



APLICABILIDAD DE REGLAS CIVILES EN LA NULIDAD DEL CONTRATO DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho

Tesista: Ricardo Concha Machuca

Prof. Director: Dr. Juan Carlos Ferrada

Septiembre de 2011

## INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, se ha entendido que la nulidad del acto jurídico de derecho privado y la nulidad administrativa son dos institutos distintos, en cuanto a su fundamento, requisitos y consecuencias. Tal dicotomía da lugar a tensiones entre ambos regímenes, que se manifiestan claramente en los casos fronterizos de reglamentación pública o privada<sup>1</sup>, lo que precisamente acontece en la determinación del estatuto jurídico de la nulidad de los contratos de la Administración<sup>2</sup>.

En el derecho chileno no se han fijado criterios normativos que indiquen cuál es el régimen de nulidad aplicable a los contratos de la Administración. Entonces, cuando se señala que un contrato de la Administración adolece de nulidad, no existen criterios definidos que indiquen qué reglas aplicar. Ello, además se da en el marco de una incompleta reglamentación de la nulidad administrativa, de la carencia de una ley general que regule los contratos del sector público y la ausencia de una jurisdicción contenciosa administrativa especializada.

Dado este contexto normativo, la Corte Suprema se ha manifestado por la nulidad de los actos administrativos antecedentes a un determinado contrato; empero, ha rechazado

---

<sup>1</sup> El problema subyacente es la división entre derecho público y privado, al respecto se ha escrito: “la distinción entre Derecho privado y Derecho público –que es para los estudiosos del Derecho la distinción por antonomasia- es quizá una de las cuestiones más oscuras, complejas y difíciles de la teoría general del Derecho. Durante siglos se han enconado las diferentes direcciones doctrinales, se han propuesto las fórmulas más dispares y no se ha llegado a la deseada solución. Complica, desde luego, el problema su estrecha conexión con las doctrinas y constituciones políticas, que viene hacerlo radicalmente inseguro” cfr. DÍEZ – PICAZO, Luis (1997), *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, pág. 41. Sin embargo, anterior a dicha división, en un sentido elemental, todo derecho es público: “en definitiva, la publicidad del derecho se muestra en todas sus características esenciales: en su función antropológica como institución, en la naturaleza relacional de las virtudes en que se sostiene y de los bienes que realiza y en la organización que permite que sus normas se impongan con independencia de las razones que tengamos para observarlas, gracias a una jurisdicción obligatoria, cuyas decisiones se imponen por la fuerza” cfr. BARROS, Enrique (2001), “Lo público y lo privado en el derecho”, *Estudios Públicos*, núm. 81, págs. 8 y 9.

<sup>2</sup> Más allá de un problema dogmático, la dicotomía público o privado, confluye en lo que se refiere a las dos formas clásicas de la justicia: distributiva y conmutativa, en este sentido, cfr. BOBBIO, Norberto (2004) *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política* (trad. cast. de José Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México, págs. 20 y 21.

la acción de nulidad deducida para impugnar el contrato mismo, en atención a que, según se falló, se demandó la nulidad de derecho público, la que no es aplicable a la clase del contrato de autos, por tratarse de una compraventa, contrato típico de derecho privado, aun cuando sea parte un órgano de la Administración del Estado<sup>3</sup>.

Este fallo resolvió sobre la nulidad de un negocio jurídico que data de agosto de 1995 por el que la Municipalidad de Viña del Mar celebró con un particular un contrato de compraventa, en virtud el cual vendió un determinado inmueble. Dicho bien raíz, situado en lo que hoy en día es parte de la comuna de Concón, se encontraba destinado a equipamiento comunitario<sup>4</sup>.

Como órgano de la Administración del Estado, la municipalidad vendedora se ajustó al procedimiento administrativo –aun cuando no en los presupuestos exigidos para su validez, como se verá- respectivo para producir los actos administrativos que posteriormente sustentarían la venta del inmueble. Así, las decisiones administrativas antecedentes al contrato, se ejecutan en sendos acuerdos del Concejo Municipal, y decretos alcaldicios respectivos; y en definitiva, con la adjudicación del contrato a uno de los oferentes.

Con respecto al marco jurídico de este contrato, cabe considerar, que en nuestro derecho, en general los inmuebles de propiedad municipal, están restringidos en su comercio, y únicamente se pueden enajenar en caso de utilidad manifiesta. En especial, y a mayor abundamiento, los inmuebles municipales destinados a equipamiento comunitario, únicamente se pueden enajenar bajo ciertas condiciones especiales, *i.e.* cuando el acto de disposición tenga por finalidad instalar obras de equipamiento vecinal o comunitario en una ubicación y espacios más adecuados que los originales. En este caso, la Municipalidad de Viña del Mar, habría preterido tales restricciones legales.

En virtud de la ilegalidad, y en fin, invalidez de los actos de la municipalidad, la Junta de Vecinos de Bosques de Montemar, demandó tanto la nulidad de los actos

---

<sup>3</sup> Cfr. *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

<sup>4</sup> En cuanto a la época del contrato, cabe señalar que es de sólo meses antes de la vigencia de la ley que estableció la comuna de Concón y su municipalidad.

administrativos que soportan dicha venta, como del mismo contrato. Ello, sobre la base de los artículos 6° y 7° de la Constitución, la *Ley orgánica constitucional de municipalidades*, y disposiciones de la *Ley general de urbanismo y construcciones*. En la exposición de los fundamentos de derecho de la demanda, además enunció las reglas de los arts. 1462 y 1682 del Código Civil. Cabe señalar que también compareció la Municipalidad de Concón, como tercero coadyuvante de la parte demandante.

El tribunal de primera instancia, acoge la demanda en todas sus partes, declara la nulidad de derecho público de los actos administrativos antecedentes al contrato, esto es, acuerdos del Concejo Municipal y sendos decretos alcaldicios; y en consecuencia, declaró nulo el contrato de compraventa celebrado entre la Municipalidad de Viña del Mar y la sociedad compradora, y ordenó cancelar la inscripción de dominio respectiva.

La Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo en alzada, también declara la nulidad de derecho público de los acuerdos del Concejo Municipal y de los decretos alcaldicios respectivos, pero rechaza declarar la nulidad del referido contrato. Se resolvió que no cabía declarar la nulidad del contrato mismo, ya que al tratarse de la compraventa de un inmueble, se rige por la nulidad establecida en el Código Civil. Así, se falló que el régimen aplicable es el contemplado en el Código Civil, pero que como no se invocó por el demandante, no cabe declarar la nulidad del contrato<sup>5</sup>. En definitiva, como se expuso, la Corte Suprema falló declarando la nulidad de derecho público de los actos administrativos que sirvieron de antecedente al contrato, esto es, del llamado a licitación y la adjudicación, pero no así la nulidad del contrato, la que correspondería al derecho privado, en exclusiva, y sin consideraciones publicistas.

Esta causa, creo que constituye una buena muestra de la comprensión institucional de los sistemas de nulidad disponibles en nuestro ordenamiento jurídico (nulidad de derecho privado y nulidad administrativa), como aplicables en bloque y totalmente escindidos uno del otro. Tal dicotomía, da lugar a soluciones jurisprudenciales poco

---

<sup>5</sup> En este sentido, el considerando octavo del fallo reza que “su impugnación debe centrarse en la normativa del estatuto al cual pertenece, esto es el Derecho Privado, y así determinar si la convención en estudio es nula, ya sea en forma absoluta o relativa de acuerdo al vicio que le afecte y se alegue, conforme al Código Civil”. cfr. *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

adecuadas en los casos fronterizos de reglamentación pública o privada. Esto último, en concreto, se manifiesta en que no se reconoce el vínculo de validez entre el procedimiento y el contrato, lo que a mi entender constituye una distorsión, de acuerdo con los parámetros de validez en el derecho. A mi juicio, para superar dicha distorsión, es de suyo necesario considerar que la validez del contrato de la Administración del Estado, presenta elementos estructurales públicos y privados, que lo configuran como una institución compleja y heterogénea.

En el estado del derecho chileno, las normas de nulidad se estiman aplicables por la jurisprudencia, cada una en su respectivo campo, esto es, tanto la nulidad de derecho público para los actos administrativos, como las reglas de nulidad de derecho privado para los actos privados, y tal como se interpretan institucionalmente desconocen la naturaleza heterogénea del contrato de la Administración. Así, sucede en particular en el caso *Bosques de Montemar*, por la vía del aserto jurisprudencial de que, por una parte, el Código Civil es el régimen aplicable única y exclusivamente al contrato y, por otra, que la nulidad de derecho público, es aplicable únicamente a la fase precontractual, sin considerar que la nulidad de un acto administrativo que forma el procedimiento pudiese afectar la validez del contrato.

De tal panorama pareciera que ningún régimen disponible en el derecho chileno se aplicaría de una manera que reconozca exhaustivamente la heterogeneidad del contrato de la Administración. Así, aunque el sujeto público infrinja el principio de juridicidad en la etapa de la formación administrativa del contrato, y se anulen dichos actos afectando la validez material y formal del contrato, éste subsiste sin un procedimiento que lo sustente, lo que se demuestra en el caso *Bosques de Montemar*, en la solución dada finalmente por la Corte Suprema, en orden a anular los actos administrativos antecedentes, entre ellos la adjudicación, pero no así el contrato.

De este modo, en el referido caso un órgano de la Administración del Estado ha contratado eficazmente sin un procedimiento administrativo válido que sustente el contrato. Un problema similar ocurre con la jurisprudencia especial recaída en la acción de impugnación establecida para los contratos administrativos de suministros y prestación de servicios. En efecto, el Tribunal de Contratación Pública tiende a restringir el efecto

anulatorio dentro de los límites del procedimiento administrativo de contratación, sin afectar al contrato. En particular, cuando éste se ha cumplido, se ha fallado que no es posible retrotraer el procedimiento licitatorio a la etapa del acto viciado. Así, el contrato no se declara nulo, a pesar de recaer en un procedimiento viciado<sup>6</sup>.

En suma, el problema consiste en que los regímenes de nulidad disponibles, al menos en la forma entendida por la jurisprudencia, no se presentan exhaustivos ni congruentes con la naturaleza compleja de la *norma de competencia completa* del contrato de la Administración, ya que, ni uno ni otro, tanto en el aspecto formal como material reconoce la heterogeneidad que lo estructura.

Para solucionar este problema, y la principal arista en que se manifiesta, esto es, la desvinculación entre procedimiento y contrato, esta tesis postula la aplicabilidad de un régimen de nulidad que reconozca la especificidad compleja de la validez del contrato de la Administración, derivada de la heterogeneidad de su norma de competencia completa. Esta propuesta, se manifiesta en que un régimen adecuado de nulidad (*i.e.* congruente y exhaustivo), debe reconocer las características heterogéneas de la validez del contrato de la Administración, dada por la participación de un sujeto – poder público (que persigue el interés público y se rige por el principio de juridicidad), en un acto jurídico bilateral, convención de carácter contractual, y argumenta que dicho carácter se presenta para todo el fenómeno de la contratación administrativa. Ahora bien, la vía para establecer un régimen unitario de nulidad congruente con la validez, consistiría en compatibilizar la dogmática civil y administrativa, reconociendo la especificidad antedicha de la institución en estudio.

En este contexto, como hipótesis de trabajo, esta tesis estudiará si las reglas civiles resultan aplicables a la nulidad del contrato de la Administración. Precisamente, se discute acerca del estatuto jurídico aplicable y sobre las bases de la aplicabilidad reglas de nulidad formuladas en general para los contratos, de acuerdo con las nociones de poder contractual de la Administración, validez y nulidad. Se cuestiona si las reglas civiles claudican o no frente a la lógica de la actuación de la Administración como sujeto público reglado y si la nulidad administrativa claudica o no frente a la lógica contractual presente la institución.

---

<sup>6</sup> Cfr. *infra* IV.3.

Además, se argumenta que en la formulación de un régimen adecuado de nulidad para el contrato de la Administración, pareciera pertinente y relevante, fijar el vínculo de validez entre la fase precontractual y el contrato.

Estimo que de trabajar con esta hipótesis, se avanzaría en reconocer en el régimen de nulidad, la naturaleza de la validez del contrato de la Administración, presentándose soluciones aceptables a problemas dogmáticos, con consecuencias prácticas de gran relevancia en nuestro medio.

En este contexto, este trabajo de investigación se estructura en cuatro capítulos.

En el capítulo I, referido a la relación normativa Código Civil – Derecho Administrativo, se plantea el tópico general en que se discute la aplicabilidad de las reglas. Antes que nada, a esta tesis le concierne una toma de posición respecto de los postulados que se establecen como predominantes en el contexto del derecho europeo continental, pertinente al nuestro, acerca de las relaciones de aplicabilidad y límites recíprocos, presentes entre las reglas civiles y el Derecho Administrativo. Para ello se exponen las bases de esta tesis en materia de relación normativa Código Civil – Derecho Administrativo. Se tratan dos aspectos. Uno dice relación con los límites del ámbito de regulación de ambos ordenamientos. El otro se trata de la aplicabilidad del Código Civil frente al Derecho Administrativo.

En el capítulo II, que versa sobre el contrato de la Administración y el poder contractual, se analiza el tópico de la contratación administrativa, desde la perspectiva del poder contractual de la Administración del Estado, mediante un desarrollo que pretende constituir una explicación que alcance tanto a contratos privados de la Administración como administrativos en sentido estricto, elaborada a partir de la reglamentación de la competencia o poder para contratar conferida a la Administración del Estado, (*i.e.* el régimen jurídico de perfeccionamiento de las obligaciones contractuales de la Administración). Ahora bien, más que definir y clasificar perentoriamente el fenómeno de la contratación administrativa, se exponen las categorías dogmáticas tradicionales a efectos analíticos, rescatándose que independiente de la explicación que se siga, la especialidad del

contrato siempre está dada por su carácter *complejo o heterogéneo* cuya *norma de competencia completa* recoge elementos privados y públicos.

En el capítulo III, referido a la validez y nulidad en general respecto del contrato de la Administración, se analiza el marco dogmático acerca de la nulidad del acto jurídico, pertinente al contrato de la Administración. Así se consideran conceptos elaborados en teoría general del derecho, en atención a que sirven para explicar y comprender las reglas de nulidad. En cuanto al tratamiento dogmático, se estudia desde una perspectiva general de los conceptos y características de los sistemas privados y públicos sobre nulidad, para enseguida analizar la adecuación y aplicabilidad en general de estos en el régimen de nulidad del contrato de la Administración. Para ello se considera el marco teórico relativo a la validez del negocio jurídico, adquiriendo relevancia la noción de norma de competencia; determinándose la posición de este trabajo de investigación en cuanto al concepto de nulidad, resultando establecido de que se trata cuando se discute sobre validez y nulidad, y cual es el alcance hermenéutico y la relación entre estos conceptos (que operan en diversos planos, el teórico y el jurisprudencial, respectivamente). Seguidamente, se estudia la estructura en general de la nulidad derecho privado y administrativa, sentando sus conceptos y diferencias<sup>7</sup>.

En el capítulo IV, que se plantea sobre el régimen adecuado de nulidad para el contrato de la Administración, se analiza la adecuación y aplicabilidad concreta de las reglas de nulidad, interpretadas de acuerdo con el desarrollo anterior, según que la nulidad depende de la validez, y ésta de la norma de competencia. Así, si la norma de competencia del contrato es compleja y heterogénea, también lo debería ser su régimen de nulidad. Del mismo modo se estudian soluciones a la más urgente de las diversas aristas, que a mi entender surgen del problema planteado. Con los elementos anteriores sentados y debidamente relacionados, se analiza en especial un aspecto primordial de la nulidad del contrato de la Administración que, a mi entender, no se soluciona adecuadamente en el

---

<sup>7</sup> No es el objetivo de este trabajo analizar una teoría del vicio de nulidad en el contrato de la Administración, sino que argumentar en el sentido del estatuto aplicable. Se procede de este modo porque el planteamiento de esta tesis se dirige al estudio de problemas comunes a contratos privados y administrativos y no a un estudio en especial de cada tipo de contrato, ni consiste en una teoría del vicio del contrato de la Administración.



estado de la jurisprudencia. Así, se estudia el vínculo jurídicamente relevante, según la formulación propuesta, entre el procedimiento administrativo de contratación y el contrato mismo.

En resumen, el método de la tesis consiste en analizar la aplicabilidad y adecuación o ajuste de las reglas de nulidad, a la nulidad del contrato de la Administración del Estado considerando tres pilares: (1) relación Código Civil- Derecho Administrativo, (2) elementos del poder contractual de la Administración y, (3) validez y nulidad, tanto en concepto teórico como en tratamiento dogmático.

El recurso al derecho comparado se limita al europeo continental, de raíz francesa, y se explica, por dos razones: la primera, es que según se sostiene tradicionalmente, éstos constituyen la matriz de nuestro Derecho Administrativo. La segunda, es que a pesar de constar con diversas fuentes formales, se presentan problemas, en cierta medida, similares a los nuestros, lo que justifica su revisión y la consideración de su dogmática, con reservas, eso sí. Así la referencia al derecho comparado, nos muestra como el problema se plantea en general y que las soluciones son diversas según el propio orden jurídico<sup>8</sup>.

En cuanto al empleo de jurisprudencia, ésta más bien nos demuestra la problemática, y se estudiará cualitativamente en lo pertinente al problema planteado, con el empleo de “temas testigos”.

---

<sup>8</sup> En especial, se presenta tal situación con respecto a dos temáticas, una es las relaciones Código Civil – Derecho Administrativo, y la otra el vínculo procedimiento contrato. En materia de validez y nulidad en general, resulta más adecuado recurrir a la teoría general del derecho, que al derecho comparado, considerando las diversas reglas entre un ordenamiento y otro, junto con las particularidades de las reglas chilenas, tanto en el derecho privado como en el Derecho Administrativo.

## CAPÍTULO I. RELACIÓN NORMATIVA CÓDIGO CIVIL - DERECHO ADMINISTRATIVO

## CAPÍTULO I

### RELACIÓN NORMATIVA CÓDIGO CIVIL - DERECHO ADMINISTRATIVO

#### 1. *Problemática*

La relación normativa Derecho Civil - Derecho Administrativo involucra diversos aspectos, posibles de enfocar desde diferentes perspectivas. A esta tesis interesan dos aspectos. El primero se trata de determinar cuándo ha de aplicarse el Código Civil y cuándo el Derecho Administrativo en una determinada institución. El segundo consiste en la aplicabilidad del Código Civil en Derecho Administrativo. La perspectiva se acota a lo que interesa a esta tesis, es decir, lo que resulte pertinente y relevante en materia de aplicabilidad de las reglas de nulidad del Código Civil a la nulidad del contrato de la Administración. De este modo, para lo primero, se circunscribe al alcance del Código Civil, en cuanto a las zonas grises de regulación administrativa o privada, cuyo límite está dado por el ámbito propio de Derecho Administrativo, frente a aquél. Para lo segundo se limita a la eventual aplicabilidad general del Código Civil, en caso de falta de regla especial en Derecho Administrativo. Metodológicamente, se toma posición en cada uno de los tópicos indicados, sobre la base de la literatura pertinente y relevante, dentro del sistema de régimen administrativo seguido en el ordenamiento jurídico chileno.

Ahora bien, tanto en lo primero, como en lo segundo, determinante resulta el carácter específico del Derecho Administrativo. Ambos aspectos serán relevantes para determinar el régimen de nulidad aplicable a los contratos de la Administración.

#### 2. *El Derecho Administrativo como estatuto de las relaciones jurídicas de la Administración*

Antes de entrar en la discusión en torno a la aplicabilidad de las reglas del Código Civil en el ámbito propio del ordenamiento administrativo, cabe considerar el carácter potestativo del Derecho Administrativo.

Para iniciar la discusión, entonces, imprescindible resulta considerar el carácter del Derecho Administrativo, como ordenamiento que establece, regula y limita potestades administrativas, en vista del interés público que la Administración está llamada a cumplir. De este modo, el problema se dirige hacia el carácter del Derecho Administrativo, y aquí cabe una precisión: se trata de un derecho potestativo, exorbitante y especial, que contiene su propio derecho común, que se suple o integra a si mismo<sup>9</sup>.

El Derecho Administrativo se define tradicionalmente como el derecho de la Administración Pública, esto es “un conjunto de principios y normas jurídicas que regulan la organización, los medios y formas de actuación de los órganos que forman parte de aquella, con un contenido distinto del que poseen las normas que regulan las relaciones entre los sujetos privados”<sup>10</sup>.

Esta definición, está dada para el Derecho Administrativo de raíz europea continental<sup>11</sup>, en que éste constituye un régimen potestativo, con un contenido específico de potestades y privilegios exorbitantes al derecho privado, cuyo titular es la Administración del Estado. Este fenómeno normativo, en el sistema francés, se denomina “régimen administrativo”<sup>12</sup>, y en el español por la doctrina mayoritaria, está dado por la concepción estatutaria del sistema de Derecho Administrativo, que lo concibe como el derecho propio y

---

<sup>9</sup> En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004) *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, pág. 64.

<sup>10</sup> Cfr. FERRADA, Juan Carlos (2007) “Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XX, núm. 2, pág. 70.

<sup>11</sup> Nótese que desde la misma definición se contempla la exclusión del derecho privado. No obstante, no en todo el derecho continental es de este modo. Así se señala que el Derecho Administrativo alemán “elabora la construcción de su sistema a la sombra del Derecho privado, que trasciende incluso en su misma sistemática al recoger la clásica tripartición formulada por Ulpiano de personas, cosas y acciones [...] en no pocas de sus construcciones dogmáticas”, cfr. MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1996) *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Civitas, Madrid, págs. 45 y 46. Se señala que a ello ayudó el tardío establecimiento de una jurisdicción peculiarmente administrativa. *ibidem* pág. 42. En este sentido, BACHOF, Otto (1958) “La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 25, 1958, págs. 289 a 316. Por su parte, el Derecho Administrativo italiano “está situado en cierto modo, en una situación puente [...] influenciado, en la faceta que podemos considerar política, por el planteamiento francés; en el aspecto estrictamente técnico jurídico, recibe, y a su vez desarrolla, la línea marcada en el Derecho alemán”, cfr. MARTÍN – RETORTILLO (1996) págs. 46 y 47.

<sup>12</sup> Cuyos elementos constitutivos serían: (1) Administración centralizada, (2) jurisdicción contenciosa administrativa y, (3) prerrogativas administrativas, cfr. PANTOJA, Rolando (1994) *Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 22.

específico de la Administración, en cuanto persona<sup>13</sup>. En doctrina, desde otra perspectiva también se señala que el Derecho Administrativo tiene por objeto la función pública<sup>14</sup>.

Así, en el derecho europeo continental de raíz latina, el ordenamiento administrativo presenta un contenido singular y específico. El sujeto de este continente es la Administración del Estado, sujeto público cualificado, dotado por el contenido de potestades y privilegios jurídicos excepcionales<sup>15</sup>.

Lo anterior, en razón de que la Administración personifica el poder del Estado. En este sentido se ha escrito que es por ello un personaje poderoso, cuyo comercio jurídico aparece penetrado por la idea de poder público<sup>16</sup>. En este sentido, como señala De la Cuétara, la potestad administrativa “se trata de una parcela del poder público general, totalmente juridificada, funcionalizada al servicio de fines concretos y fraccionada en dosis medibles”<sup>17</sup>. De este modo, consiste en un poder jurídico que “comparte las características propias de todo el poder público estatal, del que la Administración del Estado forma parte,

---

<sup>13</sup> Así el Derecho Administrativo, no es el “derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el Derecho propio de una función, sino un *Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común*”, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 44 (destacado en original).

<sup>14</sup> Para GARRIDO FALLA el Derecho Administrativo es el derecho de la función administrativa, así señala que el “el objeto de nuestro Derecho está constituido cabalmente por el conjunto de funciones que constituye el complejo de la actividad administrativa”, cfr. GARRIDO FALLA, Fernando (1952) “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 7, pág. 12. Ahora bien, el derecho de la función, o el estatuto de la Administración del Estado, el problema es el mismo: se aplica o no el Código Civil. En este orden de ideas, también en el derecho de España, se señala que el Derecho Administrativo contemporáneo es el ordenamiento que regula la actividad de la Administración Pública, “entendida como parte del aparato del Estado encargado de su acción interior en orden a la realización efectiva de una función de configuración social permanente de estabilidad y progreso en la comunidad jurídica mediante la aplicación directa de los valores constitucionales”. cfr. SORIANO, José (1990) “El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el estado social y democrático de derecho” en *Revista de Administración Pública*, núm. 121, pág. 156, siguiendo los planteamientos de PAREJO, Luciano (1984) *El concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

<sup>15</sup> Esto es así, en el sistema administrativo continental clásico (francés y español) cfr. FERRADA, Juan Carlos (2007 b) “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo” en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 221-222, págs. 99 a 136, Julio-Diciembre, 2007 [pero 2008].

<sup>16</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 51. Entre nosotros, en este sentido también PANTOJA, Rolando (2007) *El Derecho Administrativo, concepto características, sistematización prospección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 93 a 97.

<sup>17</sup> DE LA CUÉTARA, Juan (1986) *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, pág. 33.

particularmente su sometimiento estricto al Derecho, su servicio a los intereses generales y su carácter unilateral y coactivo”<sup>18</sup>.

Ahora bien, el fundamento de las potestades administrativas, no es otro que el interés general, en virtud del que se establecen sus alcances y límites. Así, el Derecho Administrativo, no sólo contempla condiciones favorables para la Administración, sino que además, limitaciones, que algunos han denominado “privilegios en menos”<sup>19</sup>. De este modo, central resulta la idea de interés general que junto con justificar el establecimiento de potestades administrativas, las limita imponiendo, por una parte, la exigencia de procedimientos administrativos y de requisitos estrictos de legalidad y racionalidad en su ejercicio y por otra parte, la necesidad de respeto a los derechos de las personas, quienes deben disponer de un adecuado sistema de impugnación y resistencia a actos administrativos ilegales o arbitrarios, tanto por vía administrativa, como judicial, para de este modo garantizar el Estado de Derecho<sup>20</sup>.

Así, en el contexto del sistema jurídico europeo continental, que atañe al nuestro, en virtud del Derecho Administrativo, fundado y condicionado por el interés general, la Administración del Estado dispone de prerrogativas, esto es, de poderes jurídicos excepcionales y desde luego exorbitantes al derecho privado.

Entre nosotros, tradicionalmente, se ha entendido que el Derecho Administrativo es tributario del sistema administrativo europeo continental. Así en su propio contexto

---

<sup>18</sup> FERRADA (2007) págs. 75 y 76.

<sup>19</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 53. En este sentido señalan que el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Unas de carácter económico; y otras de carácter jurídico, tales como la necesidad de observar un procedimiento y el establecimiento de un sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales para controlar la legalidad de la actuación administrativa. Finalmente concluyen que el Derecho Administrativo no es un derecho privilegiado, ya que junto a los privilegios “existe todo un cuadro de garantías para los ciudadanos, radicadas en último extremo en su titularidad de derechos fundamentales que configura una situación de equilibrio.” *Ibidem*, pág. 64.

<sup>20</sup> Para las manifestaciones del Estado de Derecho en Derecho Administrativo ver PAREJO, Luciano (2003) *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona, págs. 94 y sgts., dichas manifestaciones serían los principios de legalidad de la función ejecutiva, de integridad patrimonial (o equivalente económico), y de control judicial.

histórico, tanto bajo la vigencia de la Constitución de 1833<sup>21</sup>, como de la Constitución de 1925 y finalmente, durante la vigencia de la Constitución de 1980<sup>22</sup>, aunque no sin dificultades<sup>23</sup>, nuestro ordenamiento jurídico administrativo establece el fundamento, contenido y extensión de los poderes jurídicos de la Administración del Estado, constituyendo la regulación específica de las prerrogativas administrativas el particular “régimen administrativo” chileno<sup>24</sup>.

Precisamente, nuestro Derecho Administrativo, se configura como un derecho de contenido predominantemente potestativo, específico y singular<sup>25</sup>. En este sentido, para Fiamma, nuestro “régimen jurídico-administrativo” funciona sobre la base de un

---

<sup>21</sup> Cfr. FERRADA (2007) pág. 77 señala que la tendencia mayoritaria sostenía que nuestro ordenamiento administrativo presentaba carácter potestativo, de inspiración francesa primero, y española después. Dicho aserto se mantuvo durante la vigencia de la Constitución de 1925.

<sup>22</sup> Hoy en día se sostiene la congruencia de nuestro Derecho Administrativo con los principios básicos del régimen administrativo continental. Ello, no sin tensiones, entre el bloque de potestades públicas y la protección constitucional de intereses privados de orden económico, cfr. FERRADA (2007) pág. 75. Claro ejemplo de ello es el retiro en el trámite legislativo de diversas disposiciones potestativas que contemplaba el proyecto de ley sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios, a las que el mensaje respectivo se refiere y alaba.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pág. 77, se señala que antes se plantearon fórmulas opuestas, a raíz de las que se habría provocado un quiebre en la concepción potestativa de nuestro Derecho Administrativo, llegando al extremo de negar las potestades administrativas, sobre la base de afirmar en términos amplios, derechos de contenido económico asegurados en la constitución de 1980. Así, “nuestro Derecho Administrativo ha deambulado por confusas construcciones dogmáticas, navegando entre instituciones y conceptos antagónicos inspirados en los modelos clásicos del régimen administrativo francés y del nuevo modelo neoliberal privatista surgido a partir de medidas de los años 70”, cfr. FERRADA, Juan Carlos (2005) “El sistema de Derecho Administrativo chileno: Una revisión crítica desde una perspectiva histórica”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, año LXXIII núm., 217-218, pág. 111. De este modo se intentó reconstruir nuestro Derecho Administrativo, con una pretendida autonomía conceptual, inspirada en el sistema anglosajón decimonónico, despojando a la Administración de las típicas potestades del sistema europeo continental, en este sentido SOTO, Eduardo (1996) *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, aunque con modulaciones en la doctrina, FIAMMA, Gustavo (1986) “El régimen Administrativo Tutelado” en *Gaceta Jurídica*, núm. 71, págs. 7 a 10.

<sup>24</sup> Nuestro ordenamiento jurídico contemplan prerrogativas administrativas, las que en lo sustantivo, principalmente consisten en las potestades reglamentaria, de autotutela declarativa y ejecutiva, invalidatoria y sancionatoria. Los privilegios sustantivos establecidos para ejercer dichas potestades, consisten en la presunción de legalidad del acto administrativo y el privilegio de ejecutividad. No es este el lugar para tratar estos tópicos en particular, en detalle, FERRADA (2007) págs. 81 a 91. No obstante, posteriormente cabrá considerar aquellas que resulten pertinentes y relevantes en materia de validez y nulidad.

<sup>25</sup> En este sentido, PANTOJA (2007) págs. 93 a 97.

ordenamiento operado por un conjunto de personas jurídicas administrativas, dotadas de potestades excepcionales, cubiertas por un estatuto especial<sup>26</sup>.

De este modo y en el contexto del régimen administrativo, potestades y privilegios administrativos, se presentan como poderes jurídico - públicos exorbitantes al derecho privado<sup>27</sup>. En dicho carácter, es razonable que su reglamentación exija un régimen diverso al derecho privado. En este estado, cabe considerar, si el Derecho Administrativo en su carácter potestativo, además construye su propio derecho común.

En el contexto del derecho continental, en atención a similares planteamientos en cuanto al carácter del ordenamiento administrativo, se sostiene que el Derecho Administrativo constituye su propio derecho común, en términos que “es un microcosmos jurídico, que tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se mueven las Administraciones Públicas, incluso aquellas que constituyen el objeto de regulación de otros Derechos [...], resulta ser de este modo, el Derecho común de las administraciones públicas”<sup>28</sup>. Estos autores agregan que lo afirmado hay que entenderlo como opuesto a que el Derecho Administrativo es un derecho especial<sup>29</sup>.

Además se señala que “el Derecho Administrativo en cuanto Derecho común de las Administraciones Públicas, no está formado solamente por normas positivas, sino también por principios generales, que sirven para articular, interpretar y completar esas normas, a las que acompañan”<sup>30</sup>. En este sentido se indica que son los principios generales del mismo

---

<sup>26</sup> Cfr. FIAMMA (1986) págs. 7 y 8.

<sup>27</sup> En este tenor, la LBPA, en el artículo 3º, contempla como elemento de la definición de acto administrativo el ejercicio de una potestad administrativa. Así en su inciso segundo reza: “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”. En el mismo sentido, la LOCBGAE, art. 6º dispone, que sólo la Administración del Estado está habilitada para ejercer potestades administrativas, así reza que “El Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales.

Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

<sup>28</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 45.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 46.



ordenamiento administrativo los que deben figurar como supletorios en caso de vacío normativo<sup>31</sup>.

Precisamente, en nuestro Derecho Administrativo, como tributario del sistema de Derecho Administrativo europeo continental de raíz latina, se comprende a la Administración del Estado como un sujeto especial, que exige la construcción de un sistema jurídico propio, fuera del derecho privado. A mayor abundamiento, se sostiene que el Derecho Administrativo constituye un sistema autónomo<sup>32</sup>.

De este modo, entre nosotros, se señala que sistema jurídico común es un elemento constitutivo básico del diseño constitucional de la Administración Pública, lo que exige entenderlo como condición para los desarrollos legislativos posteriores, siguiendo a su vez, una interpretación lógica y armónica “en la Constitución”<sup>33</sup>. Así, se afirma que el carácter común del Derecho Administrativo deriva de una serie de preceptos constitucionales, *i.e.* los artículos 3°, 24, 38 y los artículos 63 núm. 18, 98 y 99, que establecen tanto un sistema administrativo unitario, como un sistema jurídico común, con manifestaciones en regímenes jurídicos concretos<sup>34</sup>.

En este sentido, Cordero se refiere al carácter común del ordenamiento administrativo requerido por la Constitución, al ésta mandar el establecimiento de una

---

<sup>31</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO (1996) pág. 35, se señala que “es posible superar en cierto modo el planteamiento de que en caso de laguna del ordenamiento administrativo tiene el Derecho civil carácter supletorio general, y señalar, por el contrario, cómo en tal caso son *los principios generales del mismo ordenamiento administrativo* los que deben figurar como supletorios” (destacado en original).

<sup>32</sup> Cfr. VERGARA, Alejandro (2010) *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del código civil como "derecho común"*, Legalpublishing, Santiago, págs. 2 a 8. Más adelante plantea un criterio para demarcar las fronteras entre el derecho público y el derecho privado, que consiste en “la existencia de potestades públicas en las ramas y relaciones jurídicas en que interviene como sujeto uno de los poderes del Estado, y la inexistencia de estas potestades en las relaciones de Derecho privado, en que los sujetos interactúan en un pie de igualdad”. *Ibidem*, pág. 108.

<sup>33</sup> Cfr. CORDERO, Luis (2005) “La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo” [ponencia] *II Jornadas de Derecho Administrativo*, Universidad Católica de Valparaíso, noviembre 2005, disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda/dialogos/archivos/4>, pág. 9.

<sup>34</sup> CORDERO (2005) págs. 8 y 9.

legislación de “Bases Generales” y, en entre otros aspectos, establecer el control de legalidad unitario bajo la Contraloría General de la República<sup>35</sup>.

En este tenor, el argumento constitucional de Pantoja va en la dirección de establecer la diferencia entre por un lado, el ordenamiento administrativo y por otro, el derecho “común” aplicable a los particulares. Para ello se apoya en el artículo 19 núm. 21 inciso III, de la Constitución<sup>36</sup>.

El carácter común del Derecho Administrativo tiende a establecer su autonomía, respecto del resto del ordenamiento jurídico y en especial del derecho privado<sup>37</sup>. Esto implica que, en caso de falta de regla especial, para completar el vacío se debe recurrir, en primer lugar, al propio Derecho Administrativo. En este contexto cabe preguntarse qué ocurre con una eventual supletoriedad del Derecho Civil, y en especial del Código Civil en el Derecho Administrativo. Pero antes cabe precisar la delimitación del alcance de cada ordenamiento.

### 3. *Delimitación de alcance del Código Civil como régimen jurídico de actuaciones de la Administración frente al Derecho Administrativo*

En la discusión en torno a la supletoriedad del Código Civil se apreciará (cfr. *infra* I.4, *in fine*) que, ampliando a un argumento diferente, las posiciones se valen de la naturaleza pública o privada de la institución para determinar el régimen legal aplicable, lo que conduce el problema hacia al otro tema planteado, del tópico general de las relaciones Derecho Civil – Derecho Administrativo, cual es la delimitación del campo propio del Código Civil, frente al Derecho Administrativo.

Ya no se trata de la aplicabilidad del Código Civil al Derecho Administrativo, sino de otro problema diferente, del que además, valga precisar, que no consiste en el problema “académico tradicional de las fronteras del Derecho Administrativo con otras disciplinas

---

<sup>35</sup> CORDERO (2005) pág. 8.

<sup>36</sup> PANTOJA (2007) pág. 95. Dicha disposición constitucional, a propósito de la actividad empresarial del Estado indica que ésta se regirá por la legislación *común* aplicable a los particulares (destacado en original).

<sup>37</sup> Por todos, en este sentido, PANTOJA (2007) págs. 93 a 97, VERGARA (2010) *passim*.

más o menos afines, sino del problema de cuándo ha de aplicarse el Derecho Administrativo y cuándo otros derechos”<sup>38</sup>.

En primer lugar, cabe considerar que el Derecho Administrativo, ha adaptado contingentemente instituciones de derecho privado patrimonial, a medida que las instituciones civiles se han mostrado insuficientes para atender a las necesidades de la Administración. De este modo, el Derecho Administrativo europeo continental reconoce en el origen de algunas de sus instituciones al Derecho Civil, las que extraídas desde éste, moduladas y adaptadas, se han configurado de un modo netamente administrativo<sup>39</sup>. Tal fue el método del Derecho Administrativo, desde sus orígenes<sup>40</sup>. En este sentido, Martín – Retortillo escribe acerca del papel del Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones. Para ello toma el tema testigo de los contratos de la Administración y lo relaciona con la teoría del Fisco<sup>41</sup>.

Este tópico se relaciona con el fenómeno del empleo de técnicas y poderes jurídicos de derecho privado por parte de la Administración, donde la pregunta no es si puede el Código Civil integrar al Derecho Administrativo, sino de cuándo las actividades de la Administración se regirán por el Derecho Administrativo y cuándo por el derecho privado. En este contexto, es posible encontrar falta de determinación en cuanto a cuáles son las reglas aplicables en zonas grises de regulación pública o privada.

Al regularse instituciones en paralelo, tanto por el Derecho Civil, como por el Derecho Administrativo, se puede formar una zona fronteriza de regulación pública o privada. Así, ocurre, principalmente, en los campos organizacional y patrimonial, donde contingentemente el Derecho Administrativo y el Derecho Civil regulan instituciones

---

<sup>38</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 53.

<sup>39</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 58. En este sentido señalan que “todas las instituciones y técnicas propias de los ordenamientos comunes sufren, cuando inciden sobre sujetos administrativos, un proceso de modificación o de modulación para adaptarse a las especiales características de estos sujetos y de las funciones que cumplen, dando así lugar al contrato administrativo, la responsabilidad administrativa, la delegación administrativa, etc”. *ibidem* pág. 45.

<sup>40</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO (1996) págs. 47 a 53.

<sup>41</sup> Cfr. MARTÍN- RETORTILLO (1996) págs. 69 a 118.

análogas, presentándose regímenes paralelos (*e.g.* contratos). Fuera de esa zona común, cada uno de estos derechos rige pacíficamente (*e.g.* familia y organización municipal)<sup>42</sup>.

De antiguo, desde el derecho alemán, y recibido en los sistemas latinos, se explicaba la disponibilidad de poderes de derecho público y de derecho privado, mediante la teoría del Fisco, que consiste en reconocer doble personalidad al Estado. Por una parte la personalidad jurídica de derecho público y por otra la personalidad de derecho privado, denominada Fisco<sup>43</sup>.

Sin embargo dicha teoría, no goza de aceptación contemporánea. Hoy en día se entiende al Estado como una persona pública única con capacidad dual, para desempeñarse tanto en el campo del derecho público, como autoridad, cuanto en el campo privado, como sujeto de derechos. No obstante, se señala que la idea de fisco responde a una representación mental insustituible, mediante ella se explica toda la aplicación del régimen jurídico privado al Estado, cuando sus órganos actúan como cualquier particular, desprovisto de todo poder público<sup>44</sup>. En este sentido, se apunta que en el derecho positivo se imprime esta concepción de la relación de rango entre el derecho público y el privado en la penetración del derecho público por representaciones privatistas de coordinación, así el Estado mismo se coloca bajo el derecho privado en forma de Fisco<sup>45</sup>.

El empleo del derecho privado por parte de la Administración en materias como el derecho patrimonial, implica para la doctrina española más recurrida que las formas del derecho privado se han objetivado y constituido técnicas independientes que se pueden utilizar por los entes públicos de manera puramente instrumental<sup>46</sup>. De este modo, se

---

<sup>42</sup> En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 56.

<sup>43</sup> Para la teoría del Fisco, el Estado tiene dos personalidades, una privada, y otra pública, con diversos regímenes jurídicos. Ahora bien, se señala que la distinción francesa entre actos de autoridad y de gestión es, en cierta medida, el símil de la teoría del Fisco, cfr. PANTOJA (1994) pág. 39.

<sup>44</sup> Cfr. PANTOJA (1994) págs. 36 y sgts.; y PANTOJA (2007) pág. 94 y sgts.

<sup>45</sup> Cfr. RADBRUCH, Gustavo (1999) *Filosofía del Derecho* [trad. cast. de José Luis Monereo], Editorial Comares, Granada, págs. 161 y 162.

<sup>46</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 57. En este sentido, se señala que “sin perjuicio de la existencia de este derecho propio y específico, es posible la utilización del Derecho privado por las Administraciones Públicas, en principio con carácter instrumental”, existiendo posibilidades de fricción en materias como el derecho de la organización y el derecho patrimonial. *Ibidem* pág. 64.

comprende el fenómeno de la utilización del derecho privado en asuntos de la Administración mediante la utilización instrumental de técnicas privadas.

