N° 25.954, de 2010.

²⁹⁰ Dictamen N° 8.214, de 2010.

funciones que no correspondan al ejercicio mismo de sus potestades. Es el caso de los convenios suscritos bajo la vigencia de la **Ley N° 18.803, de 1989**.

El art. 1.2 de aquella ley aclara que son acciones de apoyo *todas las que no constituyan directamente las potestades públicas encomendadas por la ley a cada uno de los servicios, sino que son complementarias a dichas potestades*, tales como, recepción, recopilación, preparación, revisión y evaluación de antecedentes; procesamientos computacionales; cobranzas y percepción de pagos; conservación y reparación de bienes inmuebles y muebles; aseo y otros servicios auxiliares.

Cabe agregar que la contratación de estas acciones de apoyo corresponde a un tipo de contratos de prestación de servicios, y perfectamente podrían coincidir con los contratos regulados por la LBCAyPS, pero tienen su regulación especial en la ley N° 18.803. Por ello, la CGR ha determinado que “con el propósito de aumentar la transparencia del proceso y a fin de posibilitar a la Administración el contar con más ofertas de donde seleccionar la más conveniente para sus intereses”, es posible la aplicación de las normas de la ley N° 19.886 a este tipo de contratos en todo aquello que no resulte inconciliable con su régimen especial.²⁹¹

Ejemplo de este tipo de acuerdo sería el contrato de confirming que ha sido definido por la CGR como “acuerdo de voluntades, de carácter multilateral, mediante el cual un cliente, pagador u ordenante solicita a una entidad financiera que se haga cargo de una deuda que mantiene y la pague directamente al acreedor, cobrador o beneficiario, que previamente le ha prestado un servicio o suministrado un bien, en una fecha anterior a la acordada. Por su parte, la entidad financiera recibe, a cambio, de parte del acreedor, una retribución, consistente en la deducción de un importe o comisión previamente acordada y que hará efectiva sobre el monto de lo que se le adeuda”.²⁹²

A él se suman todos los convenios suscritos por órganos públicos con entidades privadas para la recaudación de dineros públicos. Y un ejemplo

²⁹¹ Dictamen N° 7.241, de 2007.

²⁹² Dictamen 61.837, de 2009.

específico sería el convenio suscrito por la CORFO con FONASA e ISAPRES para el pago de subsidio por incapacidad laboral.²⁹³

Contratos para disponer de la calificación profesional o técnica de una persona.

Aquí se agrupan los diversos tipos de acuerdos productores de derechos y obligaciones, asociados a la entrega de conocimiento o información especializada, necesarios para que la Administración pueda materializar determinadas acciones administrativas en vistas de cumplir con su función administrativa. En el fondo se trata de contratos de trabajos o asesorías especiales en que se comprenden tipos contractuales cuyo contenido y/o operatividad pueden quedar sujetos a normas asociadas a un régimen estatutario especial, a un procedimiento específico de un organismo internacional y/o a un convenio de honorarios pactado bajo el principio de autonomía de la voluntad.²⁹⁴

Este tipo de contrataciones tienen reconocimiento legal en el **art. 3.a) y c), de la LBCASyPS**. Y según se deduce del espíritu del legislador contenido en la historia de la ley, y una interpretación lógica y sistemática de la misma, estamos en presencia de contratos administrativos.

La historia de la Ley N° 19.886, de 2003, en el Segundo Informe de la Comisión Hacienda, da cuenta que el senador Silva quiso introducir al proyecto de ley una serie de indicaciones que apuntaban directamente a dejar establecida la diferencia entre contratos administrativos y contratos civiles celebrados por la Administración, entregando definiciones y regulaciones para cada uno de ellos. Más, la totalidad de dichas indicaciones fueron declaradas inadmisibles por la Comisión.²⁹⁵

²⁹³ Dictamen N° 66.412, de 2009.

²⁹⁴ Dictámenes N°s 7.266/2005; 12.679/2005; 33.004/2007; 7.241/2007; 22.224/2010.

²⁹⁵ Historia de la Ley N° 19.886, de 2003, que fija la Bases de los Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, disponible en www.bcn.cl, pp. 352 a 354.

Y por otra parte, tras una interpretación lógica y sistemática de la LBCASyPS, en relación con el **art. 9** de la LOCBGAE, podemos concluir que todos los contratos que constan en el **art. 3** del primer cuerpo normativo citado, corresponden a contratos administrativos, de otra forma no hubiese sido necesario para el legislador exceptuarlos de la aplicación de algunas de sus normas y gravarlos con la aplicación de otras.²⁹⁶ En otras palabras, si no fueran contratos administrativos para qué tomarse la molestia de declarar expresamente que ciertas normas de la LBCASyPS les son aplicables y otras no.

Los contratos internacionales del sector público.

Este es otro grupo de contratos administrativos que se han ganado un espacio importante en la agenda administrativa actual debido, en gran parte, a la potente influencia de la globalización. Fenómeno, éste, que ha acentuado la interdependencia entre los países en los más variados niveles de actuación administrativa.

Los contratos internacionales del sector público corresponden a aquellos que son celebrados entre diversos órganos públicos nacionales con entes internacionales, públicos o privados, con fines de carácter gubernamental-administrativo. Podemos distinguir al menos tres grupos, los cuales veremos a continuación.

a. Contratos para la satisfacción de necesidades públicas tradicionales.

Son acuerdos cuyo objeto es cubrir necesidades ya sean para el funcionamiento de los órganos administrativos mismos, como para el beneficio y uso de la comunidad. En este grupo encontramos a los contratos íconos de la contratación administrativa, como son los contratos de suministros y prestación de servicios, los contratos de obras públicas y las concesiones.

Este es el tipo de contratación que aparece regulada por la mayoría de los Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile a partir del año 2002. En esa época

²⁹⁶ Dictámenes N°s 40.100/2007; 34.033/2005; 12.679/2005.

se incorporó un capítulo especial titulado “Contratación Pública” en el acuerdo suscrito por Chile con Centro América, evento que se repetiría más tarde con los acuerdos suscritos por nuestro país con la Unión Europea (2003), con EE.UU (2003), con la República de Corea (2004), con EFTA (Suiza, Noruega, Liechtenstein, Islandia) (2004), en el Acuerdo Transpacífico (p4 Chile, Nueva Zelanda, Singapur y Brunei Darussalam) (2006), con Japón (2007), con Australia (2009) y Colombia (2009).

En general, la regulación de estos tratados se extiende a los pactos que expresamente denominan ‘contratos públicos’ entendiéndolos como los acuerdos mediante los cuales *una entidad pública de un país determinado adquiere mercancía o servicios, o cualquier combinación de éstos, con propósitos gubernamentales y no con miras a su venta o reventa comercial o para ser utilizados en la producción de mercancías o prestación de servicios para venta o reventa comercial.* Además, varios de los acuerdos especifican que en este tipo de contratación debe incluirse la compra, el arrendamiento o leasing, con o sin opción de compra, contratos de construcción, operación y transferencia, y contratos de concesiones de obras públicas.²⁹⁷

b. Contratos para obtener (o entregar) apoyo para materializar cometidos administrativos.

El objeto de estos contratos es favorecer la ejecución de cometidos administrativos previstos en el ordenamiento jurídico nacional o en el marco de acuerdos internacionales vigentes. Por medio de ellos se puede obtener (u ofrecer) recursos monetarios, intelectuales o de experiencia para el financiamiento o para la orientación en la formulación y ejecución, según corresponda, de políticas, proyectos, planes, programas o acciones de desarrollo tanto nacionales, regionales o locales necesarios para la materialización de los cometidos administrativos.

²⁹⁷ Ver art. 16.01, del TLC Chile-Centroamérica; art. 138, letra a), del Acuerdo de Asociación Chile-UE; art. 2.1, del TLC Chile-EEUU; art. 15.1 párrafo 3º, del TLC Chile-República de Corea; art. 49 letra b), del TLC Chile-EFTA; art. 15.1, letra b), TLC Chile-Australia; art. 2.1 ALC Chile-Colombia; art. 11.1, del Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (Chile, Brunei, Darussalam, Nueva Zelanda y Singapur); art. 136, cap. 12, Acuerdo de Asociación Económica Estratégica con Japón.

En este grupo encontramos los contratos relativos a aportes o créditos celebrados con un organismo internacional, por ejemplo, contratos de préstamo suscrito con el Banco Interamericano de Desarrollo. Y los convenios de coordinación y/o cooperación u otros semejantes para la ejecución de determinadas políticas o programas de desarrollo, tales como acuerdos suscritos en materia de seguridad interna, derechos humanos, derechos de la mujer, tecnología, medioambiente, aguas, etc.

Es importante observar que en algunos tratados suscritos por Chile se hace una referencia indirecta a este tipo de contratación. Ello sucede, por ejemplo, en el TLC suscrito con Centroamérica. En su **art. 16.02, Nº 4, letra b)**, señala que sus normas de contratación pública no se extienden a contratos relativos a “servicios o funciones gubernamentales, tales como la ejecución de las leyes, servicios de readaptación social, pensión o seguro de desempleo o servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud y atención infantil o protección de la niñez”. Lo que da a entender que este tipo de contratos también corresponden a contratación pública pero que deben someterse a una regulación especial.

Otro grupo de este tipo de contratos son los suscritos por órganos públicos nacionales para la implementación y operación de algunas materias acordadas en tratados internacionales, por ejemplo, en temas de control aduanero, investigación y desarrollo, educación, intercambio científico y académico, etc. Es el caso específico del **art. 16**, del **TLC Chile-AELC** que versa sobre las medidas sanitarias y fitosanitarias y, en su **Nº 6**, dice expresamente: “Para una mejor implementación de este Artículo, Chile y cualquiera de los Estados AELC podrán celebrar convenios bilaterales, incluyendo acuerdos entre sus respectivos organismos regulatorios.”

Otro caso ilustrativo está contenido en el **TLC Chile-Australia**. En su **art. 18.2**, sobre cooperación, **párrafos 6 y 7** establece: “6. Las actividades de cooperación serán acordadas entre las Partes y podrán incluir, pero no debieran limitarse a: intercambio de personas e información; cooperación en foros regionales y multilaterales; diálogos, conferencias y seminarios; facilitar los contactos entre científicos y el mundo académico; desarrollo de programas de investigación conjunta; y promoción de la cooperación de sector privado. 7. Las áreas de

cooperación podrán desarrollarse mediante acuerdos existentes y a través de instrumentos de implementación pertinentes, e incluir la designación de puntos de contactos nacionales para facilitar las actividades de cooperación medioambiental y laboral.”

c. Contratos para materializar inversión extranjera.