Ahora bien, se denomina instrumental, porque forzosa y invariablemente siempre se presenta una previa decisión de carácter público<sup>47</sup>. En este tenor, si se contempla una técnica de derecho privado, siempre habrá un núcleo público, una decisión original, regulada por el Derecho Administrativo<sup>48</sup>.

Sin embargo, en los arriba apuntados campos, cuando la Administración del Estado aparece habilitada para actuar conforme a poderes jurídicos ordinarios de derecho privado, se verifica una zona de regulación mixta o compleja. Así, en los casos contemplados, al conjunto de instituciones en paralelo se denomina “zona de fricción”<sup>49</sup> (dada por la disponibilidad de poderes jurídicos públicos y privados)<sup>50</sup>.

En el derecho continental de raíz latina, se han planteado diversos criterios para resolver el problema de la aplicabilidad del régimen público o privado en la zona de regulación común o de fricción. Históricamente se ha distinguido entre actos de autoridad y actos de gestión<sup>51</sup>, luego se abrió paso el criterio del servicio público<sup>52</sup>, para finalmente dar

---

<sup>47</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) pág. 58, se señala, además, que el “núcleo primero irreductible de Derecho Público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de Derecho Privado de la Administración es la expresión del centro subjetivo último de la Administración como organización política, como “poder público” [...] el que somete domina e instrumentaliza todas las manifestaciones orgánicas y funcionales de la Administración, de modo que en la aplicación misma del Derecho Administrativo podemos y debemos hablar de un verdadero límite sustancial.”

<sup>48</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) págs. 56 y 57. En el mismo sentido CHAPUS, Réne (2001) *Droit Administratif general*, Montchretien, París, págs. 469 y 470, y MARTÍN – RETORTILLO (1996) págs. 29 y 30.

<sup>49</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) pág. 56.

<sup>50</sup> Situación, que precisamente se verifica en los contratos de la Administración, cfr. *infra* II.

<sup>51</sup> Según este criterio, el Derecho Administrativo se aplica siempre que y sólo cuando se actúa con poder público o autoridad, el derecho privado se aplica a los actos de gestión cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) pág. 54. Por ello, se señala que es el símil a la teoría del Fisco. La diferencia entre ambas consiste en que se explica de modo diverso. Para la teoría del Fisco no se trata de que a la Administración se le aplique uno u otro derecho, sino que el Estado tiene dos personalidades, una privada, y otra pública, con sus respectivos regímenes jurídicos. Para una es la personalidad actuante, para otra es el acto. Ahora bien, las consecuencias del régimen que resulte determinado son las mismas, sea este el Derecho Civil o bien el Derecho Administrativo.

<sup>52</sup> Criterio desarrollado por la Escuela de Burdeos, cfr. JÈZE, Gaston (1928) *Los principios generales del Derecho Administrativo*, (trad. cast. de Carlos García Oviedo) Editorial Reus, Madrid, *passim*. Sucintamente

lugar al criterio de la aplicación del Derecho Administrativo a la actuación dotada de prerrogativa, entendiendo por tal, la realizada con medios jurídicos excepcionales o exorbitantes al derecho privado<sup>53</sup>. Este último criterio parece ser el seguido en el derecho chileno<sup>54</sup>.

Este punto se ha alcanzado después de un largo devenir en el derecho continental, en que las potestades administrativas se han planteado como definitorias de un régimen administrativo, para luego reemplazarse por el criterio del servicio público, para finalmente reconsiderarse, esta vez, junto a este último<sup>55</sup>, aunque no sin reparos.

En la doctrina española, García de Enterría y Fernández sostienen un criterio diverso. Señalan que basándose en que el Derecho Administrativo es el derecho de la Administración, lo correcto consiste, entonces, en preguntarse cuándo se dejará de aplicar este derecho a los sujetos administrativos (o lo que es lo mismo, cuándo la Administración no lo utilizará) para ceder lugar a un derecho general. Para ello proponen el criterio del “giro o tráfico administrativo”, que va más allá del criterio del servicio público, extendiéndose a toda actividad del órgano administrativo, que los particulares no pueden realizar en cuanto tales<sup>56</sup>.

Ahora bien, indiferente de que se siga la teoría de los actos de autoridad, del servicio público, de la prerrogativa, o del tráfico administrativo, parece evidente que siempre el derecho debe habilitar a la Administración para que utilice válidamente técnicas de derecho privado. La Administración no es libre de valerse de uno u otros poderes jurídicos.

---

sostiene que el Derecho Administrativo se aplica a toda actividad de la Administración consistente en la entrega directa de prestaciones a los particulares.

<sup>53</sup> Cfr. HAURIUO, Maurice (2002) *Précis de droit administratif et de droit public*, Editions Dalloz, París, págs. 20 y sgts.

<sup>54</sup> Cfr. LBPA artículo 3º, que contempla en la definición de acto administrativo el ejercicio de una potestad administrativa. En el mismo sentido, la LOCBGAE, art. 6º. En la doctrina, en este sentido BOLOÑA, Germán (2007) *El acto administrativo*, Editorial Lexisnexis, Santiago, págs. 35 y 36.

<sup>55</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) págs. 53 a 56, para una relación del devenir histórico del criterio definitorio de aplicabilidad del Derecho Administrativo.

<sup>56</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) pág. 61. Ahora bien, señalan que no existe un criterio apriorístico, sino que se debe recurrir a las reglas, para determinar en cada caso, que se entiende por el giro o tráfico administrativo de un órgano de la Administración.

En este contexto, el Derecho Administrativo chileno, al ser un derecho potestativo<sup>57</sup>, no regula las actuaciones que carecen de tal carácter, las que aparecen reguladas por el derecho privado. Así, en materias o relaciones jurídicas no potestativas, en principio, el Código Civil sería el régimen propio de algunas instituciones en que participa la Administración. En este sentido, la Administración del Estado en cuanto sujeto de derecho, también goza de capacidad o poderes jurídicos de derecho privado (y sus limitaciones) *e.g.* el poder de contratar. Ahora bien, la Administración al comportarse como un sujeto de derecho común (siempre que la ley lo autorice), se le aplica el derecho privado en propiedad<sup>58</sup> (tal como se sostiene en la dogmática civil<sup>59</sup>).

Ahora bien, cuando la Administración actúa en ejercicio de poderes de derecho privado, estos actos por exigencia del principio de legalidad, quedan regulados inicialmente por el Derecho Administrativo, en atención a los intereses públicos allí involucrados. En este sentido cabe señalar que el acto de derecho privado, siempre tendrá como antecedente una decisión regulada originalmente por el ordenamiento administrativo<sup>60</sup>. La tutela del interés general, será siempre el fin perseguido por la Administración, por ello a pesar de que no se ejerza potestad pública, la Administración del Estado siempre estará sujeta al cumplimiento de la legalidad administrativa.

Sin embargo, independiente del criterio seguido, se señala que, hoy en día, parece imposible separar con claridad grandes bloques de actividades, unas sometidas al Derecho Administrativo, y otras al derecho privado. Ambos derechos se entrecruzan inextricablemente en variados actos y actividades de la Administración Pública, por lo que,

---

<sup>57</sup> En este sentido, entre otros, cfr. PANTOJA (2007) págs. 93 a 97.

<sup>58</sup> En este sentido, se señala que el Derecho Administrativo en su carácter estatuario, no regula todas las actividades de los sujetos a que rige. En algunos casos se topa con derechos generales, así se explica que “el problema surge en razón del carácter estatuario del Derecho Administrativo, que, como todos los de su clase, no cubre la totalidad de las actividades de los sujetos que regula. Es, pues, posible siempre que los entes administrativos puedan quedar, en ocasiones, sometidos a otros derechos.” GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 53.

<sup>59</sup> En la dogmática civil se utiliza la expresión *fisco* para señalar a la Administración del Estado, concretada al patrimonio, reconociendo la unidad de la personalidad del Estado. En este sentido CLARO SOLAR, Luis (1979) *Explicaciones de Derecho civil chileno y Comparado*, v.II, t. V, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 449.

<sup>60</sup> En este sentido MARTÍN – RETORTILLO (1996) págs. 29 y 30, y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) págs. 56 y 57.

incluso, dentro de un mismo acto, unos elementos pueden estar sometidos al Derecho Administrativo y otros al derecho privado<sup>61</sup>. Esta dificultad reside en que, una vez determinado el régimen aplicable a base de las reglas, en cada materia se insertan y entrecruzan elementos de derecho privado y público (normas sobre poderes públicos y privados).

No obstante, se señala que la separación de este núcleo público del bloque de actividad o del acto o negocio en cada caso considerado es siempre posible<sup>62</sup>. En este estado, el problema nos introduce a la teoría de los actos separables (a la que me referiré en *infra* IV.3), tópico que, por los demás, trasciende directamente a la temática de la validez y nulidad de los contratos de la Administración.

En este tópico que corresponde a la aplicación propia del Código Civil (fenómeno del empleo de poderes jurídicos de derecho privado) en actuaciones o actividades de la Administración, en el que la pregunta no es si puede el Código Civil integrar al Derecho Administrativo, sino que cuándo las actividades de la Administración se registrarán por el Derecho Administrativo y cuándo por el derecho privado. Al registrarse por el derecho privado, la respuesta no opera a modo de todo o nada, sino que, la Administración del Estado siempre que actúa, está vinculada con el Derecho Administrativo. Así, cuando el Código Civil rige directamente (como en los actos de gestión, o no dotados de prerrogativas, o fuera del tráfico administrativo, según la teoría que se siga), operará con modulación de Derecho Administrativo, que consiste en el reconocimiento, jurídicamente relevante, del núcleo público original.

#### 4. *Supletoriedad del Código Civil en Derecho Administrativo*

---

<sup>61</sup> En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 55, lo que precisamente ocurre con respecto al contrato de la Administración, cfr. *Infra* II.

<sup>62</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 61.



Es sabido que el Código Civil, en cuanto cuerpo de Derecho Civil<sup>63</sup>, contiene el derecho privado común y supletorio. Así, entre nosotros, es pacífico que el Código Civil es el derecho privado común y en doble aspecto: primeramente, porque todas las relaciones jurídicas privadas que no estén reguladas por otra rama especial o autónoma del derecho, son regidas por el Derecho Civil; y además, porque sus normas suplen las lagunas o vacíos de las demás ramas del derecho privado cuando ellas no aparecen inspiradas por principios singulares que las contradigan<sup>64</sup>. Así, la clásica doctrina civil chilena postula que el Código Civil, es el derecho privado común, sin extenderlo a otras áreas del derecho<sup>65</sup>.

Hasta este planteamiento no se vislumbra conflicto alguno. Sin embargo, éste surge fundamentalmente porque alguna doctrina contemporánea ha ampliado dicho carácter común más allá del derecho privado y en especial, con respecto al Derecho Administrativo. Así, ha entendido que si en una determinada materia el Derecho Administrativo carece de regla, a falta de norma que regule tal situación, es necesario acudir al Código Civil en virtud de su calidad de derecho común<sup>66</sup>. En este sentido, se sostiene que el Código Civil contiene derecho común supletorio<sup>67</sup>. Cabe destacar que el entendimiento del carácter

---

<sup>63</sup> Con respecto al Código Civil, como continente del Derecho Civil, descartando una efectiva descodificación del mismo en el derecho chileno, se pronuncia TAPIA, Mauricio (2005) *Código Civil 1855 – 2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 349 a 353.

<sup>64</sup> Por todos, ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2005) *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, t.1., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 84. Donde se señala con respecto al Código Civil que de “la generalidad de su aplicación; sus normas llegan a suplir los derechos especiales, mediata o inmediatamente, cuando éstos carecen de preceptos adecuados sobre un asunto o materia propios de su competencia. Y como se ha subrayado, este carácter supletorio erige al Derecho Civil en el representante de la unidad del Derecho Privado que, en su diverso fraccionamiento [...] adquiere cierta cohesión unitaria a través de aquél”.

<sup>65</sup> Además se señala que es un derecho general “porque rige las relaciones jurídicas ordinarias y más generales del ser humano en cuanto tal, con prescindencia de cualquiera otra circunstancia”, cfr. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, (2005) pág. 84.

<sup>66</sup> Por ejemplo, CORRAL, Hernán (2003) *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 307, quien señala, con respecto a la prescripción en materia de responsabilidad del Estado, que “en lo no previsto, debe aplicarse el derecho común” y por tanto, las reglas civiles de prescripción.

<sup>67</sup> Cfr. GUZMÁN, Alejandro *et al.* (1999), “Modificaciones al título preliminar del Código Civil”, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Fundación Fernando Fueyo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 40. Ahora bien, con un matiz (dependiendo del contexto) en diversas obras de Derecho Civil se alude a éste como derecho común, *e.g.*: CORRAL (2003) pág. 307; PEÑAILILLO, Daniel (1989) *La prueba en materia sustantiva civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 9.

común y supletorio general del Código Civil, a todo el ordenamiento jurídico, en especial con respecto al Derecho Administrativo, se aprecia aparentemente también en el lenguaje de textos de dogmática administrativa<sup>68</sup>. Asimismo, en la legislación se utiliza el término derecho común, lo que según Vergara ha de entenderse como supletoriedad especial<sup>69</sup>.

Ahora bien, si el Derecho Civil actúa como derecho supletorio general en Derecho Administrativo es un tópico complejo que atiende a otros elementos, fuera de los esgrimidos para fundamentar la supletoriedad en derecho privado. Así, aparte del carácter de derecho privado común del Código Civil, se debe considerar el carácter del Derecho Administrativo, como derecho común de la Administración del Estado expuesto *supra* I.1. Entonces, si el Derecho Administrativo constituye el régimen jurídico de las potestades administrativas, considerando que contiene su propio derecho común, cabe preguntarse si procede la supletoriedad general de reglas civiles en Derecho Administrativo.

Este problema se presenta tanto en el ordenamiento francés, como en el español, en los que se ha discutido la aplicabilidad de sus respectivos códigos civiles. En el primero de ellos, Benoit, sostiene que técnicamente, en derecho positivo, el dogma del Derecho Civil como derecho común ha sido siempre en el pasado, y lo es todavía actualmente, igualmente falso, ya que implica otorgarle la categoría de regla universal a las relaciones jurídicas privadas<sup>70</sup>. Para el derecho español, se sostiene que lo dispuesto en el artículo 4.3 del Código Civil de España<sup>71</sup>, se refiere sólo a las leyes especiales del ordenamiento civil, pero no a las leyes especiales del ordenamiento administrativo<sup>72</sup>. En el mismo sentido Martín – Retortillo señala que la autonomía del Derecho Administrativo conduce indefectiblemente a

---

<sup>68</sup> Cfr. BERMÚDEZ, Jorge (2008) “El principio de legalidad y la nulidad de derecho público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común”, en *Revista de Derecho Público*, págs. 273 a 285, y MORAGA, Claudio (2007) *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 277.

<sup>69</sup> VERGARA (2010) pág. 90, Además este autor señala que el art. 4º del Código Civil, establece el principio de la especialidad, y no la supletoriedad del Código Civil, VERGARA (2010) págs. 53 a 66, 67 y sgts, 82 y sgts.

<sup>70</sup> Cfr. BENOIT, Francis Paul, *El Derecho Administrativo francés* (1977) (trad. cast. de Rafael Gil Cremades) Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, pág. 85. En el mismo sentido, EISENMANN, Charles (1982) *Cours de droit administratif*, L.G.D.J., París, págs. 554 a 556.

<sup>71</sup> Artículo 4.3 Código Civil de España: “Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias de las materias regidas por otras leyes”.

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 46.

la tesis propugnada, al tener éste por si mismo “fuerza inmanente para autointegrarse, para salvar las propias lagunas de su mismo ordenamiento”<sup>73</sup>.

En este contexto, entre nosotros, se cuestiona la coherencia de una eventual supletoriedad general, a todo el ordenamiento jurídico, del Código Civil. En este sentido, Fiamma señala que las potestades administrativas están cubiertas por un estatuto especial, al margen del derecho privado<sup>74</sup>. Igualmente, se sostiene que en el régimen jurídico diferenciado de las potestades públicas, “no tienen aplicación, por regla general, las normas civiles que regulan las relaciones entre privados, ya que los bienes jurídicos en juego son diametralmente distintos de los presentes en las relaciones entre particulares”<sup>75</sup>.

Asimismo, Vergara niega que el Código Civil sea el derecho común y por tanto el estatuto general y supletorio del ordenamiento jurídico en su totalidad. Es más, postula que el Código Civil es una ley especial que rige para las relaciones jurídicas de derecho privado<sup>76</sup>. En este sentido, sostiene que el Código Civil no es supletorio de la normativa de naturaleza no privada, como es la administrativa, señalando que: “no existe base normativa para afirmar lo contrario [...] es coherente y verdadera la supletoriedad del Código Civil respecto de normas de naturaleza privada; pero es incoherente dicha aplicación supletoria a relaciones de Derecho Administrativo”<sup>77</sup>.

En este contexto, para descartar la supletoriedad general del Código Civil en Derecho Administrativo, se sostiene que de ser cierto lo primero, no sería necesaria la supletoriedad especial establecida expresamente en ciertas disposiciones legales administrativas, lo que acredita *a contrario sensu* la no supletoriedad general del mismo<sup>78</sup>.

---

<sup>73</sup> MARTÍN – RETORTILLO (1996) pág. 36.

<sup>74</sup> FIAMMA (1986) págs. 7 y 8.

<sup>75</sup> FERRADA (2007) pág. 76.

<sup>76</sup> VERGARA, Alejandro (2007) “El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva”, en *La semana Jurídica*, núm. 359, págs. 6 y 7.

<sup>77</sup> Cfr. VERGARA (2007) págs. 6 y 7.

<sup>78</sup> En este sentido, MARTÍN- RETORTILLO (1996) pág. 38, entre nosotros, FERRADA (2007 b) págs. 116 y 117. Cabe señalar que el descarte de la supletoriedad general del Código Civil, en Derecho Administrativo, no implica desechar la supletoriedad especial ordenada expresamente por disposición legal, *e.g.* en la Ley núm. 18.695 *orgánica constitucional de municipalidades*, en adelante LOCM, o en la Ley núm. 19.886 *de bases*

En suma, para un sector de la dogmática administrativa, en virtud del carácter del Derecho Administrativo, está claro que al Código Civil no corresponde la calidad de derecho común supletorio, de carácter general, aplicable al Derecho Administrativo. Así, en las relaciones jurídicas administrativas, en principio, no serían aplicables las normas civiles que regulan las relaciones jurídicas privadas<sup>79</sup>.

En este estado, cabe la pregunta decisiva acerca de si en nuestro derecho, una vez descartada la supletoriedad general del Código Civil en Derecho Administrativo, de ningún otro modo procede la aplicabilidad de reglas contenidas en aquél.

En este orden de ideas y en el contexto del sistema administrativo europeo continental, se han planteado otros criterios que la supletoriedad general, en virtud de los que la codificación civil, coexistiría parcialmente como régimen jurídico de relaciones administrativas. Así, para el derecho español García de Enterría y Fernández, sostienen que en virtud del carácter estatutario del Derecho Administrativo, si hay un vacío o laguna, éste se integra con sus propios principios generales, sin necesidad de acudir a otros derechos<sup>80</sup>, sin perjuicio de que estos principios remitan con frecuencia a criterios jurídicos generales formulados o desarrollados en el Derecho Civil<sup>81</sup>.

Por otro lado, en el régimen administrativo francés, que consagra la autonomía del Derecho Administrativo, como regla general, se admiten regulaciones de derecho privado, en materias sometidas a regulación inicial del Derecho Administrativo. Así, una vez negada supletoriedad del Código Civil, se sostiene que algunos principios que inspiran a éste rigen en el Derecho Administrativo. En efecto, Moderne, a propósito de la jurisprudencia del

---

*sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicio*, en adelante LCASYPS, que en su art. 1º dispone la aplicación supletoria de “las normas del derecho privado”. Ahora bien, los alcances y limitaciones de ésta deben analizarse caso a caso. Respecto de lo regulado en la LCASYPS se trata en *infra* IV.3.

<sup>79</sup> FIAMMA (1986) págs. 7 y 8. En el mismo sentido FERRADA (2005) pág. 111 y (2007) pág. 76. Entre nosotros, estas ideas siempre se han postulado por la doctrina administrativa, incluso por la que proclamó su autonomía conceptual respecto del “régimen administrativo” continental, la que no por ello planteó la regulación de la Administración por el derecho privado. Justamente, la reconstrucción del Derecho Administrativo, encabezada por SOTO (1996), se muestra totalmente contraria a la aplicación de normas civiles, *e.g.* sus ideas acerca de la nulidad de derecho público (*infra* III.3).

<sup>80</sup> En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 46.

<sup>81</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 46.

Consejo de Estado, escribe que ésta no excluye “el uso, por el juez administrativo, de nociones o de técnicas provenientes del Código Civil remitiéndose a los principios enunciados en este Código, principios que constituyen una especie de base común al derecho público y al derecho privado [...] es frecuente, de hecho, que las alusiones de las sentencias antedichas no tienen ninguna referencia formal con un artículo determinado del Código Civil, ni incluso del Código Civil *in globo*, aun cuando manifiestamente el Consejo de Estado se ha basado en soluciones civilistas y, en algunas ocasiones, pura y simplemente las ha traspasado”<sup>82</sup>. Ahora bien, se señala que, la referencia a los principios en los que se inspiran diversas categorías de textos de derecho privado tiene su razón de ser en no disociar demasiado al Derecho Administrativo del derecho privado en campos legales comparables, sin, por consecuencia, hacer aplicación de normas precisas que regulan este último derecho<sup>83</sup>.

De lo expuesto, es posible entender que las reglas civiles, aún en el marco del régimen administrativo de inspiración francesa, finalmente resultan aplicables, directa o indirectamente, en Derecho Administrativo. En este sentido, estimo que la situación en el derecho chileno, se ha de modular en torno a las semejanzas y las diferencias específicas, que presenta respecto de la matriz franco-española. En cuanto a las semejanzas, entre nosotros, también, es posible argumentar la aplicabilidad de reglas civiles, en virtud de que las normas contempladas en la codificación civil chilena contienen criterios o estándares generales a todo el derecho. En este tenor, acerca del carácter abstracto de las reglas contenidas en la codificación civil, y su definición como reglas creativas<sup>84</sup>, se señala que la

---

<sup>82</sup> MODERNE, Frank (2005) *Principios generales del derecho público* [trad. cast. de Alejandro Vergara Blanco], Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 158 (destacado en original). Asimismo señala que se trata del recurso a los principios en que se inspiran los textos de derecho privado, y que no conciernen a priori al Derecho Administrativo, pero que a juicio del Consejo de Estado tienen un lugar en éste, *ibidem* pág. 152. Tradicionalmente, en derecho francés, el problema de las relaciones Derecho Civil – Derecho Administrativo, se ha planteado desde la perspectiva del problema que presenta la aplicación del Código Civil por el juez administrativo, cfr. PLESSIX, Benoit (2003) *L’utilisation du droit civil dans l’elaboration du droit administratif*, Editions Panthéon – Assas, París, págs. 79 a 189.

<sup>83</sup> Cfr. MODERNE (2005) pág. 152.

<sup>84</sup> Cfr. TAPIA (2005) págs. 46, 47 y 409. Para la recepción del concepto de regla creativa en nuestra dogmática, ver BARROS, Enrique (2005) “Sentidos y métodos de la codificación en el Derecho”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado II, De la codificación a la descodificación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, pág. 154.

potencia del Derecho Civil está dada precisamente porque pertenece a la clase de reglas creativas, *i.e.* normas que están dotadas de un cierto sentido, lo que les permite dar respuesta incluso para casos no previstos<sup>85</sup>. En este sentido, se indica que las normas del Código Civil, por su abstracción, textura abierta, generalidad y flexibilidad, permiten encontrar soluciones a problemas no resueltos por las leyes sectoriales, o interpretar las disposiciones técnicas de estas últimas que frecuentemente tienen un carácter rígido, analítico y contingente<sup>86</sup>.

En cuanto a las diferencias, principalmente, se apunta que la autonomía del Derecho Administrativo, entre nosotros, no se ve confirmada, como en el caso francés, por la separación jurisdiccional estricta entre justicia civil y administrativa (en Chile, sabido es que los conflictos entre la Administración del Estado y las personas, son conocidos por los tribunales ordinarios). Así, la autonomía del Derecho Administrativo chileno no se funda en un criterio jurisdiccional, sino que por la especialidad del sujeto actuante, esto es la Administración del Estado<sup>87</sup>. En este sentido, se sostiene que procede la aplicabilidad del Código Civil, en caso de vacío en Derecho Administrativo, sin llegar al extremo de argüir que se aplica un principio general del derecho, y no normas civiles, como en el derecho español y francés, respectivamente<sup>88</sup>.

Entonces, a pesar de que, en la disciplina del Derecho Administrativo se tiende a rechazar la supletoriedad del Código Civil; las semejanzas y diferencias con la matriz franco-española, conjuntamente consideradas, llevan a una interpretación en nuestro sistema jurídico, más favorable a la integración de vacíos de Derecho Administrativo por medio de reglas civiles.

---

<sup>85</sup> Cfr. BARROS, Enrique (2004) “Codificación civil y administrativa” en LARROUMET, Christian (dir.) y TAPIA, Mauricio (coord.) *L’avenir de la codification en France et en Amérique latine*, París, Les colloques du Sénat, 2004 (trad. cast. de Mauricio Tapia Rodríguez), disponible en [http://www.senat.fr/colloque\\_codification/colloque\\_codification\\_mono.html#toc7](http://www.senat.fr/colloque_codification/colloque_codification_mono.html#toc7).

<sup>86</sup> Cfr. TAPIA (2005) págs. 46 y 47. Cabe señalar, que en el contexto del derecho continental, se apunta que “en la medida en que el Código Civil se presenta como gran ancestro –y modelo- de una codificación racional del derecho moderno, es normal que el juez administrativo (quien no dispone de una herramienta de referencia comparable, sumamente necesaria en su ámbito de competencia) tiene a veces la tentación de recurrir a éste cuando la semejanza de las situaciones jurídicas lo justifica”. MODERNE (2005) pág. 156.

<sup>87</sup> En este sentido FERRADA (2007 b) págs. 106 y 117.

<sup>88</sup> Cfr. FERRADA (2007 b) pág. 117.

Ahora bien, en general, y en especial en lo último (dónde puede tratarse de un vacío querido), la aplicación del derecho privado exige un debido fundamento, caso a caso<sup>89</sup> y no debería comprometer la potestad administrativa, ni el interés público tutelado por el Derecho Administrativo<sup>90</sup>. En este orden de ideas, Bermúdez entiende que el Derecho Civil, si puede suplir en Derecho Administrativo<sup>91</sup>.

De esta manera, en el derecho chileno, si bien se descarta la supletoriedad general del Código Civil, resultan aplicables las reglas contenidas en él, en caso de falta de regla en Derecho Administrativo, siempre que dichas reglas sean compatibles con éste. En este sentido, entre nosotros la jurisprudencia ha establecido ciertos criterios al respecto, en determinadas materias conflictivas. El criterio, generalmente invocado para proceder de este modo, es la patrimonialidad de la cosa pedida eso sí, no exento de críticas<sup>92</sup>.

Por regla general, de lo expuesto, se colige que en nuestro Derecho Administrativo, no procede la aplicabilidad supletoria de normas civiles de derecho privado, si bien, como se verá, resultan, en ocasiones, finalmente aplicadas. Al respecto se señala que, entre nosotros, se manifiesta una errática aplicación de normas privadas en diversas materias, excluyéndose lisa y llanamente en algunas ocasiones, permitiéndolas en otras o, en virtud de cláusulas generales de escasa densidad normativa, aplicándolas condicionalmente<sup>93</sup>.

Desde dicho estado parte la discusión en torno a la aplicación del Código Civil en Derecho Administrativo, en materias no regladas completamente por éste<sup>94</sup>. Expresiones

---

<sup>89</sup> Precisamente esta tesis se ocupa de los fundamentos de la aplicabilidad de las reglas del Código Civil en el régimen de nulidad de los contratos de la Administración.

<sup>90</sup> Cfr. FERRADA (2007 b) pág.117.

<sup>91</sup> Cfr. BERMÚDEZ, Jorge (2010) *Derecho Administrativo general*, Abeledo-Perrot, Santiago, pág. 16. Para este autor, si bien el Derecho Administrativo es el derecho común de la Administración Pública, convendría aceptar una remisión al derecho privado común en caso de laguna. En otro sentido, VERGARA (2010) pág. 68 y 110, señala que la tesis del Código Civil como supletorio de las demás leyes, aparte de carecer de sustento normativo es “teóricamente incoherente pues *sin ajuste* alguno no es posible vincular normas y disciplinas que no comparten bases ni principios esenciales” [el destacado es nuestro].

<sup>92</sup> En este sentido FERRADA (2007 b) págs. 112 y 113.

<sup>93</sup> Cfr. FERRADA (2005) pág. 111.

<sup>94</sup> En general, en relación a la situación de la reglamentación integrada, se señalan diversos “grados” de supletoriedad o integración requerida. En primer grado: no se regula la materia en el ordenamiento integrado. En segundo grado: se regula parcialmente. En tercer grado: se regula completamente en el ordenamiento

concretas de esta situación se manifiesta en los tópicos de la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>95</sup> y en la acción de nulidad de derecho público<sup>96</sup>.

Ahora bien, para determinar la aplicabilidad de las reglas civiles, vía integración, o bien sosteniendo que se trata del ámbito propio del Código, se argumenta la patrimonialidad de la cuestión<sup>97</sup>. Así nuestra jurisprudencia, junto con pronunciarse respecto de la aplicabilidad del Código Civil en Derecho Administrativo, considera los criterios de separación de ámbitos de regulación. En este sentido, se ha extremado el argumento. Por una parte, sosteniendo la autonomía del Derecho Administrativo, al estilo formulado originariamente en el derecho francés (donde relevante para establecer la

---

integrado, pero el derecho general contempla otras instituciones. Para este esquema ver CORDERO (2005) págs. 22 a 25.

<sup>95</sup> En el marco del derecho comparado de referencia, en el derecho francés, esta materia ha sido materia administrativa, desde el *Arrêt Blanco*, donde se estableció que la responsabilidad que puede incumbir al Estado, por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas empleadas en el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular. En el derecho chileno, para la aplicabilidad del Código Civil, en cuanto a la responsabilidad patrimonial del Estado, se ha dado una abundante discusión doctrinaria y jurisprudencial. Por la aplicabilidad de las reglas civiles, Barros señala que “el complejo ordenamiento de la responsabilidad extracontractual actúa como estatuto general y supletorio, en las materias que no son objeto de conceptos y reglas especiales de derecho público”, cfr. BARROS, Enrique (2006) *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 534. En el mismo sentido, CORRAL (2003) pág. 307. E incluso, desde la doctrina administrativista, se ha aceptado que en caso de falta de reglamentación de la acción de responsabilidad del Estado deben aplicarse las normas del Código Civil, cfr. PIERRY, Pedro (2003) “Prescripción de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Situación actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, núm. 10, pág. 12. Asimismo la Corte Suprema, ha resuelto por la aplicabilidad de las reglas civiles de prescripción extintiva, cfr. *Domic Bezić y otros con Fisco de Chile* (2002). En este sentido e.g. *Neira con Fisco de Chile* (2007) y *Martínez y otros con Fisco de Chile* (2006). En sentido contrario, atendiendo a que se trataría de una relación jurídica de Derecho Administrativo, ajena al Derecho Civil, que debe resolverse de acuerdo a normas, principios e instituciones de naturaleza administrativa, cfr. VERGARA (2007) págs. 6 y 7. Este autor argumenta atendiendo a la “naturaleza” administrativa de la relación jurídica, que en el caso de la responsabilidad patrimonial del Estado sería “evidentemente” administrativa. En similar sentido, FIAMMA, Gustavo (1989) “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, pág. 439, SOTO, Eduardo (2004) “La responsabilidad del Estado-Administración y su imprescriptibilidad en el derecho chileno”, en *Ius Publicum*, núm. 13, págs. 127 y sgts, entre otros.

<sup>96</sup> En especial, con respecto a la prescripción de la acción de nulidad de derecho público, la jurisprudencia ha fallado en diversos sentidos, tanto por negar la aplicación del Código Civil, como por afirmarla. En general sobre este tópico ver *infra* III.3.6.

<sup>97</sup> Se tiende a la aplicabilidad de las reglas civiles de prescripción sólo con respecto a las consecuencias patrimoniales de la declaración de nulidad. En este sentido, la jurisprudencia desde *Aedo con Fisco* (2000) en adelante.



autonomía del Derecho Administrativo es la dualidad de jurisdicciones)<sup>98</sup>. Y por otra, estableciendo el campo propio del Código Civil, designándolo en exclusiva como marco jurídico de lo patrimonial (criterio de Derecho Administrativo alemán del siglo XIX<sup>99</sup>), sometiendo al Derecho Administrativo lo restante.

##### 5. *Criterio de aplicabilidad*

En cuanto a los límites de aplicación de uno u otro ordenamiento, determinado que la Administración del Estado actúa en empleo de poderes de derecho privado, en dicho caso, se aplica el derecho privado en propiedad, y en consecuencia el Código Civil rige directamente. Sin embargo la aplicación de las reglas civiles deberá modularse mediante la adaptación que el Derecho Administrativo exige, que consiste en el reconocimiento, jurídicamente relevante, del núcleo público original.

Con respecto a la posibilidad de que el Derecho Civil integre en materias administrativas, se observa como uno u otro argumento conduce a la aplicabilidad del Código Civil en Derecho Administrativo. Así, los criterios normativos del Código Civil, resultan aplicables a aquellas materias en que no se contemplan reglas específicas de Derecho Administrativo. Concordante con esta aplicabilidad, resulta fluctuantemente aplicado por nuestros tribunales. Así, trayendo la discusión hacia la práctica jurídica, entre nosotros, el carácter dogmático común y supletorio interno del Derecho Administrativo coexiste con la aplicación por parte de la autoridad de reglas civiles, en atención, a mi entender, de la necesidad de disponer de un marco jurídico para resolver los asuntos sometidos a la decisión judicial.

Se ha establecido un criterio preponderante de aplicabilidad del Código Civil en Derecho Administrativo, que consiste en que básicamente, las reglas civiles, bajo ciertas condiciones resultan aplicables en Derecho Administrativo; estas condiciones dependen tanto de la materia a que se aplique, como de la norma posiblemente aplicable. Por una

---

<sup>98</sup> Cfr. FERRADA (2007 b) pág. 118.

<sup>99</sup> Cfr. MAYER, Otto (1982) *Derecho Administrativo Alemán* [trad. cast. de Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin], t. I, Depalma, Buenos Aires, pág. 183.

parte, la institución o materia tiene que permitirlo (en general, lo patrimonial para la Corte Suprema<sup>100</sup>) y, por otra parte, la norma debe tener caracteres creativos y abstractos.

Al relacionar estos aspectos, la discusión se vuelve compleja, al incorporar dos elementos: una vez determinado que se ha de aplicar el Derecho Administrativo, cabe preguntarse, que ocurre si éste carece de regla específica. En este contexto, se pueden plantear problemas de vacíos y su integración mediante reglas civiles. En cuanto a los criterios que en cada institución valgan para ambos problemas, es un asunto específico, que debe comprobarse de acuerdo al examen en particular de cada una de ellas.

En este contexto, se hace necesario fundamentar la aplicabilidad de las reglas civiles en el régimen jurídico anulatorio del contrato de la Administración.

---

<sup>100</sup> Cfr. *Aedo con Fisco* (2000).

## CAPÍTULO II. EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PODER CONTRACTUAL

## CAPÍTULO II

### EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL PODER CONTRACTUAL

#### 1. *Noción de contrato de la Administración*

##### 1.1. *Existencia del contrato de la Administración*

Se sostiene que el concepto habitualmente aceptado de contrato privado descansa en el acuerdo de voluntades de las partes, que genera obligaciones<sup>101</sup>. Esta definición de contrato, que comprende tanto las obligaciones recíprocas, así como el acuerdo de voluntades que constituye la obligación, sería heredera de las concepciones romanas del mismo<sup>102</sup>. Esta noción se relaciona usualmente con la autonomía de la voluntad, construcción jurídica decimonónica<sup>103</sup>, la que se presenta como un elemento ligado al concepto de contrato mediante los postulados del consensualismo y de la libertad contractual<sup>104</sup>. En este orden de ideas, se sostiene que en el Código Civil se presume que la libertad en la determinación del contenido del contrato cautela la justicia del intercambio<sup>105</sup>, estableciendo dicho cuerpo normativo una regulación que se hace cargo de relaciones basadas en la reciprocidad de las prestaciones<sup>106</sup>. A la vez, el contrato se entiende tanto como un procedimiento técnico para asegurar los intercambios económicos, así como un acuerdo de voluntades de los contratantes<sup>107</sup>.

En este respecto, desde la disciplina del Derecho Administrativo, se sostiene que el contrato es una categoría jurídica perteneciente a la teoría general, recibida del derecho

---

<sup>101</sup> Cfr. LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge (2010) *Los contratos. Parte general*, Abeledo Perrot, Santiago, pág. 3.

<sup>102</sup> La que se habría sintetizado en el periodo posclásico, cfr. LÓPEZ SANTAMARÍA (2010) pág. 37.

<sup>103</sup> En este sentido TAPIA, Mauricio (2005) *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 211, señala que la atribución de efectos al simple acuerdo de voluntades es propia de la modernidad.

<sup>104</sup> Cfr. LÓPEZ SANTAMARÍA, (2010) págs. 3 y 4, 50 a 54.

<sup>105</sup> En este sentido cfr. TAPIA (2005) pág. 211.

<sup>106</sup> cfr. TAPIA (2005) pág. 212.

<sup>107</sup> En este sentido cfr. LARROUMET, Christian (1993) *Teoría general del contrato*, v. I, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, pág. 83.

romano, que ha sido configurada sobre tres ideas fundamentales: el ser un acuerdo libre de voluntades, la coordinación de unos intereses contrapuestos por medio de prestaciones recíprocas, y el imperio de la autonomía de la voluntad en cuanto al contenido normativo que se configura como ley del contrato<sup>108</sup>.

En cuanto a la procedencia de este fenómeno en Derecho Administrativo, se señala que institucionalmente se presenta una aparente contradicción, que resulta de insertar el contrato, figura por excelencia del derecho privado, en el derecho público, ya que en éste desaparecería la nota que marca al Derecho Administrativo, de considerar a la Administración del Estado como *potentior persona*<sup>109</sup>. Así, históricamente, ha sido discutido el poder de la Administración para contratar<sup>110</sup>. En doctrina, se objeta la procedencia de la contratación administrativa, se refuta que la Administración – autoridad pública pueda contratar. En este orden de ideas, Ariño sostiene que el problema o “enigma” no se circunscribe únicamente al “contrato administrativo”, sino que atañe a toda la contratación del Estado. Pues, señala, parece imposible de compatibilizar la noción de poder público con la idea de contrato, ya que esta última consistiría en una relación bilateral vinculante, acordada libremente y en un plano de igualdad, y en aquella el titular de la soberanía, puede ejercer su poder mediante actos de autoridad<sup>111</sup>.

Frente a dicha incompatibilidad y ante que, en los hechos, la Administración del Estado contrata, se han propuesto explicaciones. Una consiste en que cuando la Administración del Estado contrata, actúa como si fuera persona jurídica, y se rige por el derecho privado. Sin embargo, aquí cabe preguntarse si es posible el desdoblamiento de la personalidad jurídica del Estado, esto es, que cuando contrata se despoje de su poder<sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> VILLAR, José Luis (1969) *Lecciones sobre contratación administrativa*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, pág. 3.

<sup>109</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963) “La figura del contrato administrativo” en *Revista de Administración Pública*, núm. 41, pág. 100.

<sup>110</sup> cfr. MEILÁN, José (2008) *La estructura de los contratos públicos. Norma acto y contrato*, Iustel, Madrid, pág. 19.

<sup>111</sup> ARIÑO, Gaspar (2007) “El enigma del contrato administrativo” en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, pág. 80.

<sup>112</sup> Según se sostiene, en el marco del derecho europeo continental de raíz francesa, la categoría del contrato en el derecho público, se relaciona con la concepción de Derecho Administrativo que prevalezca en un

Otra explicación sostiene que si la Administración del Estado contrata se muta la naturaleza y estructura de la relación jurídica, verificándose una nueva institución denominada “contrato administrativo”. Sin embargo, aquí se ha cuestionado si la figura del contrato administrativo corresponde denominarla contrato, o debería designarse de otra manera<sup>113</sup>, pues el contrato público, según cierta doctrina no sería un contrato propiamente tal, sino un acto administrativo unilateral en su emisión, necesitado de aceptación, y contractual en sus efectos<sup>114</sup>. Respecto de este tópico se repara más adelante en *infra* II.2.

En el ordenamiento jurídico chileno, bajo la legislación vigente, se encuentra claro que la Administración del Estado se encuentra dotada de la habilitación para contratar, *i.e.*, en el sentido que diversas normas le confieren el poder de contratar. En este respecto, en doctrina<sup>115</sup>, de antiguo, se señala que la Administración del Estado es sujeto de contratos<sup>116</sup>, lo que es reiterado por la doctrina actual, para la que el contrato administrativo se encuentra al mismo nivel que el acto en la actuación de la Administración<sup>117</sup>.

## 1.2. Clasificación del contrato de la Administración

Ahora bien, se discute si dentro de la actividad contractual de la Administración, se

---

determinado ordenamiento, en este sentido se ha dicho que “la gravedad del problema teórico del contrato administrativo es que en él se viene a condensar el problema entero del Derecho Administrativo, y en especial las tres cuestiones centrales de la modulación en su ámbito de instituciones procedentes del Derecho civil, de la posición jurídica de la Administración como sujeto y de la aplicación a la misma del Derecho privado”. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (1963) págs. 110 y 111, y cfr. *supra* I.2.