Con la suscripción de estos contratos se persigue garantizar las mejores condiciones para los inversionistas extranjeros en nuestro país, y con ello incentivar el ingreso de la inversión extranjera, y de paso promover el desarrollo económico nacional. Es el caso de los contratos de inversión suscritos al alero del DL N° 600, de 1974, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el Estatuto del Inversionista Extranjero.

En consecuencia, al comparar el nutrido grupo de nuevos contratos celebrados por la Administración con aquellos que fueron íconos de la contratación administrativa clásica, podemos observar nuevos elementos que si los incorporáramos en una noción uniforme de contrato administrativo, modificarían los postulados existentes hasta ahora sobre el tema, a saber:

a) Las llamadas cláusulas exorbitantes del Derecho Privado solo inciden en los contratos que implican la satisfacción directa de una necesidad pública, como por ejemplo, en las concesiones de obras o de servicios públicos, pero en todos los demás su incidencia es mínima o nula. Por lo mismo, la desigualdad de las partes de carácter jurídico, como decían algunos, o material, en opinión de otros -si es que existe realmente tal desigualdad- no es un elemento caracterizador de *todos* los contratos que celebra la Administración.

b) Además, entre los entes del sector público-administrativo que celebran este tipo de contratos encontramos una serie de personas jurídicas de Derecho Privado que, no obstante su forma privada, ejercen función pública. Por ejemplo, la Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos,²⁹⁸ los entes privados creados por las municipalidades al alero del art. 12 del DFL N° 1-3.063, de 1980,

²⁹⁸ Dictamen N° 27.387, de 1984.

del Ministerio del Interior, para administrar los servicios traspasados,²⁹⁹ la Corporación Nacional Forestal,³⁰⁰ SERCOTEC,³⁰¹ el Centro de Información de Recursos Naturales,³⁰² las Corporaciones Municipales de Desarrollo Social,³⁰³ entre otras.

Por lo tanto, es errado sostener que una de las partes del contrato administrativo *necesariamente es una persona jurídica de Derecho Público*. En cambio, es correcto señalar que una de las partes necesariamente debe ser un ente integrante del sector público que ejerza función administrativa.

c) Ya no solo se trata de contratos que buscan la satisfacción directa o indirecta de necesidades públicas a través del aseguramiento y/o gestión de los servicios públicos. Ahora, dado que el Estado-Administración mismo ha tomado la técnica contractual para ejercer derechamente su función administrativa, se ha ampliado considerablemente el universo de contratos que utiliza para tal fin. Por ello se puede afirmar con autoridad que hoy los contratos administrativos ocupan un lugar al lado de los actos administrativos, y con tanta influencia que han sido capaces de morigerar la tradicional forma vertical de administrar.

d) No se justifica la clásica división entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración. De partida, porque se basa en la ficción de que el Estado puede actuar ya como soberano, ya como un privado cualquiera. Artificio, éste, que fuera elaborado para salvar esa reminiscencia absolutista -hoy desaparecida- de eximir a los actos del imperio del examen de legalidad.

Luego, si ya desapareció la razón que le dio vida ¿qué justifica su vigencia?

²⁹⁹ Dictámenes N°s 54.728, de 2004, y 3.941, de 2005.

³⁰⁰ Dictamen N° 30.153, de 2006 y sentencia CS, 26/10/2009, Rol N° 6060-2009, caratulada "Macrocap S.A. con Jefe Provincial Talca VII Región del Maule de la Conaf", Legal Publishing N° 43335.

³⁰¹ Dictámenes N°s 9.490, de 1996; 48.592, de 2001; 7.946, de 2003; 37.948, de 2004.

³⁰² Dictamen N° 48.592, de 2001.

³⁰³ Dictamen N° 58.727, de 2009.

Creo que en el ámbito de la contratación administrativa, el artificio se mantuvo vivo debido a la fuerza de las ideas clásicas sobre contrato administrativo, cuya rigidez impide incorporar entre sus filas las nuevas tipologías de contratos que han ido surgiendo en el seno de la Administración. Rigidez que se debe a la asociación de los contratos administrativos con la doctrina de los servicios públicos, en virtud de la cual, si había contratos que no estaban relacionados con tales servicios, nada más conveniente que asimilarlos a los contratos civiles; y de paso, se reforzaba así la ficción de que el Estado también podía actuar como privado.

Mas, sobre este tema, adhiero a la idea planteada por el profesor SOTO KLOSS, en el sentido de que la razón de ser y de existir del Estado es la promoción, protección y/o defensa del interés público, por lo que *toda* su actuación, sin excepción, estará marcada por ese sello. De ahí que no resulte lógico asimilar el Estado a alguien que *no* es. No puede celebrar contratos civiles o privados porque *no* es un civil o particular. Situarlo en esa posición significa privarlo de lo que le es esencial, por lo tanto, todo lo que se predique de él en esa situación adolecerá de vicios fundamentales.

EL CONTRATO PÚBLICO BAJO EL INFLUJO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE CONFORMACIÓN Y COOPERACIÓN SOCIAL.

En nuestro país, la tipología del Estado benefactor o prestador social alcanzó su máxima expresión durante el período 1970-1973, y terminó abruptamente tras los sucesos del 11 de septiembre de 1973, fecha en que se derrocó por la fuerza el gobierno de la Unidad Popular presidido por don Salvador Allende, y en su lugar se entronizó el Gobierno Militar.

Fue esta autoridad de facto la que propició la instauración de un nuevo modelo económico y de gobierno para el país sobre la base, entre otros, del principio de subsidiariedad. Por lo que en lo sucesivo, dicho principio se convirtió en elemento fundamental para el delineamiento de las pautas a seguir por la actividad estatal. Su reconocimiento oficial se produjo en la “Declaración de Principios del Gobierno de Chile de 1974”, y desde allí, fue elevado a rango constitucional mediante la Constitución Política de 1980.

Como consecuencia de la aplicación de ese principio, por una parte, la iniciativa privada adquirió un remozado sistial de preponderancia en relación con la actividad estatal, hasta allí, predominante en el quehacer público nacional y que, desde entonces, operará en forma auxiliar o subsidiaria de la primera, y solo respecto de las necesidades que los privados no puedan satisfacer por medio de sus propias capacidades.

Por otra parte, asistiremos a un intenso proceso de privatización de variadas actividades económicas otrora bajo la dirección estatal. Y a raíz de que dichas actividades importaban la satisfacción de sensibles necesidades generales de la población, que el Legislador consideró no podían quedar entregadas al puro arbitrio de los privados, es que apareció un nuevo rol estatal materializado en actividad reguladora e institucionalizada en superintendencias.

Desde el punto de vista de la función administrativa, resultará insuficiente la idea de ver en la Administración del Estado un simple ente que satisface necesidades sociales, las cuales se suceden delante de él espontánea e inevitablemente por el libre juego de sus fuerzas sociales perpetuado en el tiempo. Se dice que el orden social, justo y equilibrado, no es el resultado de la interrelación espontánea de sus elementos configuradores, éste ya “no es para el Estado un dato dado y aceptado, sino objeto de conformación”.³⁰⁴

Por lo tanto, no bastará con reconocer solo el deber estatal de prestar servicios públicos como viéramos antes, se trata ahora de atribuir al Estado el deber de actuar sobre el orden social con vistas a transformar la sociedad mediante la implementación de políticas públicas,³⁰⁵ las cuales guíen la acción particular hacia su mayor realización espiritual y material posible. Así lo establece la propia Constitución Política de la República de 1980, en su **art. 1.3** complementada con la **Ley Nº 19.097, de 1991**, modificatoria de la CPR.

El art. 1.3 de la CPR, sostiene: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a

³⁰⁴ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, siguiendo a Ernst FORSTHOFF, en *op. cit.* (4), p. 269.

³⁰⁵ *Ibídem*, pp. 269 y 270.

crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (subrayado y cursiva propia). La Ley N° 19.097, de 1991, agregó a la CPR la idea de que acción administrativa no es solo una actividad de servicio público, sino también de promoción del desarrollo social, cultural y económico, tanto nacional, regional y local, a través de políticas, planes, programas y acciones, en un sistema interconectado por el principio de la coordinación administrativa.³⁰⁶

En este escenario, la contratación pública poco a poco afianzará su rol instrumental a disposición de la Administración como un “muy necesario intermediario entre las exigencias de la función administrativa y de los intereses privados”.³⁰⁷ En otras palabras, el contrato administrativo pasó de ser un medio necesario para el sostenimiento y funcionamiento de la Administración, a uno de los instrumentos de que se vale el Estado-Administración para ejercer su función administrativa de configuración social a la par de los actos administrativos.³⁰⁸

Fenómeno que ha propiciado verdaderos *procesos de transferencias de funciones estatales al sector privado*, y como consecuencia de ello, se ha llegado a hablar de *un nuevo modo de administrar*,³⁰⁹ basado en un mayor *consenso* con el administrado. Lo atractivo de esta visión es lo amigable, transparente e integradora, ya no impositiva que puede llegar a ser la relación que la Administración lleve adelante con los ciudadanos, ganando en eficacia y eficiencia para el ejercicio de sus cometidos, al captar la *simpatía*, y por ende, la *cooperación voluntaria* de los administrados.³¹⁰

³⁰⁶Ibídem, p. 273.

³⁰⁷ MORAGA KLENNER, Claudio, *op. cit.* (2), p. 279.

³⁰⁸ MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación Administrativa* (3), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 14.

³⁰⁹Ibídem, p. 15.

³¹⁰Ibídem, p. 17.

Este nuevo enfoque de la alianza pública-privada viene ganando adeptos desde la década de los 90's, sobretodo porque la Administración tuvo que consolidar el regreso a la democracia y llevar adelante el proceso de desarrollo social, cultural y económico ordenado por el constituyente mediante Ley N° 19.097, de 1991. En otras palabras, al menos dos motivos justificaban la participación privada en asuntos públicos por la vía contractual: **uno**, porque podía contribuir a afianzar el proceso democrático del país que se había debilitado tras el gobierno de facto; y **dos**, había en los sujetos privados bienes, capital, conocimientos y técnicas especializadas de que el Estado carecía, y que por tanto, serían de gran ayuda en el cometido desarrollista.

En consecuencia, los contratos celebrados por la Administración muestran un aumento notorio, tanto cuantitativo como cualitativo. Cuantitativo, porque se multiplican en número de la mano de la progresiva extensión del entramado estatal. Y cualitativo, porque varían y se diversifican los tipos de necesidades que es necesario cubrir, pues éstas se vuelven cada vez más complejas en comparación con las que les antecedieron.