<sup>113</sup> ARIÑO (2007) págs. 87 y 88.

<sup>114</sup> ARIÑO (2007) pág. 87, quien expone la doctrina de MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ (1998), MACERA (2003) y BACA (2005).

<sup>115</sup> Cfr. SILVA, Enrique (1995) *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 170 a 172.; SOTO, Eduardo (1978) “La contratación administrativa. Un retorno a las fuentes clásicas del contrato” en *Anuario de Derecho Administrativo* t. II, 1977- 1978, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, págs. 93 a 110; MORAGA, Claudio (2007), *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago; y MORAGA, Claudio (2008) “Marco jurídico general de los contratos administrativos en Chile” en *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina*, AAVV, Editorial Difusión Jurídica, Madrid; págs. 230 y 231.

<sup>116</sup> Cfr. JARA, Manuel (1943) *Derecho Administrativo*, N. Avaria e Hijo Ltda., Santiago, pág. 205, o al menos se entiende implícitamente, cfr. AMUNÁTEGUI, José Domingo (1894) *Administración política i Derecho Administrativo*, Imprenta Cervantes, Santiago, págs. 147, 152 y 215.

<sup>117</sup> Cfr. MORAGA (2007) págs. 14 y 15.

configura un contrato diverso al contrato de derecho privado, que merezca el calificativo de administrativo. Al respecto existen dos tesis sobre la naturaleza jurídica de los contratos que celebra la Administración del Estado. Una que todos los contratos que celebra la Administración son civiles, y otra que unos son civiles y otros tienen carácter administrativo<sup>118</sup>.

Según la primera corriente, todos los contratos que celebra la Administración del Estado son de carácter privado, y parte de la idea de que los órganos del Estado, son sujetos que gozan de poder público, y además, de capacidad jurídica de derecho privado. Por medio del poder público administrativo, imponen unilateralmente consecuencias jurídicas a otras personas, dictan actos administrativos. Por medio de la capacidad de derecho privado pueden negociar con otros sujetos de derecho, para crear y atribuirse consecuencias jurídicas recíprocas, celebrando contratos. De tal manera, el contrato es una categoría civil, y el acto administrativo es una categoría administrativa, de modo que solamente hay una categoría contractual: la civil, siendo este criterio dominante en casi todos los derechos europeos<sup>119</sup>.

Así, en la mayoría de los sistemas jurídicos, salvo los derechos francés, español y latinoamericano, se entendería que todo contrato que celebra la Administración es privado. El fundamento de esta última afirmación radica en que básicamente, en dichos derechos, todo contrato de la Administración se sometería al derecho privado, civil o comercial<sup>120</sup>.

En la segunda corriente, que acepta la nomenclatura que distingue entre contratos civiles y administrativos, *i.e.*, el derecho continental de raíz francesa, la categoría del contrato administrativo se define sobre la base de diferentes criterios, siempre en oposición al contrato privado.

---

<sup>118</sup> Cfr. BOQUERA, José María (1999) “Los contratos de la Administración desde 1950 hasta hoy” en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, págs. 13 y 14.

<sup>119</sup> Cfr. BOQUERA (1999) págs. 13 y 14.

<sup>120</sup> Cfr. AUBY, Jean Bernard (2007) “Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere” en *Public Law*, Spring 2007, págs. 40 a 57. Aunque se señala que ello no es tan así, sino que sólo en teoría, en razón de que, por el cláusulado o por el carácter público del sujeto actuante presenten un régimen particular, en este sentido, cfr. ARIÑO (2007) págs. 79 a 85 y ARIÑO, Gaspar (1977) “Contrato del Estado y *common law*” [prólogo – estudio] en MONEDERO, José, *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977, pág. 7 a 55.

Cuestión previa a esta distinción, es el origen de la noción de “contrato administrativo”, como una entidad conceptual diversa al contrato entre privados. Ésta surge de las diversas regulaciones administrativas, que le confieren un régimen especial de derecho público. Según expone Ariño, la contratación administrativa fue en origen considerada materia privada, asignada a la persona privada del príncipe, a quien se atribuía doble personalidad (España), o mediante la teoría del Fisco en Alemania, y mediante la distinción entre actos de autoridad y de gestión en Francia<sup>121</sup>.

Sin embargo, en Francia y en España, en el siglo XIX, aparecen unos contratos (básicamente la venta de bienes nacionales, los suministros al ejército y la construcción de obras públicas) en que la Administración aparece dotada de autoridad, poder no controlable por la justicia ordinaria, fenómeno que daría nacimiento al contrato administrativo<sup>122</sup>. Así, según Ariño<sup>123</sup>, la razón por la que surge esta figura es sustantiva y no procesal (solamente referida al fuero común o administrativo), como se sostuvo por la doctrina inicialmente<sup>124</sup>. Diferenciándose estos contratos, respecto del Derecho Civil, ya que había en ellos “una especial importancia política para la vida del Estado y de la sociedad, que exigía una protección especial de algunas figuras contractuales”, que se estimaba podían peligrar por las rigideces y garantías del derecho privado<sup>125</sup>.

En este sentido, no habría regla a priori<sup>126</sup>, que resuelva la clasificación de un contrato dentro de la categoría de contrato administrativo, sino que la respuesta será según las particularidades del derecho vigente de un Estado bajo determinada realidad histórica, y es que el contrato administrativo “no posee una naturaleza inmutable, no es una esencia, sino una existencia histórico jurídica”<sup>127</sup>.

---

<sup>121</sup> ARIÑO (2007) pág. 93. cfr. *supra* I.2.

<sup>122</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 93.

<sup>123</sup> ARIÑO (2007) pág. 95.

<sup>124</sup> Cfr. PARADA (1963) *passim*.

<sup>125</sup> Cfr. ARIÑO (2007) págs. 94 a 96.

<sup>126</sup> Para la idea de la carencia de una norma a priori para calificar un acto como de tráfico privado o administrativo, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004), *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson-Civitas, Madrid, pág. 61.

<sup>127</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 95.



Así, en el derecho europeo continental, en diferentes épocas, se han formulado diversos criterios para definir el contrato administrativo, y de este modo distinguirlo del contrato de derecho privado. De este modo, desde una perspectiva finalista, el contrato es administrativo cuando se relaciona directamente con un servicio público, por medio de la fórmula “servicios y obras públicas”<sup>128</sup> o cuyo objeto sea de interés general o de utilidad pública<sup>129</sup>. Por otro lado, desde la perspectiva de las cláusulas exorbitantes, será administrativo el contrato cuando su texto o el marco jurídico de la contratación contiene normas o cláusulas exorbitantes al derecho común<sup>130</sup>. En otro sentido, desde el punto de vista de la jurisdicción, será contrato administrativo aquel en que las divergencias que ocurran entre la partes están sometidas al conocimiento de un tribunal especial establecido por la ley<sup>131</sup>. Desde otra perspectiva, denominada formalista, el contrato es administrativo cuando su régimen jurídico, en cuanto su preparación, adjudicación, ejecución y terminación queda conformado con mayor o menor intensidad por normas de derecho público<sup>132</sup>. Finalmente según el criterio del sujeto público, como condición suficiente, será contrato administrativo aquel en que al menos una de las partes es un órgano de la Administración del Estado<sup>133</sup>.

Estos criterios, desde diversos puntos de vista, plantean la calificación de un contrato como administrativo. Dependiendo de cuál de estos criterios se adopte se construye una definición diferente, que congruentemente utiliza tal elemento en el concepto de contrato administrativo.

Ahora bien, como se señala *supra* no hay norma a priori de validez universal<sup>134</sup> y la

---

<sup>128</sup> Sobre este criterio, se ha propuesto la distinción sobre la base de la teoría de la causa, cfr. DE SOLAS, José María (1990) *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, págs. 21 a 35.

<sup>129</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (1963) págs. 103 y 104.

<sup>130</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA (1963) págs. 107 a 109.

<sup>131</sup> Cfr. PARADA, José Ramón (1963) *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, *passim*.

<sup>132</sup> Cfr. MORAGA (2007) pág. 27.

<sup>133</sup> Cfr. MORAGA (2007) pág. 26.

<sup>134</sup> Para esta idea cfr. ARIÑO (2007) pág. 95.

respuesta será según las particularidades del derecho vigente en un Estado determinado. Por ejemplo, para el derecho francés, Jèze ha considerado que algunos de estos criterios (intención de las partes, finalidad de servicio público y el de las cláusulas exorbitantes) deben concurrir como requisitos copulativos para estar en presencia de un contrato administrativo, y un contrato así calificado como administrativo, en el derecho francés, tiene como consecuencia el sometimiento a la jurisdicción contenciosa administrativa<sup>135</sup>.

En especial, en cuanto al criterio de la prerrogativa<sup>136</sup>, una fuerte corriente doctrinaria dentro del derecho continental, considera que perfeccionado el contrato de la Administración, como norma particular, si presenta cierto régimen jurídico de prerrogativas exorbitantes al derecho privado, es perfectamente clasificable y definible, sobre la base de tal régimen. En este sentido, *e.g.*, se define al contrato administrativo, como “todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado, susceptible de producir efectos con relación a los terceros”<sup>137</sup>. Ahora bien, dentro de este criterio, además se discute acerca de qué es una cláusula exorbitante, por una parte se postula que son aquellas que serían inválidas en un contrato privado, o bien aquellas que son inusuales al derecho privado, o aquellas que serían conjuntamente inválidas e inusuales en el derecho privado<sup>138</sup>.

En relación a este criterio, cabe señalar que en el contexto del derecho europeo continental ha sido fuertemente criticado. En este sentido, para Benoit la noción de cláusula

---

<sup>135</sup> JÈZE, Gaston (1928) *Los principios generales del Derecho Administrativo*, (trad.cast de Carlos García Oviedo), Editorial Reus, Madrid, *passim*.

<sup>136</sup> Al que calificamos de regulativo, pues atiende a la regulación establecida por el contrato, a la norma de fondo, y no al contrato como acto.

<sup>137</sup> CASSAGNE, Juan Carlos (1976), “Los contratos de la Administración Pública, distintas categorías y regímenes jurídicos”, en *Anuario de Derecho Administrativo, 1975- 1976*, Ediciones Revista de Derecho Público, Santiago, págs. 306 y 307.

<sup>138</sup> Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos (2005), *El contrato administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 25 y 26. Cabe señalar que la Administración no siempre resulta beneficiada por estas cláusulas, en este sentido, acerca de la desfavorecida situación del Estado en ciertas cláusulas exorbitantes cfr. MARTÍN- RETORTILLO, Sebastián (1996) *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, segunda edición ampliada, Editorial Civitas, S.A, Madrid, pág. 107 “no es extraño encontrar en el contrato administrativo algunas facetas en las que [...] la Administración se encuentra en una situación menos ventajosa que la de un particular tiene en relación con otro en un contrato privado”.

exorbitante al derecho privado es falsa en si misma, y por lo mismo inútil como criterio de definición del contrato administrativo. Por su parte, propone el criterio del régimen jurídico al que éste se encuentra sujeto, el que a su vez se determina por la voluntad (ya sea de la ley o de las partes) de someterlo al régimen general de derecho privado o al régimen especial de Derecho Administrativo<sup>139</sup>. Ahora bien, del mismo modo ha sido defendido, en la doctrina española se señala que carece de sustancia establecer la institución del contrato administrativo, si se encontrará desprovista de consecuencias propias, cual es la de establecer prerrogativas administrativas<sup>140</sup>. Así, aunque se descarte como criterio de calificación, la presencia de prerrogativas administrativas, le confiere carácter sustancial, en lo regulativo, al contrato administrativo.

A mayor abundamiento, la categoría del contrato administrativo dotado de prerrogativas exorbitantes se ha configurado de tal modo diverso a las categorías de derecho privado contractual, que en doctrina incluso se desconoce el carácter contractual de la institución. En este orden de ideas, se ha planteado que el contrato administrativo es diverso del contrato de Derecho Civil a tal nivel, que ya no es contrato, sino que una especie de acto administrativo. En este sentido, en el derecho comparado de referencia, se ha planteado que los contratos administrativos son actos administrativos unilaterales en su emisión, necesitados de aceptación previa, y contractual en sus efectos<sup>141</sup>.

De entender que el contrato administrativo es en realidad un acto administrativo con contenido convencional, se deberían derivar ciertas consecuencias que dicen relación

---

<sup>139</sup> BENOIT, Francis Paul (1977), *El Derecho Administrativo francés* [traducción de Rafael Gil Cremades] Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, pág. 735.

<sup>140</sup> Argumento expresado en el contexto de entrevista personal, Zaragoza, primavera boreal 2009, en cuanto a la obra de este autor, se puede consultar, *e.g.* entre otras, GIMENO, José María (1995) *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)* Civitas, Madrid. En este orden de ideas, para ARIÑO (2007) pág. 96, las prerrogativas se tratan más bien una consecuencia, al decir que un contrato no es administrativo por tener cláusulas exorbitantes, sino que incorpora válidamente éstas por ser administrativo.

<sup>141</sup> Cfr. MARTÍNEZ, José Luis (1998) “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español (su fundamento y consecuencias)” en *Derecho Administrativo*, [Homenaje M. Marienhoof] Buenos Aires, Abeledo - Perrot. El mismo cuestionamiento se plantea en el derecho francés, en orden a comprender al contrato administrativo como un acto administrativo con contenido convencional, cfr. SINKONDO, Marcel (1993) “La notion de contrat administratif: acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l’Administration?” en *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 2, abril-junio, 1993, págs. 239 a 262.

con su régimen jurídico<sup>142</sup>. En este sentido, estos actos gozarían de los privilegios de todo acto administrativo, *e.g.*, la presunción de legalidad, con la consecuente presunción de validez.

Sin embargo, la figura del contrato administrativo y su carácter contractual se ha afirmado en el derecho continental, sosteniéndose que se trata de la institución general del contrato, que se regula o modula en Derecho Administrativo<sup>143</sup>.

No obstante, la falta de una tipicidad legal expresa que establezca criterios de calificación, en nuestro ordenamiento jurídico, está conteste la doctrina y la jurisprudencia en reconocer su existencia. Así a nivel legislativo, se ha establecido su regulación en diversos textos legales<sup>144</sup>, en especial por un régimen jurídico de formación de la voluntad administrativa, o actualización del poder, con una reglamentación diversa a la de los contratos de derecho privado<sup>145</sup>. En el mismo sentido, reconoce tal categoría, la jurisprudencia judicial<sup>146</sup>, del mismo modo que la dogmática administrativa.

En este tenor, el contrato administrativo se define como “el acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquella, que persigue un fin público, y se somete a las reglas del Derecho público”<sup>147</sup>. En este sentido, Viñuela argumenta reafirmando recientemente la categoría del contrato administrativo señalando en relación con el contrato de concesión de obra pública, que no todos los contratos que celebra el Estado se ordenan al interés público de la misma manera, verificándose en el contrato administrativo una vinculación directa con el desempeño de los cometidos

---

<sup>142</sup> En general, que las obligaciones y derechos a los que se refiere el acto serían válidas en virtud de la ley y de la voluntad de la Administración, quedando la voluntad del particular reducida a mera condición de eficacia del acto, y ya no de validez, como en el caso del contrato. *cfr.* ARIÑO (2007) pág. 89 y 90.

<sup>143</sup> Por todos, *cfr.* LAUBADERE, André; Moderne, Franck; Devolvé, Pierre (1985) *Traité des contrats administratifs*, t. I. L.G.D.J., Paris, *passim*, GARCIA DE ENTERRIA (1963) págs. 99 a 128.

<sup>144</sup> Por ejemplo, en la Ley de concesiones de obras públicas, en adelante LOOPP, y en la LCASYPS. Dada la carencia de cláusulas generales al nivel legislativo, cabe preguntarse por la procedencia de la figura de contratos administrativos atípicos, al respecto MORAGA (2007) pág. 33 sostiene que la Administración puede contratar, siempre que sea con un fin de interés general.

<sup>145</sup> SILVA (1995) pág. 171.

<sup>146</sup> *Cfr.* *Estrada con Alcalde de la I. Municipalidad de Pudahuel* (1993), *Crispin con Municipalidad de Arica* (2008), en especial el considerando sexto del fallo de alzada.

<sup>147</sup> SILVA (1995) pág. 174.

específicos de la Administración del Estado<sup>148</sup>. En este contexto, es del todo vigente la expresión de Oelckers, relativa a que “la realidad jurídica, es que la Administración contrata, y que en Derecho Administrativo, el contrato administrativo es una realidad”<sup>149</sup>.

De la configuración de la categoría del contrato administrativo, por oposición al contrato privado, surge la clasificación de los contratos entre administrativos y privados de la Administración. En este sentido, cabe precisar que una fuerte tradición en el derecho continental, ya en la raíz francesa<sup>150</sup>, y de gran penetración en nuestro medio<sup>151</sup>, distingue, dentro de los contratos que celebra la Administración del Estado, entre contratos privados de la Administración y contratos administrativos en sentido estricto.

En este contexto, se clasifica los contratos de la Administración, distinguiendo los contratos administrativos, de los contratos privados de la Administración, estando los primeros sujetos al régimen de Derecho Administrativo, y los segundos al régimen de derecho privado, según se señala en la doctrina más citada<sup>152</sup>. De modo que, la categoría del contrato administrativo se corresponde con el régimen de derecho público que rige el contrato. Por otra parte, el contrato privado de la Administración, se trata de un contrato regido por el derecho privado, en que es parte la Administración. En este sentido Viñuela, siguiendo a Cassagne<sup>153</sup>, sostiene que la contratación administrativa alcanza a los contratos privados de la Administración que, sin embargo de su regulación bajo el derecho privado, en atención a que una de las partes del contrato es la Administración, les atañen los

---

<sup>148</sup> Cfr. VIÑUELA, Mauricio (2007) “El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1, pág. 54.

<sup>149</sup> Cfr. OELCKERS, Osvaldo (1979) “En torno al concepto de contrato administrativo”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. III, 1979, pág. 138.

<sup>150</sup> Cfr. LAUBADERE, MODERNE, DEVOLVÉ, (1985) pág. 17.

<sup>151</sup> Por todos cfr. MORAGA (2007) *passim* y OELCKERS, Osvaldo (1983) “Los principios informadores de la contratación administrativa” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 7, págs. 151 a 164; SILVA (1995) pág. 163.

<sup>152</sup> Cfr. ARIÑO (2007) págs. 92 a 96; DE SOLAS (1990) págs. 32 y sgts; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), págs. 708 y 709.

<sup>153</sup> Cfr. CASSAGNE (2005) págs. 18 a 21.

principios generales de la contratación administrativa<sup>154</sup>.

Cabe anotar que en el derecho chileno se ha afirmado la clasificación del contrato de la Administración, ya tradicional, entre contratos administrativos en sentido estricto y privados de la Administración, pues, así se opera en la exposición dogmática de la materia en autores como Moraga<sup>155</sup>, Oelckers<sup>156</sup>, Silva<sup>157</sup> y Viñuela,<sup>158</sup> en la jurisprudencia judicial<sup>159</sup>, y en dictámenes de la Contraloría General de la República<sup>160</sup>.

La calificación de un contrato como administrativo implica que la categoría se configura por regularse bajo principios especiales y propios del Derecho Administrativo<sup>161</sup>, distinta a la reglamentación común de Derecho Civil. En el caso de reglamentarse por este último ordenamiento, estaríamos en presencia de un contrato privado de la Administración, *i.e.* el contrato regulado por el derecho privado en que es parte la Administración o un ente administrativo<sup>162</sup>.

Por lo anterior, para los efectos de esta tesis, se sigue la clasificación de los “contratos de la Administración” entre “contratos administrativos”, y “contratos privados de la Administración”, estando los primeros sujetos en cuanto al fondo, al régimen de Derecho Administrativo, y los segundos al régimen de derecho privado. Sin embargo, ambos se encuentran, en cuanto a la formación del contrato, regulados por el Derecho Administrativo.

---

<sup>154</sup> VIÑUELA (2007) pág. 59.

<sup>155</sup> MORAGA (2007) *passim*.

<sup>156</sup> OELCKERS (1983) págs. 151 a 164.

<sup>157</sup> SILVA (1995) pág. 163.

<sup>158</sup> VIÑUELA (2007) pág. 59.

<sup>159</sup> En este sentido, la jurisprudencia, cfr. *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007), fallo en el que categóricamente se señala que un contrato de compraventa de un bien municipal se rige plenamente por el Derecho Civil.

<sup>160</sup> Así se podría desprender de la circunstancia que la Contraloría General de la República, en Dictámenes núm. 57.215/2006, núm. 6.204/2002, núm. 46.532/2000 y núm. 14.540/2000, ha preceptuado que las compras de bienes raíces que realice la Administración del Estado quedan bajo la aplicación del artículo 9° de la LOCBGAE.

<sup>161</sup> SILVA (1995) pág. 163.

<sup>162</sup> Cfr. ARIÑO (2007) págs. 92 a 96.

La estructura subjetiva pública se presenta en ambas especies en común, esto es, que al menos una de las partes es un órgano de la Administración del Estado. En este sentido, se sostiene que condición necesaria para estar en presencia de un contrato de la Administración es que una de las partes sea un órgano de la Administración del Estado<sup>163</sup>, criterio, que se identifica con el sujeto público, que si bien es necesario, no es suficiente para calificar a un contrato como administrativo<sup>164</sup>.

De modo que, desde un punto de vista subjetivo, se constata de manera simple, que será contrato de la Administración, aquel contrato en que es parte un órgano de la Administración del Estado. Este escueto criterio de constatación, de carácter empírico implica que el régimen jurídico del contrato, necesariamente, en su preparación (e.g., habilitación del gasto), y adjudicación, queda conformado por normas de derecho público. De modo que, en el contrato de la Administración el elemento subjetivo determina consecuencias formalistas de forma procedimiento y forma solemnidad. Así, en ambas categorías que comprende el contrato de la Administración, ocurre la llamada “zona común”<sup>165</sup>, consistente en que la fase de formación del contrato de la Administración siempre se rige por unas mismas normas, de naturaleza administrativa, con independencia de la calificación que hayan de merecer aquéllos una vez perfeccionados<sup>166</sup>. En este contexto, lo determinante de la cualidad pública del sujeto contratante se deriva que éste se

---

<sup>163</sup> Por la presencia subjetiva de la Administración del Estado como requisito *sine qua non* del contrato de la Administración, en este sentido (con ocasión del contrato administrativo), cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) págs. 701 a 704.

<sup>164</sup> Cabe señalar que en esta tesis no se argumenta por la corrección de un determinado criterio de definición del contrato administrativo, sino que considera los que analíticamente presentan utilidad para argumentar en torno a la hipótesis de trabajo.

<sup>165</sup> DE SOLAS (1990) págs. 141 a 147.

<sup>166</sup> DE SOLAS (1990) pág. 141. En el mismo sentido ARIÑO (2007) pág. 92 y GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) págs. 706 a 708. Fuera de esta zona común las diferencias entre contratos privados y administrativos, se aprecian en aspectos tales como (1) la regulación del objeto del contrato (las prestaciones, y dentro de estas el régimen de derechos y obligaciones correlativas) y (2) las prerrogativas o potestades de la Administración en la ejecución del contrato. En el derecho español, se apunta que las diferencias sustanciales apuntan principalmente a la teoría de la imprevisión, la interpretación no voluntarista sino que teleológica, y la rigidez del principio *pacta sunt servanda*. cfr. ARIÑO (2007) pág. 101. Cabe señalar que esta tesis, no se ocupa de las normas de fondo establecidas por el contrato, sino que de la competencia o poder normativo contractual, y su validez, por ello no trabaja con una definición apriorística de contrato de la Administración, a base de criterios regulativos.

encuentra limitado por el principio de juridicidad<sup>167</sup>, en virtud del cual sólo puede contratar en los casos, y bajo las formas dispuestas por la ley, aspectos comunes tanto a los contratos privados como a los contratos administrativos<sup>168</sup>.

De este modo se configura el núcleo público original del contrato de la Administración, lugar donde adquiere relevancia el procedimiento administrativo de formación de la voluntad contractual administrativa. Al tratarse de un poder jurídico ejercido por un órgano público, se determina el *fieri* contractual administrativo, esto es, el procedimiento administrativo, como fase previa al contrato. En este sentido se ha anotado que la existencia de fondos públicos comprometidos que requieren ser bien administrados exige procedimientos públicos, transparentes, y competitivos en la selección de los participantes<sup>169</sup>, argumentos que, a mi entender, aplican tanto para los contratos privados de la Administración, como para los contratos administrativos<sup>170</sup>. En este contexto el procedimiento administrativo constituye el supuesto normativo de la Administración para contratar<sup>171</sup>, correspondiendo la determinación de las condiciones de validez de ese procedimiento al Derecho Administrativo.

De este modo, para esta tesis, en principio, no sería relevante la calificación del “contrato del sector público”, como contrato privado o contrato administrativo. Lo determinante para que opere el bloque de legalidad administrativa es que interviene un

---

<sup>167</sup> En este sentido, MORAGA (2007) pág. 32.

<sup>168</sup> En este sentido, la doctrina y la ley española, adaptada al derecho europeo de contratos públicos, ahora utiliza la expresión *contratos del sector público*, destacando que es la participación de un sujeto público lo importante en el régimen jurídico de formación del contrato. Cfr. GIMENO, José María (2000) “La necesaria interpretación subjetivo funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública” en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, págs. 425 a 439 y GIMENO, José María (Ed.) (2008), *El derecho de los contratos del sector público*, Ed. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza.

<sup>169</sup> Cfr. CORDERO, Luis (2006), “Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, núm. 17, pág. 33.

<sup>170</sup> Independiente del objeto del contrato, que podría distinguir unos de otros, al recibir diferente régimen jurídico en atención a las obligaciones de las que es fuente, y que pueden tener diversa clasificación. En este sentido, para el sujeto privado las reglas de formación de la voluntad primero, y del consentimiento después, son las mismas, independientemente, del objeto sobre el que recae. Por el contrario la formación de la voluntad administrativa es reglada de modo diferente.

<sup>171</sup> Cfr. *e.g.* LOCBGAE, LCASYPS, LOOPP.



sujeto público<sup>172</sup>, con todo lo que ello implica en cuanto a la habilitación y al *feri* del contrato<sup>173</sup>. En otras palabras, de este modo, se determina la necesidad jurídica de un procedimiento regulado por el Derecho Administrativo, como requisito de validez del contrato<sup>174</sup>.

En consecuencia, la existencia del núcleo normativo de derecho público en la generación del contrato de la Administración, resulta jurídicamente fundamental, para la configuración de la validez del contrato de la Administración. En efecto, una verificación exhaustiva de la validez del contrato, necesariamente requiere del análisis de si se han o no observado las normas administrativas de atribución y actualización del poder, en la generación del contrato de la Administración<sup>175</sup>.

## 2. *Lógica contractual*

La relevancia de la determinación de cómo se presenta la lógica contractual en el contrato de la Administración, radica en que dicha estructura es un elemento a tener en cuenta para determinar el régimen jurídico del contrato. Además, interesa para la procedencia del criterio de aplicabilidad de las reglas civiles en materias administrativas, (que la naturaleza de la institución lo admita cfr. *supra* I). Así, de dicha determinación se avanza en la averiguación de si las reglas civiles pueden resultar aplicables como estatuto jurídico de la nulidad en el ámbito de la contratación administrativa.

En orden a averiguar el concepto de contrato al que se refiere el contrato de la Administración, consideraremos que la dogmática civil, aunque con matices, describe al

---

<sup>172</sup> En el que se supone, se resguarda el interés público o general, bajo criterios de justicia distributiva. Sin embargo podrán haber distintos intereses inmediatos, por ejemplo, entre una municipalidad y otro órgano estatal, sea o no municipal; el caso de *Junta de Vecinos de Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007), por ejemplo, muestra un caso de conflicto de intereses en el ámbito público.

<sup>173</sup> Donde los actos administrativos se encuentran en el contexto de potestades y privilegios de la Administración, además de estar sujetos a los requisitos de validez de su género.

<sup>174</sup> En detalle cfr. *infra* IV. 3.

<sup>175</sup> cfr. *infra* II.5; e *infra* IV.3 para la relevancia anulatoria de este aspecto.

contrato como toda convención creadora de derechos y obligaciones<sup>176</sup>. En este sentido, en la disciplina del Derecho Civil se señala que, de este modo, se precisa la definición dada por el Código Civil en el art. 1438<sup>177</sup>, que define conjuntamente a contrato y convención, al leerse que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. De tal definición legal, se infiere que la lógica contractual consiste en intercambios, que jurídicamente se manifiestan por medio de obligaciones recíprocas, generalmente del modo te doy para que des; reguladas por la ley del contrato, cuyo establecimiento se encuentra dotado de fuerza normativa en virtud del art. 1545 del Código Civil.

Esa estructura lógica del contrato se halla bajo ciertos principios, concordantes con la ideología preponderante en el legislador cuando la época de promulgación del Código Civil, cuales serían, el principio de autonomía privada, libertad contractual e igualdad<sup>178</sup>. La autonomía privada consiste en la competencia para crear normas jurídicas, la libertad implica el arbitrio de determinar qué, cómo, cuándo, y con quién se contrata, e igualdad<sup>179</sup> que implica la simetría de voluntades, que hace presumir la justicia del acuerdo<sup>180</sup>. Estos principios participarían de la noción de contrato en el Código Civil.

La noción anterior, como se puede observar, obedece a la lógica de intercambios

---

<sup>176</sup> Esto es “el acuerdo de voluntades destinado a crear derechos y obligaciones” cfr. ALESSANDRI, Arturo (1936) *De los contratos*, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago, pág. 4.

<sup>177</sup> En este sentido, cfr. LEÓN, Avelino (1991) *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 15, donde se señala que “las convenciones que crean obligaciones se denominan específicamente contratos. En consecuencia, entre convención y contrato existe la diferencia que surge del género frente a la especie. El contrato es la convención que genera obligaciones. Y excluido así el contrato de las convenciones en general, podemos decir que la convención es el acto jurídico bilateral que tiene por objeto conservar, modificar o extinguir un derecho. Esta diferencia teórica entre convención y contrato no la ha seguido nuestro Código, pues en el art. 1438 asimila ambos conceptos [...] Más aún: la distinción no tiene importancia práctica, pues a ambos se aplican las mismas normas generales.” Por todos, además, en este sentido, LÓPEZ (2005) págs. 26 a 28.

<sup>178</sup> En este sentido, TAPIA (2005) pág. 210 señala que el individualismo que inspiró al Código Civil puede apreciarse claramente en la reglamentación del contrato.

<sup>179</sup> Respecto de la igualdad, tradicionalmente se ha discutido el carácter contractual del contrato de la Administración, en atención a la desigualdad de las partes, tópico que alcanza para una ya inabarcable discusión. Este argumento pierde fuerza, pues ya en la propia contratación privada se discute la supuesta igualdad de las partes. cfr. MARTÍN- RETORTILLO, (1996) págs. 113 y 114. Más adelante se desarrolla este aspecto.

<sup>180</sup> En este sentido, cfr. TAPIA (2005) pág. 210.

espontáneos. En este sentido, Barros resalta que el derecho privado es el ordenamiento de interacciones espontáneas, que obedece a criterios justicia conmutativa, bajo la certeza de una arquitectura conceptual desarrollada a lo largo de más de dos mil años<sup>181</sup>. Precisamente en los contratos, la atención se pone en el vínculo normativo que nace del acuerdo o intercambio, y en los deberes que para las partes surgen de cumplir lo recíprocamente prometido<sup>182</sup>. En este sentido se señala que “por una parte, el contrato es un procedimiento técnico para asegurar los intercambios económicos. Como el legislador admite el acto jurídico, por esa misma razón prevé para los intercambios económicos una organización, a fin de evitar que sean anárquicos. Por otra parte, el contrato corresponde a un acuerdo de voluntades de los contratantes”<sup>183</sup>.

Cabe preguntarse cómo opera la lógica contractual de intercambios bajo el contrato de la Administración, en el que intervienen un poder público y un poder particular que concurren con sus voluntades a la formación del acto, en el entendido que se presenta un núcleo de Derecho Administrativo, de una lógica diversa, que no está concebida para ordenar intercambios espontáneos, sino para regular actuaciones con fines de justicia distributiva<sup>184</sup>. Al respecto se señala, que aún cuando el Estado actúa por medio de contratos, esto es, sobre la base de intercambios, se trata de intercambios finalizados, lo cual hace que también el fin que ordena tal contratación sea público. En extremo, además,

---

<sup>181</sup> Cfr. BARROS, Enrique (2001), “Lo público y lo privado en el derecho”, en *Estudios Públicos*, núm. 81, págs. 5 a 23, en especial pág.17. GARCÍA DE ENTERRÍA (1963) pág. 100, apunta que se entiende al contrato como la figura por excelencia del derecho privado.

<sup>182</sup> Cfr. BARROS (2001) pág. 19.

<sup>183</sup> Cfr. LARROUMET (1993) pág. 83.

<sup>184</sup> En este orden de ideas BARROS (2001) pág. 19 señala que “la diferencia del derecho privado con las regulaciones administrativas reside en la lógica, en la manera de pensar. Hayek entendió que esa diferencia se plantea entre la lógica de la organización, del orden creado mediante decisiones regidas por el propósito de influir en la realidad social, y la lógica característica de un orden espontáneo, en que las reglas no tienen otro sentido que regir conductas según principios de justicia aplicables a cada tipo de relación, de modo que no responden a un plan preconcebido de autoridad pública alguna”. En este sentido, y como se señaló en el capítulo I, el Derecho Administrativo consiste en un derecho potestativo, de relaciones supraordenadas, que persigue la satisfacción del interés general. Cfr. FERRADA, Juan Carlos (2007) “Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. 20, núm. 2, págs. 75 y 76.

se sostiene que tal intercambio no se ha de regir por principios de justicia conmutativa<sup>185</sup>.

Ahora bien, el tópico de la congruencia de la lógica contractual de derecho privado, con los contratos que celebra la Administración, puede presentarse tanto respecto del contrato privado de la Administración como respecto del contrato administrativo<sup>186</sup>. En cuanto al primero, no se ha entendido haber mayor problemática, pues salvo el núcleo público original, presenta la misma estructura que un contrato de derecho privado entre privados, y se regiría íntegramente por el derecho privado. En cuanto al segundo, se ha planteado expresamente el tópico de la congruencia con los principios y estructura del derecho privado de contratos. Afirmando el carácter contractual del mismo, la más autorizada doctrina administrativista española escribe que “en el fondo no hay un contrato administrativo distinto al civil. Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo, con objeto de resolver los problemas de sus sujetos, adopta el contrato en cuanto institución lógico-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 supraconcepto contrato, del cual sería otra variedad el propio contrato civil”<sup>187</sup>. Ariño lo entiende de este modo<sup>188</sup>.

De la misma manera, en la discusión nacional, se sostiene el carácter del contrato administrativo en correspondencia con el derecho privado de contratos. En este sentido, Moraga señala que “sea cual fuere la definición que se quisiera dar sobre el contrato

---

<sup>185</sup> Cfr. SOTO (1978) págs. 103 y 110.

<sup>186</sup> El problema de la incompatibilidad conceptual de un poder Estatal que ordinariamente manda, prohíbe, sanciona, autoriza, expropia o regula, se presenta en general respecto de los contratos del Estado, cfr. ARIÑO (2007) pág. 80.

<sup>187</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 59. En el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA (1963) págs. 13 a 21. En este orden de ideas, también para el derecho español con referencias al derecho francés, alemán e italiano, destacando la correlación y el intercambio de las técnicas propias de cada uno de los campos del ordenamiento jurídico, expresión de la unidad intrínseca del mismo, Martín-Retortillo destaca la presencia del Derecho Civil en el Derecho Administrativo, cfr. MARTÍN-RETORTILLO (1996) págs. 61 a 67.

<sup>188</sup> ARIÑO (2007) pág. 89 “los contratos que celebra la Administración del Estado son verdaderos contratos y le crean un compromiso de inexcusable cumplimiento”. En contrapunto se señala que “en el Derecho Administrativo los derechos y obligaciones nacen directamente de la norma o su ejecución. Desde ese planteamiento no debería resultar sorprendente sostener que el contrato en el Derecho Administrativo opera en una cierta relación dialéctica con el acto administrativo. Dicho de otro modo, la actividad contractual de la Administración no se entiende cabalmente sin referencia al acto administrativo”. cfr. MEILÁN (2008) pág. 19.

administrativo o contrato de la Administración, hay una realidad innegable, se trata de una institución jurídica que se subsume perfectamente en el contrato del Código Civil”<sup>189</sup>. En el mismo sentido Oelckers señala que “el contrato administrativo, conserva el esquema tradicional del contrato, cuya elaboración, como tal, responde a los principios y presupuestos del Derecho civil”<sup>190</sup>.

Así, como se puede ver, en la disciplina del Derecho Administrativo chileno, el concepto de contrato administrativo, no se diferencia categóricamente del contrato de Derecho Civil. De modo que el contrato administrativo es una institución “lógico - jurídica”<sup>191</sup> sinalagmática, comprensible en términos de derecho de las obligaciones, contenido en el Código Civil, con lo cual este código acaba por afectar de una u otra manera el régimen jurídico del contrato de la Administración, y en particular en lo que se refiere a la normativa de las obligaciones perfeccionadas por el contrato. En este sentido, en el derecho francés se indica que el juez administrativo recurre a técnicas o nociones provenientes de la codificación civil, por ejemplo, en materia de efecto relativo del contrato o sobre la fuerza obligatoria del mismo<sup>192</sup>. Sin embargo ello no implica que la figura general aparezca exclusivamente delimitada por el sello de su origen *iusprivatista*<sup>193</sup>.

En el sentido de lo señalado por la dogmática administrativa de referencia, tanto el contrato administrativo, como el contrato privado de la Administración, se tratan de instituciones que, en general se corresponden con el derecho privado, por ende, regulados, en parte importante, por el Derecho Civil. La parte o naturaleza privada consiste en el carácter contractual de la institución, determinado por la fuerza obligatoria de las obligaciones recíprocas de carácter civil que establece<sup>194</sup>, constituyéndose la Administración del Estado, en deudor y acreedor, en términos, estimo, comprensibles sobre

---

<sup>189</sup> Cfr. MORAGA (2007) pág. 27.

<sup>190</sup> Cfr. OELCKERS (1979) pág. 137.

<sup>191</sup> Para el empleo de esta expresión cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), pág. 59.

<sup>192</sup> Cfr. MODERNE (2005) págs. 157 y 158. Indica que no se hace una aplicación precisa de las reglas, sino que, según la interpretación del autor, en calidad de principios. *Ibidem* págs. 152 y 158.

<sup>193</sup> Cfr. MARTÍN – RETORTILLO (1996) pág. 54.

<sup>194</sup> En este sentido, respecto a la fuerza obligatoria del contrato de la Administración, cfr. ARIÑO (2007) págs. 82 a 85 y 88.

la base del derecho privado de las obligaciones. Ahora bien, la naturaleza en parte civil de la institución constituye un avance en la justificación de la aplicabilidad de las reglas civiles, según el criterio de aplicabilidad expuesto en el capítulo I *in fine*.

En este contexto, en cuanto a la fuerza obligatoria, el contrato de la Administración constituye una relación jurídica en la que no se verifica una relación administrativa paradigmática, Administración- administrado, sino que más bien se establece una relación obligacional, más propia del derecho privado de las obligaciones, que del Derecho Administrativo. Así, el contrato de la Administración, como negocio jurídico, constituye fuente de las obligaciones contractuales de la Administración, y por otra parte, constituye a ésta en acreedor de derecho privado. En este sentido, se señala que, a pesar de la posibilidad de las prerrogativas exorbitantes al derecho privado, mediante la mantención equilibrio económico se consigue la justicia conmutativa en el contrato<sup>195</sup>. Muestra de ello es que el equilibrio económico del intercambio, se reconoce, en todo contrato administrativo, pues si bien es posible de atenuar el *pacta sunt servanda*,<sup>196</sup> mediante el empleo de cláusulas exorbitantes, siempre el contratista tiene derecho a que se conserve el equilibrio económico del contrato<sup>197</sup>, ya que sea que se modifique el régimen de derechos y obligaciones en el ejercicio de un poder exorbitante o incluso por medio de un *factum principis*<sup>198</sup>.

En el derecho de los contratos de la Administración del Estado, la estructura contractual sinalagmática, basándose en el paradigma contractual se presenta no sólo en el contenido, sino que también en la formación del contrato, puesto que también concurren

---

<sup>195</sup> En este sentido, cfr. ARIÑO (2007) pág. 101, OELCKERS (1983) págs. 151 a 164.

<sup>196</sup> ARIÑO (2007) pág. 101.

<sup>197</sup> De este modo se respeta el equilibrio económico contractual, que supone el principio de la autonomía de la voluntad. En general el equilibrio económico se destaca por LARROUMET (1993) pág. 85, en términos que “no podrá haber contrato sin voluntad; el contrato realiza un equilibrio que es lo que han querido que sea los contratantes y, en principio nada puede atentar contra él”.

<sup>198</sup> Así tanto en el derecho europeo continental como en el nuestro, en este sentido *e.g.*, en la LOOPP, cfr. SILVA (1995) pág. 167 a 169. En aquél, en este sentido, MARTÍN – RETORTILLO (1996) pág. 112 a 115 apunta que la igualdad contractual se refiere más a la equivalencia de la prestación, que a la igualdad de posición.

voluntades de diversas partes a formar el consentimiento contractual<sup>199</sup>. En este sentido, el contrato de la Administración no difiere esencialmente del contrato de derecho privado, aunque posee ciertas características especiales que es necesario reconocer, en orden a que antes ha habido un núcleo original de derecho público, cuyo tratamiento corresponde de acuerdo con la dogmática administrativa<sup>200</sup>. En este contexto, si bien la lógica del intercambio contractual permanece, conservando un rol principal en el contrato de la Administración, el núcleo público original impacta de tal manera que, ya no se trata de intercambios espontáneos<sup>201</sup>.

Como modulación relativa a la formación del contrato que introduce el Derecho Administrativo, la nota distintiva del contrato de la Administración se encuentra en la fundamentación o motivación jurídicamente necesaria del intercambio contractual. El núcleo público original actúa modulando la lógica contractual, determinando que los intercambios contractuales en que es parte la Administración del Estado abandonen la calidad de ser jurídicamente espontáneos, como en la contratación en general, recogiendo la calidad de ser jurídicamente motivados o fundados, tanto en los hechos como en el derecho<sup>202</sup>. En este sentido se sostiene que la manifestación de la voluntad administrativa mediante contratos consiste en ejecución de norma<sup>203</sup>.

En este contexto, el núcleo público original, es un elemento central en los contratos en que es parte un sujeto público, que si bien no desnaturaliza el carácter contractual de la institución, establece los aspectos públicos que un régimen de habilitación (competencia administrativa) y actualización (forma administrativa) del poder contractual de la Administración del Estado debe considerar. Así basándose en las reglas de formación de la

---

<sup>199</sup> En general, mediante un procedimiento concursal. En cuanto al contrato por concurso, tópico general en el que se enmarca la licitación pública, cfr. LEÓN (1991) pág. 100.

<sup>200</sup> En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), pág. 64. Tanto para los contratos privados como administrativos, pues la Administración siempre se sujeta al mismo estatuto jurídico objetivo, cfr. ARIÑO (2007) pág. 91 y sgts.

<sup>201</sup> En razón de que la lógica contractual es diversa la lógica de las regulaciones administrativas, sobre este tópico en general, cfr. BARROS (2001) pág. 19.

<sup>202</sup> Como contrapunto, a los particulares en los actos de derecho privado no se les exige que expresen el motivo que induce a celebrar el acto o contrato, cfr. art. 1467 del Código Civil.

<sup>203</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 86 y MEILÁN (2008) pág. 19, más detalladamente en *infra* II.3.2.3.

voluntad administrativa, se determina que se trata de un intercambio fundado, finalmente en el interés público<sup>204</sup>.

En cuanto al tópico de la igualdad, posible vía de oposición del contrato de la Administración con la categoría conceptual de contrato, en términos de preguntarse cómo puede haber contratos si las partes, una de ellas titular del poder, no están en posición de igualdad<sup>205</sup>. En este sentido, se señala que la mayor parte de las teorías negatorias del carácter contractual de la figura del contrato de la Administración se han sustentado precisamente sobre el argumento de que el contrato implica igualdad, y Administración del Estado siempre implica superioridad<sup>206</sup>.

En respuesta a lo anterior se apunta que, en primer lugar, no se sabe muy bien en qué consiste la igualdad jurídica contractual, y es difícil de medir, y que por lo demás la desigualdad en los contratos privados también es frecuente (*e.g.* bancos, seguros), y nadie pone en duda la existencia de contratos por esa condición, en ocasiones puros contratos de adhesión, bajo la supervisión del regulador<sup>207</sup>. De una posición de superioridad de una de las partes no se infiere el negar la existencia del contrato<sup>208</sup>, situación que se presenta de modo frecuente en los contratos privados. En este sentido se cuestiona que quienes niegan que los contratos celebrados en el marco del Derecho Administrativo sean contratos, en razón de la falta de igualdad entre las partes, no consideren que el derecho privado ofrece abundantes ejemplos de contratos en los que no existe igualdad posicional entre las partes, y no por ello se les ha dejado de tratar como propios y verdaderos contratos<sup>209</sup>.

En este sentido se señala que en los contratos de la Administración las partes están en una posición desigual, y a pesar de esto, aquellos se tratan de verdaderos contratos, y

---

<sup>204</sup> Más detalles en *infra* II.3.2.2.

<sup>205</sup> Cfr. MEILÁN (2008) pág. 13.

<sup>206</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO, (1996) pág. 109.

<sup>207</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 91.

<sup>208</sup> En este sentido MORAGA (2007) págs. 72 a 74, dentro del carácter contractual, señala la desigualdad de las partes presente en el contrato como *principio de preeminencia de la Administración*.

<sup>209</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO (1996) págs. 113 y 114.



ello por una razón clara: la posición igualitaria de las partes en el concepto de contrato no constituye característica que los determine como tal institución jurídica<sup>210</sup>.

Ahora bien, se sostiene que la igualdad contractual atiende a la equivalencia de la prestación y no a la igualdad en la posición<sup>211</sup>. Así, en los contratos administrativos los privilegios de la Administración, tales como, interpretar, suspender, rescindir el contrato, se compensan para el contratista, de modo que el contrato presenta igualdad de posiciones, ya no en la dirección y control del contrato, sino que en lo patrimonial, que es lo que en definitiva interesa al particular<sup>212</sup>. Por otra parte, las voluntades de ambas parte valen lo mismo para perfeccionar el contrato de la Administración<sup>213</sup>. Además, antes el contratista, en todo el proceso de contratación goza de la libertad para entrar en él<sup>214</sup>.

De lo expuesto, en relación con la noción y estructura lógica del contrato de la Administración, se obtiene su propia concepción contractual, modulada administrativamente<sup>215</sup>. En definitiva, si bien, por una parte, la Administración del Estado se constituye en deudor y acreedor, en términos comprensibles sobre la base del derecho privado de las obligaciones, la voluntad administrativa en cuanto a los fundamentos, requisitos y elementos concurrentes en la formación de la misma, en su carácter unilateral, sólo es comprensible en términos de Derecho Administrativo.

---

<sup>210</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO (1996) pág. 109.

<sup>211</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO (1996) págs. 112 y 113.

<sup>212</sup> Dentro de un régimen jurídico contractual autónomamente querido y consentido por ambas partes, en ciertos contratos de la Administración, se contemplan prerrogativas para una de las partes, las que si le corresponden a la Administración se les conoce, en la disciplina del Derecho Administrativo, bajo la nomenclatura de prerrogativas administrativas exorbitantes al derecho privado.

<sup>213</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 91. En el mismo sentido, MORAGA (2007) pág. 71, señala que “lo que importa verdaderamente es la voluntariedad y el consentimiento de quienes contratan, independientemente si las partes gozan o no de una posición de igualdad”.

<sup>214</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 92.

<sup>215</sup> Acerca de la modulación cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), pág. 64; Antes ya GARCÍA DE ENTERRÍA (1963) págs. 110 a 112. En cuanto a la modulación señala que “el problema no se plantea en términos de singularidad, substantividad o exorbitancia del contrato administrativo respecto del contrato civil, como viene pretendiéndose, sino, mucho menos dramáticamente, más sencillamente, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la Administración en la eterna, permanente, abstracta institución contractual”.

De esta manera, se obtiene una noción unitaria *contractual heterogénea*, noción que no entraña una contradicción, pues la heterogeneidad y unidad atañen a aspectos diversos. Unitaria pues corresponde tanto al contrato privado como al administrativo y heterogénea, pues considerar elementos públicos y privados es imprescindible para comprender a cabalidad el contrato de la Administración, tanto respecto de los aspectos referidos al contrato como acto, a saber el poder contractual, como de los aspectos referidos a los derechos y obligaciones establecidas por la ley del contrato, a saber, el contenido del contrato como norma.

### 3. *Poder contractual de la Administración del Estado*

#### 3.1. *Poder contractual complejo*

El poder contractual se trata de la competencia, para establecer una regulación jurídicamente obligatoria del intercambio económico<sup>216</sup>. El derecho privado, regulado por los referidos principios contractuales de autonomía, libertad e igualdad, en general, establece la autoridad de las partes<sup>217</sup> para disponer o establecer un régimen de derechos y obligaciones correlativas respecto del intercambio económico, siendo esto último el carácter principal del marco normativo del derecho de contratos<sup>218</sup>. El Derecho Administrativo, en parte al menos, es el derecho que regula actuación potestativa de la Administración del Estado<sup>219</sup>, actuación que se desenvuelve mediante actos administrativos tipificados<sup>220</sup>. Ambos en conjunto, constituyen el marco normativo de los contratos que celebra la Administración. Desde este planteamiento, como se desarrollará, la práctica contractual administrativa, estructuralmente, en cuanto a los poderes que fundan la relación

---

<sup>216</sup> En la concepción del derecho de contratos como reglas que confieren poderes, cfr. KLASS, Gregory (2008) “Three pictures of contract: duty, power, and compound rule” en *New York University Law Review*, vol. 83, diciembre 2008, pág. 1727.

<sup>217</sup> El acto contractual que actualiza el poder de contratar crea derechos y obligaciones. El contrato los regula.

<sup>218</sup> En este sentido KLASS (2008) pág. 1727 a 1743.

<sup>219</sup> Cfr. *infra* I.2, cfr. ARIÑO (2007) pág. 87.

<sup>220</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 87.

jurídica, se trata de un fenómeno propiamente contractual, aunque modulado administrativamente.

Los sujetos de derecho, sean estos particulares o públicos, para actuar válidamente en el plano de los intercambios contractuales, deben estar dotados de competencia o poder para contratar<sup>221</sup>. Desde esta perspectiva analítica, el contrato como norma jurídica particular, es una relación jurídica soportada por normas jurídicas generales, que otorgan resultado institucional al acto contractual. Dichas normas generales, es usual denominar en derecho privado como normas que confieren poderes<sup>222</sup> y en derecho público como normas de competencia<sup>223</sup>.

La norma que confiere poder, concebida como norma completa, *i.e.*, compuesta por las normas o partes de normas que atribuyen el poder y que establecen las condiciones para su actualización, es determinada para cada resultado institucional<sup>224</sup>; y dentro de un mismo acto, o lo que es lo mismo, para cada resultado institucional, unos y otros elementos pueden estar bajo diversas clases de reglas. En el caso del contrato de la Administración dicha norma de competencia completa se compone tanto por normas de derecho privado como por normas de derecho público. En este sentido, se señala que dentro de un mismo acto, unos elementos pueden estar sometidos al Derecho Administrativo y otros al derecho privado<sup>225</sup>. Perteneciente a este orden de casos, el poder contractual de la Administración se confiere tanto por el Derecho Civil como el Derecho Administrativo, ordenamientos que, cada uno en su ámbito, reglan necesariamente la competencia y actualización del poder contractual de la Administración.

En cuanto a lo administrativo, en todo caso el contrato es una relación jurídica

---

<sup>221</sup> Para una definición de competencia, cfr. ROSS, Alf (1961) “Sobre los conceptos de *Estado y órganos del Estado en derecho constitucional*” [trad. cast. de Eduardo A. Vásquez] en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pág. 89.

<sup>222</sup> DELGADO, Jesús (2005) “El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LVIII, fascículo I, enero – marzo, 2005, pág. 12.

<sup>223</sup> cfr. HART, Herbert (1961) *El concepto de Derecho*, (trad. cast. de Genaro Carrio), Editora Nacional, México, 1980, pág. 101.

<sup>224</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 33.

<sup>225</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), pág. 55.

creada al amparo de una habilitación para contratar y, por regla general para que el contrato se perfeccione es necesario el soporte de un procedimiento administrativo (*e.g.* art. 9 LOCBGAE). Ahora bien, el régimen jurídico en cuanto al *feri* administrativo se presenta en forma procedimiento y, por otra parte, el régimen jurídico de la celebración del contrato o la forma solemnidad, depende de las reglas especiales de la naturaleza de contrato de que se trate.

En este contexto, la preponderancia de uno u otro elemento (público o privado), oscila según la intensidad de una u otra regulación, la que depende, principalmente, del objeto del contrato, *e.g.*, concesión de obra pública o compra de un bien raíz<sup>226</sup>. En este orden de ideas, se argumenta que el poder de contratar de la Administración se trata, básicamente, de un poder de derecho privado, modulado por elementos normativos publicistas.

Desde una perspectiva civil, el poder contractual se configura como un poder jurídico ordinario calificado por el sujeto, que autónomamente coloca a la Administración calidad de deudora o acreedora contractual. De este modo el elemento privado del contrato de la Administración, se configura por la fuerza obligatoria del contrato<sup>227</sup>.

El Derecho Civil y el Derecho Administrativo, valorados en conjunto, constituyen un régimen completo, del cual interpretar la reglamentación del contrato de la Administración. Ambos se requieren de tal modo que, el contrato de la Administración demanda considerarlos en concurrencia para configurar una regulación completa, conjunción que se presenta en todos los aspectos de la norma que confiere el poder de contratar a la Administración del Estado. Así los contratos administrativos, a pesar de gozar de un régimen reglamentado de derecho público, son comprensibles en términos de derechos de las obligaciones; lo mismo ocurre respecto de los contratos privados de la Administración, que por muy de contrato típico de derecho privado que sea su contenido, la

---

<sup>226</sup> Más bien de las circunstancias históricas que lleven a calificar a un contrato como privado o administrativo, *cfr.* ARIÑO (2007) pág. 95.

<sup>227</sup> Las obligaciones emanan de la ley del contrato, y no del cumplimiento de la legalidad, *cfr.* ARIÑO (2007) págs. 89 y 90.

decisión original siempre es pública<sup>228</sup>. Y ambas certezas necesariamente se deben reconocer en un diagnóstico de los poderes que confieren validez al contrato de la Administración en el derecho chileno.

Precisamente, en la validez del acto y fuerza obligatoria del contrato se entrecruzan elementos públicos y privados, específicamente, en cuanto a la norma de competencia completa, o fundamento de la validez<sup>229</sup>, el Derecho Civil y el Derecho Administrativo concurren para comprender los poderes involucrados en el contrato de la Administración, donde tanto el núcleo público original, como la naturaleza contractual de la institución, establecen los elementos necesarios que un régimen de habilitación y actualización del poder debe considerar.

Ahora bien, de considerarse por separado, tanto el Derecho Civil como el Derecho Administrativo se presentan como regímenes jurídicos incompletos para regular el contrato de la Administración, esto es, lo reglamentan, pero no exhaustiva o suficientemente. Lo anterior, se debe a dos factores. El primero, porque por una parte, las reglas civiles, en principio, no reconocerían al núcleo público original del sujeto público, presente tanto en la habilitación, como en la actualización del poder. En este sentido, se señala que el Código Civil, se muestra, en principio, como un ordenamiento inadecuado para regular las relaciones jurídico – públicas, pues los presupuestos en que descansa y los fines que persigue son diametralmente distintos de los previstos en el ámbito administrativo, incluso en el plano contractual<sup>230</sup>.

El segundo factor consiste en que, por su parte, el Derecho Administrativo no reconoce a la lógica contractual. En este sentido, las reglas administrativas no se muestran como un régimen apropiado para reglamentar la relación jurídica contractual, pues éstas

---

<sup>228</sup> Respecto de lo último, en este sentido CASSAGNE (2005) págs. 19 y 20 señala que la competencia y el procedimiento son de carácter público.

<sup>229</sup> Cfr. *infra*. III.1.

<sup>230</sup> Así, se señala que “la sola presencia de la prerrogativas o potestades administrativas y su finalidad principal de tutela de los intereses públicos, hacen imposible como ya se vio, una traslación inmediata de las normas privadas en este ámbito”, cfr. FERRADA, Juan Carlos (2007b) “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo” en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 221-222, págs. 99 a 136, Julio-Diciembre, 2007, con referencia a VIÑUELA (2007) págs. 39 a 70.

contemplan lógicas diversas a las que operan en el ámbito contractual, puesto que no es lo propio, por regla general del Derecho Administrativo, tanto requerir el consentimiento de un particular para perfeccionar un acto jurídico<sup>231</sup>, como que este acto jurídico sea autónomo en su origen, heterónimo en su imperio y coloque a la Administración en calidad de deudor y acreedor correlativo<sup>232</sup>.

Esta carencia de ambos regímenes conduce que, a efectos de reglamentar el poder contractual de la Administración, y a determinar su norma de competencia completa, concurren en general elementos públicos y privados. Todo lo que vendría a corroborar los elementos considerados en el capítulo I, en cuanto a la aplicabilidad de reglas civiles en materias administrativas, dado que al tratarse de una institución heterogénea, ya no sólo es posible la aplicación del Código Civil, sino que además necesaria. En este sentido, a averiguar cómo el poder de contratar de la Administración se configura heterogéneamente, en concurrencia civil y administrativa, se dedican los párrafos siguientes.

### 3.2. *Configuración del poder contractual de la Administración del Estado*

Como se señaló, el contrato, como acto normativo, es autorizado por normas de competencia que, en este tópico se encuentran tanto en el derecho privado como en el derecho público. Ahora bien, en general, la competencia en el derecho privado, es diversa de la competencia conferida a las autoridades públicas<sup>233</sup> y en especial, la norma que confiere el poder de contratar a los particulares difiere de las normas que confieren el poder de contratar a las autoridades públicas. Así, a mayor abundamiento, en atención a la estructura bilateral del resultado institucional contrato de la Administración, que se soporta en la competencia o poder contractual, tanto del particular como de la Administración del

---

<sup>231</sup> En los actos administrativos requeridos de aceptación, se señala que la voluntad del particular no es requisito de validez del acto, sino que de eficacia, cfr. MEILÁN (2008) págs. 13 a 46.

<sup>232</sup> ARIÑO (2007) pág. 80, expone como se sostiene la incompatibilidad conceptual del contrato administrativo por la doctrina de Otto Mayer, referida al problema de la igualdad de las voluntades, cfr. MAYER, Otto (1982) *Derecho Administrativo Alemán* (trad. cast. de Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin), t. I, Depalma, Buenos Aires.

<sup>233</sup> En este sentido, cfr. DELGADO (2005) pág. 22, ROSS (1961) págs. 90 y 130.

Estado<sup>234</sup>, cabe considerar tanto las reglas que otorgan competencia a las autoridades públicas, como las reglas que confieren poder a los particulares<sup>235</sup>.

Por consiguiente la norma que confiere poder respecto del contrato de la Administración del Estado, presenta cierta configuración heterogénea producto de los elementos que se comprenden en los tópicos de cualificación del sujeto autorizado, interés al que atienden las normas que confieren el poder de contratar, libertad contractual y autonomía normativa. Para el análisis en particular de cada de uno de estos aspectos se aprovechará de algunas de las ideas que en teoría del derecho se han planteado acerca de la diferencia entre las normas que confieren poderes públicos y privados<sup>236</sup>.

### 3.2.1. *El poder de contratar de la Administración se ejerce por sujetos calificados*

En derecho privado, salvo expresa excepción legal, todos los sujetos de derechos son capaces. Así, por regla general, no se requiere una atribución previa de competencia, ya que, al menos para las personas naturales, la capacidad de goce constituye un atributo de la personalidad, y la capacidad de ejercicio la regla general<sup>237</sup>. En concordancia, el poder de contratar conferido a los particulares, se ejerce por sujetos de derecho ordinarios. La competencia privada, de este modo, presenta el carácter de no cualificada, lo que significa que, a las personas, en general, se ha conferido la competencia contractual<sup>238</sup>. En este sentido se señala que las reglas de competencia que establecen poderes de derecho privado, crean un poder que puede ser ejercido por todo individuo adulto normal. Este poder, en

---

<sup>234</sup> La voluntad del particular es requisito de validez del contrato que celebra la Administración, en este sentido cfr. ARIÑO (2007) pág. 89 y 90.

<sup>235</sup> Cfr., por ejemplo, art. 4° LCASYPS.

<sup>236</sup> Fundamentalmente los desarrollos de ROSS, Alf (1961) “*Sobre los conceptos de Estado y órganos del Estado en derecho constitucional*” [trad. cast. de Eduardo A. Vásquez] en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pág. 89 y sgts. y ROSS, Alf (1967) “*Grandeza y decadencia de la doctrina de las expresiones realizativas*” [trad. cast. de Eugenio Bulygin y Ernesto Garzón Valdés] en *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pág. 130 y sgts.

<sup>237</sup> Cfr. LEÓN (1991) págs. 231 a 234 y art. 1445 del Código Civil.

<sup>238</sup> DELGADO (2005) pág. 22.

todos los aspectos importantes, se limita a facultar al individuo para asumir obligaciones y disponer de sus propios derechos<sup>239</sup>.

De un modo diverso, el poder contractual de la Administración del Estado se presenta como calificado, del modo que se expone en los párrafos siguientes.

En general, a diferencia del poder contractual no calificado u ordinario, de derecho privado, el poder contractual de la Administración, es un poder calificado en el sentido de que no todo el mundo lo tiene<sup>240</sup>, sino que sólo los órganos de la Administración se encuentran dotados del poder de obligar civilmente al Estado. En este sentido se señala que en la esfera personal, las reglas de competencia que establecen poderes de derecho público, crean un poder o potestad que no corresponde a todos, sino que a ciertas personas calificadas, esto es, que reúnen ciertas condiciones<sup>241</sup>. Y si bien el poder de contratar no se encuentra al nivel de una potestad administrativa (ya que no exorbita al derecho privado<sup>242</sup>), puesto que en general, no es necesario ser sujeto calificado para contratar, la calidad de sujeto calificado impone a la Administración del Estado, además de la legalidad privada contractual, orden público exigible a todo sujeto que contrata<sup>243</sup>, todo el bloque de legalidad pública respecto de la habilitación<sup>244</sup> y actualización del poder contractual.

La Administración del Estado se compone de los órganos o sujetos señalados en el art. 1º de la LOCBGAE<sup>245</sup> y estos sujetos deben enmarcar su actuar potestativo bajo el

---

<sup>239</sup> Cfr. ROSS (1961) pág. 90.

<sup>240</sup> DELGADO (2005) pág. 22. En este sentido se sostiene que las normas que atribuyen competencia en el derecho público “tienen que empezar por constituir el órgano (mediante normas constitutivas o definiciones), cada uno de su clase, al que atribuir competencias distintas según su clase; mientras que en el Derecho privado (dejamos ahora aparte a las personas jurídicas) los sujetos portadores eventuales de los poderes existen previamente en número ilimitado (no determinado por ninguna norma) y son iguales, al menos, en su capacidad jurídica y en las condiciones de adquisición de su capacidad de obrar”. *ibidem*. pág. 21

<sup>241</sup> ROSS (1961) pág. 91.

<sup>242</sup> Cfr. MEILÁN (2008) pág. 21 y 22, acerca de la evolución del principio *pacta sunt servanda*, que obliga al Estado sin privilegios, con un análisis histórico con referencia a la discusión acerca de naturaleza contractual [o no] de la *Merced* en los *pleitos colombinos*.

<sup>243</sup> Cfr. LARROUMET, (1993) pág. 84 y 88.

<sup>244</sup> En este trabajo se emplea el término habilitación en el sentido de competencia o poder conferido.

<sup>245</sup> El artículo 1º de la LOCBGAE dispone que “El Presidente de la República ejerce el gobierno y la Administración del Estado con la colaboración de los órganos que establezcan la Constitución y las leyes.



principio de legalidad, arts. 7° de la Constitución y 2° de la LOCBGAE<sup>246</sup>. De la cualidad pública del sujeto contratante se deriva que éste se encuentra limitado por el principio de legalidad o juridicidad, en virtud del cual sólo puede contratar en los casos en que se le autoriza, *i.e.*, debe estar habilitada por el ordenamiento jurídico contraer obligaciones mediante contratos<sup>247</sup>.

Desde esta perspectiva, el poder contractual, constituye la habilitación legal que se le confiere a la Administración para celebrar contratos. Asimismo, la cualidad pública de la Administración del Estado implica que en virtud del principio de juridicidad, sólo puede contratar bajo las formas dispuestas por la ley (actualización), mediante procedimientos que definen la formación de la voluntad administrativa contractual tanto en los contratos privados de la Administración, así como en los contratos administrativos.

Siempre que la Administración actúa debe cumplir los requisitos de atribución, competencia y forma, sin perjuicio del respeto por la legalidad material, exigidos por el principio de legalidad, y precisamente cuando contrata, independiente si lo hace por medio de un contrato privado o administrativo. En este sentido, toda la Administración se encuentra bajo el Derecho Administrativo, aun cuando la actividad que desarrolle se reglamente por el derecho privado, por ello, específicamente en materia de los contratos que celebra la Administración, todo el largo proceso de integración de la voluntad y habilitación del gasto es reglado por el Derecho Administrativo<sup>248</sup>, aun cuando el contrato

---

La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.”

<sup>246</sup> Precisamente el artículo 2° de la LOCBGAE dispone que “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.”

<sup>247</sup> Cfr. MORAGA (2007) pág. 32, que utiliza la nomenclatura de “libertad de pactos”.

<sup>248</sup> Cfr. VILLAR, José Luis (1977) *Apuntes de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid, pág. 269. En este sentido, la *Ley de presupuestos del sector público para el año 2010*, dispone en el art. 6° que “La propuesta o licitación pública será obligatoria respecto de los proyectos y programas de inversión y de los estudios básicos a realizar en el año 2010, cuando el monto total de éstos, contenido en el decreto o resolución de identificación, sea superior al equivalente en pesos de mil unidades tributarias mensuales respecto de los

sea de derecho privado<sup>249</sup>, configurándose lo que se ha denominado la “zona común” de los contratos que celebra la Administración del Estado<sup>250</sup>, que es permanente al género del contrato público, ya se trate de un contrato de concesión de obra pública o de una compraventa de un inmueble municipal<sup>251</sup>.

### 3.2.2. *El poder de contratar de la Administración se confiere en interés público*

Por regla general, a los sujetos de derecho se ha conferido la capacidad o poder jurídico en su propio interés<sup>252</sup>. En este sentido, el poder de contratar conferido a los particulares, mira al interés privado del sujeto competente<sup>253</sup>, contemplando aspectos de justicia conmutativa o correctiva<sup>254</sup>. La competencia o poder privado, de este modo, presenta el carácter de egoísta<sup>255</sup>. De manera que, el poder contractual se ejerce libremente en interés propio del titular, mediante el contrato no se persigue el cumplimiento de deberes, la ejecución de una norma que impliquen persecución de intereses generales.

Por el contrario, el poder contractual de la Administración del Estado se diferencia en este tópico. En efecto la Administración del Estado, tiene por finalidad satisfacer el

---

proyectos y programas de inversión, y de quinientas de dichas unidades en el caso de los estudios básicos, salvo las excepciones por situaciones de emergencia contempladas en la legislación correspondiente”.

<sup>249</sup> ARIÑO (2007) pág. 92.

<sup>250</sup> Cfr. DE SOLAS (1990) págs. 141 a 147.

<sup>251</sup> Así, *e.g.*: para que una municipalidad pueda enajenar un bien raíz, deben concurrir ciertas condiciones especiales: “Los bienes inmuebles municipales sólo podrán ser enajenados, gravados o arrendados en caso de necesidad o utilidad manifiesta.

El procedimiento que se seguirá para la enajenación será el remate o la licitación públicos. El valor mínimo para el remate o licitación será el avalúo fiscal, el cual sólo podrá ser rebajado con acuerdo del concejo.” Art. 34 LOCM.

<sup>252</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 22.

<sup>253</sup> En este sentido se señala que “la función social de la autonomía privada es la de facultar al individuo a conformar sus propias relaciones jurídicas de acuerdo con sus propios intereses dentro del marco del orden jurídico”. *cfr.* ROSS (1961) pág. 89 y sgts.

<sup>254</sup> En este sentido, *cfr.* BARROS (2001) pág. 19 “lo esencial desde el punto de vista de esa justicia correctiva o conmutativa es el vínculo entre las partes, y no un fin social más general que resulta ajeno a esa precisa relación”.

<sup>255</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 22.

interés general, bajo principios de justicia distributiva<sup>256</sup>. Estos fines se encuentran consagrados a nivel constitucional (art. 1º incs. III) y legal, art. 3º LOCBGAE<sup>257</sup>. En este contexto, la competencia de los órganos públicos no sirve a los intereses propios del sujeto competente<sup>258</sup>, sino que a los intereses de la comunidad, se estime que es el interés general, el interés público, o el bien común. Lo importante acá es que no se trata de un interés privado del órgano administrativo que ejerce el poder conferido por la legalidad. En este sentido se señala que la autoridad no se ejerce libremente en interés propio del titular, sino que es un “cargo” que implica deberes para la promoción de los intereses de la comunidad<sup>259</sup>.

La decisión de contratar es siempre un asunto público, que en su ejercicio, se encuentra sujeto a diferentes requisitos que tienden a resguardar el interés general<sup>260</sup>. En este contexto, el contrato de la Administración, exige cierto régimen jurídico a nivel legislativo, que garantice la satisfacción del interés general. En este sentido, el art. 37 de la

---

<sup>256</sup> En este sentido se señala que “en el Derecho privado, los sujetos jurídicos pueden satisfacer sus intereses a través de la forma que consideren más conveniente, sin otra exigencia que el fin que pretendan alcanzar sea lícito y que respeten lo preceptuado en las leyes cuando éstas tienen carácter imperativo, que son las menos. En el Derecho Administrativo, en cambio, el sistema de atribución de potestades es justamente el contrario. La Ley no habilita genéricamente a la Administración para que actúe cuando ella lo crea conveniente y del modo que le parezca más oportuno para el interés público, sino que es la propia Ley la que determina cuando existe un fin público que legitime su actuación y el modo en que ésta debe satisfacerlo”, cfr. BELADIEZ, Margarita (1994) *Validez y Eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 316.

<sup>257</sup> El texto legal, así como la Constitución se refieren al bien común.

<sup>258</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 22.

<sup>259</sup> Cfr. ROSS (1961) pág. 93.

<sup>260</sup> Sin perjuicio, se presentan situaciones en que entes públicos ejercen sus poderes sin consideración al interés general, *eg.*, la Municipalidad de Viña del Mar, en el caso *Junta de vecinos de Bosques de Montemar* (2007) actuó egoístamente, pretiriendo tanto el deber de coordinación como el interés general. Acerca de la coordinación del poder público, cfr. ROSS (1961) pág. 92. “hay muchos titulares de autoridad pública. El hecho de que todos ellos sean considerados órganos de uno solo y mismo sujeto, “el Estado”, muestra que las autoridades particulares no se hallan asiladas, sino coordinadas mutuamente en una unidad sistemática. El concepto de “el Estado” es la unidad que corresponde a la unidad sistemática del orden jurídico, establecida en la Constitución”. En este sentido, la LOCBGAE ordena la coordinación, denominándola “unidad de acción” así artículo 5º reza: “Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.

Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones”.

LOCBGAE<sup>261</sup>, establece, para los casos que señala, que una regulación contractual válida, debe satisfacer el interés público, que para la citada regla, se radica en los objetivos del servicio y en el resguardo del patrimonio del Estado.

En general, la garantía del respeto del interés público, se encuentra en que el poder contractual de la Administración se debe ejecutar de acuerdo con la legalidad, esto es, por el órgano, del modo, y en los casos que el orden jurídico prescribe; en especial, misma garantía, se encuentra en la exigencia del procedimiento reglado de formación de la voluntad administrativa, que, en términos generales ordena el art. 9º<sup>262</sup> de la misma ley orgánica<sup>263</sup>.

Bien que la Administración actúe por medio de actos o por medio de contratos, siempre se encuentra presente el deber de atender al fin de interés general<sup>264</sup>. En el caso de contratación pública, da igual se trate de un contrato que celebra la Administración basándose en el régimen general del derecho privado, o sobre la base del régimen especial de derecho público, pues siempre está presente un fin de interés común, más general, que se encuentre fuera de esa precisa relación obligatoria.

---

<sup>261</sup> El art. 37 de la LOCBAGAE dispone que “Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos 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”.

<sup>262</sup> El art. 9º de la LOCBGAE, dispone que, en general, los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública.

<sup>263</sup> El resguardo del interés público además, implica aspectos tales como las limitaciones a renegociaciones de contratos. Sobre la peligrosidad para el interés público de estas prácticas, que obligan contractualmente a la Administración fuera de un proceso de licitación pública, por medio de “convenios complementarios” ya sean estos el resultado de una renegociación directa o por medio de conciliación o arbitraje, cfr. ENGEL, Eduardo, *et. al* (2009) “Renegociación de concesiones en Chile”, en *Estudios Públicos*, Verano, 2009, págs. 151 a 205. Por ejemplo, el caso de las cárceles concesionadas ha mostrado las perniciosas consecuencias para el interés público que se producen por la práctica de la renegociación de contratos, en este sentido, cfr. *Informe de la Comisión Especial Investigadora del proceso de concesiones carcelarias*, Cámara de Diputados, 20 de noviembre de 2008, disponible en <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=92&prmTIPO=INVESTIGAFIN>. Entre otras de las conclusiones del citado informe se estableció que la “indeterminación de solicitud de mayores obras en la construcción de los diferentes establecimientos penitenciarios, en especial, los ubicados en Antofagasta y Concepción [produjo que] el Estado de Chile vio aumentado sustancialmente el valor final de los establecimiento penitenciarios, debiendo pagar más de lo que originalmente costaban las construcciones”, cfr. informe citado, pág. 99.

<sup>264</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 86.

3.2.3. *El poder de contratar de la Administración no se confiere en carácter libre, sino que en ejecución de norma*

La libertad de contratar, configura el poder contractual de derecho privado, en tal carácter, las personas pueden acordar libremente qué, cómo, con quién y cuándo contratar<sup>265</sup>. Fuera de ciertas limitaciones impuestas por el orden público<sup>266</sup>, los sujetos competentes de derecho privado deciden discrecionalmente el merito de contratar en una determinada oportunidad, y en los términos que estipulen o acepten libremente, sobre la base de movimientos espontáneos, en este sentido se señala que la “más típica función [del derecho privado] es hacer intelegibles normativamente relaciones libres y espontáneas”<sup>267</sup>, en las que el individuo es libre para decidir si va a hacer uso de su autonomía y de qué manera<sup>268</sup>. En estos términos, las normas que confieren el poder de contratar en derecho privado, establecen, en general, la libertad contractual de oportunidad y contenido.

Por el contrario, para el poder contractual de la Administración del Estado, en oposición al principio de la libertad contractual relacionado con la lógica de intercambios espontáneos de derecho privado, la competencia conferida se trata de un (1) poder deber en (2) ejecución de norma, que, en consecuencia presenta una (3) lógica de intercambios fundados.

Respecto de lo primero, (poder deber) tal como todo poder jurídico ejercido por un órgano de carácter público, generalmente la Administración del Estado se encuentra obligada a ejercer la potestad<sup>269</sup>. En este sentido se indica que el poder a los órganos del

---

<sup>265</sup> Cfr. TAPIA (2005) pág. 210.

<sup>266</sup> Cfr. LARROUMET (1993) pág. 84, señala que el contrato se “ha fundamentado sobre la voluntad de las partes, sin perjuicio de las disposiciones legales de orden público”. Sobre los diversos aspectos del orden público de Derecho Civil, cfr. TAPIA (2005) págs. 231 y sgts.

<sup>267</sup> Cfr. BARROS (2001) págs. 18 y 19.

<sup>268</sup> Cfr. ROSS (1961) pág. 90.

<sup>269</sup> En este sentido se señala que la potestad administrativa en general, es potestad-función, cfr. DE LA CUÉTARA, Juan (1983) “Las potestades administrativa y poderes constitucionales: en torno al proceso de juridificación del poder”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 38, septiembre- diciembre, 1983. En el mismo sentido, cfr. DELGADO (2005) pág. 41.

Estado “no se otorga con miras de que se lo use libremente por la persona competente, a su discreción. Su ejercicio es un deber, un cargo público en el sentido más amplio, y cuando se lo ejerce existe el deber de usar el poder de manera imparcial y sin prejuicios, para promover ciertos fines sociales”<sup>270</sup>. Así, el poder contractual se configura al modo poder - deber. De este modo, en este aspecto, lo particular del contrato público, es que siempre se relacionan las normas que confieren poderes con las normas de conducta<sup>271</sup>, cuestión que no se encuentra presente en el contrato de derecho privado.

Como poder-función<sup>272</sup>, en nuestro derecho, se encuentra afecto al bloque de legalidad administrativa, al igual que cualquier otro poder jurídico de la Administración<sup>273</sup>.

Ahora bien, en cuanto al carácter de ejecución de norma, Ariño señala que acto administrativo y contrato son, en un Estado de Derecho, dos modalidades de ejecución de la norma para la realización de los fines del Estado. Se destaca que en cualquier caso, la Administración actúa siempre a través de actos que están tipificados en la ley y los reglamentos<sup>274</sup>. Por su parte Meilán indica que por medio del contrato se procede a ejecutar la norma de mandato: “el contrato de la Administración no se explica en último término, por su referencia al principio de la voluntad, como el civil, sino por la necesidad de la Administración de llevar a cabo la ejecución de una norma, cuyo objetivo – o destino si se prefiere un término más enfático-, es realizarse.” Así, no se trata de un poder contractual en empleo de la autonomía de la voluntad, sino que, en cambio, limitado, por condiciones más

---

<sup>270</sup> Cfr. ROSS (1961) pág. 91.

<sup>271</sup> Rasgo general del derecho público. Acerca de sus características de las normas que confieren poderes públicos, cfr. DELGADO (2005) pág. 41 “en el derecho público, además, como tendencia, a las personas públicas no les está permitido hacer sino aquello para lo que tienen competencia (y entonces, más normalmente, tienen el deber de hacerlo)”.

<sup>272</sup> Como, por lo general, lo es el ejercicio del poder en la esfera pública, GUASTINI, Riccardo (2000) en “Prologo” a *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* de Jordi Ferrer, B.O.E. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. XIII a XVII.

<sup>273</sup> Cabe preguntarse, por la justificación que al ordinario poder jurídico de contratar, se le aplique todo el bloque de requisitos exigidos por la legalidad administrativa. La justificación, estimo, se encuentra en el interés general presente en la gestión de bienes públicos por medio de contratos, ya sea para adquirir bienes o transferirlos. Acerca de prosecución de bienes públicos mediante contratos cfr. CORDERO (2006) págs. 31 a 46, acerca de las potestades administrativas, cfr. FERRADA (2007) págs. 69 a 94. Respecto de los medios de impugnación, en especial, de contratos administrativos cfr. *infra* IV.3.

<sup>274</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 86.

fuerzas que las que operan en el campo de la autonomía privada, donde la motivación se encuentra espontáneamente, en el sentido de que el contrato es un acto de voluntad<sup>275</sup>. En el campo que nos ocupa, en cambio, la motivación se encuentra en la ejecución de una norma<sup>276</sup>, en el ejercicio de un poder deber.

Por otro lado, en cuanto a la lógica de intercambios fundados, se quiere resaltar que el poder contractual no es espontáneo, sino que motivado, y en este sentido restringido, en el sentido que no se trata de un poder arbitrario. Los intercambios administrativos contractuales no son libres y espontáneos, como en la contratación de derecho privado, sino que motivados en la ejecución de una norma, en la que encuentra su causa. En este sentido, desde la decisión de llamar a una licitación, hasta la adjudicación en concreto de la misma, son actos administrativos fundados, en cuanto a los hechos y al derecho, desarrollados dentro de un procedimiento reglado<sup>277</sup>. Precisamente, el contrato, en sus actos preparatorios, requiere de una fundamentación, que exige el ordenamiento jurídico, puesto que no se presume la existencia de la causa como en derecho privado (art. 1466 del Código Civil)<sup>278</sup>, *e.g.*, la adjudicación (acto de término del procedimiento administrativo contractual) se define legalmente como un acto administrativo fundado<sup>279</sup>.

Para garantizar que se cumpla con las exigencias de la ejecución de norma y la motivación del contrato, exigida por el Derecho Administrativo, necesariamente la Administración no puede contratar libremente sino dentro de la esfera señalada por las

---

<sup>275</sup> Cfr. LARROUMET (1993) pág. 82.

<sup>276</sup> Cfr. MEILÁN (2008) pág. 19.

<sup>277</sup> En este sentido el art. 10 incs. I de la LCASYPS ordena que “El contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente”.

<sup>278</sup> En los contratos de la Administración la causa o motivación se encuentra en la satisfacción del interés general establecido en el plano normativo, cfr. DE SOLAS (1990) *passim*. En el sentido de que en términos generales, la causa constituye la significación social del negocio jurídico, cfr. DE CASTRO, Federico (1985) *El negocio jurídico*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, págs. 15 y 16.

<sup>279</sup> En este sentido, *eg.* el Reglamento de la LCASYPS, art. 1º define adjudicación como: “Acto administrativo fundado, por medio del cual la autoridad competente selecciona a uno o más Oferentes para la suscripción de un Contrato de Suministro”, de este modo se presenta una divergencia respecto del derecho privado común, en cuyo ámbito no es necesario expresar la causa del contrato, la que se define legalmente como el motivo que induce a celebrar el acto o contrato, cfr. art. 1467 del Código Civil.

reglas a cada órgano<sup>280</sup>. En este sentido este poder presenta el carácter “reglado”<sup>281</sup>, en orden a que la Administración, cuando actúa en el tráfico jurídico en general, se encuentra sujeta a una serie de restricciones y condiciones de ejercicio, en atención a que se trata de ejercer potestades públicas. En la contratación administrativa, los criterios de decisión se establecen en la ley, en el reglamento y finalmente en las bases administrativas y técnicas: precisamente el art. 10 incs. IV de la LCASYPS, dispone que “El reglamento determinará las características que deberán reunir las bases de las licitaciones”<sup>282</sup>.

Los pliegos generales y las bases del contrato, si bien ordenan los criterios para decidir a quien finalmente adjudicar un contrato, dejan margen a la discrecionalidad de la Administración, en este sentido la LCASYPS, art. 10 incs. 2º, ordena que “El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento”, sin perjuicio, que el cumplimiento de los criterios legales, reglamentarios y especiales sean controlables judicial y administrativamente. En particular el respeto por las bases de la licitación se establece en nuestro derecho, como principio de sujeción estricta a las bases<sup>283</sup>.

---

<sup>280</sup> Cfr. VILLAR (1977) pág. 267.