Para dimensionar la variedad y complejidad de los nuevos contratos, en entregaré algunos ejemplos. Encontramos contratos para el tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos domiciliarios; de asistencia técnica destinada a evaluar la comprensión y velocidad lectora de los estudiantes de los establecimientos de educación básica municipal; para la prestación de defensa penal pública; para la vigilancia de inmuebles del sector público; para el mantenimiento programado relativo al overhaul de los motores de aeronaves de dotación de la Dirección General de Aeronáutica Civil; para el suministro de redes de enlaces de transmisión de datos informáticos a nivel nacional; y la provisión de un sistema de comunicaciones telefónicas locales, etc.³¹¹ Es evidente el contraste con el objeto de los contratos celebrados por la Administración en los siglos anteriores.

³¹¹ Los ejemplos dados constan en dictámenes N° 45.318/2010; N° 67.064/2009.; N° 18.395/2010.; N° 50.829/2011; N° 17877-2010; N° 18.756/2010; N° 34.459/2005; N° 59.540/2003; N° 7.241/2007; N° 12.679/2005; y N° 33.004/2007.

Por otra parte, se toman la escena de la contratación pública nacional, los contratos de construcción de obra pública y los contratos de concesiones, convirtiéndose en uno de los medios más efectivos para dotar de infraestructura al país o perfeccionar la existente, ya que esta es la base material indispensable para incentivar el desarrollo nacional. Se construyen aeropuertos, embalses, autopistas, puentes, puertos, edificios para hospitales, colegios, tribunales, comisarías, municipalidades y para otros tantos órganos públicos, así como casas y poblaciones para las clases más vulnerables del país, se entregan a privados los trabajos de reparación, mejoramientos o demoliciones de diversas obras públicas, etc.³¹² Y a todos ellos viene a sumarse un nutrido contingente de nuevos contratos públicos que hemos visto en el acápite 2.3 de este capítulo.

Y en medio de todo este escenario destaca una idea común: todos son moldeados, de una u otra forma, por el rol de la función administrativa que los órganos públicos ejercen. Sin embargo ella no se ve reflejada en la visión fragmentada que actualmente domina la escena de la contratación pública en general.

Necesidad de un nuevo entendimiento de la contratación pública, *ad hoc* a la nueva función administrativa de nuestro Estado.

El no contar con reglas e ideas claras que ordenen la vía contractual pública para el ejercicio de la función administrativa, provoca serios inconvenientes para un sobresaliente cumplimiento de los cometidos público-administrativos propios del aparataje administrativo. Y es que habiéndose convertido el contrato en un vital instrumento para materializar la función administrativa, al mismo nivel de los actos administrativos, necesita contar con reglas y principios claros que lo orienten y así se obtenga de ellos el máximo provecho.

³¹² Un pequeño grupo de ejemplos: la reparación de sistema de embalse Tutuvén, VII Región; demolición y habilitación del Centro Gabriela Mistral; reposición Caleta de Pescadores Artesanales Guardiamarina Riquelme, Iquique; Construcción Segunda Pista y Rehabilitación de la Pista Actual del Aeropuerto Arturo Merino Benítez; Mejoramiento Ruta C-495, Sector Alto del Carmen Conay, Tramo Km. 0,000 al Km. 19,500, Provincia de Huasco, Tercera Región; construcción del Hospital de Puerto Montt; Reparación Fachada Edificio Ministerio de Hacienda; y Estaciones de Traslado para Transantiago.

Y es que hasta aquí sólo se ha puesto atención a cierto grupo de contratos celebrados por la Administración y se ha descuidado u obviado la ordenación doctrinal y jurídica de muchos otros. Lo único cierto respecto de estos últimos, es el sistema de contratación por el que deben celebrarse gracias a lo establecido en el art. 9 del LOCBGAE, incorporado recién a fines del año 1999. Mas, no cuentan con las regulaciones sustantivas suficientes para resguardar efectivamente el correcto y eficiente ejercicio de la función administrativa.

El caso típico se da con los llamados contratos civiles de la Administración. De muestra un botón. En mayo del 2008, se celebró un contrato de compraventa entre el Servicio de Bienestar de la Armada y un particular, por medio del que le transfirió a este último un terreno en el precio de \$ 101.000.000. A su vez, éste, el mismo día, lo transfirió a otro privado en \$ 102.000.000, quien lo subdividió en dos lotes. Luego, *ad portas* de cumplirse un año, este otro privado, enajenó los dos lotes a favor de dos comités de viviendas sociales, cuyo precio fue pagado con cargo a los fondos del Serviu respectivo, por una suma de UF 36.615,03 por ambos lotes.³¹³ En consecuencia, el Fisco, tan solo un año después de haber enajenado un bien propio, tuvo que pagar casi ocho veces el valor recibido, para recuperarlo.³¹⁴ Queda en evidencia una alarmante y triste realidad que conculca, a lo menos, los principios de eficiencia y/o eficacia y de coordinación en el ejercicio de la función administrativa, y en el consecuente uso y administración de los dineros y bienes fiscales.

La pregunta es ¿por qué el Servicio de Bienestar de la Armada, un ente público administrativo, no transfirió -a título oneroso incluso- ese inmueble a otro órgano público, el Serviu, por ejemplo, cuya necesidad de terrenos es un hecho público y notorio? Una explicación puede ser que el principio de coordinación administrativa ha sido mal entendido o no es suficiente para comprender este tipo de casos. Pero además, reiteramos que se debe a la falta de claras directrices de carácter sustantivo respecto de la contratación pública que orienten a los

³¹³ Dictamen N° 24.340, de 2010.

³¹⁴ A un valor promedio por UF de \$ 21.000 (valor que promediaba entre marzo y mayo de 2009, época en que se realizó la transferencia de ambos lotes), da un total de \$ 768.915.630.

funcionarios públicos, autoridades fiscalizadoras y a jueces y abogados, en esta materia.

Por otra parte, con la caduca idea de que existen cierto tipo de contratos catalogados como contratos civiles de la Administración, se ha perpetuado y validado un errado entendimiento privatista de contratos públicos,³¹⁵ entorpeciendo el eficiente y oportuno ejercicio de la función administrativa. En cambio, si se hiciera un análisis bajo una mirada administrativa unificadora, que considere que *todos los contratos celebrados por la Administración son instrumentos enmarcados dentro de la función administrativa*, podríamos avanzar hacia un ordenamiento normativo más integral que definiera y alineara las pautas que rijan la actuación contractual de todos los órganos que ejerzan dicha función pública en pos de la consecución de objetivos claros y precisos.

Entre dichas pautas, y en relación con el caso expuesto antes, podemos considerar, por ejemplo, el **principio de coordinación** en unión con un **principio de preferencia administrativa en la transferencia de bienes públicos**. Es decir, si un órgano público tiene un bien disponible que ya no es útil para el cumplimiento de sus cometidos públicos, antes de transferirlo al sector privado, revise si otro órgano público lo necesita para materializar sus propios cometidos administrativos. Se evitará desperdiciar valiosos recursos públicos, y se cumplirá de manera eficiente y efectiva la función administrativa.

En definitiva, en esta área un marco teórico y uno jurídico que unifiquen la regulación de todos los contratos celebrados por la Administración, bajo directrices comunes, sin obviar las claras diferencias que existen entre ellos, constituye un importante e indispensable paso en aras al más perfecto y mejor cumplimiento del

³¹⁵ Pareciera que como hay variadas normas del Código Civil que se aplican a los contratos públicos, hay quienes concluyen que es válida una visión privatista del contrato. Tal visión se fundamenta, en la creencia de que cómo la teoría del contrato surgió en el ordenamiento privado, se trata de una institución *per se* privada. Sin embargo, el contrato se desarrolló en el ordenamiento privado, porque ese era el único que existía en un principio, más en la actualidad esta institución se ha emancipado de tal ordenamiento, y se ha transformado en una institución del ordenamiento jurídico en general, sin distinguir si es privado o público. Ello explica que haya contratos civiles y contratos público o administrativos.

mandato constitucional que exige hacer *todo lo posible* para obtener *un máximo de beneficio* en el orden espiritual y material de los administrados.

NUEVAS IDEAS PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.

Para empezar, quiero hacer hincapié en el hecho de que con las ideas que presentaré en el siguiente subcapítulo no pretendo elaborar una teoría de contrato administrativo, en tanto contrato, sino en tanto contrato administrativo. En otras palabras, la idea es poner el énfasis en el adjetivo calificativo '*administrativo*' del contrato, y no en el sustantivo 'contrato', porque como viéramos *supra*, en nuestro ordenamiento jurídico ya contamos con una completa teoría del contrato, en la que es subsumible perfectamente el contrato administrativo. Sin embargo, lo que no hay aún es un marco teórico integral que sistematice y aglutine a todos los contratos que los órganos del sector público celebran.

Para lo cual iniciaré por exponer cómo nuestro ordenamiento jurídico y la CGR han dado un primer paso en este sentido, extendiendo el tipo de contratos que quedan comprendidos por el vocablo 'contrato administrativo'. Y finalizaré con la exposición y análisis de un nuevo concepto que abarque a todos los contratos celebrados por el Sector Público Administrativo Nacional.

La extensión del término 'contrato administrativo'.

La extensión del vocablo de contrato administrativo, en el sentido de contener a *todos los contratos celebrados por la Administración*, quedó de manifiesto tras el proceso de discusión de la **Ley N° 19.653** llevado a cabo durante el tercer trámite constitucional.

Al respecto, el profesor de Derecho Administrativo, don Pedro PIERRY ARRAU, tras sostener que en Chile no está claro cuáles son contratos administrativos, y que en su opinión "el único contrato realmente administrativo es el contrato de obra pública", solicita que se precise ese punto o que en lugar de 'contrato administrativo' se utilice otra nomenclatura como la de "contratos de la

Administración del Estado”.³¹⁶ Pero el informe evacuado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, “por mayoría de votos, propone aprobar la disposición del H. Senado, dejando constancia que, a su juicio, la expresión ‘contrato administrativo’ debe ser entendida en sentido amplio, de manera de considerar todos los contratos de la Administración del Estado”,³¹⁷ y así fue aprobado con 99 votos, sin negativas ni abstenciones.³¹⁸

Por su parte, la CGR se ha ceñido a este criterio precisando que la expresión *contrato administrativo* “abarca los diversos tipos de contratos que celebren los entes de la Administración, tanto en el ámbito de sus potestades exorbitantes como en el de su actuación en un plano de igualdad con los particulares.” Agrega que dicho sentido es consonante con el fin de “resguardar la probidad administrativa por la vía de asegurar en esta materia la transparencia que debe presidir los procesos de contratación que realicen los organismos de la Administración del Estado”.³¹⁹

Este mismo criterio es reafirmado por otro cuerpo normativo, como es la LBCASyPS. En su **art. 1º** define los contratos administrativos a los que serán aplicables sus normas. En el **art. 2º** precisa el concepto aplicable al contrato de suministro y al contrato de prestación de servicios. Sin embargo, en el **art. 3º** se ve en la necesidad de excluir una serie de otros contratos celebrados por la Administración. Al hacerlo, no hace sino confirmar que se trata de contratos administrativos celebrados por la Administración para el desarrollo de sus funciones, tal como lo señala en su **art. 1º**, porque si no hubieran sido administrativos ¿para qué molestarse en excluirlos?