<sup>281</sup> Valga precisar, que desde el Derecho Administrativo, el caso de la contratación administrativa se trata de un poder discrecional, cfr. MORAGA (2007) pág. 33. En este trabajo se emplea el término reglado, no en el sentido técnico con que se utiliza en la disciplina del Derecho Administrativo, sino que como excepción a la libertad contractual. Cabe precisar que la discrecionalidad, en la disciplina del Derecho Administrativo, se opone al carácter reglado de un poder, y básicamente, consiste en el margen de decisión que es entregado a la autoridad, sobre la base de aquello que no se encuentra determinado en la norma; en este sentido se entiende por la doctrina y jurisprudencia nacional cfr. ALARCÓN, Pablo (2000) *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Editorial Jurídica Conosur Ltda, Santiago, *passim*. Puede ser que se trate de dos o más opciones dadas, o un criterio general en el que enmarcar las decisiones.

<sup>282</sup> Este es el Decreto Supremo núm. 250, de 2004, que establece el *Reglamento de la Ley núm.19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*. En el derecho comunitario europeo estos ordenamientos generales se complementan con los “pliegos generales de contratación” cfr. TORNOS, Joaquín (1996) “Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración” en GÓMEZ-FERRER, Rafael (dir), *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Editorial Civitas S.A.

<sup>283</sup> A nivel legislativo se ordena que “Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente”. Art. 10 LCASYPS, incs. III. Asimismo la Ley núm. 19.575 *orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado*, en adelante



Lo anterior implica que en el plano contractual de la Administración del Estado no hay libertad contractual, propiamente dicha. Si bien, la Administración goza de autonomía contractual, no goza de libertad contractual<sup>284</sup>. En este sentido García de Enterría y Fernández apuntan que la Administración no puede ser arbitraria ni parcial como puede serlo cualquier particular con su patrimonio, y de este modo es menos libre<sup>285</sup>. Así se sostiene que en el contrato administrativo entre el ente público y el particular no rige el principio de la libertad contractual<sup>286</sup>. Sin embargo, ello no significa desconocer que el sujeto público tiene un cierto poder de auto organización que le permite celebrar contratos y convenios para el adecuado funcionamiento de sus servicios públicos, bastando que el órgano administrativo que actúe tenga la competencia para organizar y dirigir el servicio público<sup>287</sup>, de manera que la Administración del Estado se encuentra dotada de cierto grado de discrecionalidad en la actividad contractual<sup>288</sup>.

En definitiva, si bien, el poder contractual de la Administración, por una parte se trataría de un poder discrecional en el ámbito del Derecho Administrativo, por otra parte, respecto del derecho privado de contratos, no se trata de un poder contractual en empleo de libertad contractual.

El núcleo público original reglado de Derecho Administrativo, siempre está presente en la decisión de contratar, esto es, en el contrato como acto fundado, y antes de cualquier clasificación que atienda al régimen de obligaciones que establezca<sup>289</sup>. Así aunque la lógica

---

LOCBGAE, art. 9º inc. II, ordena que la contratación administrativa se rija bajo por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.

<sup>284</sup> Autonomía contractual similar a la autonomía privada, cfr. el siguiente apartado II.3.2.4.

<sup>285</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), págs. 52 y 53.

<sup>286</sup> Cfr. FLUME, Werner (1998) *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil* (trad. cast. de la 4ª edición alemana por José Miquel y Esther Gómez), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, a propósito del contrato de derecho público, citando a la dogmática administrativista alemana. Cabe considerar que tradicionalmente se señala que en el Derecho Administrativo alemán los contratos celebrados por autoridades públicas se tratan de contratos regidos por el derecho privado común. cfr. AUBY (2007) pág. 47.

<sup>287</sup> Cfr. MORAGA (2007) págs. 32.

<sup>288</sup> Cfr. MORAGA (2007) pág. 33.

<sup>289</sup> La distinción entre contrato como acto y como contenido de obligaciones, no es más que la distinción validez formal y material, en cuanto a esta se señala que “la validez formal hace referencia a normas que confieren poderes, y señala que el acto reúne las condiciones suficientes establecidas para la producción del

contractual, como se expuso, es de fuerte y principal presencia, sin embargo el poder contractual de la Administración, se configura como diverso de la libertad contractual presente en la autonomía contractual privada. La divergencia respecto del derecho privado, consiste en que los fundamentos, requisitos y elementos concurrentes en la formación de la voluntad administrativa, en su carácter unilateral, sólo son comprensibles en términos de Derecho Administrativo.

Por lo anterior, el poder contractual de la Administración, examinado desde el derecho privado se presenta en oposición a la libertad contractual<sup>290</sup>, es un poder que no se ejerce libremente, sino que, dentro del margen de decisión, que la juridicidad administrativa deja a la discrecionalidad. Así el poder contractual se modula, a tal nivel que se sostiene que no hay libertad contractual o autonomía de la voluntad, sino que ejecución de norma de acuerdo con el mérito. En este sentido, es un poder deber motivado y reglado, que no es competencia que confiera libremente la facultad de actuar o no, en términos de derecho privado<sup>291</sup>.

#### 3.2.4. *La competencia conferida a la Administración es autónoma*

La autonomía privada<sup>292</sup> consiste en el poder conferido a los particulares, esto es, a la autoridad otorgada a las personas para crear normas contractuales respaldadas por el

---

resultado normativo. Mientras que la validez material supone la coherencia del contenido del acto con las normas superiores. Ciertamente, cabe ver la coherencia con normas superiores como una de las condiciones necesarias establecidas en la regla de competencia, pero es imprescindible caer en la cuenta de que se trata de dos conceptos distintos de validez. La validez formal es validez del acto normativo; la validez material es validez de la norma puesta por el acto (Guastini). En el primer caso, basta con comprobar que se dan los hechos o actos que atribuyen la competencia y que el acto realizado por el sujeto es de la clase prevista en la norma de competencia; en el segundo, hay que comparar normas, es decir, enunciados normativos interpretados”. cfr. DELGADO (2005) págs. 32 y 33. Para el caso del contrato de la Administración, la validez formal tiende a ser administrativa, y la validez material tiende a ser compleja.

<sup>290</sup> Cfr. MEILÁN (2008) págs. 13 a 25.

<sup>291</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 22.

<sup>292</sup> Me refiero a la autonomía privada y no al principio de autonomía de la voluntad, que tradicionalmente se ha planteado como el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, aunque actualmente se discute. Por todos, cfr. PIZARRO, Carlos (2004) “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del 1545 del Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm.2, págs. 225 a 237.

ordenamiento jurídico, que en términos amplios podría ser definida como “aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”<sup>293</sup>. Es nota característica de las normas que confieren poderes en derecho privado, y en especial de las normas que confieren el poder de contratar a los particulares, que se refieran a un poder autónomo<sup>294</sup>, esto es, que autorizan el establecimiento de otras normas jurídicas por parte de quienes se van regir por ellas<sup>295</sup>.

Desde el punto de vista normativo, el contrato es una norma jurídica autónoma en su origen, en el sentido de que la regla es impuesta por las propias partes que consienten en regularse por la misma, y no es impuesta por un tercero<sup>296</sup>. El poder contractual se trata de un poder normativo autónomo, *i.e.*, que se confiere para obtener el resultado institucional de obligar a la propia persona competente<sup>297</sup>. En este sentido se señala que, cuando se coordinan las disposiciones de dos o más individuos, ellos están facultados para “legislar” por contrato en lo que respecta a sus relaciones mutuas<sup>298</sup>, en concordancia con lo dispuesto en art. 1545 del Código Civil.

---

<sup>293</sup> Cfr. DE CASTRO (1985) pág. 11. Ahora bien, dentro de la autonomía privada cabe distinguir diversos sentidos, por una parte como el poder atribuido a la voluntad respecto de la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas, y por otra parte como el poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de de derechos subjetivos, *ibidem*, pág. 13.

<sup>294</sup> En este sentido, se señala que desde la perspectiva del derecho de contratos la autonomía privada consiste en una abstracción dogmática inducida de normas legales [...] que atribuye competencia a los individuos para regular sus relaciones mutuas, asegurando su respecto con la fuerza coercitiva del ordenamiento civil”. cfr. TAPIA (2005) pág. 211.

<sup>295</sup> Para un sector de la doctrina, la noción de principio de autonomía de la voluntad es más amplia que la autonomía normativa acá enunciada, ésta comprende también aspectos de la soberanía de la voluntad y constituye el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato, cfr. LARROUMET (1993) págs. 82 a 90.

<sup>296</sup> En este sentido, cfr. DELGADO (2005) pág. 22; SQUELLA (2000) pág. 49 y 50, 85 a 87.

<sup>297</sup> DELGADO (2005) pág. 22.

<sup>298</sup> Cfr. ROSS (1961) pág. 90. La autonomía privada guarda concordancia con la antigua acepción del término derecho privado, entendido como derecho de ciertos particulares determinado, cfr. Guzmán, Alejandro (2001) *El derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, pág. 18. “el derecho privado es el que formulan los particulares en su actividad negocial, para disponer en la esfera de sus asuntos peculiares, vale decir, de las cosas que se encuentran a su disposición y de los servicios que son capaces de prestar”.

La nota del poder en Derecho Administrativo, es diversa: es potestativa, heterónoma si se quiere, en atención a que el Derecho Administrativo es el propio de la Administración del Estado<sup>299</sup>, sujeto poderoso que ejerce parte del poder público<sup>300</sup>. Congruentemente, en general, las potestades públicas presentan la característica de tratarse de un poder normativo heterónimo, en ejercicio de la autoridad pública, esto es, que se confiere para obligar a terceros, y no al propio sujeto del que emana el acto<sup>301</sup>. La divergencia respecto de los poderes típicos de derecho público, que presenta el poder contractual de la Administración, consiste en que conceptualmente, más se asimila a un poder de derecho privado, que a una potestad administrativa heterónoma. A rasgos generales, siempre se presenta esta característica, del modo que a continuación se expone.

El contrato como acto normativo no es manifestación de un poder público heterónimo, es decir, no se trata de un régimen jurídico impuesto. Así es independiente del régimen jurídico regulativo establecido en concreto por el contrato. Al contratar no se ejerce una potestad pública heterónoma<sup>302</sup>, no existe la posibilidad de obligar a un particular mediante un contrato impuesto, si la Administración ejerce una potestad que obligue heterónomamente a un particular, se trataría de un acto administrativo en empleo de la potestad que corresponda, y no de un contrato, al faltar la autonomía normativa propia de la contratación.

El poder contractual de la Administración del Estado se asimila al poder contractual de derecho privado en el sentido de que la normas que confieren el poder de contratar se refieren a un resultado institucional auto impuesto como regla jurídica, tal como en el derecho privado, pues en la fuente de la relación obligatoria se encuentra el acuerdo de

---

<sup>299</sup> Con un contenido distinto del que poseen las normas que regulan las relaciones entre los sujetos privados, cfr. FERRADA, Juan Carlos (2007) “Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. XX, núm. 2, pág. 70.

<sup>300</sup> En este sentido cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 51; PANTOJA, Rolando (2007) *El Derecho Administrativo, concepto características, sistematización prospección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 93 a 97. En general cfr. *supra* I.2.

<sup>301</sup> Cfr. ROSS (1961) pág. 93.

<sup>302</sup> Salvo que se entendía que, en realidad no se trata de verdaderos contratos, sino que de actos administrativos unilaterales, necesitados de aceptación previa, de efectos contractuales. En este sentido cfr. MARTÍNEZ (1998) *passim*.

voluntades, el consentimiento contractual entre la Administración y el particular<sup>303</sup>. Así, el contrato es una norma jurídica autónoma en su origen, en el sentido de que la regla jurídica convencional es establecida actualmente como tal por las propias partes que, se regulan por la misma, y no es impuesta por un tercero o la Administración del Estado unilateralmente.

El contrato de la Administración es fuente autónoma, en cuanto al acto normativo, creadora de derechos y obligaciones. Y lo anterior tanto en los contratos bajo régimen de derecho privado, y aún en el caso del contrato de la Administración, reglamentado por el régimen especial de derecho público. Desde esta perspectiva, el fenómeno de la Administración vinculada por la fuerza del contrato, es comprensible desde el derecho de las obligaciones. El poder contractual de la Administración del Estado se configura, de este modo, como un poder jurídico ordinario calificado por el sujeto, que autónomamente coloca a la Administración en calidad de deudora o acreedora contractual.

Respecto de la relación jurídica establecida, en cuanto al carácter de fuente de obligaciones, la técnica contractual presenta a los Administrados una garantía a imagen y semejanza a la que proporciona el Derecho Civil<sup>304</sup>, en atención a que la norma contractual si bien es autónoma en su creación, es heterónoma en su cumplimiento<sup>305</sup>. En este sentido, el contrato de la Administración se configura por medio de un poder de resultados heterónomos, en la obligatoriedad de las normas “legisladas” por medio del contrato<sup>306</sup> *i.e.*, la fuerza obligatoria del contrato, contemplada en el art. 1545 del Código Civil que establece: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Esta disposición implica que no depende la voluntad de las partes el cumplir la norma que se han dado. El poder contractual conferido, autónomo en su origen, establece normas obligatorias en su imperio, esto implica que el cumplimiento de las obligaciones, o

---

<sup>303</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 91.

<sup>304</sup> Cfr. MEILÁN (2008) pág. 56.

<sup>305</sup> Sobre esta clasificación cfr. SQUELLA (2000) pág. 49 y 50, 85 a 87.

<sup>306</sup> Desde el punto de vista de que, una vez promulgada, es obligatoria, independiente de la voluntad de las partes. Se relaciona con la carencia de la *ejecutividad* [potestad administrativa] del contrato en el sentido que se debe acudir al juez para su ejecución en caso de incumplimiento.

su sanción no depende la voluntad de la propia persona competente.

En suma, en concordancia con el poder contractual de derecho privado, a rasgos generales, la característica consistente en que el régimen jurídico contractual, se configura por la fuerza obligatoria del contrato. Por lo demás el carácter heterónomo del resultado institucional, es factor del todo relevante, ya que determina la fuerza obligatoria del contrato y la eficacia de la autonomía contractual de la Administración. De modo que, la ejecución del contrato de la Administración deberá regirse, en principio, por la intangibilidad de la norma contractual dictada<sup>307</sup>.

En este contexto, los parámetros expuestos (sujeto calificado, interés público, libertad contractual y autonomía normativa) demuestran que, las características de la competencia relativa a la intervención del poder público en el ámbito contractual se presentan incididas por aspectos públicos y privados. Así, la norma de competencia completa, se encuentra compuesta por aspectos referidos al núcleo contractual privado, respecto del que se verifica la autonomía en el origen, y el carácter heterónomo en el cumplimiento. Asimismo, se presenta compuesta por la publicidad del poder que se ejerce, en los aspectos de la cualificación del sujeto, el interés público, y sobre todo, en que la competencia contractual conferida a la Administración, no versa sobre intercambios espontáneos, sino que respecta a intercambios motivados, característica sobre la que, estimo, redundan las anteriores, y determina que el contrato de la Administración no se corresponda del todo con la libertad contractual. En este plano, el poder contractual de la Administración del Estado, se establece como un poder jurídico de la Administración, de derecho privado, instrumentalizado por ésta, y por ello calificado por el sujeto.

En consecuencia, el poder de contratar, conferido a la Administración, contempla elementos públicos y privados, y se configura como un poder jurídico ordinario calificado por el sujeto, que autónomamente coloca a la Administración en calidad de deudora o acreedora contractual.

---

<sup>307</sup> Sin embargo, si bien se trata de normas intangibles, en general, tanto en los contratos bajo régimen general de derecho privado como aquellos sujetos al régimen especial de derecho público, respecto a estos últimos se podría verificar una salvedad con respecto a ciertas prerrogativas administrativas con confieren a la Administración la potestad de dirección y control del contrato. cfr. ARIÑO (2007) pág. 95.

#### 4. *Singularidad del contrato de la Administración*

Según lo analizado en los párrafos anteriores, el poder contractual de la Administración, es singular respecto de la competencia pública y privada. En cuanto lo primero, no se trata de un poder heterónomo en su origen. En cuanto lo segundo, no se trata un poder contractual en ejercicio de la libertad contractual.

Se trata entonces de un poder jurídico contractual, cuyo titular, la Administración del Estado, lo modula con notas publicistas. En especial, presenta dos características de derecho público: el interés público, y el carácter de ejecución de norma; una nota compleja, que tiende al derecho público: la cualificación del sujeto, en el sentido de que se trata del ejercicio de poderes jurídicos ordinarios instrumentalizados por la Administración, y por ello calificados por el sujeto. Lo anterior, es sin perjuicio de que, asimismo, se presenta una característica neta de derecho privado: la autonomía normativa.

De modo que, el poder contractual se puede describir como la autonomía contractual de la Administración, con sus propias características especificadas por oposición tanto a la potestad administrativa<sup>308</sup> como a la libertad contractual. Así, el poder contractual de la Administración, se configura mediante un régimen jurídico de características civiles y administrativas, no clasificables completamente en uno u otro, siempre vinculadas tanto con el núcleo de Derecho Administrativo, como con la lógica de intercambios conmutativos<sup>309</sup>.

---

<sup>308</sup> MEILÁN (2008) págs. 13 a 25, 70 y sgts., marca la diferencia entre acto y contrato, en el sentido de la diferente posición de la Administración en ellos. Señala que tradicionalmente el tópico del contrato de la Administración se ha tratado en oposición al contrato de derecho privado, por su parte plantea la perspectiva desde la dialéctica acto – contrato.

<sup>309</sup> En cuanto a las dos lógicas normativas, y los valores a los que responden, cabe considerar que la dicotomía público/privado, puede ser ilustrada por lo que se refiere a “las dos formas clásicas de la justicia: distributiva y conmutativa. La justicia conmutativa es la que regula los intercambios: su objetivo fundamental es que las dos cosas que se intercambian sean de igual valor, con el fin de que el intercambio pueda ser considerado “justo”, por lo que en una compra-venta es justo el precio que corresponde al valor de la cosa comprada [...]. La justicia distributiva es en la que se inspira la autoridad pública para la distribución de honores y gravámenes: su objetivo es que a cada uno le sea dado lo que le corresponde en base a criterios que pueden cambiar, de acuerdo con la diversidad de situaciones objetivas o de los puntos de vista”. cfr. BOBBIO, Norberto (2004) *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, págs. 20 y 21.

Detrás de todo lo anterior se encuentra la tensión que presentan las diferentes concepciones o bien fines instrumentales del contrato. Para el Derecho Administrativo, en cierta medida, el contrato es un instrumento de intervención administrativa que debe atender a satisfacer un interés público<sup>310</sup>. Para el Derecho Civil el contrato no atiende a ningún otro fin, fuera de la precisa relación obligatoria<sup>311</sup>. En este sentido para el Derecho Civil el contrato es un acuerdo cuya intangibilidad debe protegerse<sup>312</sup>. En el contrato de la Administración, además, se debe proteger el interés público, siempre reconociendo, eso sí, el equilibrio económico del contrato, de manera que se resguarde el interés general, pero asimismo se escudan los intereses económicos del contratista<sup>313</sup>.

El contrato de la Administración del Estado, se encuentra entre dos lógicas, una de intercambios espontáneos (Derecho Civil), y la otra, de actos administrativos que persiguen fines públicos (Derecho Administrativo). En consecuencia, éste se trata de un resultado institucional especial respecto de las competencias de Derecho Administrativo y de Derecho Civil. Sin embargo, no es otra cosa que éstas, sino que una concurrencia de ambas.

En este sentido, el poder contractual de la Administración del Estado no se trata de un poder especial, completamente diverso a sus referentes, sino que se sitúa entre los poderes públicos y privados. Así el fenómeno consistente en que la Administración contrate, sólo es comprensible atendiendo tanto al concepto de contrato, como a la noción de poderes públicos, que se manifiestan mediante la voluntad administrativa.

Ello es permanente y común al género del contrato público, pues en ambas categorías del contrato de la Administración concurren tanto reglas de derecho privado, como de derecho público. Así, por una parte, en el ámbito del contrato privado de la Administración, (*e.g.*, en una compraventa de un bien raíz), se señala que tal actividad

---

<sup>310</sup> En este sentido, cfr. CORDERO (2006) págs. 31 a 46.

<sup>311</sup> Cfr. BARROS (2001) pág. 19.

<sup>312</sup> Salvo excepciones, como las que constituyen el tópico de la revisión judicial del contrato, vinculada con la lesión enorme y la teoría de la imprevisión, con diversos grados de reconocimiento una y otra, cfr. PEÑAILILLO, Daniel (2000) “La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil” en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 208, julio- diciembre 2000, págs. 209 a 237.

<sup>313</sup> En este sentido, ARIÑO (2007) págs. 82 a 85 y 89.



contractual pertenece al ámbito del derecho privado<sup>314</sup>, aunque los aspectos de actualización del poder de contratar se regulen por normas de derecho público; por otra parte, en el ámbito del contrato administrativo, (*e.g.*, un contrato de suministro o de concesión de obra pública), se sostiene que el régimen del contrato de la Administración, se trata de un régimen de derecho público, en unión con medios de derecho privado<sup>315</sup>.

##### 5. *Habilitación y actualización del poder contractual*<sup>316</sup>

Se ha expuesto, como el poder contractual de la Administración se configura como: (1) un poder cualificado personalmente (2) en interés público, (3) en ejecución de norma, reglado; y (4) autónomo (en el sentido de no heterónimo en su origen). Ahora en concreto, se examina, en especial como el carácter reglado, vincula al contrato de la Administración con el bloque legalidad administrativa exigible en virtud del principio de juridicidad<sup>317</sup>.

En atención a la publicidad del ente actuante, de los intereses que procura y bienes que dispone, no existe libertad contractual administrativa discrecional para celebrar contratos, ni para fijar la regulación del contrato<sup>318</sup>, del modo como ocurre en el paradigma clásico del derecho privado<sup>319</sup>. Desde esta perspectiva, la especificidad del poder de contratar, respecto al derecho privado, consiste que en todo contrato público, la habilitación para contratar y el procedimiento administrativo contractual, resulta reglado por el Derecho Administrativo.

---

<sup>314</sup> Cfr. SILVA (1995) pág. 170.

<sup>315</sup> Cfr. MORAGA (2008) pág. 241.

<sup>316</sup> Se emplea el término habilitación en el sentido de competencia o poder conferido. En especial sobre la actualización, *infra* IV.3.2.

<sup>317</sup> Acerca del principio de juridicidad, por todos, cfr. PANTOJA, Rolando (2000), “El principio de la juridicidad”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, núm. 62, págs. 156 a 168.

<sup>318</sup> Esto no implica señalar que sólo en este ámbito de la contratación administrativa se da este fenómeno de limitación de la libertad contractual. En otras palabras no se contiene una hipótesis negativa al respecto, de lo que pueda ocurrir en áreas especiales del derecho privado. La diferencia se plantea con el modelo contractual plasmado en el Código Civil.

<sup>319</sup> Sin perjuicio de las condiciones generales de contratación en el derecho contemporáneo, que presentan un estatuto ya establecido al que las partes adhieren, y otros fenómenos que matizan la libertad contractual, cfr. LARROUMET (1993) pág. 83.

Manifestación de la juridicidad es la tipicidad administrativa, plenamente aplicable en materia de contratación administrativa<sup>320</sup>. Específicamente, con la exigencia al poder contractual de la Administración de requisitos concurrentes de investidura regular, competencia, forma y legalidad material. La juridicidad en el contrato de la Administración, se configura especialmente por la habilitación (tipicidad competencial) y actualización (tipicidad procedimental) del poder de contratar. La competencia y el procedimiento de la participación del sujeto público en la contratación administrativa, se corresponden con la tipicidad administrativa que implica el poder de contratar, contemplando ciertas características especiales, en la etapa de formación de la decisión de contratar, pertenecientes al núcleo dogmático administrativo<sup>321</sup>. La habilitación en parte, y en mayor grado la actualización, es diversa a la del derecho privado, y corresponde al Derecho Administrativo.

Específicamente, en cuanto a la habilitación, la Administración del Estado está dotada del poder para celebrar, en principio, los contratos, acuerdos, pactos y convenciones que tenga por convenientes para la prosecución del interés general<sup>322</sup>. En otras palabras, el poder conferido a la Administración del Estado para contratar va, desde lo competente al derecho privado *e.g.*, una compraventa, hasta lo que corresponde al Derecho Administrativo, *e.g.*, un contrato de concesión de obra pública.

En cuanto a la capacidad o competencia otorgada por el derecho privado, la Administración del Estado de Chile<sup>323</sup> en tanto sujeto de derecho, es capaz de gozar de

---

<sup>320</sup> La actuación administrativa es una actividad típica en el sentido que ha de realizarse dentro de los límites que las normas establecen. Se encuentran cinco clases de tipicidad: organizacional, competencial, procedimental, teleológica y presupuestaria, *cfr.* CORDERO, Luis (2005) “La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo” [ponencia] *II Jornadas de Derecho Administrativo*, Universidad Católica de Valparaíso, noviembre 2005, disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda/dialogos/archivos/4>, págs. 5 y 6.

<sup>321</sup> Más relacionadas con las normas que confieren poderes, que con lo precisamente regulativo.

<sup>322</sup> MORAGA (2007) pág. 32. En este sentido, De Solas se refiere al carácter de la voluntad contractual de la Administración y su diferencia con la autonomía privada en el derecho español, donde aparte, se contempla expresamente, en texto legal que la libertad de pactos se encuentra condicionada por los “principios de buena administración” y el interés público, *cfr.* DE SOLAS (1990) pág. 147 y sgts.

<sup>323</sup> La Administración del Estado, como sujeto, se define en el art. 1° LOCBGAE, ya transcrito *supra*.

derechos y obligaciones civiles, ejercitarlos y participar del tráfico jurídico privado<sup>324</sup>. Este tópico, tradicionalmente, se ha comprendido por medio de la teoría del Fisco en Alemania, la distinción entre actos de gestión y actos autoridad en el derecho francés, y el paralelo entre la Administración como persona jurídica y como poder en España<sup>325</sup>.

Con respecto a la habilitación otorgada por el Derecho Administrativo, la Administración del Estado goza de un amplio poder para contratar, desde contratos “comunes”, modulados administrativamente<sup>326</sup>, hasta lo propiamente administrativo<sup>327</sup>. Especialmente, en el contrato administrativo, el poder contractual de la Administración se trata de una concurrencia poderes jurídicos ordinarios instrumentalizados por la Administración y de poderes administrativos, *e.g.*, en la concesión de obra pública, sólo la Administración puede válidamente obligarse a concesionar<sup>328</sup>.

En concreto, la habilitación o competencia para contratar, se le confiere a la Administración en diversos textos normativos, por ejemplo, y por enunciar los principales: (1) LOCBGAE<sup>329</sup>, (2) LCASYPS<sup>330</sup>, (3) LOOPP<sup>331</sup> (4) LBE<sup>332</sup>, (5) LOCM<sup>333</sup>. Sin embargo,

---

<sup>324</sup> Reconociendo el núcleo público original, como en la LBE o la LOCM, que limitan y restringen estos poderes.

<sup>325</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 91. En nuestro derecho, ha pervivido la terminología alemana, así la jurisprudencia *e.g.*, en *Guastavino con Fisco* (1999), *Aedo con Fisco* (2000); *La voz del sur y otros con Fisco* (2004) *Vejar y otra con Fisco de Chile* (2007). cfr. *supra* I.2.

<sup>326</sup> Por ejemplo, la compra de un suministro o la contratación de un servicio (LCASYPS), la ejecución de una obra pública.

<sup>327</sup> *e.g.*, la concesión de construcción y explotación de obra una pública. El art. 37 de la LOCBGAE, dispone que “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”. La segunda parte de esta disposición, de extensión amplísima, confiere a nivel orgánico constitucional la autorización para que el legislador ordinario establezca “administración por contratos”. Para el tópico de administrar por contratos cfr. CORDERO (2006) *passim*. Acerca de la opción ideológica, por el acto o contrato cfr. MEILÁN (2008) pág. 20.

<sup>328</sup> En atención a que el objeto del contrato involucra bienes nacionales de uso público.

<sup>329</sup> La Ley núm. 18.575, *orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado*, en el artículo 37 otorga la habilitación administrativa especial para contratar en el supuesto que establece “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

no existen normas generales que regulen los contratos administrativos<sup>334</sup>.

Considerando esta base legal, es innegable que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración la posibilidad de obligarse mediante contratos, para con otro sujeto generar un vínculo jurídicamente obligatorio. Ahora bien, se trate de un poder conferido por el derecho privado o por el Derecho Administrativo, o ambos, bajo cualquier régimen

---

cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado.”; en el art. 9º establece reglas generales acerca de la actualización de competencia contractual.

<sup>330</sup> La Ley núm.19.886, *de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*, en el art. 1º dispone “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”. Esta norma supone que el poder de contratar se encuentra dado a priori.

<sup>331</sup> Decreto 900, *Ley de concesiones de obras públicas*, que en su articulado regula la actualización de los contratos que se entienden habilitados en el art. 1º “La ejecución, reparación, conservación o explotación de obras públicas fiscales, por el sistema establecido en el artículo 87 del decreto supremo n° 294, del Ministerio de Obras Públicas, de 1985, las licitaciones y concesiones que deban otorgarse, ya se trate de la explotación de las obras y servicios; del uso y goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan; de la provisión de equipamiento o la prestación de servicios asociados, se regirán por las normas establecidas en el presente decreto con fuerza de ley, su reglamento y las bases de la licitación de cada contrato en particular, que el Ministerio de Obras Públicas elabore al efecto”.

<sup>332</sup> D.L. núm.1939 *Normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del estado*, establece en el art. 26 que “La adquisición del dominio de bienes por el Estado se someterá a las normas del derecho común, a las especiales de este título y a las demás que contemplen normas especiales”; el art. 83 dispone que “Los bienes del Estado sólo podrán enajenarse a título oneroso. Excepcionalmente podrán transferirse a título gratuito, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el Párrafo II de este Título”. En el art. 55 contempla casos de comercio común y administrativo “En relación con su administración los bienes del Estado podrán ser objeto de destinaciones, concesiones de uso, afectaciones y arrendamientos.”

<sup>333</sup> Ley núm. 18.695, *Orgánica Constitucional de Municipalidades*, art. 8º inc. II, “Asimismo, a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas”.

<sup>334</sup> Probablemente, debido a ello, la LCASYPS establece cierto grado, indirecto, de supletoriedad del derecho privado, así el artículo 1º dispone que “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”. Criterio de aplicación del derecho privado, que se trata; en lo que se refiere a nulidad, en *infra* IV.3.4.2. En cuanto al alcance la de la LCASYPS, el art 3º restringe la aplicación de la misma a ciertos contratos administrativos. Sin embargo, en la letra e) dispone la aplicación supletoria a los contratos administrativos de ejecución y concesión de obra pública, entre otros. Por otra parte el art. 66 de la LOCM extiende la aplicación de la citada ley a toda la contratación administrativa municipal.

jurídico, se deben cumplir ciertas normas de atribución<sup>335</sup> y actualización de la competencia, siempre más exigentes que a los sujetos privados. Así *e.g.*, en cuanto a la competencia para actuar en el tráfico jurídico privado de bienes raíces, la Administración del Estado está sujeta a condiciones diversas y más estrictas que las propias de un sujeto de derecho privado<sup>336</sup>.

Cabe considerar, además que las reglas de habilitación que forman parte de la norma de competencia completa en la contratación administrativa también consideran condiciones especiales que deben presentarse en quien contrate con la Administración, que generalmente exigen, aparte de la capacidad de derecho común, solvencia económica, técnica e incluso una cierta conducta anterior, como *e.g.*, cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales<sup>337</sup>.

Ahora bien, aparte de la capacidad de “derecho común”, se deben cumplir ciertos requisitos especiales, a nivel legal y reglamentario. En este sentido el art. 4° LCASYPS<sup>338</sup>, establece requisitos especiales respecto del contratista, que incluso, en ciertos casos, de

---

<sup>335</sup> En este sentido se sostiene que las normas que atribuyen competencia en el derecho público tienen que constituir el órgano, y luego atribuir competencias según su clase, *cfr.* DELGADO (2005) pág. 21.

<sup>336</sup> Por ejemplo, la LBE en el art 84, dispone que “El Presidente de la República, a través del Ministerio, podrá vender directamente, como asimismo mediante subasta o propuesta pública o privada, los bienes fiscales que no sean imprescindibles para el cumplimiento de los fines del Estado, a personas naturales o jurídicas de derecho público o privado”. A mayor abundamiento, a la Administración del Estado, incluso se la limita de actuar en ciertas materias, como en la empresarial, lo que sin duda repercute en la habilitación contractual de la Administración, que no se puede valer de ciertas técnicas contractuales de derecho privado. El poder debe estar atribuido por ley, que a la vez lo limita, sin perjuicio de la gran restricción de orden constitucional. Especialmente, para el derecho chileno, *e.g.*, la Administración no está habilitada para constituir una sociedad mercantil de giro empresarial, en atención a la restricción constitucional de establecida en el art. 19 núm. 21 inc. II, de la Constitución Política de la República.

<sup>337</sup> En especial, *e.g.* la Ley de presupuestos del sector público para el año 2010, en el art. 6° incs. final “Las instituciones privadas, cualquiera sea su naturaleza, al momento de contratar con el Estado deberán acompañar un certificado de cumplimiento de obligaciones laborales y de remuneración. En el evento que la institución privada se encuentre incorporada en algún registro por incumplimientos laborales o de remuneraciones, o bien no acompañe los referidos certificados en el momento correspondiente, no podrá contratar con el Estado mientras no subsane el incumplimiento que la afecte”. De esta manera, podríamos hablar, no ya tan sólo de sujeto público calificado, sino que también de sujeto privado calificado.

<sup>338</sup> LCASYPS, artículo 4° inc. I. “Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común”.

incurrir éstos en determinados supuestos conducen a la nulidad del contrato<sup>339</sup>.

Desde otra perspectiva, se pueden entender estos requisitos como normas que privan de competencia a la Administración para contratar con ciertos sujetos<sup>340</sup>. De modo que los alcances en materia de validez del incumplimiento de dichos requisitos, analizados a la luz de la noción de poder contractual de la Administración, en cuanto a la especialidad de lo subjetivo respecto del contratista, consiste en que esas inhabilidades para la contratación administrativa, *e.g.* art. 4° incs. III LCASYPS, privan al sujeto público de la competencia o poder para contratar con ciertas personas. Así el contrato no sólo es prohibido en relación con la probidad del funcionario, sino que, además impedido o inválido en relación con los poderes de la Administración.

Una vez establecido concretamente el poder de contratar en un área determinada, el contrato de la Administración así habilitado, para que se concrete en un resultado institucional, se debe seguir un procedimiento administrativo previo de actualización, además de los requisitos y solemnidades propias de cada especie de contrato. Esto quiere decir que el poder contractual se actualiza mediante dos fases diversas. A saber, el primer grado de actualización se constituye por el procedimiento administrativo contractual, y el segundo se verifica por medio de la celebración del contrato. En ambas etapas, por exigencia del Derecho Administrativo, hay normas de actualización de la competencia<sup>341</sup> a las que debe ceñirse tanto la Administración del Estado, como asimismo quien pretenda adjudicarse un contrato, abarcando de igual modo, tanto a los contratos administrativos, como a los contratos privados de la Administración.

---

<sup>339</sup> El inciso 4° de la misma disposición reza “Los contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en el inciso anterior serán nulos y los funcionarios que hayan participado en su celebración incurrirán en la contravención al principio de probidad administrativa descrito en el numeral 6 del inciso segundo del artículo 62 de la ley n° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que les corresponda”. Este inciso fue incorporado por el artículo 13 de la Ley núm. 20.088.

<sup>340</sup> Reglas de incompetencia son aquellas que privan de poderes o los limitan, *cfr.* DELGADO (2005) pág. 23.

<sup>341</sup> Esto es, normas que establecen las condiciones de forma y procedimiento o, si se quiere, las propiedades que han de tener los cursos de acción para lograr el resultado institucional, *cfr.* DELGADO (2005) pág. 25.

La primera fase se constituye por medio del procedimiento administrativo contractual reglado, rasgo permanente y común al género del contrato público<sup>342</sup>. Si bien la decisión final de contratar se trata de un acto discrecional de término<sup>343</sup>, se compone de un núcleo público original reglado, que se determina en atención a que la Administración del Estado, es “menos libre que los particulares. No puede, por ejemplo, contratar con quien desee, como puede hacerlo un particular. Tiene que seguir un procedimiento determinado de selección de contratistas establecido por la Ley y atenerse a sus resultados”<sup>344</sup>. La ley obliga a observar un procedimiento de formación de la voluntad cuya infracción puede determinar la nulidad de la decisión final<sup>345</sup>.

Esta fase de actualización del poder, está sujeta al procedimiento administrativo contractual, zona común de la contratación administrativa, generalmente consistente en “licitación pública”, en virtud del art. 9 de la LOCBGAE<sup>346</sup>, que, según la interpretación de la Contraloría General de la República, es aplicable, se trate de contratos que se encuentren

---

<sup>342</sup> Compuesto por actos administrativos, éstos definidos en el art. 3 de la Ley núm. 19.880 *de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado*, en adelante LBPA: “Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones”. El procedimiento administrativo, por su parte, se define en art. 18 de la misma ley como “una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”; el procedimiento administrativo contractual se establece en cada ley especial, ya que se carece de una ley general de contratos públicos.

<sup>343</sup> Por regla general, fundado *e.g.* art. art. 10 incs. I de la LCASYPS.

<sup>344</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004), págs. 52 y 53.

<sup>345</sup> *Ibidem*.

<sup>346</sup> El artículo 9º de la LOCBGAE dispone que “Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley.

El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.

La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo.” Para el procedimiento administrativo contractual en la nulidad del contrato cfr. *infra* IV. 3.4.

bajo el régimen general de derecho privado o bajo el régimen especial de Derecho Administrativo<sup>347</sup>.

En general, el núcleo público de la primera fase, se manifiesta en la decisión de contratar respecto de un determinado objeto, autorización del gasto (o tipicidad presupuestaria, pues la Administración del Estado se encuentra bajo presupuestos previamente fijados, al disponer de fondos públicos<sup>348</sup>), fijación de las bases, convocatoria de licitación pública, recepción de ofertas, evaluación de las mismas, y finalmente, adjudicación de contrato. En la etapa de la adjudicación se destaca, que la Administración del Estado, o Entidad Licitante<sup>349</sup>, para emplear una expresión de aplicación supletoria, no puede contratar con quien desee, sino con quien resulte vencedor en el procedimiento, por ofrecer las condiciones más ventajosas.

Cabe destacar que el régimen jurídico de la competencia en cuanto al *feri* administrativo, en general se presenta unitario, y viene en constituir una “zona común” entre los contratos privados y administrativos<sup>350</sup>. Ahora bien, en general se presentan diversos regímenes jurídicos de actualización del poder, y de formación de voluntad

---

<sup>347</sup> Así, *e.g.*, se ha dictaminado que las compras de bienes raíces que realice la Administración del Estado quedan bajo la aplicación del artículo 9° de la LOCBGAE, Contraloría General de la República, Dictámenes núm. 57.215/2006, núm. 6.204/2002, núm. 46.532/2000 y núm. 14.540/2000.

<sup>348</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) pág. 62.

<sup>349</sup> En el derecho comunitario europeo, atendidas las particularidades de los entes públicos involucrados se trabaja con el concepto de poder adjudicador, cuya calificación ha dado lugar a más de una dificultad, Cfr. LÓPEZ, Mariano (1996) “Los poderes adjudicatarios en el Derecho Comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, mayo de 1996, año XII, págs. 49 a 67, y GIMENO, José María (2000) “La necesaria interpretación subjetivo funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública” en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, págs. 425 a 439.

<sup>350</sup> La complejidad se acrecienta, porque además, donde pareciera ser que el contrato se refiere a un sólo núcleo de competencias, como lo es procedimiento administrativo, confluyen elementos privados. En este sentido, se señala en el marco del derecho comparado, aunque plenamente aplicable al nuestro que “[e]l contratante (ya sea particular o ente público) actúa en el procedimiento a través de actos y hechos jurídicos particulares regulados por el Derecho Civil o Comercial o por el Derecho Público si fuera un ente público y así la propuesta es un acto jurídico privado al igual que la garantía; las observaciones o impugnaciones de la apertura de actos jurídicos privados y el desistimiento del licitador acto jurídico privado”, cfr. GONZÁLEZ, Marta (1996) “La protección del administrado en la contratación administrativa” en *Protección del Administrado*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires; págs. 278 y 279.



administrativa<sup>351</sup>. En especial, se presentan los procedimientos de licitación pública o privada<sup>352</sup>, el trato directo, contratación bajo convenio marco, y en el ejemplo de la legislación comparada, negociación reglada<sup>353</sup>.

Ahora bien, para obtener el concreto resultado institucional, además de seguir el procedimiento previo de actualización, se deben satisfacer las solemnidades, que en su caso exija la ley, propias de cada especie de contrato. El régimen jurídico de la segunda fase de actualización del poder, obedece a los requisitos o solemnidades que se requieran por la ley para la perfección cada contrato, así que dependerá de las reglas especiales de la clase de contrato administrativo o privado de que se trate. De este modo, la segunda fase de la actualización se presentará pública o privada, con intensidad variable, dependiendo del régimen del contrato<sup>354</sup>. En especial, generalmente la formalización del contrato administrativo, se regula por el Derecho Administrativo<sup>355</sup>. Lo mismo ocurre respecto del contrato privado, respectivamente a su matriz normativa de derecho privado.

El preciso acto jurídico contractual, que actualiza al contrato de la Administración, comprensible dentro de los términos del derecho privado, antes, se ha modulado administrativamente. El sujeto público Administración del Estado, se encuentra obligado a procedimientos que definen la formación de la voluntad contractual, tanto en los contratos

---

<sup>351</sup> A mayor abundamiento, la actualización es diversa, según si actúa en calidad de Entidad Licitante (poder adjudicador en términos del derecho de Comunidad Europea), o como contratista (caso de los contratos inter administrativos, desde la perspectiva del ente que se presenta como contratista, ejerce poder contractual, pero no adjudica un contrato). De esta manera, a la primera se aplica todo el bloque de legalidad administrativa, mientras que a la segunda, en cada caso se dicta el acto administrativo que corresponda, y aplica el derecho privado común.