Por otra parte, el citado **art. 3º** armoniza con el fin perseguido por la **Ley Nº 19.653**, modificatoria de la LOCBGAE, que estableció el sentido amplio de la noción

³¹⁶ Historia de la **Ley Nº 19.653, de 1999**, modificatoria de la ley Nº 18.575 LOCBGAE. En Boletín Nº 1510-07-3. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley, en tercer trámite constitucional, p. 650.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 651.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 763.

³¹⁹ Dictamen Nº 46.532, de 2000.

contrato administrativo, precisamente para hacer aplicables a *todos* los contratos celebrados por la Administración los fines de transparencia y probidad que aquella norma sistematizó en nuestro ordenamiento jurídico. Es por ello, que el inciso final del referido **art. 3º**³²⁰ establece que a todos esos contratos exceptuados de sus normas sí les será aplicable el **art. 20**, por cuanto prescribe normas sobre publicación de información básica de los contratos celebrados, relevando solo la información sobre adquisiciones y contrataciones calificadas de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley. En el mismo sentido anterior, la CGR ha dictaminado la aplicabilidad general del **art. 4º** de la LBCAyPS, que dice relación con las inhabilidades para contratar con la Administración.³²¹

A mayor abundamiento, tras hacer una revisión de las leyes orgánicas de diversos órganos administrativos, aparece entre sus atribuciones la facultad de celebrar contratos al lado de los actos administrativos, como una de las herramientas principales para la ejecución de sus funciones. Se trata de normas jurídicas que están redactadas sin hacer distinción entre contratos administrativos, civiles o de otro tipo. Ellas dan a entender claramente que los órganos públicos pueden celebrar *todos los actos y contratos necesarios para llevar adelante sus funciones administrativas, sin importar de qué tipos se trate*.

En consecuencia, para nuestro ordenamiento orgánico público-administrativo, *todos* los contratos que celebren los órganos de la Administración buscan un mismo objetivo final: *la realización de las funciones (cometidos) que el ordenamiento jurídico-administrativo les ha otorgado*. Y no puede ser de otra manera, ya que la razón del *ser* y del *actuar* de la Administración es precisamente el cumplimiento de esa misión pública, que se traduce en el ejercicio de función administrativa.

En conclusión, tras el análisis de la legislación nacional plasmada en los principales cuerpos normativos, de la historia de la ley y de la opinión de la CGR

³²⁰ **Inc. final, art. 3º, LBCAyPS:** “Los contratos indicados en este artículo se regirán por sus propias normas especiales, sin perjuicio de lo establecido en el inciso final del artículo 20 de la presente ley.”

³²¹ Dictamen N° 40.100/2007.

sobre la noción de contrato administrativo, *todos los contratos celebrados por la Administración son contratos administrativos*, por lo tanto, bajo esta visión, las nomenclaturas de 'contrato administrativo', 'contratos celebrados por la Administración' o 'contratos públicos', devienen en sinónimas. Por otra parte, el legislador tampoco hace distinciones que justifiquen la existencia de contratos civiles de la Administración al lado de contratos administrativos.

Lo que sí notamos en las diversas normas jurídicas estudiadas es que todos los contratos que celebra la Administración están marcados por un mismo sello: *ser instrumentos para que ésta pueda materializar su función administrativa*.

Así las cosas, estas conclusiones pueden servir de punto de partida para idear un cuadro teórico que alcance a todos los contratos celebrados por la Administración, y de esa manera, dar pie a la creación de un marco jurídico orgánico que organice y sistematice de forma integral y armónica las bases fundamentales y de operación de este tipo de contratos. Pues, si bien es deber reconocer que desde la década de los 80's se ha avanzado mucho en esta área, lo cierto es que se ha hecho sin directrices comunes, lo que ha provocado una proliferación desorganizada de las normas sobre contratación pública. Basta con echar un vistazo en la legislación especial existente sobre la materia, y a poco andar, nos veremos atrapados en una profusa maraña de normas que con muchísima dedicación tal vez podremos sortear con éxito.

Un nuevo concepto de contrato administrativo unificador de todos los contratos celebrados por el Sector Público Administrativo Nacional.

En consecuencia, ha quedado demostrado que en nuestro Ordenamiento Jurídico 'contrato público', 'contrato administrativo', 'contrato de la Administración', para efectos de la probidad administrativa, comprenden a todos los contratos celebrados por la Administración. Luego, para complementar este importante paso, bien vale hacer el esfuerzo por unificarlos desde el punto de vista de la abstracción conceptual para establecer ideas sustantivas que también los identifiquen a todos, de manera que podamos identificar bajo un mismo techo a diferentes clases de ellos. En esta línea se ubica el concepto propuesto a continuación.

Contrato administrativo es un instrumento jurídico de que se vale el sector público nacional para realizar su función administrativa, dada la incapacidad de materializar individual y directamente esa misión y/o la conveniencia de la colaboración de otros órganos públicos o privados, nacionales o internacionales, en la materialización de la misma; regulado por un régimen jurídico mixto, en que confluyen la aplicación de normas de Derecho Público complementadas por normas de Derecho Privado y de Derecho Internacional.

Pasemos al estudio de cada uno de sus elementos.

Instrumento jurídico.

Significa que el contrato administrativo es un acto jurídico bilateral administrativo, esencialmente formal, que produce como efecto jurídico la creación de derechos y obligaciones para las partes contratantes. Y a la vez, es un medio o herramienta que permite al Estado-Administración materializar su función administrativa pactando acciones de colaboración con otros órganos públicos o con los privados, tanto para su manutención interna como para su funcionamiento externo.

En otras palabras, la Administración acude a la vía contractual para proveerse de los bienes y servicios necesarios para la gestión interna de todo el aparataje estatal, lo que le permite mantenerse en continuo funcionamiento, y por tanto, desarrollar sus funciones propias. Como así mismo, obtiene la colaboración que es menester para la ejecución de acciones, planes, programas, obras y servicios que importan la materialización de los cometidos propios de la Administración. En consecuencia, el contrato deviene en un medio al servicio de la función administrativa, y por lo tanto, su configuración debe adaptar los intereses privados de los particulares con el interés público de la Administración, transformándose así en un nexo armonizador de intereses diferentes, pero complementarios.

Una de sus partes es necesariamente un órgano del Sector Público Administrativo Nacional.

Para el desarrollo de este punto parto de la base jurídica entregada por el **art. 1.1 de la LOCBGAE** el cual establece que la administración del Estado la debe realizar el Presidente de la República “con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes”. Podemos notar fácilmente que la norma no distingue la naturaleza jurídica que deben detentar los órganos que colaboren con el Presidente de la República en el ejercicio de la función administrativa, basta con que sean establecidos por la CPR o las leyes. Por tal razón, no es sorprendente encontramos en nuestro ordenamiento jurídico con normas que han encargado tal función a personas jurídicas de Derecho Privado.

Por lo tanto, prefiero hablar de órgano del ‘Sector Público Administrativo Nacional’, en adelante, SPAN, antes que de ‘órgano de la Administración del Estado’, porque el primero me permite incluir a las diversas personas jurídicas de derecho privado que ejercen función administrativa, en tanto que el segundo no, pues el **art. 1.2 de la LOCBGAE** al definir quienes integran la Administración del Estado alude solo a órganos públicos.

Ahora, la cuestión es qué entender por SPAN, cómo identificar cuando estamos en presencia de un ente de este sector. En general, si se trata de una persona jurídica de Derecho Público no habrá mayores dudas, pero si se trata de una persona jurídica de Derecho Privado, la cuestión cambia. Se hace imperioso, entonces, contar con identificadores bien definidos. Al respecto, el **art. 2º, del DL. N° 1.263, de 1975, de Administración Financiera del Estado**, nos entrega una enumeración taxativa. Gracias a esa norma, podemos identificar a órganos privados integrantes del SPAN, como por ejemplo, la Sociedad Constructora de Establecimientos Educativos, al Centro de Información de Recursos Naturales, SERCOTEC, CONAF, entre otros.

Sin embargo, el gran problema de un indicador de este tipo es su rigidez producto de petrificar en una norma jurídica órganos que no permanecerán para siempre, máxime si con el paso del tiempo es inevitable la supresión de algunos o muchos de ellos y la creación de otros tantos para adecuarse a los nuevos requerimientos que van planteando los administrados. Se dirá que se pueden ir agregando las modificaciones al texto jurídico, pero dado que se trata de una copiosa cantidad de órganos, a la larga esa técnica legislativa atentará contra la

certeza jurídica. De hecho, ya hoy se hace tedioso obtener con exactitud cuáles son los órganos que integran el Sector Público, entre tantas modificaciones que constan en los márgenes de referido **art. 2º**, del **DL. N° 1.263, de 1975**, sin considerar todas las que no han sido registradas allí.

Y es que en la práctica hay entes privados que ejercen funciones públicas, mas no están incluidos en aquella norma. Es el caso, por ejemplo, de las corporaciones municipales creadas al amparo del DFL 1-3.063, de 1980, del Ministerio del Interior, respecto de las cuales la CGR ha dicho que “constituyen el medio a través del cual los municipios cumplen con algunas de sus funciones, desarrollando al efecto *una función pública* mediante la cual satisfacen determinadas necesidades de la comunidad local”³²² (cursiva propia).

Otro caso es el de los ‘organismos técnicos del Estado’ referidos en el **art.16**, de la **Ley N° 18.091, de 1981**, del Ministerio de Hacienda, que establece normas complementarias de incidencia presupuestaria, de personal y de administración financiera. Sobre la expresión ‘organismos técnicos del Estado’, la CGR ha sostenido que “no está restringida a entes o servicios que conforman la Administración Pública, comprendiendo también las personas jurídicas que, aunque no integren dicha Administración, han sido creadas a iniciativa del Estado para *satisfacer una necesidad pública* de carácter técnico”³²³ (cursiva propia).

Luego, para avanzar en la búsqueda de un mejor criterio identificador de entes privados que sean parte del sector público, junto a las consideraciones que nos ha entregado el ente contralor en los casos expuestos en los dos párrafos anteriores, acudiremos al **art. 16.2**, de la **Ley N° 10.336**, que fija la Organización y Atribuciones de la CGR.