<sup>352</sup> Cfr. LEÓN (1991) pág. 100, que en general se refiere al contrato por concurso, tópico general en el que se enmarca la licitación pública.

<sup>353</sup> Cfr. GIMENO, José María (2004) “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales” pág. 80, en GIMENO, José María (Coord.) (2004) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona. Aunque en el derecho chileno, en la LOOPP se establecen procedimientos negociados para dictar “convenios complementarios”, a un contrato ya adjudicado.

<sup>354</sup> Por ejemplo, el contrato de concesión de obra pública se perfecciona mediante la suscripción del Decreto Supremo de adjudicación. En el otro extremo, un contrato de suministro que involucre bajos montos se perfecciona mediante la orden de compra.

<sup>355</sup> Variando el grado de intensidad de aplicación del derecho público en función, del interés público comprometido [aunque éste no sea inmediato] cfr. CASSAGNE, (2005) pág. 20.

privados de la Administración, así como en los contratos administrativos. La cuestión fundamental es la relación entre una y otra fase<sup>356</sup>.

En definitiva, el contrato de la Administración se encuentra modulado administrativamente, tanto en sus condiciones como en sus requisitos de ejercicio. En congruencia, en abstracto, es atacable la legalidad del contrato, tanto por causas de derecho privado, como de derecho público, además en concreto se contemplan vías especiales de impugnación, que aunque limitadas, contribuyen configurar el bloque de legalidad del contrato del sector público (donde destaca el Tribunal de Contratación Pública).

En suma, el poder de contratar requiere ser actualizado. Se actualiza por medio de dos etapas. Una precontractual, otra contractual. La primera es la novedosa en materia de contratos de la Administración, ya que no se presenta en tal carácter jurídicamente relevante en el derecho privado. La particularidad radica en que el procedimiento sería parte de la estructura del contrato<sup>357</sup>. La segunda, por lo general presenta la misma estructura que en la contratación privada.

## 6. Colofón

Dentro de la actividad contractual de la Administración del Estado, junto con el contrato privado, se presenta un contrato propio, el contrato administrativo. Ambos presentan una noción compleja y heterogénea (publicista y privatista), dada tanto por la participación del sujeto público, como por el común carácter contractual.

Al contrato de la Administración del Estado, le corresponden competencias referidas al derecho público y privado. Así no se trata puramente de un poder o potestad pública, ni de un poder contractual privado puro y simple. En consecuencia, menos que poder público y de libertad contractual, más se trata de un poder contractual diverso, modulado administrativamente por la exigencia de un procedimiento administrativo

---

<sup>356</sup> Sobre este tópico, y la problemática de los actos separables, se reparará *infra* cap. IV.3.3, pues es del todo relevante en materia de nulidad.

<sup>357</sup> Sobre este tópico, que redunda en problemas acerca de validez del contrato por vicios del procedimiento, cfr. *infra* IV 3.

contractual previo, de modo que dicho poder es regido en concurrencia por el Derecho Administrativo y el Derecho Civil, con tendencias fuertes, en cuanto a la técnica de su entidad como acto jurídico, al derecho privado de contratos.

En este sentido, si bien, lo público y lo privado siempre se encuentran presentes en todos los contratos de la Administración, con igual o variable intensidad, cabe precisar que exclusivamente desde la perspectiva de la configuración o lógica de las normas de competencia, las estructuras no son equivalentes, sino que se trata de un poder contractual, modulado por el núcleo público, y no de una potestad pública modulada por aspectos privados.

En definitiva, el contrato de la Administración es una institución, básicamente de carácter unitaria, y a la vez compleja. La base normativa es unitaria o común al fenómeno contractual administrativo, tanto respecto del contrato privado como del contrato administrativo, y dicha base a la vez es heterogénea, pues contempla elementos públicos y privados.

Todo lo anterior constituye una base para sostener la aplicabilidad del Código Civil en el problema en estudio. Cabe recordar, que el problema en estudio consiste en determinar el régimen jurídico de la nulidad del contrato de la Administración, en el contexto de que entre nosotros no se ha formulado un régimen de nulidad para éstos, y en consecuencia cabe preguntarse por cuál de los regímenes disponibles se ha de aplicar, considerando la relación normativa Derecho Administrativo – Código Civil, en el marco de que tanto la nulidad administrativa, como la nulidad civil se han entendido diversas en cuanto a su fundamento y régimen jurídico (según se muestra en el siguiente capítulo, *infra* III.2 y III.3).

A mi entender, lo propuesto en este capítulo constituye una base para sustentar la aplicabilidad de las reglas civiles, relacionado con que en el capítulo anterior se concluye con un criterio abierto, según el cual el Código Civil no se aplica de manera supletoria general en Derecho Administrativo, como tampoco se puede afirmar categóricamente que es inaplicable, bajo ningún respecto. En este sentido, del capítulo I quedo sentado que se admite que las reglas civiles, bajo ciertas condiciones resultan aplicables en derecho

administrativo. Estas condiciones dependen tanto de la reglas, como de la materia a que se aplique.

Finalmente, en materia de contratos de la Administración, al tratarse de una institución en parte civil, a mi entender, la materia requiere y admite la aplicabilidad modulada del Código Civil.

CAPÍTULO III. VALIDEZ Y NULIDAD EN GENERAL RESPECTO DEL CONTRATO DE LA  
ADMINISTRACIÓN

### CAPÍTULO III

#### VALIDEZ Y NULIDAD EN GENERAL RESPECTO DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN

##### 1. *Validez y contrato de la Administración del Estado*

###### 1.1. *Noción de validez*

Una norma encuentra el fundamento de su validez en la norma jurídica superior<sup>358</sup>. De manera que “el fundamento de la validez de una norma se encuentra en la norma jurídica que regula su creación, lo cual significa que, para ser válida, toda norma requiere ser producida dentro del procedimiento y ciñéndose a los límites de contenido que hubiere preestablecido la correspondiente norma jurídica superior que regula su creación”<sup>359</sup>.

Por tanto, un acto jurídico es válido cuando sea válido según la norma jurídica superior. Desde esta perspectiva, los sujetos de derecho, para actuar válidamente en el plano de la producción normativa deben estar dotados de competencia o poder normativo. Tal competencia es otorgada por una clase específica de normas, diversas de las normas de conducta, estas son las normas de competencia<sup>360</sup>.

---

<sup>358</sup> Es así como la cultura jurídica chilena entiende la validez, cfr. SQUELLA, Agustín (2001) *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 567 y 568. Si por validez se entiende la existencia de las normas jurídicas y como consecuencia su obligatoriedad, y si se entiende que el fundamento de la validez es aquello que otorga a la normas jurídicas su existencia y obligatoriedad, predomina en la cultura jurídica nacional un criterio normativista y formal acerca del problema del fundamento de validez, cfr. SQUELLA (2001) pág. 567. De este modo, la validez (en términos generales) se comprende del modo como ha sido concebida por teóricos como Kelsen y Hart. Lo anterior, sin perjuicio de la diversidad de planteamientos que pueden encontrarse entre ellos y, en general, dentro de la denominada corriente analítica de la teoría general del Derecho.

<sup>359</sup> Cfr. SQUELLA (2001) pág. 568.

<sup>360</sup> Cfr. FERRER, Jordi (2000) *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, B.O.E. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, *passim*. Según este autor, sustento teórico de estas categorías de normas se puede hallar en Hart. En este sentido señala que se requiere distinguir entre dos tipos diversos, aunque relacionados de reglas, para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, “según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado del tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan o omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas”. HART, Herbert (1961) *El concepto de Derecho*, (trad. cast. de Genaro Carrijo), Editora

Así, para la validez, dentro de las normas superiores, se destacan aquellas denominadas normas que confieren poderes<sup>361</sup>. Estas normas atribuyen poderes tanto a autoridades públicas, como a los particulares para que, siguiendo ciertos procedimientos y observando ciertos requisitos, puedan ejecutar actos válidos en el sistema de referencia. De modo que, se trata de normas distintas de las de conducta, que son las que regulan conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas<sup>362</sup>.

Recibida esta noción por la dogmática jurídica<sup>363</sup>, se señala que dentro de las normas de competencia cabe distinguir entre normas que atribuyen el poder, las que lo privan, normas de actualización del poder y la condición de coherencia con las normas superiores. Las normas que atribuyen poder implican que para actuar válidamente se debe ejercer un poder atribuido por una norma, si no hay tal norma la actuación no es válida,

---

Nacional, México, 1980, pág. 101, y agrega que “las del primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes o obligaciones” *Ibidem*. Hart muestra que esta clase de normas tienen una función social distinta de la que corresponde a las normas de conducta y que son utilizadas por los ciudadanos de otra manera. HART (1961) pág. 52. En este sentido señala que “la potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del Derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas”, cfr. HART (1961) pág. 35. Klass sostiene que en la concepción de Hart el derecho de contratos es regla que confiere poder de carácter privado, cfr. KLASS, Gregory (2008) “Three pictures of contract: duty, power, and compound rule” en *New York University Law Review*, Vol. 83, diciembre 2008, pág. 1729, en nota.

<sup>361</sup> Cfr. ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2004) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, págs. 69 y sgts.

<sup>362</sup> En cuanto a la naturaleza de estas normas, como normas permisivas, definiciones o normas constitutivas, mucho se ha discutido, sobre los diversos planteamientos, cfr. FERRER (2000) *passim*. Ferrer plantea que las normas de competencia se trata de reglas constitutivas, cfr. FERRER (2000) págs.123 a 166. Respecto de tal proposición Guastini señala que sin embargo de ser ello discutible, al menos deja en claro que tales normas (a) no se tratan de normas de conducta, y que por tanto no se puede decir que ellas han sido obedecidas o violadas; y (b) que, desde otro punto de vista, las normas de competencia describen nuevas formas de conducta y de este modo atribuyen valor a comportamientos que de otro manera no tendrían efecto institucional. Esta nueva forma de conducta, conduce a un resultado institucional cuando el comportamiento, material o jurídico, se ajusta a la descripción institucional, cfr. GUASTINI, (2000) [en FERRER (2000)] pág. XVI. En un ejemplo criollo el matrimonio de Palazuelos celebrado en una notaria, no encaja en la descripción institucional de matrimonio, y por ende careció de validez.

<sup>363</sup> Cfr. DELGADO, Jesús (2005) “El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LVIII, fascículo I, enero – marzo, 2005, *passim*. En derecho privado estas normas se conocen como *normas que confieren poderes* y en derecho público como *normas de competencia*. *Ibidem*, pág. 12.

aspecto que se expresa por igual en derecho privado y en derecho público<sup>364</sup>, sólo que en derecho privado se contempla una regla de competencia amplia, que entre nosotros se encuentra en el artículo 1545 del Código Civil, que consagra lo que se ha denominado la autonomía normativa de la voluntad (*supra* II.3.2.4).

Las reglas de actualización de la competencia consisten en reglas de forma y procedimiento, se expresan en que se debe observar los requisitos de actualización del poder, tanto en la forma procedimiento como en forma solemnidad, si se quiere que el acto sea válido. Esto ocurre por igual tanto en el derecho privado como en el derecho público<sup>365</sup>.

Respecto de los actos jurídicos cuyo contenido puede ser determinado por los sujetos, se requiere que además dicho contenido sea coherente con la legalidad material de orden superior<sup>366</sup>. En este sentido, cabe limitar la competencia de una autoridad mediante la emisión de normas que no son directamente de competencia formal, por aplicación del principio *lex superior*<sup>367</sup>. De este modo, el concepto de norma competencia admitiría la regla de respeto por las normas superiores, por lo que puede verse a las reglas superiores como filtros de admisión<sup>368</sup>. En este orden de ideas, se entiende que, el respeto por la ley superior es condición de ejercicio del poder normativo, que entre nosotros, en el ámbito del

---

<sup>364</sup> La regla de clausura es la misma, DELGADO (2005) págs. 40 y 41.

<sup>365</sup> En el derecho privado *e.g.*, un tutor o un administrador de bienes como el marido en el régimen de sociedad conyugal, debe respetar las formas establecidas por la ley para la actualización del poder. En el Derecho Administrativo se requiere del procedimiento administrativo para legitimar la actuación. Estas reglas de actualización, normalmente llevan implícita una regla incompetencia, del modo “sí y sólo sí”, de manera que se realizan los actos de la forma y modo señalados o no se produce el efecto institucional. En este sentido, y siguiendo a Atienza y Ruiz Manero, las reglas que confieren poderes se trata de imperativos simplemente hipotéticos, constituyen razones para actuar siempre y cuando el sujeto pretenda alcanzar un determinado fin, un resultado normativo, cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) pág. 69.

<sup>366</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 30.

<sup>367</sup> Cfr. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1985) “Libertad y autoridad normativa” en *Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, año 3, núm. 26, pág. 244, citado en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio (1991) *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. En este sentido cfr. FERRER (2000) pág. 62.

<sup>368</sup> Cfr. GUIBOURG (1997) págs. 458 y 459. Así, se señala que “no dejan pasar los contenidos normativos incompatibles de actos que ya han superado el test de validez formal; con la posible consecuencia de que al quedar la norma –todas las normas que pueden derivarse de las disposiciones– privada de validez se niegue también, retrospectivamente, la validez del acto [...]. Pero la invalidez del acto no es entonces un fenómeno necesario, sino que el acto, válido estructuralmente, puede mantenerse como productor de normas tal como éstas quedan una vez pasado el filtro de la compatibilidad con normas superiores”, cfr. DELGADO (2005) pág. 33.



derecho público se manifiesta en el art. 6° de la Constitución, así como en el derecho privado se deriva de normas tales como los artículos 10, 1545 y 1461 a 1467 del Código Civil.

Todas las anteriores constituyen la norma que confiere poder, concebida como norma completa. Una *norma de competencia completa*, es aquella que contiene todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la validez de un acto determinado<sup>369</sup>. Esta norma de competencia es específica para cada resultado institucional<sup>370</sup>. A este respecto cabe señalar, que es prácticamente imposible expresar o formular todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes de validez que constituyen una determinada norma de competencia completa, pues dentro de estas normas se contemplan las señaladas normas que atribuyen el poder, las normas de actualización del poder, reglas de incompetencia, y además, la condición de coherencia con las normas superiores. En este sentido, un mismo acto jurídico puede referir su validez a diversas clases de normas de competencia, que se encuentren en diversos sectores del ordenamiento jurídico, como precisamente acontece en materia de contratos de la Administración del Estado.

## 1.2. Validez e invalidez

En general, el acto jurídico es un acto normativo que crea, modifica, o extingue derechos y obligaciones<sup>371</sup>. En este contexto, resultado institucional se explica con la

---

<sup>369</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 34. De manera que se halla compuesta por normas que confieren poder, normas que establecen forma y procedimiento, y contempla la condición de no contradicción con normas superiores.

<sup>370</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 33. Esto es propiamente así respecto de la validez del acto normativo, pues respecto de la validez de la norma puesta por el acto, esto es, la validez material, se señala que “las normas superiores que el contenido del acto no puede contradecir son, principalmente, normas que limitan la autonomía de los particulares en general, es decir, condicionan el contenido de todos sus actos (aunque hay también normas específicas para –el contenido de– tipos o clases de actos)”.

<sup>371</sup> En este sentido el prof. Domínguez señala que “se define el negocio jurídico como la manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones”, cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 15. El grado de seguimiento u observación aparente de las normas, así como de la actualización de la competencia, es relevante para determinar la validez, o la “validación” del comportamiento como acto jurídico. Sobre el concepto de validación cfr. DELGADO, Jesús (2009) “Validación: construcción de un concepto de teoría general del derecho” en *Doxa*, núm. 31, 2008, págs. 643 a 660. Ahora bien, si el acto

formula *si se da el estado de cosas X, y Z realiza la acción Y, entonces se produce el resultado institucional (o cambio normativo) R*<sup>372</sup>. Así, se puede entender la validez de un acto jurídico, como que a éste se le ha conferido resultado institucional, y la invalidez, como la carencia de dicho efecto. Así *e.g.* en Chile no se le reconoce efecto institucional a dos o más usufructos sucesivos (art. 769 del Código Civil).

La validez va necesariamente ligada a la norma de competencia y no puede entenderse sin ella<sup>373</sup>. De modo que, los actos o normas inválidas, lo son cuando no se han promulgado o dictado de acuerdo con las normas de atribución de la competencia y de actualización de la misma<sup>374</sup>. En este sentido, si un acto o norma es inválido, es “ilegal” en el grado que carece de los efectos que estaba destinado a cumplir, esto es los derechos u obligaciones sobre los que recae<sup>375</sup>.

En síntesis, la competencia para realizar un determinado acto jurídico es condición necesaria para la validez del mismo o de su resultado<sup>376</sup>. Esta competencia o poder se establece por las enunciadas normas de competencia y, si la validez de un acto jurídico se define a base de normas que confieren poderes, sobre las características de la validez de un acto se reflejarán las características de estas normas.

---

jurídico es inválido y está aparentemente validado habrá que declararlo nulo mediante la acción de nulidad (depurarlo del ordenamiento jurídico a través de un procedimiento). En el caso que no esté produciendo efectos materiales, y se pretende el cumplimiento forzado de las obligaciones (o indemnizaciones), la vía será alegar la excepción de nulidad.

<sup>372</sup> Cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO (1996) pág. 60, DELGADO (2005) pág. 6.

<sup>373</sup> Se señala que la validez forma parte integrante de una entera red de conceptos conformada por los conceptos de norma de competencia, existencia, nulidad, anulabilidad, que resultarían incomprensibles sin él, cfr. GUASTINI (2000) pág. XIII.

<sup>374</sup> Cabe precisar que solamente de casos determinados, de actos que han sucedido en un tiempo y un espacio conocido, corresponde predicar validez. De los casos genéricos o de clases de actos, únicamente se puede decir que en el sistema hay o no hay una norma que los correlaciona con resultados institucionales. cfr. DELGADO (2005) pág. 34.

<sup>375</sup> Para los distintos grados de ilegalidad, con una diferente nomenclatura cfr. NIETO, Alejandro (1994) en “Estudio Preliminar” a *Validez y Eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, de BELADIEZ, Margarita, págs. 9 a 31.

<sup>376</sup> Cfr. GUASTINI (2000) pág. XIII.

### 1.3. Validez compleja

Se ha señalado que el concepto de competencia es parte integrante de una entera red de conceptos, entre ellos validez, y que no hay duda que la competencia para realizar un determinado acto jurídico es condición necesaria de la validez del mismo o de su resultado<sup>377</sup>. En consecuencia, toda la argumentación relativa a la configuración compuesta o compleja de las normas que confieren el poder contractual a la Administración del Estado<sup>378</sup> se refleja necesariamente en el carácter heterogéneo que a mi juicio, asume la validez del contrato de la Administración.

La validez de un acto jurídico se define en relación con las normas que confieren poderes. Estas últimas determinan la validez de un acto jurídico. Ahora bien, respecto de los requisitos de validez, se señala que es prácticamente imposible expresar o formular todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes de validez que constituyen una determinada norma de competencia completa. En este orden de ideas se señala que no se puede establecer mediante una cláusula cerrada todas las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para la actualización del poder, y que en este sentido, debe tenerse en cuenta que la inclusión del principio de respeto por la legalidad superior entre las condiciones de actualización del poder, tiene como consecuencia, en ciertas circunstancias, la indeterminación lógica de tales condiciones<sup>379</sup>. En razón de lo anterior, se ha señalado que la validez se conoce por medio de la invalidez, como negación de la misma<sup>380</sup>.

Respecto del contrato de la Administración del Estado, considerado estrictamente como acto jurídico, todos los elementos que en el capítulo anterior se han establecido, respecto de la configuración del poder de contratar de la Administración, se corresponde, en consecuencia, con la validez del mismo.

Ahora bien, en nuestro sistema la carencia de una reglamentación general para los contratos de la Administración, que reconozca la complejidad del contrato como acto

---

<sup>377</sup> Cfr. GUASTINI (2000) pág. XIII.

<sup>378</sup> Cfr. *supra* II *passim*.

<sup>379</sup> FERRER (2000) pág. 142.

<sup>380</sup> En este sentido, se señala que se puede aplicar a la validez lo que de la salud dice un viejo refrán: “La salud no es conocida hasta que es perdida”, cfr. DELGADO (2005) pág. 35.

jurídico, conduce a la concurrencia de los regímenes disponibles, en general, para la determinación de las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes para producir el resultado institucional, o en otras palabras, la norma de competencia completa. Lo mismo cabría decir respecto de la validez.

En el caso de los contratos de la Administración, las normas que los autorizan se encuentran tanto en el derecho público como en el derecho privado, le corresponden competencias referidas al derecho público y al derecho privado, de manera que la estructura de su norma de competencia completa se presenta heterogénea, civil y administrativa. De este modo, las inmediatas normas a las que deben su validez los contratos de la Administración, se tratan, por una parte, de las que regulan la autonomía privada y por otra parte de preceptos administrativos.

En este estado, cabe considerar que la validez del contrato de la Administración, diferiría tanto de la validez del contrato privado (homogéneo), como de la validez del acto administrativo (homogéneo), según *la norma de competencia completa* que se presenta heterogénea, administrativa y civil. Así tal como se señaló en el capítulo II, el contrato de la Administración se reglamenta tanto por el Derecho Administrativo, así como por el Derecho Civil, predominando la técnica jurídica de derecho privado en la estructura del negocio jurídico, de modo que, dogmáticamente la validez del contrato de la Administración se refiere a la teoría del acto jurídico, modulado por aspectos propios de la validez de los actos de la Administración. En concreto, se trata de un *poder contractual* modulado administrativamente por la exigencia del interés general en cuanto a la atribución, y de un procedimiento administrativo contractual previo, con respecto a la actualización.

#### 1.4. *Relación invalidez - nulidad*

A mi entender, la invalidez es el grado de ilegalidad referido a las normas de competencia. En este contexto, la falta de validez no implica necesariamente nulidad, sino que se requiere de un mecanismo institucional por cuyo medio se depure el acto jurídico inválido, esto es, se requiere de un juicio institucional de nulidad. Así la nulidad se entiende

como el mecanismo institucional destinado a depurar del ordenamiento jurídico normas jurídicas inválidas<sup>381</sup>. De modo que se considera que la invalidez teórica, es independiente de la declaración de nulidad, que opera institucionalmente.

Ahora bien, de acuerdo con estos conceptos de validez e invalidez, la nulidad se define como *el mecanismo (medio) institucional establecido para depurar del ordenamiento jurídico normas inválidas*<sup>382</sup>. Así, la nulidad es la invalidez de un determinado acto jurídico, que constatada por el juez, lo declara ineficaz<sup>383</sup>.

Al decir que la nulidad es el *mecanismo institucional*, se quiere plantear que requiere de declaración judicial. Por otra parte al señalar que *depura normas inválidas*<sup>384</sup>: se expresa que por medio de la declaración judicial, se declara que un acto o norma es *ilícito* o ilegal, a tal grado que carece de los efectos que estaba destinado a cumplir, esto es los derechos u obligaciones sobre los que recae. El objeto de este mecanismo lo constituyen actos o normas inválidas: esto es, las normas que no se han promulgado o dictado de acuerdo con su determinada norma de competencia completa.

Según este concepto de nulidad, en relación con el concepto de validez, la invalidez de un acto de trata de un tópico que opera al nivel de un juicio de valor, no necesariamente autorizado. Si este juicio de valor que determina la invalidez de un acto, es realizado por la

---

<sup>381</sup> Cfr. PÉREZ, José Luis (1999), “Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica”, en *Doxa* núm. 22, pág. 234. La nulidad, en estos términos es institucional.

<sup>382</sup> En este sentido cfr. PÉREZ (1999) págs. 263 a 283. En especial señala que “la institución de la nulidad tiene como finalidad depurar el ordenamiento jurídico del conjunto de normas que han sido creadas irregularmente”. *Ibidem* pág. 264. Nuestra definición sería estipulativa y se identificaría con el derecho de crítica, dando relevancia al aspecto procesal. Ahora bien, en realidad, al considerar el concepto de validez, este trabajo se identifica más con la concepción sustancial de la nulidad que se entiende como la desaparición de los efectos del acto en la medida de la no observancia de la ley, descartando las concepciones subjetivas de la nulidad como una sanción a las partes, y las objetivas como un mero estado del acto o de una sanción al acto, cfr. THIBERGE, Catherine (2010) *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, [trad. cast. de Gustavo de Greiff], Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, págs. 339 a 360. Sin perjuicio que respecto de la concepción de la nulidad como un estado del acto, la divergencia es más bien recae en una cuestión terminológica, porque para este trabajo el estado del acto es la invalidez.

<sup>383</sup> Se emplea la expresión nulidad en el sentido de efecto, y no en el sentido de nulidad como vicio que afecta el acto jurídico. Sobre este doble sentido de la expresión nulidad cfr. LLOVERAS DE RESK, María (1985) *Tratado teórico - práctico de las nulidades*, Editorial Depalma, Buenos Aires, pág. 28, en nota.

<sup>384</sup> Más que normas inválidas, se trataría de enunciados prescriptivos con pretensiones jurídicamente normativas.

autoridad judicial, y concurren los demás supuestos de la acción, solamente en tal caso estamos en presencia de la nulidad de tal acto. De este modo, la nulidad concreta institucionalmente a la invalidez. Así, la nulidad consistiría en la invalidez judicialmente declarada.

Ahora bien, como la nulidad es el mecanismo institucional de depuración de actos jurídicos inválidos, perfectamente puede ocurrir tanto que actos válidos sean objeto de una declaración de nulidad, como que actos inválidos no sean objetos de una de declaración de nulidad. En este sentido se señala que “es perfectamente posible que un acto o norma válidos sean declarados inválidos y a la inversa”<sup>385</sup>. De lo anterior validez y nulidad, no son términos necesariamente antónimos, en el sentido que uno se define mediante la negación del otro. De este modo la nulidad consistiría en la invalidez judicialmente declarada.

#### 1.5. *Caracteres de la validez del contrato de la Administración relevantes en materia de nulidad*

En el capítulo II se presentó como las normas que confieren poderes de derecho privado y las normas de competencia de derecho público son disímiles, en razón de que se diferencian en diversos aspectos. En síntesis, se sostiene que (1) en las normas de derecho privado, por lo general el sujeto no es cualificado, por el contrario en el derecho público las normas confieren el poder a un sujeto cualificado; (2) las normas de derecho público confieren poder en el interés general, las normas de derecho privado confieren poder en el interés privado; (3) las normas de derecho público establecen poderes reglados, o al menos más restringido que la libertad que reconocen las normas de la negociación privada; y (4) finalmente las normas de derecho público confieren una competencia heterónoma, frente a las normas de derecho privado que confieren un poder normativo autónomo.

Por otra parte, se argumentó que la noción de contrato de la Administración es compuesta o heterogénea, sólo se puede conocer exhaustivamente si se consideran en

---

<sup>385</sup> FERRER, Jordi (2000), pág. 157. Por ejemplo, los casos *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001), y *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007), se muestran supuestos de actos inválidos respecto de los que se rechazó la acción de nulidad.

convergencia el Derecho Civil y al Derecho Administrativo. En consecuencia, una perspectiva del régimen jurídico del contrato de la Administración sería parcial si solamente se refiere a uno de estos dos ordenamientos, lo que es del todo relevante en cuanto a las condiciones de validez de las obligaciones contractuales de la Administración del Estado.

Ahora bien, en concreto la validez en el Derecho Civil y en el Derecho Administrativo presenta aspecto disimiles. Una nota distintiva en el derecho público, respecto del derecho privado, consiste en que normalmente cuando se atribuye la competencia a un órgano, implica una norma de incompetencia para los restantes<sup>386</sup>. En el caso de las reglas de incompetencia, que privan del poder a un sujeto para realizar un determinado acto (las que podrían perfectamente analizarse como partes de las normas de competencia<sup>387</sup>), cabe considerar, que en derecho público las reglas de atribución y actualización de la competencia se comprenden en el sentido de “sí y lo sólo sí” por lo que éstas conllevan una regla de incompetencia asociadas a las mismas, rasgo que no se presentaría en el derecho privado. Otra nota distintiva se relaciona con que, como se apuntó, las normas de competencia se tratan de un tipo de normas que no cabe obedecer ni violar, simplemente, si se usan con éxito se consigue el resultado pretendido, en otro caso no se ha realizado un acto válido en el sistema de referencia<sup>388</sup>. Ahora bien, estas normas coexisten con otras normas de conducta que permiten, obligan e incluso prohíben ejercer la

---

<sup>386</sup> Se señala que en “el derecho privado la clase actos con “invalidez débil” parece mucho más extensa que en el Derecho público, pues en éste más habitualmente las disposiciones de competencia significan a la vez una norma de competencia y otra de incompetencia: si la competencia corresponde a tal órgano, fácilmente están privados de ella todos los demás; si se señala cierto procedimiento, son inadecuados todos los demás procedimientos. Al menos como tendencia, en el Derecho público todos los actos que no están autorizados por una norma de competencia están desautorizados”, cfr. DELGADO (2005) pág. 40.

<sup>387</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 23. Sin embargo se señala que hay al menos dos tipos de razones para distinguirlas, las primeras consisten en que casi todas las normas de competencia han de combinarse con las de incompetencia para su aplicación a los casos particulares, de manera que todas o las más de las reglas de competencia tendrían una parte fija, igual en todas ellas, procedimiento que parece poco económico. Las segundas, y quizás las más relevantes, consiste en que “cuando respecto de un acto determinado concurren las condiciones necesarias establecidas en una norma de competencia, no podemos por ello concluir que el acto es válido en el sistema. Mientras que si el acto (caso individual) se subsume en una regla de incompetencia, con seguridad es inválido en el sistema” DELGADO (2005) pág. 23.

<sup>388</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 7.

competencia<sup>389</sup>. Normalmente en derecho privado se tratará de normas permisivas, y en derecho público se tratará de normas de mandato, que por una parte obligan a ejercer la competencia, y por la otra prohíben realizar actos para los que no se tiene competencia<sup>390</sup>.

En este contexto, los caracteres del contrato de la Administración relevantes en materia de nulidad se pueden reducir a los siguientes: (1) naturaleza contractual de la institución, modulada en carácter de ejecución de norma, y no de autonomía de la voluntad; y (2) intervención de un poder público reglado, en cuanto a la competencia (habilitación, investidura), forma procedimiento y forma solemnidad (del contrato). Ambos elementos se presentan con diversos grados de intensidad en todos los contratos de la Administración, tanto privados como administrativos. Ambas consideraciones deberían ser relevantes en materia de nulidad.

En el punto (1), esto es, la naturaleza contractual de la institución cabe considerar que tanto el contrato privado de la Administración, como el contrato administrativo *stricto sensu*, se definen con referencia al concepto de contrato, de estructura diseñada por el Derecho Civil. Así, si el contrato es una institución “lógico - jurídica”<sup>391</sup> sinalagmática, desde esta perspectiva sólo comprensible en termino de derecho privado común de las obligaciones<sup>392</sup>, contenido entre nosotros en el Código Civil, cuerpo normativo que regula

---

<sup>389</sup> Cfr. DELGADO (2005) pág. 15.

<sup>390</sup> Se sostiene que en el derecho público a los sujetos públicos no les está permitido hacer sino aquello para lo que tienen competencia y, normalmente, tienen deber de hacerlo. Por otro lado, en el derecho privado los sujetos pueden realizar todas las conductas no prohibidas, aunque no estén expresamente permitidas. Distinto es que sean o no competentes para realizar los actos; cuando lo son, no suele ser obligado su ejercicio. Ahora bien, de la permisión de un acto no se deduce el poder para realizarlo, es decir, para realizar un acto con resultados institucionales. cfr. DELGADO (2005) pág. 41.

<sup>391</sup> Para el empleo de esta expresión cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 59. Este autor señala que “en el fondo no hay un contrato administrativo distinto al civil. Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo, con objeto de resolver problemas de sus sujetos, adopta el contrato en cuanto institución lógico 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 supraconcepto contrato, del cual sería otra variedad el propio contrato civil”.

<sup>392</sup> Se señala que “ocurre en materia de contratos, tanto de contratos privados de la Administración, como de contratos administrativos *stricto sensu*, en que bajo la cobertura jurídico- pública alienta una relación causal sólo comprensible en términos de del Derecho privado de las obligaciones”, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 61. En el mismo sentido se señala que independientemente de una posible posición subjetiva diversa de la Administración, “la voluntad de cada una de las partes posea fuerza suficiente para que se establezca la relación jurídica para obligarse y, en cierto modo, obligar también a la otra. Y esto ocurre en



el sinalagma obligacional y sus modos de extinguir, dentro de los que se trata la nulidad de la obligación.

En el punto (2), esto es, la intervención del poder público, cabe considerar que los fundamentos, requisitos y elementos concurrentes formación de la voluntad administrativa, en su carácter unilateral (no convencional), sólo es comprensible en términos de Derecho Administrativo.

Ahora bien, en este punto, cabe considerar que el Derecho Civil admite modulaciones de Derecho Administrativo, cuando el núcleo administrativo se encuentra en la decisión inicial que produce un resultado institucional de derecho privado. Este aspecto público, implica que en todo contrato de la Administración siempre hay una previa decisión de carácter público, que, independientemente del particular régimen jurídico del contrato, (esto es si es privado o administrativo) debe cumplir con los actos administrativos que constituyen el procedimiento<sup>393</sup>.

En este sentido, para la validez de la decisión final, y en fin del contrato, se deben cumplir ciertos requisitos: órgano competente (en atribuciones, materia, grado y territorio para la dogmática administrativa<sup>394</sup>), investidura legal, en forma, y ejecutar norma<sup>395</sup> (donde sería posible comprender el respeto por la legalidad superior). Se observa en dicho procedimiento la forma lógica de actuación de un poder público reglado.

---

los contratos propios del ordenamiento administrativo en los que, hoy al menos, sancionados de modo expreso[...] es indudable que el ordenamiento positivo concede a las partes esa fuerza de obligarse, para entre los dos sujetos generar un vínculo mutuo y de directa relación, única nota permanente de todas las situaciones contractuales hasta nuestros días desde su enunciado en el Derecho romano: *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius rei secundum nostrae civitatis iura*". MARTÍN-RETORTILLO (1996) págs. 117 y 118.

<sup>393</sup> Se señala en todos los casos de utilización por la Administración del derecho privado, ocurre que “siempre existe un último núcleo de carácter público que puede y debe separarse, para su más correcto tratamiento, del bloque del acto del negocio privado al que aparece mezclado, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 63.

<sup>394</sup> PANTOJA, Rolando (2000) “El principio de la juridicidad”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, núm. 62, pág. 160.

<sup>395</sup> Sobre este aspecto, cfr. MEILÁN, José Luis (2008) *La estructura de los contratos públicos. Norma acto y contrato*. Iustel. Madrid, pág. 19. Para este autor la ejecución de norma propia de la actividad de la Administración, se opone a la autonomía de la voluntad. Este autor, además enfoca el problema del contrato administrativo desde la dialéctica acto unilateral versus contrato, y no contrato civil – contrato administrativo.

Ahora bien, las particularidades del fenómeno de la contratación administrativa respecto de la contratación privada se presentan tanto en el aspecto formal como material. En lo formal, consiste en que participa de la *legitimación por procedimientos*<sup>396</sup> de decisiones públicas, que en este caso, aunque particulares y no regulatorias, igualmente disponen de bienes públicos. En cuanto al fondo, el respeto por la legalidad material que exige la satisfacción del interés público, como requisito de validez es una exigencia lógica de sistema, sin perjuicio de inducirse dogmáticamente de diversas instituciones como los diversos reclamos de ilegalidad establecidos en leyes especiales, o específicamente, respecto de ciertos contratos administrativos, de la acción de impugnación que contempla la LCASYPS ante el Tribunal de Contratación Pública.

En este contexto, por una parte la validez del contrato se refiere a normas que confieren poderes contractuales (o de forma lógica contractual), y por otra, los actos dictados por la Administración del Estado presentan la forma lógica de la actuación de un poder unilateral, con sus propias normas de competencia y de actualización, que le otorgan validez. La participación del ente público, con todo el bloque de legalidad administrativa condicionaría el tratamiento unitario de la validez de toda relación jurídica contractual en que interviene la Administración (para el establecimiento válido de obligaciones contractuales), tanto en lo material, así como en lo formal.

En cuanto a lo material, el respeto por la legalidad sustantiva, como requisito de validez, es una exigencia lógica de sistema al ser una condición del ejercicio del poder conferido por las normas, además de inducirse dogmáticamente del principio de juridicidad. Respecto a lo formal, de nuestro ordenamiento jurídico se desprende que el procedimiento administrativo constituye uno de los supuestos normativos de actualización de la competencia de la Administración para contratar, correspondiendo la determinación de las condiciones de validez de ese procedimiento al Derecho Administrativo. En otras palabras, de este modo se determina la necesidad jurídica de un procedimiento regulado por el Derecho Administrativo, como requisito de validez del contrato. En este sentido, la participación de la Administración del Estado, en la relación jurídica contractual, justifica

---

<sup>396</sup> Cfr. VILLAR (1977) pág. 268 y sgts.

que se regule por el Derecho Administrativo, en intensidad modulada a lo que resulte pertinente, la validez del contrato.

En el contexto de lo formal, cabe considerar que hay actos jurídicos que, siendo válidos, producen normas, y otros que no<sup>397</sup>, estos últimos forman parte de una serie de actos necesarios para la producción de la norma, en cuyo caso tal norma requiere de aquel acto válidamente ejecutado para producir el cambio normativo, y en tal caso, para que una norma sea válida, deberán serlo todos los actos jurídicos que integran la actividad productora de esa norma<sup>398</sup>.

De todo lo anterior se establece la necesidad de que el régimen modulado de nulidad del contrato de la Administración reconozca ambos tópicos. Como el contrato de la Administración requiere de un régimen de nulidad heterogéneo, una modulación de uno de los regímenes disponibles debe tender a reconocer la complejidad de la institución. Así para que las reglas civiles (diseñadas para contratos) se adecuen a la institución, hace falta que reconozca el núcleo público del contrato de la Administración<sup>399</sup>. Por otra parte para que la nulidad administrativa (diseñada para actos heterónomos) se ajuste a la institución hace falta que reconozca la lógica contractual propia de la institución<sup>400</sup>.

---

<sup>397</sup> Cfr. FERRER (2000) pág. 144.

<sup>398</sup> Cfr. FERRER (2000) pág. 156. Precisamente este autor señala que “si se realiza el acto jurídico válidamente, puede ocurrir que ese acto no sea más que un elemento de una cadena de actos necesarios para la producción o la aplicación de normas, en cuyo caso no produce directamente ningún cambio normativo”. Esta materia se vincula directamente con el tópico en estudio *infra* IV.3, de acuerdo con que en los contratos de la Administración, en que se despliega un procedimiento administrativo, y se celebra una convención, creadora de derechos y obligaciones.

<sup>399</sup> Acerca de esta posibilidad, cfr. *infra* III.2 y IV.1. Si bien el contrato presenta naturaleza heterogénea, en lo que respecta a su calificación como norma jurídica, se encuentra con tendencias fuertes hacia el Derecho Civil, puesto que el contrato es producto de la autonomía normativa. No es norma heterónoma. Y como se verá en el apartado siguiente, las reglas de nulidad del Código Civil se ha construido, precisamente, para regir en los casos en que no se han cumplido las condiciones de validez en actos provenientes de la autonomía normativa, y más precisamente, las reglas contenidas en el título XX del libro IV se han construido para los contratos.

<sup>400</sup> Acerca de esta posibilidad cfr. *infra* III.3.

## 2. Las reglas de nulidad del Código Civil y su aplicación al ámbito de la actividad contractual administrativa

### 2.1. El ámbito y los tipos de nulidad civil

El Código Civil chileno, contiene reglas que conforman un conjunto normativo denso, que establece todo un estatuto legislado, referido tanto a requisitos de validez para las convenciones, así como de normas de nulidad para las obligaciones. En especial, la nulidad patrimonial de derecho privado se encuentra reglada en el título XX “de la nulidad y la rescisión”, del libro IV “de las obligaciones en general y de los contratos”.

En relación con la expresión nulidad, cabe precisar que en el marco del derecho europeo continental, en el derecho español, en general se utilizan los términos de nulidad de pleno derecho y anulabilidad<sup>401</sup>. Asimismo, en el derecho francés, se utilizan los términos nulidad absoluta y relativa<sup>402</sup>, que no son categorías necesariamente análogas a las que nosotros conocemos como nulidad absoluta y nulidad relativa.

En este contexto, la denominación del binomio nulidad – anulabilidad<sup>403</sup>, en ocasiones se expresa respecto del efecto en el tiempo de la declaración de nulidad, según el día desde que se producen los efectos de la declaración de nulidad; si se trata de un efecto retroactivo (*ex tunc*) se habla de nulidad, si se trata de un efecto sólo para lo futuro (*ex*

---

<sup>401</sup> Cfr. DELGADO, Jesús y PARRA, M<sup>a</sup> Angeles (2005) *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, *passim.*, MORALES, Rómulo (2005) “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano” en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=12>; PARRA, María de los Ángeles (2004) *Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el español (aproximación a la sección 1 del título XI de la parte general del Código Europeo de Contratos)*, en *NUL: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, disponible en <http://www.unizar.es/derecho/nulidad/paviama.doc>. En el marco del *Common law* se distingue entre *void contract* y *voidable contract*, categorías, que se señala, no son asimilables a las continentales, cfr. VÁZQUEZ, Eduardo (2002) *Los contratos ilegales en el common law*, en *NUL: Estudios sobre invalidez e ineficacia*, disponible en <http://www.unizar.es/derecho/nulidad/comentarios/vazquez.doc>.

<sup>402</sup> Cfr. LLOVERAS DE RESK, María (1985) *Tratado teórico práctico de las nulidades*, Depalma, Buenos Aires, págs. 111 a 126.