La ley de la CGR, en su **art. 16.2**, dispone la fiscalización, entre otros, *sobre las entidades públicas o privadas* en las que haya mayoritario o igual aporte de recursos estatales, con el objeto de cautelar el cumplimiento de *los fines de estas*

³²² Dictámenes N° N°s 54.728, de 2004 y N° y 3.941, de 2005.

³²³ Dictamen N° 27.387, de 1984.

entidades, además de la regularidad de sus operaciones, responsabilidades de sus operadores y obtener la información para formular un balance nacional.

Luego, esta norma extiende la acción de la CGR no solo a las entidades públicas y a las privadas establecidas en el **art. 2º**, del **DL. N° 1.263, de 1975**, sino a todas *aquellas entidades privadas en las que haya mayoritario o igual aporte de recursos estatales, con el objeto de cautelar el cumplimiento de sus fines*; los cuales no pueden ser sino de interés público administrativo, dada la naturaleza jurídica del órgano contralor que se eleva como uno de los máximos guardianes de nuestro ordenamiento jurídico para velar por el cumplimiento de los fines administrativos. Vemos, además, que la norma está en consonancia con los razonamientos de la CGR expuestos *supra* cuando se pronunció sobre las corporaciones municipales y los organismos técnicos del Estado.

En consecuencia, podemos extraer como criterio para identificar qué entes privados considerar parte del sector público uno de carácter sustancial más que formal. Esto es, considerar como integrante del SPAN a todo órgano privado que sea creado a iniciativa del Estado o de cualquiera de sus organismos públicos, con excepción de sus empresas, para el ejercicio de funciones administrativas, y que sea financiado mayoritariamente o en igual proporción con recursos fiscales. Así, tendremos como organismos integrantes del referido sector público a órganos públicos y privados sin importar si están o no enumerados en el **DL. N° 1.263, de 1975**.

Otra norma que confirma la intención del legislador contractual administrativo de extender su acción sobre todos los órganos que ejerzan función pública administrativa, no solo los de naturaleza jurídica pública, es el **art. 21** de la LBCAyPS, que hace aplicable a “los órganos del sector público no regidos por esa ley,...” la obligación de suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios, obras y aquella que determine el reglamento, según lo establecido por los arts.18, 19 y 20 de la misma ley. Con la expresión “los órganos del sector público no regidos por esa ley” es de entender que no solo se está refiriendo a aquellos órganos enumerados en el citado DL. N° 1.263, de 1975,

porque cuando en dicha ley -la LBCAyPS- el legislador quiso incluir a esos órganos lo refirió expresamente, tal como consta en su **art. 3.b)**.³²⁴

En consecuencia, un entendimiento del SPAN en la forma descrita nos permite contar con un mecanismo *ad hoc* a los requerimientos actuales de certeza jurídica, transparencia y eficiencia en el uso de los recursos y en la gestión administrativa, sobre todo en el terreno contractual. Por lo demás, la historia de la ley N° 19.653 modificatoria de la LOCBGAE, y la historia de la propia LBCAyPA, como lo refiriera antes, demuestran claramente la intención del legislador de avanzar hacia un ordenamiento jurídico público mucho más integral, transparente y eficiente en la materialización de sus cometidos administrativos, cubriendo todo el espectro de los contratos celebrados en el ámbito administrativo.

Materialización de la función administrativa.

Este es el principal elemento que tizna con un carácter público-administrativo a la vía contractual utilizada por todos los órganos que ejerzan la función administrativa. Corresponde al sello que lo distingue de todos los demás contratos. De ahí, entonces, que sea fundamental saber qué se entiende por función administrativa. El ordenamiento jurídico nos entrega las normas necesarias para elaborar una definición a su respecto.

El punto de partida lo da la CPR, y como no, si es el texto jurídico que fija las bases fundamentales del ordenamiento público nacional. En su **art. 1º.3** dispone que “el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” Y en su **art. 1º.4** agrega, “es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de

³²⁴ **Ley 18.886, art. 3.-** Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley: **b)** Los convenios que celebren entre sí los organismos públicos enumerados en el artículo 2º, inciso primero, del decreto ley N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, y sus modificaciones.

todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

De su lectura ya podemos esbozar que la función administrativa debe apuntar a conseguir el bien común gracias a la “mayor realización espiritual y material posible” de los administrados, resguardando y/o promoviendo, especialmente, la seguridad externa e interna, la integración armónica y la participación igualitaria de todos y cada uno de ellos en el quehacer nacional.

Así lo confirma el ordenamiento orgánico de la Administración que por medio del **art. 3º.1, de la LOCBGAE**, especifica la función administrativa. Dicha norma, primeramente, reproduce la idea básica vista en el **art. 1º.3 de CPR**, y dice que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Enseguida, descifra cómo es que aquella cumplirá con ese principio de servicialidad y bien común, disponiendo que lo hará: **uno, “atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente, y dos, fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.”**³²⁵

He ahí, a groso modo, la función administrativa. Pero para cada tipo de órgano público-administrativo, esta función obviamente se especializa. Por ejemplo, respecto de los servicios públicos centralizados, el **art. 22** de la LOCBGAE, sostiene que su función principal es la satisfacción de necesidades colectivas, de manera regular y continua. Y el **art. 28.1**, de la misma ley, dispone que en el caso de los Ministerios, sus funciones sean las de elaboración y evaluación de las políticas, planes y programas de desarrollo; el estudio y la proposición de las normas aplicables a los sectores a su cargo; velar por el cumplimiento de las normas dictadas; asignación de recursos; y la fiscalización de las actividades del respectivo sector. Excepcionalmente, la ley podrá encomendar alguna de las funciones anteriores a los servicios públicos, o viceversa, es decir, que un ministerio actúe como órgano administrativo de ejecución.

³²⁵ La segunda parte de esta norma fue incorporada a fines del año 1999, por el art. 1º N° 2, de la Ley N° 19.653, modificatoria de la LOCBGAE.

Podemos ver que no se trata solo de una Administración que satisface necesidades generales de manera regular y continua, ahora su misión es mucho más amplia, porque debe contribuir a un armónico y equilibrado desarrollo social, cultural y económico, tanto nacional, regional, como comunal. Así lo reafirman la Ley N° 19.175, Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional,³²⁶ y la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades.³²⁷

En consecuencia, esta función administrativa plasma la idea de la conformación y colaboración social, sustentada en la premisa que el orden social, justo y equilibrado, no es el resultado del libre juego de sus elementos configuradores; éste ya “no es para el Estado un dato dado y aceptado, sino objeto de conformación”, por lo que “la acción estatal es mejorar la situación social” sobre la base de “principios e ideales de justicia social” que requieren ser plasmados en normas y acciones estatales.³²⁸

Y también es esta función la que delimita y determina el interés público que se materializa por medio de los contratos celebrados por los órganos del SPAN. Así lo entiende el legislador cuando autoriza a los entes públicos a celebrar contratos, pues en la redacción de sus normas subyace siempre la idea de que pueden celebrar todos los actos, así como los *contratos necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, funciones o competencias administrativas*.³²⁹

Revisemos algunas de esas normas.

El **art. 35**, de la **LOCBGAE**, dispone que los jefes superiores de los servicios públicos centralizados puedan ejecutar [todos] los actos y celebrar [todos] los contratos *necesarios para el cumplimiento de los fines propios del respectivo servicio*, previa delegación del Presidente de la República.

³²⁶ Ver, entre otros, los **arts. 13.1; 14.1; 16.a); 17.a)** y **19**.

³²⁷ Ver **arts. 79.ñ)** y **94.2**; entre otros.

³²⁸ PANTOJA BAUZÁ, Rolando, siguiendo a Ernst FORSTHOFF, en *op. cit.* (4), p. 269.

³²⁹ **Ley N° 19.175**, art. **17. d) y e); art. 18. b); art. 19. b)**; en relación con los **arts 2.i) y 24.h)**. Y **Ley N° 18.695**, art. **63. II)**.

En el ámbito de los Gobiernos y Administraciones Regionales, el panorama es similar al anterior, pues la **LOGyAR**, en su **art. 2º, letra i)** establece que corresponderá al intendente, en su calidad de representante del Presidente de la República en la región, representar extrajudicialmente al Estado para *la realización de los actos y la celebración de los contratos* que queden comprendidos en la esfera de su competencia. Y en su **art. 24, letra h)**, entrega al intendente, ahora en su calidad de órgano ejecutivo del gobierno regional, *la ejecución de los actos y celebración de los contratos de su competencia* o los que le encomiende el consejo. ¿Cuál es 'su competencia'? Los **arts. 13, 14, 16-19, 36 y 70, de la LOGyAR**, dan cuenta de los cometidos administrativos que se le encarga al intendente, a los Gobiernos Regionales, y al Consejo Regional. Todos apuntan, por supuesto, al cumplimiento del fin público administrativo definido en el referido **art. 3º de la LOCBGAE**.

Idéntica historia se repite en el ámbito municipal. El **art. 63, letra II)**, de la **LOCM**, establece que el alcalde tendrá la atribución de ejecutar los actos y celebrar los contratos *necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad y de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Nº 18.575*³³⁰. Las funciones municipales constan, principalmente, en los **arts. 4º, 34, 35 y 45**, todos de la LOCM; y, por supuesto, están en armonía con el **art. 3º de la LOCBGAE**.

A nivel de los servicios públicos descentralizados, ocurre igual. Al fin y al cabo, todos ejercen función administrativa en sus respectivos sectores. Citaré dos ejemplos.

Primero, el caso de las FF.AA, en cuya **Ley Orgánica Nº 18.948, de 1990**, encontramos su **art. 47, letra h)**, que establece como facultades de cada Comandante en Jefe, la de celebrar, en representación del Fisco y en conformidad a la ley, *los actos, contratos y convenciones* para la adquisición, uso y enajenación de bienes inmuebles de las Instituciones, y muebles que no sean de los indicados en las letras d) y e) precedentes; como asimismo contratar los servicios necesarios,

³³⁰ Norma relativa al encomendamiento de acciones de los servicios públicos a las municipalidades.

incluso sobre la base de honorarios, *para el cumplimiento de la correspondiente misión institucional.*

Segundo, es el caso de la Dirección General de Obras Públicas, en adelante DGOP. Este ejemplo, tiene el agregado que la redacción de la norma -al agregar casos concretos de contratos- expresa claramente la intención del legislador de considerar *a todos los contratos celebrados* por la administración, sin distinción, como instrumentos para que ésta realice su función administrativa, como veremos a continuación.

En el **art. 12 del DFL MOP N° 850, de 1998**, se lee que es atribución del Director General de la DGOP, “celebrar actos y contratos *en cumplimiento de las funciones que le corresponden* a la Dirección General de Obras Públicas, y *en especial*, comprar y vender materiales y bienes muebles; adquirir inmuebles, previa autorización por decreto supremo; tomar en arrendamiento bienes; dar en arrendamiento bienes muebles, aceptar donaciones y recibir erogaciones *para la realización de sus fines*; girar los fondos que le sean asignados, abrir y mantener cuentas corrientes bancarias en el Banco del Estado de Chile o Banco Central de Chile y girar sobre ellas; contratar crédito en cuentas corrientes bancarias que no excedan de dos duodécimos del Presupuesto Anual de la Dirección General de Obras Públicas, con la autorización previa del Presidente de la República; girar, aceptar, endosar, prorrogar, descontar y cancelar las letras de cambio y suscribir documentos de crédito; contratar pólizas de seguro contra toda clase de riesgos, endosarlas y cancelarlas, percibir y, *en general, ejecutar todos los actos y celebrar los contratos necesarios al cumplimiento de los objetivos que la presente ley encomienda a la Dirección General de Obras Públicas*” (cursiva propia).

Y el **art. 22, letra m)**, agrega, que “sin perjuicio de las atribuciones y deberes del Director General, corresponderá a los Directores, en lo que respecta a los Servicios a su cargo, *celebrar los actos y contratos* y adoptar las resoluciones *que sean necesarias para el cumplimiento de los fines de su Servicio*, de acuerdo con sus atribuciones y delegar éstas en los funcionarios de su dependencia con la aprobación del Director General.”

Queda en evidencia que contratos que tradicionalmente se ha dicho son contratos civiles de la Administración, en realidad, para nuestro legislador son instrumentos de la misma clase que los actos administrativos, es decir, *medios para que la Administración cumpla con su función administrativa*. Esta idea está en sintonía con diversas normas jurídicas que dan a este tipo de contrato un trato especial.

Ente ellas tenemos, por ejemplo, al propio **Código Civil** que ya en 1855 estableció en su **art. 1923** que los arrendamientos de bienes nacionales, municipales o de establecimientos públicos, están sujetos a *reglamentos particulares*, y supletoriamente a las normas comunes. Reglamentos particulares que no tienen otra justificación que la intención de resguardar el interés público, dada la función administrativa que se cumple mediante su celebración.

También se puede deducir de normas de Derecho Público vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, tales como, el **art. 34.2º, de la LOCBGAE**, que establece que los bienes con que se dote a los servicios centralizados serán para que éstos cumplan con sus fines propios, léase, para que cumplan su función administrativa. Esa idea se repite en el **art. 37** de la misma ley, respecto de los bienes que los servicios públicos entreguen a las Municipalidades. Ídem, en el **art. 84 del DL N° 1.939, de 1977**, del Ministerio de Tierras y Colonización, que establece que solo se pueden vender “los bienes fiscales que no sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines del Estado”.

En armonía con las disposiciones anteriores, está el **art. 34, de la LOCM**, que establece que los bienes inmuebles municipales sólo podrán ser enajenados, gravados o arrendados *en caso de necesidad o utilidad manifiesta*; el **art. 85.3** del antes citado **DL N° 1.939, de 1977**, que permite incorporar al contrato respectivo “las condiciones y modalidades que se estimen adecuadas para cautelar *el interés fiscal*”; el **art. 4 de la Ley N° 18.712**, de 1988, del Ministerio de Defensa Nacional, que aprueba nuevo Estatuto de los Servicios de Bienestar Social de las Fuerzas Armadas, y preceptúa las enajenaciones de los bienes raíces que sean *prescindibles para el cumplimiento de los fines de bienestar social*; y el **art. 62 N° 3, de la LOCBGAE**, que dispone que la utilización de los bienes fiscales en provecho de un interés privado, es una falta al principio de la probidad administrativa.

En consecuencia, es evidente que *en todo contrato celebrado por la Administración* hay un elemento de interés público que es el que justifica que, incluso los contratos que tradicionalmente se conocen como contratos civiles de la Administración, sean considerados contratos administrativos o públicos, y se les exijan diferentes formalidades para alinearse con los fines públicos-administrativos que afectan. En todo caso, en nuestro ordenamiento jurídico podemos encontrar diversas normas que dan una regulación especial a este tipo de contrato, como las contenidas en el **DL N° 1.939, de 1977**, del Ministerio de Tierras y Colonización, que fija normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, **el art. 70 de la LOCGyAR**, y el **párrafo 5° de la LOCM**.

Por su parte, la CGR ha precisado aún más esta idea de que los contratos administrativos son instrumentos para la ejecución de la función administrativa, al ser consultada sobre si ciertos contratos, que aparentemente no tienen por objeto servicios que se presten a la Administración para el desarrollo de sus funciones, sino beneficios para los funcionarios, quedan comprendidos por las regulaciones de la LBCAyPS. Por ejemplo, la contratación de servicios de una sala cuna, o los convenios que celebren los Servicios de Bienestar de los organismos públicos, con profesionales, instituciones del área de la salud u otras entidades, cuyo propósito sea mejorar el nivel de atención y servicios que entreguen a sus afiliados, y cuyo costo sea sufragado por éstos con cargo a sus remuneraciones.

El ente contralor ha dicho que ambos casos se tratan de contratos que quedan perfectamente comprendidos por la hipótesis del art. 1° de la LBCAyPS porque, en el caso de la sala cuna se busca “dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 203 del Código del Trabajo, y atendido a que en tal caso, la repartición respectiva *desarrolla una función impuesta por el ordenamiento jurídico*, cabe concluir que ella no se encuentra al margen de las disposiciones de Ley N° 19.886, ya individualizada, y su Reglamento”³³¹ (cursiva propia).

En el caso de los convenios de los Servicios de Bienestar, sostuvo “que atendido que los Servicios de Bienestar a que se refiere constituyen una

³³¹ Dictamen N° 46.589, de 2005.

dependencia de la institución pública de la que forman parte, a través de la cual *desarrollan las funciones que les han sido asignadas por el ordenamiento jurídico*, los convenios que suscriba la jefatura superior de la respectiva repartición con el objeto de *dar cumplimiento a las finalidades y funciones que corresponden a aquellas Entidades de Bienestar*, se encuentran sujetos a las disposiciones de la ley N° 19.886” (cursiva propia), y que no corresponde distinguir, “a efectos de determinar la procedencia de su aplicación, el origen de los fondos con que las respectivas prestaciones, consistentes en bienes o servicios, sean pagadas al respectivo proveedor”.³³²

Incapacidad de materializar individual y directamente la misión administrativa, y/o la conveniencia de la colaboración de otros órganos públicos o privados, nacionales o internacionales.

La incapacidad estatal, y la conveniencia -o inconveniencia- de que éste ejecute determinadas actividades, son elementos que detonan la utilización del contrato por el SPAN.

Pasemos a revisar cada uno de ellos.

a. La incapacidad estatal.

La incapacidad estatal se refiere a las limitaciones que afectan al aparataje público dada su carencia de conocimientos especializados, y de medios técnicos y económicos u otros, necesarios para hacer frente a un cambiante escenario de intereses generales cada vez más complejos y múltiples que reclaman ser satisfechos.

Este elemento nos lleva a encontrar con una Administración que no es capaz de dar cabal y eficiente cumplimiento a su misión pública y, por tanto, dotar a la comunidad de los bienes tangibles o intangibles necesarios para su desarrollo material y espiritual. Lo que, por otra parte, puede hacer peligrar la legitimidad en el ejercicio del poder público por la autoridad supraordenadora vigente.

³³² Dictamen N° 10.318, de 2007, en relación con Dictamen N° 28.985, de 2005.

Incapacidad que es, además, el elemento causal más visible y directo en los inicios de la contratación administrativa, y así fue reconocido por la doctrina francesa que lideró la puesta en la escena pública de la idea sustancial de los contratos administrativos. No olvidemos que ello sucedió en medio del Estado Social de Derecho, el cual tuvo que hacerse cargo de una multiplicidad nunca antes vista de necesidades sociales que dejó tras de sí el proceso de industrialización de la economía, y la consiguiente aglomeración de personas en las ciudades.³³³

Ello explica que GASMAN, quien sigue esa doctrina y es uno de los primeros autores nacionales en introducir tales ideas a Chile, escribiera que el Estado contrata porque no puede bastarse por sí solo³³⁴ y que acude a los contratos cuando se trata de actividades que requieren una fuerte inversión de capitales y gran técnica, capitales que, además, serán reembolsados a largo plazo y correrán riesgos de pérdida "cosas ambas que la Administración, siempre escasa de dinero, procura evitar."³³⁵

Es el mismo indicador que divisamos en los antecedentes históricos de la contratación pública revisados en el Capítulo I de este trabajo. Allí vimos cómo la monarquía medieval, incapaz de mantener en pie sus reinos, acude a los contratos de feudo para aliarse con los privados más competentes de la época: la nobleza.³³⁶ Similar dinámica se divisa en los ejemplos de contratos regulados en las normas españolas.³³⁷

³³³ Es en ese escenario dónde la Administración francesa celebra contratos con compañías de gas de alumbrado particulares para proveer de luz a diversas ciudades; con privados para que eliminen animales dañinos o perros vagos; con compañías de transporte marítimo para el traslado de pertrechos militares; y con otras para aprovisionarse de artículos de guerra, etc. etc.

³³⁴ GASMAN, German, *op. cit.*, p. 13.

³³⁵ *Ibidem*, p. 14.

³³⁶ Incapacidad monárquica que estaba representada por la carencia de una red adecuada de caminos y puentes, de un ejército profesionalizado o de una técnica administrativa eficaz que impedían entregar a la población los elementos fundamentales para mantener la cohesión del reino.

³³⁷ Por ejemplo, cuando la cadena de autoabastecimiento devenía incapaz de aprovisionar a la Corte, sus ciudades y villas, entonces, había que pedir la colaboración privada, la que se verificaba por medio de un contrato de compra regulado por normas especiales.

b. Conveniencia -o inconveniencia- estatal en asumir directamente la ejecución de ciertas actividades.

Este indicador está íntimamente relacionado con la posición ideológica que se predique del Estado, y por ende de su función administrativa. En otras palabras, con aquello que la sociedad, en un momento determinado, *crea y siente* que es el deber-hacer de un Estado en su faceta administrativa. Es en razón de ello que, dependiendo de la época, y de la actividad de que se trate, será más o menos conveniente que el Estado-Administración utilice la vía contractual.