<sup>403</sup> Cfr. DELGADO, Jesús (1976) “La anulabilidad” en *Anuario de Derecho Civil*, t. XXIX, págs. 1023 a 1045; INIESTA, Juan y FERNÁNDEZ, Manuel (2000) “Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, núm. 59, págs. 139 a 175; PASQUAU, Miguel (1997) *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid.

*nunc*) se refiere a anulabilidad<sup>404</sup>. Las diferencias entre una y otra además, se referirían a la entidad del vicio y a la forma de operar (pleno derecho/declaración judicial). Esto es diverso a nuestro ordenamiento jurídico, tanto en Derecho Civil, así como en Derecho Administrativo, en el que toda declaración de nulidad produce efecto retroactivo, salvo por la modulación que la prescripción introduce en los efectos patrimoniales de la nulidad administrativa<sup>405</sup>.

Ahora bien, la importación al derecho chileno, al menos en el sistema del Código Civil, de las categorías comparadas de nulidad<sup>406</sup>, a mi entender, no sería procedente. Más aún, considerando que el problema va más allá de una mera cuestión terminológica ya que, según se señala, el Código Civil chileno en materia de nulidad de actos y contratos, es en cierta medida original en relación con las demás codificaciones decimonónicas<sup>407</sup>. En este sentido, se apunta que las reglas civiles contienen un régimen de nulidad más desarrollado que el modelo de la codificación napoleónica<sup>408</sup>, la que, por ejemplo, no regula los efectos de la declaración de nulidad<sup>409</sup>.

En lo que atañe a la disciplina del Derecho Civil chileno, cabe señalar que la nulidad patrimonial se ha desarrollado dogmática y jurisprudencialmente con disimiles

---

<sup>404</sup> Tópicos que en derecho comparado se han traslapado del Derecho Civil al Derecho Administrativo, y se distingue entre nulidad y anulabilidad, en este sentido, Tomás – Ramón Fernández, desde la doctrina administrativa, señala que los caracteres esenciales y definidores de la anulabilidad y la nulidad, permanecen sin variación en el Derecho Administrativo tal y como han sido elaborados en el derecho común, cfr. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1979) *La nulidad de los actos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, pág. 113. Sobre nulidad y anulabilidad en Derecho Administrativo español cfr. BERMEJO, José (2008) “Régimen de la invalidez (nulidad y anulabilidad) en Derecho Administrativo” en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=599>. En este contexto, entre nosotros, se señala que la nulidad posee efecto retroactivo y la anulabilidad posee efecto sólo para el futuro, cfr. SILVA, Enrique (1995) *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 125 a 126.

<sup>405</sup> Cfr. *infra* III.3.6 *in fine*.

<sup>406</sup> Las categorías dogmáticas comparadas de nulidad, *i.e.* “nulidad de pleno derecho”, “anulabilidad” se han construidos sobre la base de disposiciones legales contempladas en los respectivos ordenamientos jurídicos.

<sup>407</sup> Por ello, en el primer apartado de este capítulo se ha recurrido a la corriente analítica de la teoría del derecho, como marco conceptual para el problema que en esta tesis se estudia.

<sup>408</sup> Cfr. ALESSANDRI BESA, Arturo (s/f) *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno* t. I (reimpresión de la primera edición de 1949) Ediciones Ediar, Santiago, pág. 10.

<sup>409</sup> Cfr. LLOVERAS DE RESK (1985) pág. 101.

grados de acuerdo<sup>410</sup>. Al respecto, corresponde tratar en este lugar el concepto de nulidad, que para la dogmática, encierran las reglas civiles.

## 2.2. Concepto y alcances de la nulidad en el Código Civil chileno (título XX libro IV)

Como se sabe, el título XX del libro IV del Código Civil chileno parte con una definición de acto nulo. Así se señala que “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes” (art. 1681, I), para enseguida señalar que la nulidad puede ser absoluta o relativa. En general, habrá causa que habilita para la

---

<sup>410</sup> Cada uno de los problemas propios de las reglas civiles de nulidad, ya se han tratado por la dogmática civil cfr. ALESSANDRI BESA, Arturo y WAHL, Jorge (col.) (2008) *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno* t. I y t. II, (3ª edición actualizada, primera edición 1949) Editorial Jurídica de Chile, Santiago; con discusiones aun en progreso, cfr. ALCALDE, Enrique (2000) “La resolución y la nulidad y el ejercicio de la acción reivindicatoria por terceros: dos hipótesis de subrogación” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, núm. 3, págs. 461 a 467; BARAONA, Jorge (2005) “La inexistencia de los actos jurídicos: algunas consideraciones dogmáticas” en *Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en sesquicentenario de la promulgación del Código Civil. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valdivia*, 2005, Editorial Lexisnexus, Santiago, págs. 61 a 70; BARAONA, Jorge (2005b) “La nulidad absoluta en el Código Civil: ¿opera de pleno derecho?” en MARTINIC, María y TAPIA, Mauricio (dir.) *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado presente y futuro de la codificación*, Santiago, Lexis-nexis, 2005, tomo I, págs. 789 a 802; BARAONA, Jorge (2006) “Nulidad: ¿por qué relativa?” en *Estudios de Derecho Civil II. Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Olmué*, 2006, Editorial Lexisnexus, Santiago, págs. 539 a 548; BARAONA, Jorge (2007) “La nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos del Código Civil: ¿Son tan distintas?” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 8, págs. 59 a 106; BARAONA, Jorge (2007b) “La acción redhibitoria como acción de nulidad” en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaíso*, 2007, Editorial Legalpublishing, Santiago; BARAONA, Jorge (2007c) “Nulidad e indemnización de daños y perjuicios” en *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fueyo, León, Merino, Mujica, Rosende*, Universidad del Desarrollo, Santiago, págs. 59 a 77; CORRAL, Hernán (2007) “El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante” en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaíso*, 2007, Editorial Legalpublishing, Santiago; DOMÍNGUEZ, Ramón (2008) “Todo el que tenga interés en ello... (sobre el art. 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta”, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*”, Ediciones Fundación Fueyo, Santiago; EYZAGUIRRE, José María (2007) “El error y el dolo como vicios del consentimiento en el Código Civil y en el Derecho Comparado” en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Editorial Lexisnexus, Santiago, págs. 599 a 617; MORENO, René (2007) “Antecedentes y proyecciones del régimen de la inexistencia y la nulidad en el Código Civil Chileno” en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Editorial Lexisnexus, Santiago; RODRÍGUEZ, Pablo (1995), *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, CORRAL, Hernán (2007), “El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante”, en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaíso*, 2007, Editorial Legalpublishing, Santiago, entre otros.

declaración judicial de nulidad absoluta o relativa, cuando, respectivamente, han faltado los requisitos y formalidades necesarios para el valor de un cierto acto o contrato, en consideración a la naturaleza de ellos, o la calidad o estado de las partes que los ejecutan o acuerdan, aspectos que se refieren tanto a la validez formal, como la validez material de las convenciones.

Así, desde un principio, el Código establece las reglas de nulidad, sobre la base de las nociones de nulidad absoluta y nulidad relativa, las que, como se indicó, no necesariamente se corresponden con los conceptos de nulidad considerados en derecho comparado. Este estado de cosas a nivel de reglas, trasunta al campo dogmático en ciertos tópicos que constituyen elementos que contribuyen a definir un sistema de nulidad, tales son, por una parte, las cuestiones relativas a la teoría de la inexistencia y su recepción por la legislación, y por otra, la discusión relativa al modo de operar de nulidad, en orden a si requiere de sentencia judicial, o bien opera de pleno derecho.

Tradicionalmente, dentro de la estructura del negocio jurídico, se distingue entre requisitos de existencia y validez. Los primeros son la voluntad, el objeto, la causa, y las solemnidades. Los segundos consisten en la voluntad libre de vicios, la capacidad de las partes, el objeto lícito y la causa lícita<sup>411</sup>. La controversia relativa la inexistencia, consiste en si la falta de un requisito de existencia, tiene como consecuencia la “inexistencia” del negocio, o en cambio, acarrea nulidad absoluta. Por otra parte, el problema relativo al modo de operar la nulidad consiste en si nulidad establecida en el Código Civil (como consecuencia de la falta de un requisito de validez, o de inexistencia, según la opción que se adopte respecto de lo primero) requiere de declaración judicial, o por el contrario opera de pleno derecho.

No obstante que el problema de la inexistencia jurídica, se puede relacionar con las nulidades de pleno derecho y su recepción por parte del Código Civil chileno, ambos tópicos tratan cuestiones diversas, pues el problema dogmático de la inexistencia, consiste en determinar si el Código la recogió como consecuencia diversa a las nulidades absoluta y

---

<sup>411</sup> Cfr. CLARO SOLAR, Luis (1979) *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* t. XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 586 a 591, DOMÍNGUEZ, Ramón (1977) *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 35 y 36.

relativa; en cambio, el t3pico de la nulidad de pleno derecho dice relaci3n con la forma de operar la nulidad absoluta (o relativa), esto es, si requiere o no de declaraci3n judicial. Por lo anterior, no corresponder3a identificar como univalentes las categor3as de la inexistencia y la nulidad de pleno derecho.

En cierta doctrina, se distingue la inexistencia de la nulidad como dos especies diversas de *invalides* del negocio jur3dico. En el Derecho Civil franc3s se contempla el principio *no hay nulidad sin texto*, lo que, seg3n se se3ala, dio lugar a que se construyera la teor3a de la inexistencia jur3dica, para dar respuesta a ciertos casos que, quedaban fuera de los textos que establec3an nulidades, pero que a los operadores y juristas les parec3a que no deb3an de tenerse por v3lidos<sup>412</sup>. En este orden de ideas, se considera la inexistencia como algo m3s que la nulidad, porque implica no solamente privar de efectos a un negocio en raz3n de faltarle ciertos elementos que atienden a su validez, sino que adem3s significa que el derecho desconoce totalmente el negocio porque no llega a reunir elementos de su esencia<sup>413</sup>. A mayor abundamiento, se se3ala que la inexistencia jur3dica, no podr3a reducirse a la noci3n de invalidez, puesto que solamente un acto existente puede ser v3lido o inv3lido. En nuestro contexto, se discute si el sistema del C3digo Civil descarta o reconoce la inexistencia<sup>414</sup>.

A favor de la inexistencia, se se3ala que la circunstancia de que el C3digo Civil s3lo reglamente la nulidad como modo de extinguir las obligaciones, no implica que los actos inexistentes (que no constituyen fuentes de obligaciones), se comprendan entre los actos nulos, para los que la nulidad se establece como modo de extinguir las obligaciones<sup>415</sup>. As3,

---

<sup>412</sup> Se se3ala que “la teor3a de la inexistencia se ha hecho derivar, tradicionalmente, de un problema propio al Derecho Franc3s. En 3ste, la doctrina y la pr3ctica anterior al C3digo Civil hab3a establecido la m3xima de que no hay nulidad sin texto que la establezca (pas de nullit3 sans texte). En otros t3rminos, siendo la nulidad una sanc3n, requiere, para ser aplicada a un negocio, que se encuentre establecida por un texto legal. All3 donde se haya omitido alg3n requisito, no hay nulidad en tanto esa omisi3n no haya sido sancionada con ese preciso efecto por la ley. El principio habr3a sido hist3ricamente consolidado en materia de matrimonio”. DOM3NGUEZ (1977) p3g. 209. En el mismo sentido, cfr. V3CTOR GUARINONI, Ricardo (2002), “De lo que no hay. La inexistencia jur3dica”, en *Doxa* n3m. 25, p3gs. 638 a 641.

<sup>413</sup> Cfr. DOM3NGUEZ (1977) p3g. 208.

<sup>414</sup> Cfr. DOM3NGUEZ (1977) p3g. 209.

<sup>415</sup> CLARO SOLAR (1979) p3g. 581.



Claro Solar plantea que en el Código se recoge la teoría de la inexistencia<sup>416</sup>, sostiene que, diversas disposiciones la establecen como una consecuencia diversa de la nulidad, entre ellas señala que el artículo 1444, al disponer que sin un elemento de la esencia el contrato *no produce efecto alguno*<sup>417</sup>, establece una consecuencia diversa a la nulidad, en relación con el art. 1681 que señala que un acto es nulo cuando falta *alguno de los requisitos para el valor del mismo acto o contrato*. Siguiendo este argumento, de ambas reglas, se colige que la inexistencia es la *consecuencia* de la falta de un elemento esencia (requisito de existencia), y la nulidad es la *sanción* a la falta de un requisito de valor (validez)<sup>418</sup>.

En sentido contrario, Alessandri Rodríguez señala que la nulidad absoluta establecida en el art. 1682 se refiere a la omisión de los requisitos o formalidades que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, enunciado en el que cabrían tanto los elementos de la esencia, así como de la validez<sup>419</sup>. Por esta postura se inclina la jurisprudencia<sup>420</sup>. En este orden de ideas, el prof.

---

<sup>416</sup> CLARO SOLAR (1979) págs. 580 a 591.

<sup>417</sup> En el contexto del derecho comparado, disposiciones similares se hallan en el proyecto de Código Civil español de García Goyena, cfr. DE CASTRO (1985) pág. 464. “un eco de esta distinción se encuentra en la que hiciera García Goyena entre lo requisitos del contrato, destacando aquellos que son de "esencia o sustancia", "indispensables" y sin los que el contrato "no puede existir". Modo de proceder, que pasa al Código [español], cuando dice que "no hay contrato", sino concurren los tres requisitos que enumera (art. 1.261)”.

<sup>418</sup> Esta postura, además se soporta en otras reglas, así, *e.g.* (1) art. 1701 inc. 1, “La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se miraran como no ejecutados o celebrados” (2) art. 1801 inc. 2º, “La venta de los bienes raíces [...] no se reputan perfectas antes la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública” (3) art. 1443, “[el contrato] es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil”. cfr. CLARO SOLAR (1979) págs. 588 y 589.

<sup>419</sup> ALESSANDRI, Arturo (1936) *De los contratos*, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago págs. 70 a 72. En este sentido, sobre la base del inciso II del artículo 1682, “Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces”, se argumenta que, si en el Código se contemplara la inexistencia como consecuencia diversa de la nulidad, al faltar voluntad (requisito de existencia), no se habría establecido la nulidad como consecuencia de tal omisión En el mismo sentido, cfr. ALESSANDRI BESA (2008), t. I, págs. 22, 27 a 29 y 381.

<sup>420</sup> En este sentido se ha fallado que “la tesis de la inexistencia del acto jurídico es ajena a nuestra legislación, y en particular, al Código Civil, que no la establece como sanción de ineficacia”, cfr. *Castillo con Bustos* (2009), fallo de alzada, en el que además se dictaminó que la acción de inexistencia “no está contemplada en nuestra legislación. No tiene existencia legal”.

Domínguez señala que, si bien la teoría de la inexistencia se sostiene lógicamente, el interés práctico de esta figura no es muy claro<sup>421</sup>.

En el marco de esta discusión, recientemente, se señala que la inexistencia debe entenderse como una categoría funcional, que sustentada en una fenomenología jurídica mínima, reconozca si el acto tiene o no apariencia jurídica; y debe ser un concepto que se induce del sistema, no debiendo tipificarse en la legislación<sup>422</sup>. Este argumento, sostiene que la diferencia entre el acto nulo y el acto inexistente, siendo ambos ineficaces es la mayor o menor apariencia formal del acto, en este entendimiento, se sostiene que la existencia emanaría de su ostensibilidad en cuanto acto regular<sup>423</sup>.

A mi entender, ya sea que se trate de supuestos que para la dogmática dan lugar a inexistencia o nulidad, según la concepción de invalidez expuesta (*supra* III.1), ambas constituyen supuestos de invalidez, que para hacerlos valer institucionalmente, el ordenamiento establece la acción de nulidad, absoluta o relativa (no se ha establecido la acción de inexistencia)<sup>424</sup>. En este sentido, según los conceptos de validez y nulidad que considera esta tesis, si falta un requisito de existencia o de validez, el acto será inválido, y será necesaria la declaración de nulidad (y previamente la acción), como mecanismo, para depurar del orden jurídico el acto viciado.

En cuanto al problema de la forma de operar la nulidad es otro tópico que se discute. Un sector de la doctrina sostiene que la nulidad absoluta produce efectos *ipso jure*, sin necesidad que el juez la declare. En este sentido, se señala que subordinar la nulidad a la declaración judicial, nos da precisamente por resultado la ficción de que el acto o el contrato ha existido o tenido valor antes de la declaración, lo que es diametralmente

---

<sup>421</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 208.

<sup>422</sup> Cfr. BARAONA (2005) págs. 61 a 70.

<sup>423</sup> Cfr. BARAONA (2005) pág. 67. Esta concepción de la inexistencia, se acerca al problema de la validación en relación con la apariencia de validez. cfr. DELGADO, Jesús (2009) “Validación: construcción de un concepto de teoría general del derecho” en *Doxa*, núm. 31, 2008, págs. 643 a 660.

<sup>424</sup> En este tópico seguimos a ALESSANDRI (1936) pág. 71. En cuanto a la inexistencia como invalidez, cfr. DE CASTRO (1985) pág. 462 señala que “la contraposición de la inexistencia a la nulidad se ha censurado, con la observación de que lo nulo no es mas que lo inexistente para el Derecho”.

opuesto a la naturaleza y a la ley, porque ambas enseñan que ese acto o contrato no ha tenido jamás valor alguno<sup>425</sup>.

La idea de que el Código contempla nulidades de pleno derecho es seguida actualmente por el prof. Baraona<sup>426</sup>, quien sostiene que entre nosotros la nulidad opera *ipso iure*. En este sentido, señala que en el sistema del Código Civil se contempla que la nulidad absoluta opera de pleno derecho, no necesitando de declaración judicial para producir sus efectos<sup>427</sup>. Sin perjuicio de ello, entiende que, resulta imprescindible la sentencia judicial, para ejercer los derechos restitutorios y reivindicatorios, pero que ésta no cumple una función constitutiva, sino meramente declarativa<sup>428</sup>.

Cabe descartar, que este autor desarrolla su argumento, además, en el sentido de asimilar la nulidad civil a la nulidad de derecho público. En este orden de ideas señala que, si tanto la nulidad absoluta como la nulidad relativa operaran de pleno derecho, de esta manera se facilitarían un acercamiento de la nulidad civil con la teoría de la nulidad de derecho público<sup>429</sup>.

En sentido contrario, Claro Solar, distingue la inexistencia de la nulidad, y sostiene que la nulidad requiere de declaración judicial, para que opere como modo de extinción de las obligaciones<sup>430</sup>. En este orden de ideas, la doctrina mayoritaria sostiene que en el Código Civil no se contemplan nulidades de pleno derecho<sup>431</sup>. Se apunta que para que un acto o contrato sea tenido por nulo se requiere que la nulidad haya sido discutida en un

---

<sup>425</sup> En este sentido FABRES (1908) págs. 81 a 170, BARROS ERRÁZURIZ, Alfredo (1931) *Curso de Derecho Civil*, Nascimento, Santiago, pág. 231.

<sup>426</sup> Cfr. BARAONA (2005b) págs. 789 a 802.

<sup>427</sup> Cfr. BARAONA (2005) *passim*.

<sup>428</sup> Para BARAONA (2007) pág. 77 esta solución tiene apoyo textual y es consistente con el derecho histórico y con lo resuelto por muchos códigos civiles. En un sentido diverso Rodríguez sostiene que en el Código Civil chileno hay lugar para las nulidades de pleno derecho, por medio de lo que denomina nulidades textuales, sin embargo señala que éstas mismas, en algunos casos, catalogados como nulidad absoluta (la que califica de nulidad virtual, junto a la nulidad relativa) requieren de declaración judicial, cfr. RODRÍGUEZ (1995) *passim*.

<sup>429</sup> BARAONA (2007) pág. 78.

<sup>430</sup> Cfr. CLARO SOLAR (1979) pág. 581.

<sup>431</sup> ALESSANDRI (1936) pág. 74.

juicio seguido ante tribunal competente, en el que finalmente, en la sentencia definitiva se acoja la acción o excepción de nulidad que se haya deducido<sup>432</sup>.

En un sentido similar, Vial del Río señala que la nulidad de pleno derecho, se contempla en nuestro ordenamiento jurídico, pero que no es el sistema adaptado en el Código<sup>433</sup>. Señala que la nulidad *ipso iure* es diversa de la nulidad que reglamenta el Código Civil. De este modo, antes de la declaración de nulidad el acto existe y produce todos sus efectos, lo que justifica que pueda sanearse, si tal declaración no llega a producirse transcurrido un cierto tiempo<sup>434</sup>.

En el mismo sentido, se sostiene que dentro de la legislación chilena, toda nulidad, absoluta o relativa, produce efectos sólo en virtud de sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, y se agrega que, mientras la nulidad no ha sido judicialmente declarada, el acto viciado produce todos sus efectos<sup>435</sup>. El acto jurídico nulo, produce efectos mientras la nulidad no se declare por sentencia judicial, así se desprendería del contexto de los artículos 1683, 1687 y 1689 del Código Civil que se refieren a la nulidad *judicialmente declarada o pronunciada*, de los que se infiere que la nulidad no opera de pleno derecho, sino que debe

---

<sup>432</sup> Cfr. ALESSANDRI BESA (2008), t. II pág. 317. En este sentido se señala que “no basta que un negocio jurídico esté viciado de nulidad. Producirá los efectos de válido, mientras la nulidad no se alegue y se declare por el juez en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada”. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 249

<sup>433</sup> Vial del Río sostiene las diferencias que presenta un acto nulo de un acto inexistente, manifestando que en nuestro ordenamiento se contempla la inexistencia como “sanción jurídica”. Señala que el tópico de la inexistencia jurídica se asimila a la nulidad de pleno derecho, que en nuestra legislación se halla establecida en el art. 6° de la Ley núm. 18.046, sobre sociedades anónimas, que reza “La sociedad anónima que no conste de escritura pública, ni de instrumento reducido a escritura pública, ni de instrumento protocolizado, es nula de pleno derecho y no podrá ser saneada”. Agrega que, de la enunciada regla se desprende que si faltan las formalidades exigidas la sociedad se mira como si nunca hubiera existido, lo que justifica que el vicio constituido por la falta de solemnidad no puede sanearse por el transcurso del tiempo. Asimismo señala “que estos efectos revelan que la llamada nulidad de pleno derecho es diametralmente diferente de la nulidad que reglamenta el Código Civil. Esta última jamás opera ipso iure o de pleno derecho, requiriendo siempre una sentencia judicial que la declare, de modo tal que antes de la declaración de nulidad el acto existe y produce todos sus efectos, lo que justifica que pueda sanearse si tal declaración ni llega a producirse transcurrido un cierto tiempo”, cfr. VIAL, Víctor (2003), *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 241 a 246. Cabe señalar que en la codificación comercial, también en el art. 552, se dispone la nulidad de pleno derecho, bajo ciertos supuestos.

<sup>434</sup> Cfr. VIAL (2003) pág. 243.

<sup>435</sup> Cfr. ALESSANDRI (1936) págs. 74 y 84.

ser declarada por el juez<sup>436</sup>. En este orden de ideas para que la nulidad opere, es necesario que haya una sentencia que acoja la acción o excepción de nulidad deducida en el actual juicio en que se discute la validez del acto contrato, y tal sentencia debe ser firme, esto es, tener autoridad de cosa juzgada, como expresamente lo establece el inciso I del art. 1687 del Código Civil.

Asimismo, se señala que, entre nosotros, siempre será necesaria, una sentencia judicial ejecutoriada para estar frente a los efectos de la nulidad. En el mismo sentido, se apunta que para que un acto jurídico sea nulo, y para que se produzcan los efectos de la nulidad, es menester una sentencia judicial<sup>437</sup>. A mayor abundamiento, se plantea que, la circunstancia de que la nulidad deba ser declarada judicialmente, implica que existe una *presunción de validez* de los actos jurídicos, de modo que el acto se supone válido, a menos que se haya dictado una sentencia judicial en contrario<sup>438</sup>.

En el contexto comparado, cabe señalar que Santamaría Pastor expuso que el origen de la doctrina de la nulidad de pleno derecho, proviene, en parte, de una errada interpretación de las fuentes romanas, en particular respecto del procedimiento romano, en el que antes que conociera el juez, el Pretor denegaba la acción en caso de un acto estar viciado de nulidad. Así, si bien es cierto que en esos casos no se verificaba una declaración judicial de nulidad, si había un pronunciamiento de la autoridad<sup>439</sup>. A juicio de Santamaría, de tales circunstancias, proviene el principal equívoco en la interpretación de la teoría romana de la nulidad. Así señala que, como en todas las épocas, en el ordenamiento romano, no existieron nulidades de pleno derecho<sup>440</sup>.

---

<sup>436</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 249, y ALESSANDRI (1936) págs. 74, 75 y 84.

<sup>437</sup> Cfr. VIAL (2003) pág. 248.

<sup>438</sup> Cfr. ALESSANDRI (1936) pág. 84.

<sup>439</sup> Doctrina, que vía de la dogmática civil se trasladó, incluso, a la teoría de la nulidad de derecho público, cfr. SANTAMARÍA, Juan (1976) *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, págs. 71 a 152. En especial véase el capítulo segundo de la citada obra, bajo el epígrafe “La formación histórica de la teoría de la ineficacia”.

<sup>440</sup> Cfr. SANTAMARÍA (1975) pág. 94. Este autor apunta que “la razón de este equívoco es muy simple [...], el proceso civil romano, desde la *lex aebutia*, se escindió en dos fases, la *in jure* y la *apud judicem*. La fase *in jure* tenía lugar ante el pretor y, en ella, el demandante formulaba sus pretensiones aduciendo un título

A mi juicio, como se señaló, la nulidad consiste precisamente en la declaración judicial de la invalidez, más la privación de efectos del acto. Por tanto, no opera de pleno derecho<sup>441</sup>. Así, siempre se requiere de una concreta declaración institucional, que ordene la ineficacia, el deber tenerse a un acto por nulo y que, por lo tanto, el acto ya no goza de la fuerza obligatoria que le otorga la validez considerada como pertenencia al sistema<sup>442</sup>.

Así, respecto del problema de la nulidad de pleno derecho, lo que opera por el *propio derecho* es el vicio de nulidad, pero resulta ineludible, que se valoren los hechos que constituyen al negocio jurídico para determinar si el acto está o no viciado. Cuando esta valoración se hace por un tribunal, que constata la invalidez del acto y, además, lo priva de efectos, estamos en presencia de nulidad. En este sentido, únicamente la nulidad judicialmente declarada da lugar a los efectos que se señalan en el Código (esto es el

---

jurídico concreto y solicitando del pretor que admitiese la acción que proponía (*editio actionis*) o que, simplemente, le otorgase protección jurídica, designando en ambos casos el *judex (postulatio actionis)* que, en definitiva hubiera de decidir la litis en la segunda parte del proceso (fase *apud iudicem*). Pues bien, en tales supuestos, si el título jurídico aducido por el demandante se hallaba viciado de nulidad, el pretor suspendía el curso del proceso, negando al actor protección jurídica para la exigencia que planteaba (*denegatio actionis*)”. SANTAMARÍA (1975) pág. 93. Agrega que “de esta forma, el acto invocado por el demandante quedaba nulo y sin ningún efecto, sin que fuera preciso que el juez privado se pronunciase al respecto. La nulidad se producía en la fase *in jure*, o sea, sin declaración judicial de la misma, puesto que el magistrado únicamente denegaba la acción solicitada (o concedía una *exceptio* al demandado, desvirtuando la *actio* solicitada)”. *Ibidem*.

<sup>441</sup> En este sentido, a propósito del aforismo *quod nullum est, nullum effectum producit*, Díez - Picazo escribe que la regla exige una puntualización, en el sentido de que “no expresa una experiencia real, sino un mandato, una sanción del ordenamiento jurídico. A pesar de estar sancionado puede producirse en virtud del negocio ineficaz una mutación de la realidad social idéntica a la que ocasionaría el negocio eficaz, puede haberse producido un traspaso posesorio y un pago de dinero, aunque el testamento sea ineficaz los herederos se apoderan de los bienes, pagan los legados y hacen la partición. Por todo esto, acaso más exacto que decir que el negocio es ineficaz fuera el decir que el negocio *debe ser* tenido como ineficaz”, cfr. DÍEZ – PICAZO, Luis (1961) “Eficacia e ineficacia del negocio jurídico”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pág. 809.

<sup>442</sup> A mi juicio, que la nulidad no opera de pleno de derecho, sino que requiere de declaración judicial, no es sólo una cuestión conceptual, pues así además, de desprendería de ciertas reglas que el Código Civil contempla en el título XX del libro IV, en este sentido, por la expresión *se produce*, que emplea el art. 1682, se entendería que la nulidad se verifica mediante declaración judicial que constata la falta o omisión de algún requisito de validez. Así se infiere de la sistemática del título XX, de disposiciones tales como: art. 1683, “la nulidad absoluta puede y debe ser declarada; art. 1684, la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez”; art. 1687, “la nulidad pronunciada en sentencia”; art. 1688, “si se declara nulo el contrato celebrado; art. 1690 Cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras”.

derecho de las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallaría sino hubiese existido el acto o contrato nulo, art. 1687)<sup>443</sup>.

En este contexto (de un sistema normativo que descarta la inexistencia y la nulidad de pleno derecho, como consecuencias de un vicio que afecte a la estructura del contrato), se define nulidad como “la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de los sujetos que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca se hubiese ejecutado”<sup>444</sup>. Respecto de esta definición, se señala que refleja una concepción de nulidad que se califica de “la más

---

<sup>443</sup> Esta posición, a mi entender, encuentra soporte textual en el concepto legal de acto nulo, contenido en el art. 1681, que define que es nulo todo acto o contrato a que falta algún requisito que la “ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato”, regla de la que se infiere que la nulidad se presenta en caso de falta de un requisito de validez, de valor, dirá el Código. En este sentido, cfr. CLARO SOLAR (1979) pág. 582. Asimismo soportan esta idea, el art. 1469 del Código Civil al disponer que “Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie la acción de nulidad”, (regla en la que se aprecia la diferencia entre invalidez y nulidad) y el art. 1683 que contiene el enunciado “sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”, disposiciones de las que se colige que, la invalidez se produce antes de la declaración judicial de nulidad, y en cierta medida, opera por el propio derecho, esto es, de la sola relación entre enunciados normativos, sin que se requiera declaración autorizada que la constate. De este modo, el Código Civil por una parte contempla que la invalidez opera a nivel legislativo, sin que sea necesario una declaración autorizada en tal sentido y por otra, que la nulidad es un medio de constatar la invalidez, privándose al acto jurídico del efecto obligatorio que le confiere la validez (entendía como pertenencia al sistema). Ahora bien, en cuanto a la dogmática, en esta tesis, seguimos los planteamientos de los profesores Alessandri Rodríguez y Domínguez, en virtud de los que, se entiende que nuestro sistema civil institucional de invalidez, consiste en la nulidad absoluta (la que procede, en caso de omisión de un requisito de validez, como también, en caso de falta de un requisito de existencia) y la nulidad relativa, siempre bajo la necesidad de una declaración judicial. cfr. ALESSANDRI (1936) págs. 74 y 75, 84, DOMÍNGUEZ (1977) pág. 249.

<sup>444</sup> Por todos, ALESSANDRI BESA (2008) pág. 20. Este concepto de nulidad preponderante en la dogmática civil contempla dentro de sus elementos la consecuencia de la misma entendida como sanción. Específicamente, como sanción de ineficacia. Tradicionalmente se ha entendido a la nulidad como sanción, aunque no es pacífico que efectivamente lo sea, discutiéndose en teoría general del derecho acerca de la naturaleza de las normas que establecen nulidades. Por la naturaleza descriptiva de las normas que establecen nulidades, cfr. NINO, Carlos (1985) *La validez del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, pág. 199. En este sentido, se sostiene que “sanción y nulidad son conceptos relacionados con dos tipos distintos de normas, las de mandato y las que confieren poderes, respectivamente. La sanción es vista como consecuencia de la infracción de una norma de mandato (obligación o prohibición). Las normas que confieren poderes no pueden infringirse (por tanto, no puede haber sanción), sino que, si se observan, el acto es válido y consigue el resultado institucional previsto por la norma; en otro caso, no se alcanza este resultado institucional y decimos que el acto es nulo”, cfr. ATIENZA, M. y RUIZ MANERO, J. (2003) “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”, en *Doxa*, núm. 26, págs. 719 a 735. De lo que se sigue que la nulidad dogmáticamente, no es sanción, cfr. DELGADO, Jesús (2007) “¿“Sanción de invalidez”? Los conceptos de invalidez y de sanción”, en DELGADO, Jesús (coord.) (2007) *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Editorial Aranzadi, Navarra, págs. 189 a 136.

tradicional y que la concibe como una sanción impuesta por el ordenamiento jurídico por la falta de requisitos exigidos por la ley para la formación del negocio”<sup>445</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con el marco teórico expresado en la primera parte de este capítulo, sería pertinente una definición de nulidad como la que se expone en orden a señalar que nulidad es “la privación de los efectos de un acto jurídico, en consideración a que no se respetó la regulación legal de su estructura o proceso de formación”<sup>446</sup>. Esta definición, contempla tanto la validez material, así la como validez formal, pues, por una parte al referirse a la estructura, se puede entender que, por una parte, atañe a las normas que atribuyen poderes, y a la condición de coherencia con la legalidad superior; y por otra parte al referirse al proceso de formación, concierne a las normas de actualización de la competencia, quedando comprendidas, en dicho proceso, tanto la forma solemnidad, así como la forma procedimiento<sup>447</sup>.

### 2.3. *Carácter contractual de las reglas de nulidad civil y su aplicabilidad a otros ámbitos*

Como se sabe, en el título XX del libro IV del Código Civil (y sus complementos), se establece un régimen que regula (1) causales de nulidad (art. 1682), las que dan derecho a pedir la declaración de nulidad ante un juez; (2) legitimidad activa de la acción de nulidad (arts. 1683 y 1684); (3) confirmación de los negocios que adolecen de un vicio de nulidad relativa (arts. 1683, 1684 y 1693 a 1697); (4) prescripción de la acción de nulidad, o saneamiento del acto, según como se entiendan las reglas<sup>448</sup>, arts. 1683, 1691 y 1692; (5)

---

<sup>445</sup> DOMÍNGUEZ (2008) pág. 543. Asimismo, el prof. Domínguez, señala que la nulidad, entre nosotros, tiende a confundirse con la acción de nulidad. *Ibidem*.

<sup>446</sup> BARCIA, Rodrigo (2007) *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 126, agrega que la nulidad se encuentra íntimamente ligada a las normas que regulan la estructura del acto jurídico. *Ibidem*.

<sup>447</sup> Cabe considerar que, por la materia, siempre se han estudiado las reglas civiles, respecto de la forma solemnidad.

<sup>448</sup> Posiciones encontradas se sustentan DOMÍNGUEZ (1977), págs. 239 y 240, para quien este es un plazo de prescripción de la acción, y VIAL (2003) págs. 256 a 258, para quien este es un término que consagra un verdadero saneamiento de la nulidad. cfr. DOMÍNGUEZ, Ramón (2004) *La prescripción extintiva. Doctrina y*



efectos de la declaración de nulidad, entre las partes del contrato, art. 1687; la relatividad de éste, art. 1689, tanto respecto de terceros, así como de las partes del contrato que (no) han sido partes del actual juicio, art. 1690; todo ello complementado en la sistemática del Código Civil, con: (6) reglamentación de los vicios de nulidad, en especial de aquellos que puede adolecer el consentimiento, artículos 1451 a 1458; (7) reglas relativas al objeto de la obligación, artículos 1460 a 1466; (8) la causa de la obligación, artículo 1467; y (9) otras normas generales relativas a las convenciones, artículos 1468 y 1469<sup>449</sup>.

Del régimen jurídico contenido en el título XX, y sus complementos, se colige que las reglas de nulidad, se han establecido, teniendo presente como objeto de regulación, la actuación de un poder normativo autónomo; y más precisamente, para el sinalagma contractual. Así, se sostiene que las reglas civiles se han construido para los negocios patrimoniales de derecho privado en general, y en especial para los contratos<sup>450</sup>. A mi entender, la nulidad civil se encuentra diseñada para impugnar la validez de un acto que constituye ejercicio de poder contractual autónomo<sup>451</sup>.

Las reglas civiles de nulidad (t. XX, l. IV) se han establecido como un modo de extinguir obligaciones recíprocas<sup>452</sup>, según que la fuente de la obligación<sup>453</sup> que consideran es el contrato (por ello se establece el derecho de las partes a ser restituidas, en caso que se hayan cumplido las prestaciones, de acuerdo con las reglas generales de las *prestaciones*

*jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 157 a 163, donde examina críticamente ambas posturas en el derecho nacional y comparado.

<sup>449</sup> Sin perjuicio de reglas de carácter general como los artículos 10 y 11, contenidas en el párrafo 3º, del título preliminar, del Código Civil, además de una serie de disposiciones especiales relativos ciertos y determinados actos, como los artículos 1796 y 1798. Un catálogo de artículos se halla en BOCKSANG, Gabriel (2006) “De la nulidad de derecho público como inexistencia” en *Ius Publicum*, núm. 16, págs. 99 y 100 [en nota].

<sup>450</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 213.

<sup>451</sup> Sobre resultado institucional y cambio normativo producido por actos jurídicos de derecho privado, DELGADO (2005) págs. 9 a 74.

<sup>452</sup> Modo de extinguir es todo hecho o acto al que la ley atribuye el valor de hacer cesar los efectos de la obligación, por todos cfr. RAMOS, René (2008), “De las Obligaciones”, Editorial Legalpublishing, Santiago, pág. 333. Tradicionalmente se define obligación como el “vínculo jurídico entre dos personas determinadas-deudor y acreedor-, en virtud de la cual el primero se encuentra en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer algo a favor del segundo”. *Ibidem* pág. 4.

<sup>453</sup> Por fuentes de la obligaciones, se entienden los hechos o actos desde donde las obligaciones surgen, cfr. PEÑAILILLO, Daniel (2003) *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 95.

*mutuas*, arts. 904 y sgts.). En este sentido, las disposiciones legales de nulidad, dan cuenta de reglas que se han diseñado para contratos, ya que los enunciados normativos se refieren a las partes, a los contratantes, o bien al contrato, *e.g.* arts. 1687, 1688, 1690. Así, en el lenguaje en que se expresan estas reglas, manifiestan que se encuentran construidas para las obligaciones convencionales<sup>454</sup>.

En este orden ideas, el prof. Domínguez sostiene que, en general las reglas de nulidad establecidas en el título XX del libro IV, se encuentran construidas para contratos<sup>455</sup>, lo mismo cabe decir de sus complementos, y en especial respecto del error como vicio del consentimiento. En este sentido, señala que el Código regula esta materia en lo contractual, y que si bien, la doctrina entiende que las reglas que se contienen en los artículos 1451 a 1459, reciben aplicación general, más allá de lo contractual, estima que “no puede darse un alcance tan amplio a la reglamentación contractual. Ciertos negocios, por sus particularidades, requieren de un examen diferente de los vicios de la voluntad, cuya consagración en el Código es la traducción de cierta doctrina sobre el papel de la voluntad en el negocio”<sup>456</sup>.

Precisamente, las reglas de nulidad contenidas en el título XX del libro IV del Código Civil, no constituyen, en el plano normativo, una teoría unitaria de la nulidad de los actos jurídicos. En este orden de ideas, se apunta que “no existe en nuestro derecho una teoría unitaria sobre la nulidad para todos los negocios jurídicos. Para los negocios patrimoniales en general, y en especial para los contratos, rigen las reglas dispuestas por el Título XX del Libro IV, arts. 1681 y siguientes. Para otros negocios, en atención a sus características particulares, se han dispuesto normas especiales. Así la nulidad del matrimonio se rige por las disposiciones [...] de la Ley de Matrimonio Civil”<sup>457</sup>.

---

<sup>454</sup> En un sentido diverso Claro Solar, señala que en el título XX del libro IV el Código “establece los principios a que obedece la teoría de las nulidades de toda clase de actos o convenciones” CLARO SOLAR (1979) pág. 581.

<sup>455</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 213.

<sup>456</sup> Así, respecto de los vicios de la voluntad, DOMÍNGUEZ (1977) págs. 58 a 60.

<sup>457</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 213.

De modo que, la nulidad civil regla la invalidez, según la lógica de actos de derecho privado, que constituyen la faz jurídica de intercambios espontáneos<sup>458</sup>. Ahora bien, si las reglas civiles, no constituyen el régimen de nulidad unitario de aplicación general, sí resultan como las reglas especiales de nulidad para el ámbito contractual, y aplicables en general en el marco del derecho privado patrimonial<sup>459</sup>. En este sentido, el Código Civil, contempla reglas diseñadas perfectamente para las obligaciones, se refiere a los requisitos de validez de actos celebrados entre sujetos no calificados, que operan sin procedimientos, ni intereses públicos (al menos directamente)<sup>460</sup>, relevantes para el derecho.

Ahora bien, que el sistema civil de nulidad patrimonial, esté construido para la nulidad de actos regidos por el derecho privado patrimonial y sinalagmático conlleva que, dentro del mismo Derecho Civil patrimonial, por ejemplo, el derecho sucesorio se ha complementado con reglas especiales de validez de disposiciones testamentarias (fuentes unilaterales), además de establecer una acción especial de impugnación a favor de los asignatarios forzosos preteridos (la acción de reforma de testamento, cuando se contraviene la legalidad material)<sup>461</sup>. A mayor abundamiento, ya fuera del derecho patrimonial, el derecho de familia, regula algunos tópicos especiales respecto de vicios en materia de nulidad matrimonial<sup>462</sup>, como asimismo en actos relativos a la filiación determinada por reconocimiento<sup>463</sup>.