Por ejemplo, el Estado Liberal, cuyo rol público se limitaba al mínimo necesario para mantener el orden y seguridad interna y externa, se sostenía en premisas ideológicas que predicaban la inconveniencia de que el Estado interviniera en los asuntos privados, porque era responsabilidad de cada individuo procurarse los medios necesarios para su desarrollo material y espiritual. Por lo tanto, no era necesario contratar con privados para satisfacer necesidades públicas. Todo lo contrario a lo sostenido más tarde por el Estado Social, cuyas premisas sociales y solidarias predicaban del Estado un rol activo en la satisfacción de esas nuevas necesidades, por sí o a través de terceros, por lo que dará perfecta cabida a los contratos con particulares para la prestación de servicios públicos.

En fin, hoy el rol estatal es mucho más amplio. Según lo visto, no se reduce a satisfacer necesidades públicas, sino a entregar a la sociedad los medios suficientes para que ésta alcance su mayor realización material y espiritual, definiendo como eje fundamental un armónico y equilibrado desarrollo social, cultural y económico, tanto nacional, regional como comunal. En consecuencia, la esfera de contratos administrativos que es conveniente celebrar, se ha ampliado considerablemente pasando de los íconos de la contratación administrativa clásica, a los contratos interadministrativos, de inversión extranjera, de encomendamiento de acciones, etc.

Consecuentemente, se puede observar que el parámetro de la conveniencia tiene un carácter subjetivo por lo que variará según lo hagan las ideologías dominantes de las formas de gobierno, época tras época. En cambio, el de incapacidad tiene un carácter más bien objetivo y técnico, pues exige la concurrencia de requisitos ciertos y cuantificables para su determinación.

En otro orden de ideas, si bien la colaboración pública y privada es indispensable para superar déficits técnicos y de recursos que aquejen a la Administración, y es también una buena estrategia para mejorar o perfeccionar la realización de su función. Ello no es lo único porque, además, le permite ganar en legitimidad y hacer más efectivo el ejercicio de su función pública, en la medida que cumpla con las expectativas de los administrados. E incluso, puede contribuir a dinamizar el desarrollo nacional y a consolidar los procesos democráticos.

Regulación por un régimen jurídico mixto.

El régimen jurídico es un identificador importante para los contratos públicos, porque entrega elementos diferenciadores que permiten alinear el interés privado con el interés público, buscando que sea éste último el que prevalezca en caso de conflicto, pero sin dejar en completa indefensión al privado. Para lograr ese objetivo, confluyen en este ordenamiento, normas de Derecho Público, de aplicación preferente, y normas de Derecho Privado que operan en subsidio de aquellas, y en todo lo que no se contrapongan, en conjunto con normas de Derecho Internacional cuando hay contratos internacionales. De la combinación de ellas, se logra equilibrar y armonizar dos intereses muy diferentes, pero que complementados logran beneficios para todos.

Esta idea, ya era reconocida en el siglo recién pasado, por don Manuel JARA CRISTI, quien siguiendo a Duguit precisara que no hay contratos celebrados por la Administración que estén exclusivamente regidos por el derecho común, "ya que la capacidad y forma de obrar de la administración debe ser regulada por el Derecho Administrativo". Ni los hay que prescindan completamente "de los principios jurídicos del derecho común en lo que es esencial a la materia de la contratación, pues si así no fuera se produciría una grave perturbación jurídica que pugna con la conveniencia y necesidad de hacer descansar los problemas jurídicos en una base científica estable."³³⁸

³³⁸JARA CRISTI, Manuel, *op. cit.*, pp. 207 y 208.

En la actualidad, este régimen mixto con aplicación preferente de normas de Derecho Público, tiene reconocimiento en diversas normas legales, en la doctrina y en la jurisprudencia nacional.

Entre las normas legales están el **art. 1º, de la LBCAyPS**, y repetida en el art. 1º de su reglamento; los **arts. 22 y 35, del DL N° 1.939, de 1977**, del Ministerio de Tierras y Colonización, que fija normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado; el **art. 21, de la LCOP**; y el **párrafo 5º de la LOCM**.

Las normas de Derecho Público que se aplican a los contratos administrativos son las relativas a las formalidades con que se reviste la manifestación de voluntad de los órganos públicos, los procedimientos de contratación, el control de juridicidad de la CGR, entre otros. Y respecto de normas de Derecho Privado que son aplicables a estos contratos, encontramos ejemplos en dictámenes de la CGR y en fallos de tribunales ordinarios que pasamos a revisar.

En el caso de la Contraloría, ha emitido dictámenes en que establece que el principio de la buena fe y el enriquecimiento sin causa son aplicables a la contratación administrativa.³³⁹ Por su lado, la Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado que son aplicables a estos contratos las siguientes normas del Código Civil: el **art. 1437**, que establece las fuentes de las obligaciones, el **art. 1560**, que señala que conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras, el **art. 1.444** dispone que en cada contrato se distinguen las cosas de su esencia, de su naturaleza y las puramente accidentales, el **art. 1546**, que consagra el principio de buena fe contractual. En este sentido, en un juicio entre el Ministerio de Obras Públicas y otros con miembros de la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública Fiscal denominado “Estaciones de Tránsito para Transantiago”, dicha Corte resolvió que “la iluminación de las calzadas y veredas no pueden sino ser consideradas como cosas de la esencia o, al menos, de la naturaleza de la obra licitada, cual fue la implementación del plan de transporte urbano de Santiago, para cuya construcción, mantenimiento y

³³⁹ Dictámenes N° 52.567, de 2008; N° 13.937, de 2010; y 27.376/2010.

ejecución el Estado llamó a licitación. Por lo mismo, las referidas obras constituían una obligación de la concesionaria, toda vez que no se podría concebir la ejecución de la obra sin su necesario complemento de iluminación que haga posible el acceso seguro y convergente del público general y peatonal dirigido a las respectivas estaciones (considerando 5º, sentencia de reemplazo).³⁴⁰

Y, finalmente, también hay ciertos contratos administrativos internacionales que quedan regidos por normas jurídicas extranjeras. En este sentido la CGR ha dictaminado que “en la celebración de aquellos convenios que tengan por objeto ejecutar o cumplir programas financiados por organismos internacionales, siempre que los mencionados organismos internacionales prevean normas especiales sobre las reglas a que deben someterse los respectivos convenios, [éstas] prevalecerán sobre los procedimientos dispuestos en Ley N° 19.886.”³⁴¹

³⁴⁰ Legal Publishing N° 46959.

³⁴¹ Dictamen N° 12.679, de 2005. En el mismo sentido se pronunció el dictamen N° 33.004, de 2007 y el dictamen N° 657, de 2010.

CONCLUSIÓN.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, contrato administrativo debe ser entendido como un instrumento jurídico de que se vale el Sector Público Nacional para realizar función administrativa, dada la incapacidad de materializar individual y directamente esa misión, y/o la conveniencia de la colaboración de otros órganos públicos o privados, nacionales o internacionales, en la materialización de la misma, quedando regulado por un régimen jurídico mixto en que confluyen la aplicación de normas de Derecho Público complementadas por normas de Derecho Privado y de Derecho Internacional.

Esta nueva forma de entender al contrato administrativo implica dejar atrás la diferenciación, en algunos casos sustantiva, que se hacía entre ‘contratos públicos’, ‘contratos de la Administración’, ‘contratos civiles de la Administración y ‘contratos administrativos’, para unificarlos bajo un misma idea que tipifica su estructura contractual básica: estar al servicio de los órganos del Sector Público Nacional para que materialicen función administrativa, conservando, eso sí, sus naturales diferencias.

Ahora, ¿por qué esta visión es preferible a aquella basada en la doctrina de los servicios públicos que ha predominado en la escena administrativa nacional desde la década de los 30's del siglo recién pasado? Por las siguientes razones:

Primero, porque aquella idea era propia de una fórmula política y de administrar que han sido superadas por la estructura de gobierno actual: me refiero al Estado de Bienestar y a su función administrativa de servicio público. Hoy, en cambio, estamos en presencia de un Estado de configuración y/o cooperación social cuya función administrativa busca crear las mejores condiciones sociales para la mayor realización espiritual y material posible de sus administrados, yendo más allá de la sola acción de proveerles sus necesidades generales.

Por lo tanto, esta nueva visión permite adecuar la teoría de los contratos administrativos a las ideas político-administrativas vigentes, y por lo mismo, obtener mejores ventajas de su uso.

Segundo, porque dicha visión contribuyó a afianzar el artificio heredado de la Teoría del *Fiskus* de que el Estado puede actuar ya como el órgano supraordenador que es, ya como privado. Lo que hizo que muchos de los contratos que celebrara quedaran regulados por un ordenamiento regido por principios de Derecho Privado, dejando desprotegido el interés general que es la razón de ser y de actuar del Estado, por lo mismo, atentando contra su propia esencia, y entrabando un eficiente manejo de los recursos públicos y el eficaz ejercicio de la función administrativa.

Frente a este escenario, la nueva visión en comento contribuye a depurar nuestro Estado Constitucional de reminiscencias propias de gobiernos monárquico-absolutistas, y ayuda a enfocarse de mejor manera en la promoción y/o resguardo del interés general.

Tercero, porque la doctrina clásica afianzó la falta de uniformidad de los contratos celebrados por el Sector Público Administrativo Nacional que ha dificultado enormemente la sistematización de todos ellos en un ordenamiento jurídico orgánico que los regule bajo unas directrices comunes garantizadoras del correcto ejercicio de la función administrativa por los diversos órganos, tanto público como privados, que integran dicho sector.

En cambio, el enfoque presentado en este trabajo busca precisamente lo contrario, es decir, servir de puntapié inicial en el estudio y elaboración de una normativa orgánica para todos los contratos celebrados por los órganos del sector público nacional en ejercicio de su función administrativa, que dé cuenta de las naturales diferencias que existen entre ellos, pero a la vez, los organice dentro de una misma familia de contratos, de la misma forma como bajo la clase de contratos civiles conviven diferentes tipos de ellos.

Y cuarto, porque el criterio de la función administrativa, sin adjetivo, como elemento configurador de la esencialidad de los contratos celebrados por la Administración carece de la rigidez de hacer la asociación a elementos tan específicos y propios de una determinada época, como lo fue la idea de servicio público.

En consecuencia, este criterio genérico tiene la permeabilidad necesaria para dar espacio a la adecuación del contenido de los contratos de la Administración cuando por el paso del tiempo, se produzca el cambio de las expectativas de la sociedad respecto de la actuación de la Administración, y por ende, cambie su función administrativa.

BIBLIOGRAFÍA.

Doctrina.

1. AMUNÁTEGUI RIVERA, José D., *Administración Política i Derecho Administrativo: estudios* (1), Imprenta Cervantes, Santiago de Chile, 1894.
2. AMUNÁTEGUI RIVERA, José D., *Tratado Jeneral de Derecho Administrativo aplicado a la lejislacion de Chile* (2), Imprenta, litografía y encuadernación Barcelona, Santiago, 1907.
3. AMUNÁTEGUI RIVERA, José D., *Resumen de Derecho Administrativo aplicado a la Lejislacion de Chile* (3), Imprenta y Litografía La Razón, Montevideo, 1900.
4. AYWIN AZÓCAR, Patricio, *Manual de Derecho Administrativo* (1), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1952.
5. AYWIN AZÓCAR, Patricio, *Derecho Administrativo: Teoría del acto administrativo y contencioso administrativo* (2), Editorial Universitaria S.A, Santiago, 1959.
6. BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DANZINGER, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la Ley Compras*, Legal Publishing, Santiago, 2009.
7. BOENINGER, Edgardo, *Políticas Públicas en democracia: institucionalidad y experiencia chilena, 1990-2006*, colección CIEPLAN, Uqbar editores, 3a edición, 2010.
8. BUSTOS RODRÍGUEZ, Manuel, *Los Siglos Decisivos, en Historia de Cádiz*, Sílex Ediciones S.L, España, 2005.
9. CALDERA DELGADO, Hugo, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, Ediciones Parlamento Ltda., Santiago, 2001.
10. CAMACHO CÉPEDA, Gladys, *La actividad administrativa en la doctrina chilena: 1859-2009*, artículo inserto en libro *Derecho Administrativo, 150 años de Doctrina*, Rolando Pantoja Coordinador, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
11. CELIS DANZINGER, Gabriel, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Thomson Reuters PuntoLex, Santiago, 2010.
12. CLARO SOLAR, Luis, *Los contratos sobre suministro de electricidad y dos fallos de la Corte Suprema*, RDJ, sección Derecho, Marzo a Julio de 1922, Nº 1-5, pp. 5-38.

13. EYZAGUIRRE, Jaime, *Historia del Derecho*, Ed. Universitaria, Santiago, 2006.
14. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª edición, Civitas ediciones, S.L, Madrid, 2002.
15. GASMAN, Germán, *La Teoría de la Imprevisión y los Contratos Administrativos*, Talleres Gráficos Gutenberg, Santiago, 1937.
16. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, T. I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
17. HAURIOU, Maurice y BEZIN, Guillermo, *La Declaración de voluntad en el Derecho Administrativo Francés*, RDJ, año I, marzo 1904.
18. HELLER, Hermann, *Teoría del Estado* (1), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1990.
19. HELLER, Hermann, *Las ideas políticas contemporáneas* (2), Editorial Labor S.A, Barcelona, 1930.
20. Historia Universal, *La Antigüedad: Asia y África. Los primeros griegos*. Tomo III, Editorial Salvat, Lima, 2005.
21. Historia Universal. *El siglo XIX en Europa y Norteamérica*, t. 17, Salvat Editores S.A, Lima, 2005.
22. IRIBARREN, Juan Antonio, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Nascimento, Santiago, 1940.
23. JARA CRISTI, Manuel, *Derecho Administrativo, Anotaciones de Clases*, Artes y Letras Impresores, Santiago, 1943.
24. LETELIER MADARIAGA, Valentín, *Apuntaciones de Derecho Administrativo (clases de don Valentín Letelier)* (1), Imprenta i Encuadernación Chile, 1907.
25. LETELIER, Valentín, *Dictámenes de don Valentín Letelier, Fiscal del Tribunal de Cuentas, 1891-1918* (2), Imprenta, Litografía, Encuadernación La Ilustración, Santiago, 1924.
26. LETELIER, Valentín, *Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales. Introducción al estudio del Derecho Público* (3), Cabut y Cía. Editores, Buenos Aires, 1917.
27. LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos, Parte General*, t. I, 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

28. *Los Códigos Españoles, concordados y anotados* (1), t. I, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1847.
29. *Los Códigos Españoles, concordados y anotados* (2), Tomo II, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1848.
30. *Los Códigos Españoles, concordados y anotados* (3), Tomo VI, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1849.
31. *Los Códigos Españoles, concordados y anotados* (4), Tomo VII, Imprenta de la Publicidad, Madrid, 1850.
32. MERINO, Ernesto, *Derecho Administrativo, apuntes*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1936.
33. MORAGA KLENNER, Claudio, *Los Contratos Administrativos en la doctrina chilena (1859-2009)* (1), artículo inserto en Libro *Derecho Administrativo, 150 años de doctrina*, Coordinador ROLANDO PANTOJA BAUZÁ, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
34. MORAGA KLENNER, Claudio, *Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Formal de la Administración del Estado* (2), Tomo VII, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010.
35. MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación Administrativa* (3), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
36. MUÑOZ CHIÚ, Natalia, *La Organización Administrativa del Estado: 1859-2009*, en libro *Derecho Administrativo, 150 años de Doctrina*, Rolando Pantoja Coordinador, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
37. PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La Doctrina Chilena de Derecho Administrativo y su Contexto Jurídico Político* (1), en *Derecho Administrativo, 150 años de doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
38. PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *El Derecho Administrativo. Concepto, características, sistematización, prospección* (2), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
39. PANTOJA BAUZÁ, Rolando, en *Los 120 años de cátedra de derecho administrativo y la huella imborrable de don Valentín Letelier* (3), artículo inserto en libro *Derecho Administrativo, 120 años de cátedra*, Rolando Pantoja Coordinador, Editorial de Chile, Santiago, 2008.
40. PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y Administración del Estado* (4), T. I, Rolando Pantoja Coordinador, Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, 2010.

41. PANTOJA BAUZÁ, Rolando, *La tipología asumida por la Administración Pública como función estatal, en su proceso adaptativo a la evolución experimentada por el Estado moderno constitucional: desde la summa potestas a la concreción humanista de la solidaridad* (5), en libro *Derecho Administrativo, 120 años de cátedra*, Rolando Pantoja B. Coordinador, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
42. POBLETE VINAIXA, Julia, *Actos y Contratos Administrativos*, 5ta Edición revisada y actualizada, Legal Publishing, Santiago, 2009.
43. PRADO, Santiago, *Principios Elementales de Derecho Administrativo Chileno, adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, siguiendo el plan y la teoría de varios autores*, Imprenta Nacional, Santiago, 1859.
44. *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, mandada imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey Don Carlos II, Nuestro Señor, Tomo Primero, 5ª Edición, Doix, Editor, 1841.
45. ROMERO, José Luis, *La Edad Media*, Fondo de Cultura Económica, México, 1949.
46. SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España* (1), Tomo I, Librería de Lecointe, París, 1844.
47. SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España* (2), Tomo II, Librería de Lecointe, París, 1844.
48. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo* (1), T. II, Editorial Universitaria, Santiago, 1959.
49. SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes* (2), Editorial Jurídica de Chile, reedición, Santiago, 2001.
50. SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, bases fundamentales* (1), Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.
51. SOTO KLOSS, Eduardo, *La Contratación Administrativa* (2), en RDJ, Tomo 75, sección Derecho, 1978.
52. SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo, temas fundamentales* (3), 2a edición actualizada, Abeledo Perrot-Legal Publishing, Santiago, 2010.
53. VARAS CONTRERAS, Guillermo, *Derecho Administrativo*, Editorial Nacimiento, Santiago, 1940.

54. VILLALOBOS R., Sergio, SILVA G., Osvaldo, SILVA V., Fernando, ESTELLÉ M., Patricio, *Historia de Chile*, Editorial Universitaria, Santiago, 2001.

Legislación:

1. Constitución Política de la República de Chile, de 1828.
2. Constitución Política de la República de Chile, de 1833.
3. Constitución Política de la República de Chile, de 1980, con sus modificaciones.
4. Ley Nº 10.336, de 1964, de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.
5. Ley Nº 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.
6. Ley Nº 18.556, Ley Orgánica Constitucional sobre Sistema de Inscripciones Electorales y Servicio Electoral.
7. Ley Nº 18.948, Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.
8. Ley Nº 18.918, Ley Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.
9. Ley Nº 17.997, Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.
10. Ley 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile.
11. Ley Nº 19.175, Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.
12. Ley Nº 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
13. Ley Nº 18.091, que establece normas complementarias de incidencia presupuestaria, de personal y de administración financiera.
14. Ley Nº 18.803, que otorga a los Servicios Públicos la autorización que indica (contratación de acciones de apoyo).
15. Ley Nº 18.928, fija normas sobre Adquisiciones y Enajenaciones de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y Servicios de las Fuerzas Armadas.
16. Ley 18.989, Ley del Fondo Solidario e Inversión Social.
17. Ley 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido.

18. Ley Nº 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.
19. Ley Nº 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios.
20. Ley Nº 19.908, permite la emisión de deuda pública mediante medios inmateriales y autoriza al Fisco y a otras entidades del sector público para la contratación de instrumentos de cobertura de riesgos financieros.
21. Ley Nº 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública.
22. Decreto Ley Nº 1.263, Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado.
23. Decreto con Fuerza de Ley Nº 850, del MOP, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 15.840, de 1964 y del DFL. Nº 206, de 1960. (LOC MOP).
24. Decreto Nº 900, de 18 de diciembre de 1996, del MOP que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP Nº 164, de 1991. (Ley de Concesiones de Obras Públicas).
25. DFL 1-3.063, de 13 de junio de 1980, del Ministerio del Interior, que reglamenta la aplicación del art. 38.2 del DL Nº 3.063, 1979.
26. DFL Nº 36, de 27 del diciembre de 1980, del Ministerio de Salud Pública, sobre normas que se aplicarán a los convenios que celebren los Servicios de Salud.
27. DL Nº 1.939, de 10 de noviembre de 1977, del Ministerio de Tierras y Colonización, sobre normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado.
28. DL Nº 2.349, de 28 de octubre de 1978, del Ministerio de Hacienda, que establece normas sobre contratos internacionales.
29. DL Nº 2.763, de 3 de agosto de 1979, del Ministerio de Salud Pública, reorganiza el Ministerio de Salud y crea los Servicios de Salud, el Fondo Nacional de Salud, el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud.
30. DL Nº 600, de 1974, que fija Estatuto de la Inversión Extranjera.

31. Decreto N° 48, de 09 de septiembre de 1994, del MOP, que deroga Decreto N° 334, de 1984 y sus modificaciones posteriores y aprueba nuevo Reglamento para Contratación de Trabajos de Consultoría.
32. Decreto N° 236, de 01 de julio de 2003, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, aprueba Bases Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización.

Jurisprudencia.

1. La Gaceta de Tribunales.
2. La Revista de Derecho y Jurisprudencia.
3. La Revista Gaceta de Tribunales y de Derecho y Jurisprudencia.
4. La Gaceta Jurídica.
5. Legal Publishing.
6. Dictámenes de la Contraloría General de la República.