---

<sup>458</sup> Respecto de la característica lógica de intercambios espontáneos de las relaciones de derecho privado, cfr. BARROS, Enrique (2001), “Lo público y lo privado en el derecho”, en *Estudios Públicos*, núm. 81, págs. 19 y 20.

<sup>459</sup> ALESSANDRI BESA (s/f) pág. 50. Señala que en el derecho privado las reglas de nulidad del título XX, libro IV, Código Civil, se aplican por regla general, necesitándose de un texto legal expreso para limitar su aplicación.

<sup>460</sup> Si bien se señala que la nulidad absoluta tiene por fundamento el interés general, éste se radica en cómo le interesa a la sociedad política que sean los contratos entre privados. Un semblante diverso se presenta en la actuación de la Administración del Estado, sujeto al que se le han conferido poderes para que directamente persiga el interés general, cfr. *supra* II.3.2.2.

<sup>461</sup> Arts. 1216 a 1220 del Código Civil.

<sup>462</sup> Arts. 44 a 48, Ley núm. 19.947, de Matrimonio Civil, que establecen causales de nulidad, régimen de titularidad de la acción y reglas para el ejercicio de la acción de nulidad.

<sup>463</sup> Art. 202 del Código Civil, que establece un plazo de prescripción para alegar la nulidad por vicios de la voluntad.

De modo que, el ordenamiento jurídico civil, para adecuarse a cada institución, contempla diversas reglas de nulidad, según el énfasis que corresponde asignar a los diversos caracteres, de acuerdo con la naturaleza de los actos de que se trata. Así, estas reglas (t. XX, l. IV), dentro del campo del Derecho Civil, son de aplicación propia, directa, y sin modificaciones, sólo en el ámbito de los contratos o convenciones.

Valga señalar que una teoría general de la validez en el derecho, no autoriza a colegir como necesario un régimen unitario de la nulidad, pues esta última, entendida como un mecanismo de depuración de actos inválidos, dependerá de las regulaciones que se establezcan para cada clase de actos, según sus diversas características. Lo propio ocurre en materias que escapan al Derecho Civil, como el Derecho Administrativo. Ahora bien, si estas reglas no se encuentran formuladas expresamente, es labor de la dogmática jurídica su interpretación desde las reglas expresadas, manera como se ha procedido en la disciplina del Derecho Administrativo respecto de la nulidad administrativa (cfr. *infra* III.3).

No obstante de la dicotomía a nivel de régimen jurídico, la nulidad civil y la nulidad administrativa, presentan unidad conceptual. En este sentido, cabe hacer una digresión para revisar las definiciones dogmáticas de nulidad predominantes en nuestro medio.

En la disciplina del Derecho Civil, se define nulidad como la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de los sujetos que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos<sup>464</sup>. Asimismo, la nulidad administrativa, en tanto nulidad de derecho público, se define como un mecanismo jurídico sancionador fundamental del derecho público que consiste en la ineficacia de los actos estatales dictados en contravención al principio de juridicidad contemplado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República<sup>465</sup>.

A partir de ambas definiciones dogmáticas, se puede constatar que, tanto la dogmática civil como la administrativista, definen la nulidad sobre la base de su

---

<sup>464</sup> Por todos, ALESSANDRI BESA (2008) t.I, pág. 20.

<sup>465</sup> Definición según la tesis clásica descrita por JARA, Jaime (2004), *La nulidad de Derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago, pág. 29.

consecuencia, *i.e.* la ineficacia de un determinado acto jurídico. En este sentido, existe consenso en cuanto a que el efecto de toda nulidad consiste en hacer volver las cosas al estado anterior a la celebración o ejecución del acto. Así se indica que, la nulidad “produce, hablando en términos generales, el mismo efecto de hacer desaparecer el acto viciado o anulable, porque lo que caracteriza a la sanción es el efecto que produce en el acto que está sujeto a ella; y en el caso de la nulidad, ella siempre producirá la destrucción del acto con efecto retroactivo, considerándose como sino se hubiera celebrado y debiendo volver las cosas al estado en que se encontraban antes de su ejecución”<sup>466</sup>.

En este sentido, desde las disciplinas del Derecho Administrativo y del Derecho Civil, tanto en la dogmática comparada, así como en la nuestra, se señala que la nulidad presenta unidad conceptual<sup>467</sup>. Tomás – Ramón Fernández, desde la doctrina administrativa, señala que los caracteres esenciales y definidores de la nulidad, permanecen sin variación en el Derecho Administrativo tal y como han sido elaborados en el derecho común<sup>468</sup>. Por su parte, desde la doctrina civil, Alessandri Besa sostiene que: “podemos afirmar que el concepto abstracto de nulidad, prescindiendo de las reglas que la rigen en cada caso especial, es el mismo”<sup>469</sup>.

En similar sentido, Baraona<sup>470</sup> plantea que la semejanza entre la nulidad civil y la nulidad administrativa, se verifica en cuanto a su función y finalidad<sup>471</sup> y, además, en que

---

<sup>466</sup> ALESSANDRI BESA (s/f) págs. 67 y 68.

<sup>467</sup> De las definiciones dogmáticas de nulidad se pudo constatar que, tanto en la disciplina del Derecho Civil, como en la disciplina del Derecho Administrativo, se define la nulidad como una sanción, consistente en la ineficacia de un determinado acto jurídico.

<sup>468</sup> FERNÁNDEZ (1979) pág. 113.

<sup>469</sup> ALESSANDRI BESA (s/f) pág. 67.

<sup>470</sup> Cfr. BARAONA (2007) págs. 59 a 106.

<sup>471</sup> Se sostiene que la nulidad sirve de instrumento para el resguardo del orden jurídico. Así, se señala que siempre nulidad posee el mismo fundamento general: la defensa de la legalidad objetiva, cfr. BARAONA (2007) págs. 68 a 76. Respecto de la nulidad de derecho privado se distingue entre función y fin de la nulidad. Su función es la eficacia de la ley, y en este sentido, señala que también sirve al interés general, cfr. BARAONA (2007) pág. 72. Sobre la base del art. 11 del Código Civil distingue la función de la finalidad u objeto de la nulidad, en cuanto a esto último señala que puede orientarse a un objeto de conveniencia pública o privada, finalidad que se formula como trascendente a la misma norma, en cuanto la sanción debe aplicarse aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley. *Ibidem.* pág. 73. En cambio, la nulidad administrativa sólo puede orientarse a un objeto de conveniencia pública.

ambas operarían de pleno derecho, planteando la aplicación supletoria del Código Civil, en aquellos aspectos en que la nulidad administrativa presente vacíos. Este autor, de cierto modo, plantea asimilar la nulidad de derecho público a la nulidad absoluta de derecho privado<sup>472</sup>.

Este trabajo comparte parcialmente tal argumento, en cuanto a la nulidad como concepto general, presente en los diversos campos del Derecho. Sin embargo, la nulidad administrativa y la nulidad civil no presentan la misma función o finalidad en especial. A mi juicio, la nulidad civil se refiere a la nulidad de actos jurídicos dictados en uso de la autonomía normativa de la voluntad, a diferencia de la nulidad administrativa que se ha construido para los actos emanados del poder público, generalmente heterónomo; y si bien, la validez del acto jurídico obedece a un concepto general, independiente del régimen de nulidad, de ello no se deriva necesariamente una identidad de regímenes institucionales. Así, en el propio ordenamiento jurídico se encuentran regulaciones diversas para la nulidad, de acuerdo con los diversos campos del derecho y clases de actos jurídicos, según sus notas distintivas<sup>473</sup>.

Retomando el curso principal, la dicotomía de las nulidades civil y administrativa, no se encuentra en el concepto general de nulidad al que refieren, sino que en el carácter de los actos que rigen, y en consecuencia, en las diversas reglas que se establecen, en consideración a aquellos. En este sentido, sobre la base de las reglas, en el derecho chileno tradicionalmente se ha opuesto la nulidad pública a la nulidad de derecho privado común. En este orden de ideas se ha entendido que la nulidad de los actos y contratos del Código Civil y la nulidad administrativa son instituciones diversas y distantes<sup>474</sup>. Así, según la

---

<sup>472</sup> Cfr. BARAONA (2007) págs. 59 a 106.

<sup>473</sup> Por ejemplo, en materia comercial se establecen reglas especiales en materia de nulidad societaria, en el derecho laboral se ha establecido la “nulidad del despido”, en el derecho procesal se dispone de todo un sistema reglado de incidentes y recursos para hacer valer la nulidad dentro del procedimiento.

<sup>474</sup> E incluso como ámbitos escindidos, lo que agrava la cuestión, en relación con el tópico de la calificación de la nulidad, ya en absoluta, ya en nulidad de derecho público, la que se exige por nuestros tribunales que sea propuesta por las partes, y de un modo correcto, so consecuencia de tenerse por desechada la acción, aunque el acto sea inválido. En este sentido, cfr. *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007), *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001).

diversa función en especial que corresponde cada tipo de reglas, en el estado de cosas del derecho chileno, no se ha seguido una identidad de regímenes.

De acuerdo con lo anterior, tradicionalmente se ha sostenido que, las reglas de nulidad del Código Civil, no rigen a la nulidad de Derecho Administrativo. En este sentido, Alessandri Besa<sup>475</sup> sostiene que: “la nulidad o validez de los actos en que interviene una autoridad o poder público no se rige, en tesis general, por las disposiciones del Derecho Privado, sino en cuanto el legislador se refiere expresamente a ellas; así se ha fallado, [...] en el Derecho Público, en los actos en que el Estado interviene como tal, sea directamente, sea por intermedio de un funcionario, las disposiciones del Código Civil sobre nulidad sólo tienen aplicación cuando la ley así lo ha dispuesto expresamente. En síntesis, sucede todo lo contrario que en el Derecho Privado [...], en el Derecho Público, las reglas de la nulidad sólo rigen por excepción cuando la ley misma dispone que la sanción a infracciones sea la nulidad regida por el Título XX del Libro IV del Código Civil”<sup>476</sup>.

En este sentido, se ha establecido que, la nulidad administrativa, en tanto nulidad de derecho público, es una institución con fundamento y regímenes propios, diversos de la nulidad patrimonial de derecho privado. Según este planteamiento la nulidad administrativa se debe regir por sus propias reglas y principios<sup>477</sup>.

Ahora bien, como se apuntó, si regulaciones especiales respecto de la nulidad de actos jurídicos de derecho privado, han sido materialmente necesarias y se presentan en el derecho vigente, con mayor razón surge la necesidad de formular reglas diversas, en materias que escapan al Derecho Civil, como ocurre en materias administrativas. Si estas regulaciones no están dadas expresamente, le corresponde a la dogmática jurídica, su interpretación desde el derecho vigente, que es, precisamente lo que se ha hecho en la disciplina del Derecho Administrativo, respecto de la nulidad de derecho público (cfr. *infra*. III.3).

---

<sup>475</sup> ALESSANDRI BESA (s/f) págs. 49 y 50. En el mismo sentido, con nota de actualización ALESSANDRI BESA (2008), t. I, pág. 56, expone la doctrina que sostiene, el alcance de las reglas civiles de nulidad sólo al ámbito civil.

<sup>476</sup> Jurisprudencia citada en el original: *Arrieta con Banco Popular* (1921) y *Ortega con Banco Hipotecario de Chile* (1922).

<sup>477</sup> cfr. *infra* III.3.

Lo último en razón de que, en Derecho Administrativo, las reglas civiles de nulidad, en principio, no son apropiadas a las características del poder administrativo heterónomo, pues éstas no considerarían a cabalidad los supuestos de validez formal y material<sup>478</sup> de la actuación administrativa, en el sentido que ésta se refiere a potestades públicas, que se confieren a sujetos calificados, en miras al interés general, que actúan no sobre la base de la libertad contractual, sino que en ejecución de norma, sujetas a reglas de actualización del poder más exigentes que a los particulares.

En este sentido, las reglas civiles, no contemplan criterios construidos para la validez de los actos administrativos motivados<sup>479</sup>. Más bien se encamina a la validez de actos de intercambios espontáneos de sujetos no calificados, sin procedimientos ni intereses públicos, relevantes para el derecho<sup>480</sup>.

Las reglas civiles, contenidas en el título XX, del libro IV, claudicarían en materias administrativas, tal como se entienden hasta ahora<sup>481</sup>, lo que se manifiesta en que el Código en principio, no reconoce de la actuación administrativa, aspectos tales como (1) el procedimiento administrativo (en cuanto a la forma), y (2) el fin público de la actuación de la Administración del Estado (en cuanto al fondo). Estos rasgos, impedirían que la nulidad civil sea el régimen apropiado, para reglar materias administrativas. A mi juicio, la nulidad civil se presenta como un sistema adecuado a las fuentes convencionales de obligaciones patrimoniales (en general, contratos). Para la impugnación de las fuentes heterónomas de

---

<sup>478</sup> La nulidad formal impugna la fuente de la obligación, el contrato como acto, y la nulidad material impugna el contenido de la obligación, el contrato como relación obligatoria. Para hacerlas valer el Código establece la nulidad absoluta y la nulidad relativa.

<sup>479</sup> Es patente que el Código regula intercambios espontáneos discrecionales (y no actos reglados, expresamente motivados), en la regla del art. 1467 que expresa que la causa de la obligación no es necesario expresarla, pues se presume.

<sup>480</sup> A mi entender, la unidad de regímenes entre nulidad patrimonial de Derecho Civil y nulidad administrativa, no es necesaria, ni incluso, conveniente, pues el que se trate de una misma institución general, no determina que se presenten las mismas reglas en cada campo de aplicación, y a mayor abundamiento, en general, la dicotomía es necesaria según las diversas características de las diferentes clases de actos jurídicos.

<sup>481</sup> Sin perjuicio de la potencia creativa de sus reglas, respecto del carácter creativo de las reglas civiles, cfr. BARROS, Enrique (2005) "Sentidos y métodos de la codificación en el Derecho", *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado II, De la codificación a la descodificación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2005, pág. 154.



reglas administrativas (en general actos administrativos, ya sean generales o particulares) la nulidad administrativa constituye el sistema adecuado.

En este sentido, no sería necesaria, ni conveniente una unidad de regímenes de nulidad aplicable a actos jurídicos de derecho público y a actos jurídicos de derecho privado<sup>482</sup>, pues la nulidad administrativa y la nulidad civil pretenden reglar en diversos campos de aplicación, esto es, actos de Derecho Administrativo y actos de derecho privado, respectivamente, según que estos actos, en cuanto a su estructura, como actos normativos, están constituidos por elementos disimiles.

De este modo, la aplicabilidad de la nulidad del Código Civil, con respecto al Derecho Administrativo, presenta un campo de aplicación propio y un límite negativo<sup>483</sup>. En cuanto a lo primero, la nulidad del Código Civil, se establece para la nulidad de actos privados, y para los actos en los que el Estado actúa en régimen de derecho privado<sup>484</sup>. En este sentido, a mi entender, la nulidad de derecho privado es la institución apropiada, para impugnar la validez de un acto o contrato en que se ejercen poderes de derecho privado, válidos en los términos del artículo 1545 del Código Civil. Asimismo, respecto del límite negativo, se descarta al Código Civil como régimen apropiado para la nulidad de actos administrativos. En este sentido, se ha fallado negando la aplicabilidad<sup>485</sup>, en concordancia con la doctrina que tradicionalmente ha sostenido que las reglas de nulidad del Código Civil no rigen en el Derecho Administrativo<sup>486</sup>. Sin perjuicio de ello, no se puede excluir absolutamente la aplicabilidad de las reglas civiles, ya que ésta procede de verificarse los supuestos del criterio de aplicabilidad expuesto en *supra* capítulo I.

---

<sup>482</sup> En sentido contrario cfr. BARAONA (2007) págs. 59 a 106.

<sup>483</sup> Las relaciones normativas, Derecho Civil - Derecho Administrativo, en general presentan dos tópicos, el primero consiste en la determinación de un límite de aplicación para cada ordenamiento, y el segundo consiste, en una vez determinado un límite negativo para el Código Civil en materias administrativas, en determinar bajo que criterios el Código Civil puede integrar los vacíos del Derecho Administrativo, cfr. *supra* I.

<sup>484</sup> Pero en este caso se debe modular su carácter civil, para no desconocer el núcleo público original de tales actos, cfr. *infra* I.3.

<sup>485</sup> Por ejemplo, *Harb con Servicio de Impuesto Internos* (2000), *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001).

<sup>486</sup> En este sentido ALESSANDRI BESA (s/f) págs. 49 y 50.

## 2.4. *Adecuación y límites del sistema civil de causales de nulidad frente al contrato de la Administración*

### 2.4.1. *Régimen jurídico de las causales de nulidad civil*<sup>487</sup>

Como se sabe, la nulidad de Derecho Civil considera una distinción de vicios que constituyen causales de nulidad en cuanto a si éstos se establecen en atención a la especie del acto o a la calidad de las personas que los ejecutan o celebran (artículos 1681 y 1682). Los primeros dan lugar a nulidad absoluta y los segundos a nulidad relativa. Estas causas de nulidad se establecen en la ley, por ende, no pueden ser establecidas ni derogadas por las partes<sup>488</sup>. Cabe señalar que nulidad absoluta y relativa presentan los mismos efectos, esto es, privan de eficacia al acto o contrato<sup>489</sup>, sólo se diferencian respecto de otros aspectos de su régimen jurídico como (1) la legitimidad activa de la acción de nulidad, (2) saneamiento o prescripción, y (3) confirmación.

En cuanto al primer punto, el Código Civil establece disposiciones expresas que regulan de la acción de nulidad. A este respecto, cabe señalar que el prof. Domínguez, apunta que la nulidad, en la concepción tradicional del Derecho Civil chileno, tiende a confundirse con la acción de nulidad, esto es, el derecho a impetrarla, reconocida como un derecho para atacar el acto, configurándose como un verdadero derecho de crítica del negocio, adquiriendo así un marcado carácter procesal<sup>490</sup>. En este contexto, a mi entender,

---

<sup>487</sup> No es este el lugar en el que cabe un análisis extenso de todos los problemas a que dan lugar las causales de nulidad civil. Por ello se procede de un modo sintético (ya que este trabajo no se trata de una teoría del vicio de nulidad), enunciando sólo los aspectos principales de las mismas, analizándose los puntos que sean especialmente relevantes a la discusión de la hipótesis de este trabajo.

<sup>488</sup> En este sentido, el art. 1469 del Código Civil reza “Los actos o contratos que la ley declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan y en que se renuncie a la acción de nulidad”.

<sup>489</sup> Baraona señala que los efectos de la nulidad, se pueden interpretar en escala ascendente: el primer efecto es la inexigibilidad de las obligaciones que establece el contrato nulo. Ahora bien, si se ha dado o pagado algo, las partes tienen el derecho personal de restitución, art. 1687 inc. II; y finalmente, si dado el caso se ha constituido un derecho a favor de un tercero respecto de las cosas dadas o pagadas en virtud del contrato nulo la parte afectada dispone de la acción reivindicatoria, art. 1689. Señala que en estos casos no se protege al tercero de buena fe, a diferencia de lo que ocurre en el derecho público, en que se protege a los terceros de buena fe (en materia de invalidación administrativa), cfr. BARAONA (2007) págs. 80 y 87.

<sup>490</sup> DOMÍNGUEZ, (2008) pág. 543.

la acción de nulidad nace de la circunstancia de que el acto o contrato adolezca de un vicio de nulidad absoluta o relativa, de acuerdo con las causales que contempla el Código Civil, por tanto, para que se pronuncie, es necesario que la ley considere inválido el acto. En este sentido, se señala que la acción o excepción de nulidad tiene por objeto advertir al juez de la existencia de un vicio a fin de que éste declare la ineficacia del acto o contrato<sup>491</sup>.

Se señala que las acciones declarativas ejercidas sobre la base de la invalidez del acto o contrato tienen como objeto exclusivamente que se declare la invalidez fundada en determinada causa, no incluirían ninguna pretensión sustantiva, y frecuentemente se ejercitan por vía de excepción, para pedir la absolución. Sin embargo, las acciones restitutorias, anejas a la acción de nulidad, constituyen pretensiones sustantivas, que se dirigen a lograr la restitución de las prestaciones cumplidas según el contrato inválido<sup>492</sup>.

En la reglamentación del Código Civil se establecen diversos regímenes para la titularidad de la acción de nulidad. Así, en cuanto a la legitimidad activa, respecto de la nulidad absoluta en el art. 1683 del Código Civil se establece la regla que ésta puede alegarse *por todo el que tenga interés en ello, i.e., interés actual*<sup>493</sup> en la declaración nulidad, ya sea porque los efectos del negocio le perjudican o la declaración de nulidad le favorece<sup>494</sup>; discutiéndose respecto de la naturaleza del interés, acerca de si este interés deberá ser sólo patrimonial, sosteniéndose que también puede tratarse de un interés extrapatrimonial<sup>495</sup>. En todo caso, este interés debe existir al momento de producirse el vicio que da lugar a la nulidad del acto o contrato<sup>496</sup>; desde luego, en el supuesto de esta

---

<sup>491</sup> VIAL (2003) pág. 276.

<sup>492</sup> Cfr. DELGADO y PARRA (2005) pág. 65.

<sup>493</sup> Esto es, debe existir al momento de solicitarse la declaración de nulidad cfr. VIAL (2003) pág. 250.

<sup>494</sup> DOMÍNGUEZ (1977) pág. 221.

<sup>495</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ, Ramón (2008), “Todo el que tenga interés en ello... (sobre el art. 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta” en *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*”, Ediciones Fundación Fernando Fueyo, Santiago, págs. 541 a 559.

<sup>496</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 221.

regla se comprenden tanto las partes, así como los terceros (absolutos y relativos)<sup>497</sup>. Con respecto a este tópico, específicamente se establece restricción de legitimidad activa para alegar la nulidad absoluta, respecto de quien ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, artículos 1683 y 1468<sup>498</sup>.

Además, respecto de la nulidad absoluta, según el art. 1683, *puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, esto es, de oficio, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato*<sup>499</sup>. Para que opere esta regla se requiere que (a) el juez esté conociendo de un litigio, ya sea en un juicio ordinario o especial, declarativo o ejecutivo<sup>500</sup>, y se le presente un negocio jurídico que adolezca de nulidad absoluta, (b) que el vicio aparezca de manifiesto, esto es, que sea patente, sin la necesidad de corroborar otros antecedentes. Se señala que en estos casos el juez puede y debe declarar la nulidad, a pesar que no se haya solicitado, no le interese a las partes, y no obstante que alguna de ellas haya celebrado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; la razón, se estima es que hay algún interés público en depurar estos actos del ordenamiento jurídico<sup>501</sup>.

Respecto de la nulidad relativa se establece un sistema restringido de legitimidad activa. Los titulares de la acción de nulidad de relativa, se regulan en los artículos 1684 y 1685; la regla consiste en que puede alegarse sólo por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes<sup>502</sup>, y por sus herederos o cesionarios, y a diferencia de la nulidad absoluta, no se puede declarar de oficio por el juez.

En cuanto al segundo punto, relativo a la prescripción, o *saneamiento por el paso del tiempo*, se establecen plazos diversos dependiendo de la nulidad de que se trate,

---

<sup>497</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 220; CORRAL, Hernán (2007), “El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante” en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007*, Editorial Legalpublishing, Santiago.

<sup>498</sup> La situación de los acreedores, cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 225, y los herederos cfr. DOMÍNGUEZ (2008) págs. 556 a 559, constituyen tópicos especiales tratados en la dogmática civil. Discutiéndose si esta inhabilitación es transmisible a los herederos, señalándose que ello sucede siempre que se invoque el interés del causante y no el propio interés del heredero.

<sup>499</sup> Asimismo puede pedirse por el ministerio público judicial en el sólo interés de la ley o de la moral.

<sup>500</sup> DOMÍNGUEZ (1977) pág. 233.

<sup>501</sup> DOMÍNGUEZ (1977) págs. 232 a 235.

<sup>502</sup> Cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. II, pág. 11.

artículos 1683, 1691 y 1692. Se regula en el artículo 1683, para la nulidad absoluta, y en los artículos 1691 y 1692 para la nulidad relativa. El artículo 1683 establece que la nulidad absoluta “no puede sanearse [...] ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años”. El término de diez años comienza a contarse desde que se ha celebrado el acto o contrato. En este tópico se presentan algunos problemas en cuanto a si se trata de un plazo de saneamiento o de un plazo de prescripción; si se trata de un plazo de saneamiento, la regla implicaría algo más que la prescripción de la acción, sino que el acto se ha validado por el transcurso del tiempo, en cambio si se entiende que se trata de un plazo de prescripción el acto no se ha saneado, y conceptualmente se sigue tratando de un acto inválido<sup>503</sup>.

Una u otra alternativa implica cuestiones diversas. Así, la discusión acerca de si este plazo de diez años también se aplica a la excepción de nulidad absoluta no procede en el primer caso, ya que el acto se ha validado por el transcurso del tiempo y no hay acto nulo, y por tanto, tampoco excepción. Distinto de lo que ocurre si entendemos que se trata de un plazo de prescripción, puesto que aquí es discutible, según el principio que indica que las excepciones son perpetúas<sup>504</sup>. A mi entender, de acuerdo con la concepción de validez y resultado o efecto institucional que sigue esta tesis en la parte general de este capítulo, es dable sostener que el tiempo no valida un acto jurídico en que no se han observado las reglas de competencia que autorizan su promulgación.

Respecto de la nulidad relativa se dispone que *puede sanearse por el lapso de tiempo*, art. 1684. Los plazos se establecen en los artículos 1691 y 1692, y es en general de cuatro años, se comienza a contar según el vicio, y contemplan una regla de suspensión en favor de incapaces.

En cuanto al tercer punto, el relativo a la confirmación, en las reglas civiles se establece regla expresa respecto del saneamiento por ratificación de las partes, que sólo

---

<sup>503</sup> En doctrina se discute en cuanto a si trata de un plazo de saneamiento o prescripción para DOMÍNGUEZ (1977) págs. 239 y 240 y DOMÍNGUEZ, Ramón (2004) *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 157 a 163, y 388, es un plazo de prescripción de la acción; por otra parte para VIAL (2003) págs. 256 a 258, se trata de un plazo que establece un verdadero saneamiento de la nulidad. En derecho comparado se sostiene la perpetuidad de la excepción de anulabilidad, cfr. DELGADO y PARRA (2005) págs. 151 y sgts.

<sup>504</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 240, DELGADO y PARRA (2005) págs. 155 y sgts.

procede respecto de la nulidad relativa (artículos 1693 a 1697) y no respecto de la nulidad absoluta (artículos 1683 y 1693). Así, en cuanto a la posibilidad de que las partes ratifiquen el acto que adolece de un vicio de nulidad, el artículo 1683 lo rechaza respecto de la nulidad absoluta, al disponer que la nulidad absoluta *no puede sanearse por la ratificación*. Esta regla priva a las partes del poder para ratificar el acto, en el mismo sentido que las reglas establecidas en el derecho comparado para esta clase de nulidades absolutas o de pleno derecho<sup>505</sup> (en la medida que estas nomenclaturas sean conceptos asimilables). La ratificación o confirmación, no procede en el caso de la nulidad absoluta, en que el fundamento se encuentra en el interés general, según se señala<sup>506</sup>.

Respecto de la nulidad relativa, se señala que procede, pues ésta se fundamenta en el interés privado. Para ratificar es necesaria la capacidad de contratar, art. 1697; el sujeto activo de la ratificación es la parte que tiene derecho a alegar la nulidad; puede ser expresa o tácita, la expresa debe hacerse con las solemnidades necesarias para el acto que se ratifica, art. 1694, la tácita es la ejecución voluntaria de la obligación contratada, entendiéndose por voluntaria la efectuada con el conocimiento del vicio que invalidaba el contrato<sup>507</sup>.

Cabe señalar, que los tópicos en que se encuentran diferencias entre la nulidad relativa y la nulidad absoluta, se han planteado por la dogmática en relación con las características de la nulidad administrativa. Así, la doctrina administrativa discute acerca de la legitimad activa (interés para alegar la nulidad), la saneabilidad del vicio por el lapso del tiempo y la confirmación del acto nulo (cfr. *infra* III.3).

#### 2.4.2. Causales de nulidad relativa

El artículo 1682, inciso final, en seguida de establecer las causales de nulidad absoluta, dispone que *cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato*. En virtud de esto último, se señala que la

---

<sup>505</sup> Cfr. DELGADO y PARRA (2005) págs. 335 y sgts.

<sup>506</sup> DOMÍNGUEZ (1977) pág. 245.

<sup>507</sup> Sobre este tópico cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. II, págs. 259 a 313.

nulidad relativa es la regla general en materia de nulidades<sup>508</sup>. Considerando el inciso primero del art. 1682, se deduce que la falta de algún requisito o formalidad que la ley prescriba para el valor de ciertos actos, según la calidad o estado de la partes, produce nulidad relativa<sup>509</sup>, y da derecho a la rescisión del contrato<sup>510</sup>, así como toda otra especie de vicio de invalidez que no de lugar a nulidad absoluta<sup>511</sup>.

En este contexto, es causal de nulidad relativa la omisión de alguna formalidad que las leyes prescriben para el valor los actos en consideración a la calidad o estado de las partes<sup>512</sup>. Asimismo, los vicios de la voluntad configuran causales de nulidad relativa. Con respecto a este tópico, el régimen de nulidad de derecho privado considera expresamente reglas que se refieren a los vicios del consentimiento y, en especial, al error, la fuerza y el dolo (artículo 1445 y artículos 1451 a 1459 del Código Civil)<sup>513</sup>.

---

<sup>508</sup> Por todos, ALESSANDRI BESA (2008) t. II, págs. 11 y 12. Nulidad relativa que, en doctrina se señala que cautela directamente el interés privado. Ahora bien, se señala que indirectamente se protege el interés general, al salvaguardar la equidad en las relaciones jurídicas, cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. II, pág. 12.

<sup>509</sup> BARAONA, Jorge (2006) “Nulidad: ¿por qué relativa?” en *Estudios de Derecho Civil II. Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006*, Editorial Lexisnexis, Santiago, págs. 539 a 548. Señala que la nulidad es relativa, porque el negocio sólo puede considerarse nulo respecto de una de las partes, y en consecuencia la eficacia misma de la nulidad del negocio es relativa.

<sup>510</sup> Cabe señalar que se discute sobre el carácter de nulidad otras instituciones que el Código denomina rescisión, como la lesión enorme, cfr. Domínguez (1977) págs. 105 a 110. E incluso otras, como la acción redhibitoria, cfr. BARAONA, Jorge (2007b), “La acción redhibitoria como acción de nulidad” en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007*, Editorial Legalpublishing, Santiago.

<sup>511</sup> En este sentido, por todos, DOMÍNGUEZ (1977) pág. 236.

<sup>512</sup> En este sentido, se señala que “nulidad relativa o rescisión es la sanción legal prevista cuando se omiten requisitos prescritos por la ley para la validez del negocio, en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan”, cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 236.

<sup>513</sup> El consentimiento libre de vicios se exige para todo acto o contrato, por tanto este no es requisito que se exige sólo en atención a la calidad o estado de las partes, sino que se exige para toda declaración de voluntad, cfr. ALESSANDRI BESA (2008), t. II, pág. 18. No obstante, caben dentro de la nulidad relativa, pues no se encuentran señalados como vicios que den lugar a nulidad absoluta, cfr. *Ibidem* pág. 2. En materia de contratación administrativa, los vicios del consentimiento se pueden considerar desde la perspectiva del contratista, como desde la perspectiva de la Administración del Estado. En cuanto al primer caso, se sostiene que la situación del consentimiento viciado del contratista no presenta mayor novedad con respecto de la situación en el derecho privado común. Ahora bien, desde la segunda perspectiva, en doctrina se cuestiona la procedencia de los vicios del consentimiento en materia de contratos de la Administración. El problema, que se enmarca en la cuestión general de la procedencia de los vicios del consentimiento en la actuación de la Administración, se refiere a si algún vicio del consentimiento que pudiera afectar al funcionario que representa a un órgano de la Administración del Estado en un caso concreto, puede constituir causal de

### 2.4.3. Causales de nulidad absoluta

En cuanto a las causales de nulidad absoluta, el artículo 1682 del Código Civil, establece que es la *producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos*. En congruencia con el art. 1681 que habla de “falta”, el art. 1682 habla de “omisión”, y ambas reglas utilizan la expresión “valor”, enunciado que, a efectos de esta tesis, se asimila a validez.

En materia de nulidad absoluta, la regla general consiste en que se produce por la omisión de algún requisito que la ley prescribe para el valor de un acto o contrato, según la especie del acto o contrato que se ejecuta o celebra, y su fundamento se encuentra en el resguardo del interés general<sup>514</sup>.

Precisamente, constituyen causales de nulidad absoluta la ausencia de voluntad<sup>515</sup>, la falta u omisión de los requisitos de fondo que las leyes prescriben para el valor de los actos o contratos, esto es, el respeto por la legalidad material<sup>516</sup>. Asimismo, la omisión de las formalidades que las leyes prescriben en consideración a la naturaleza del acto o

---

nulidad del contrato, cfr. BACA (2006) págs. 241 a 243. En el derecho comparado de referencia, en la disciplina del Derecho Administrativo se encuentran, básicamente dos posturas, por una parte se señala que, por ejemplo, una actuación dolosa del funcionario pudiera producir actos validos, cfr. GARRIDO FALLA, Fernando (2002) *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 13ª edición, Tecnos, Madrid, págs. 423 y sgts. Por otra parte, se sostiene que todo acto de la Administración, conlleva en si un elemento de la voluntad del funcionario, ya sea en la emisión o el contenido del acto, por lo que no habría razón que impida la recepción de la técnica civilista de los vicios de la voluntad, que de verificarse configurarían un vicio de incompetencia. Cfr. SANTAMARÍA (1975) pág. 340.

<sup>514</sup> Cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. I, págs. 131 y 132. Sin perjuicio de que el interés general, como se entiende en la nulidad absoluta, presenta un matiz diverso al entendimiento del interés general en el Derecho Administrativo (cfr. *infra* IV.1.4.).

<sup>515</sup> Donde se incluye el error esencial, y la incapacidad absoluta de las partes. Ahora bien, según la citada doctrina que tiene por cabida la inexistencia, en este supuesto se da lugar a la inexistencia jurídica, cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. II, págs. 25 a 28. Desde un punto de vista civil se entiende la voluntad como la facultad que permite hacer lo que se quiere, cfr. LEÓN (1991) pág. 27, que define voluntad como “la facultad que nos permite hacer o no hacer lo que deseamos”.

<sup>516</sup> Por todos, cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. I, págs. 239 y 240. Esta causal da lugar a nulidad cuando se haya contravenido la legalidad material. La expresión del art. 1682 del Código Civil, en orden a que la *omisión de algún requisito que las leyes prescriben para el valor del acto o contrato* da lugar a nulidad absoluta, a nuestro entender, presenta a la regla con el carácter suficientemente abstracto como para reconocer la legalidad pública.



contrato, esto es, las solemnidades<sup>517</sup>. Además, se señala que en general, las incapacidades especiales<sup>518</sup> dan lugar a nulidad absoluta<sup>519</sup>, en este sentido, según el art. 1447 inciso final, las incapacidades particulares, en palabras del Código Civil, consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos<sup>520</sup>. La falta o ilicitud de la causa de la obligación<sup>521</sup> es también causal de nulidad absoluta, a estos últimos respectos,

---

<sup>517</sup> ALESSANDRI BESA (2008) t. I, pág. 239. En general, esta causal de nulidad presenta los rasgos de generalidad y abstracción suficiente, como para comprender tanto las solemnidades que se establecen en el derecho privado, como en las reglas que conforman el Derecho Administrativo. En cuanto a si el procedimiento administrativo de formación del contrato se puede comprender como una formalidad que da lugar a esta clase de nulidad, a mi juicio, una adecuada interpretación extensiva de las reglas civiles, podría conducir a entender que el procedimiento administrativo contractual es una formalidad que se prescribe en consideración a la naturaleza del contrato de la Administración, caso en el que su omisión daría lugar a nulidad absoluta, cuestión que podría estimarse compatible con el vicio de forma que da lugar a nulidad administrativa. No obstante, como se verá, en nuestra jurisprudencia, no se ha dado una aplicación de las reglas civiles en tal sentido. Ahora bien, el tópico del procedimiento administrativo contractual como requisito de validez, y su relevancia en materia de nulidad, requiere de un tratamiento especial, al que se dedica el capítulo cuarto y final, cfr. *infra* IV.3.

<sup>518</sup> En el contexto de las incapacidades especiales, cabe considerar aspectos específicos de la validez administrativa, como las limitaciones administrativas en torno al oferente expresamente referidas a la validez. En este sentido, el art. 4 de la LCASYPS, establece, por una parte, los requisitos de un sujeto para contratar con la Administración del Estado. Por otra parte, limita el poder contractual de la Administración (y otros órganos del Estado) para contratar con ciertas personas. En cuanto a lo primero, establece normas de competencia, cuya infracción, daría lugar a nulidad absoluta o relativa, según sea el caso. En cuanto a lo segundo, establece normas de incompetencia, cuyo supuesto acarrea invalidez, que según las reglas generales del caso, esto es de la relación entre los arts. 10, 1682 y 1446, da lugar a nulidad absoluta.

<sup>519</sup> Cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. I, págs. 462 a 472. Ahora bien, se señala que ciertas incapacidades especiales pueden dan lugar a nulidad relativa, en este sentido se afirma que de “las incapacidades especiales a que se refiere el inciso final del artículo 1447 del Código Civil, hay algunas de ellas que no constituyen una prohibición absoluta de ejecutar el acto, sino que condicionan su celebración al cumplimiento de determinados requisitos o formalidades, establecidas, por lo general, en consideración al estado o calidad de la persona que interviene en él, o en cuyo nombre se lleva a efecto. Por consiguiente, la omisión de tales requisitos, es decir, la ejecución del acto sin el cumplimiento de la formalidades que la ley establece, produce la nulidad relativa del mismo, de acuerdo con las reglas generales”. Cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. II, pág. 146.

<sup>520</sup> Se aprecia el carácter abstracto de la regla contenida en la disposición citada, lo que facilita su aplicabilidad a cualquier marco normativo en que se establezcan dichas prohibiciones, independiente de si trata del derecho privado, o el Derecho Administrativo. Ciertas reglas civiles en materia de contratos establecen requerimientos especiales para la contratación en la esfera pública, por ejemplo, los artículos 1797 y 1798 del Código Civil. En este contexto se destaca el art. 1798, que establece la prohibición a los funcionarios públicos de comprar o vender bienes que administran.

<sup>521</sup> En el contexto del derecho comparado de referencia, De Solas ha desarrollado toda una construcción dogmática con respecto a los contratos de la Administración, justamente con referencia a la noción de causa, para distinguir los contratos administrativos de los contratos privados, sobre la base de la noción de “interés público relevante”, considerado como causa final, siempre propugnando una zona común de regulación para la contratación administrativa. En este sentido, en materia de contratación administrativa se señala que la

se refieren reglas especiales contenidas en los artículos 1445, 1467 y 1468 del Código Civil<sup>522</sup>. Finalmente, la falta o ilicitud del objeto es causal de nulidad absoluta.

#### 2.4.4. *Los problemas del objeto ilícito como causal de nulidad, y en especial del art. 1462*<sup>523</sup>

##### 2.4.4.1. *El objeto ilícito como causal de nulidad*

No obstante la discusión dogmática<sup>524</sup>, nuestro Código Civil por objeto, se refiere el objeto de la prestación, como se desprende de su texto, arts. 1445 y 1460<sup>525</sup>. Así nuestro Código Civil, por objeto, se refiere a las cosas que se tratan de dar hacer o no hacer. En este contexto, se asume que, en general, cuando el Código Civil emplea el término objeto, se refiere a aquello sobre lo que se proyecta la declaración de voluntad, esto es, las cosas que

---

causa se encuentra en la ley, que como causa final impone la satisfacción del interés público, tanto en los contratos privados de la Administración, como en los administrativos *stricto sensu*, cfr. DE SOLAS, José María (1990) *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, págs. 22 y sgts.

<sup>522</sup> En cuanto a la falta de causa, para quienes sostienen la teoría de inexistencia jurídica, este supuesto da lugar a inexistencia y no a nulidad absoluta. Para la codificación civil, se define la causa como el motivo que induce a celebrar el contrato. Asimismo se define la causa ilícita como la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. El prof. Domínguez señala que por medio de la realidad de la causa se protege la voluntad, y por medio de la ilicitud de la causa se cautela la moralidad del negocio. No es este el lugar para referirse a la teoría causa, para una exposición de la misma, LEÓN, Avelino (1961), *La causa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, *passim*. El inciso I del art. 1467, señala que “no puede haber obligación sin causa real y lícita, pero no es necesario expresarla”. De modo que, para el Código Civil se presume la causa, esto es, el motivo que induce al acto o contrato, lo que guarda congruencia, con que el Derecho Civil contractual, como ya se ha señalado antes, se entiende como el ordenamiento de intercambios espontáneos entre sujetos (sobre esta posición cfr. BARROS (2001) págs. 5 y sgts.) que, en busca de satisfacer sus propios intereses, actúan de acuerdo con la autonomía de la voluntad, sin sujetarse a procedimientos para la formación de la voluntad negocial.

<sup>523</sup> Este tópico se desarrolla con mayor análisis, en atención a que se encuentra expresamente contemplada la causal de nulidad absoluta por contravención al derecho público. Esto es, se halla una regla que vincula directamente la nulidad civil con el bloque de legalidad pública.

<sup>524</sup> Se ha escrito que el tratamiento del objeto es confuso en los códigos y doctrinas, lugares en los que las referencias a la materia se enuncian principalmente como objeto del contrato y objeto de la obligación. Cfr. LEÓN, Avelino (1983) *El objeto de los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 1. Sin embargo, técnicamente el objeto en materia de acto jurídico puede referirse tanto al objeto del contrato (las obligaciones que éste genera), esto es, los efectos del contrato, cfr. ALESSANDRI (1936) pág. 58, al objeto de la obligación (las prestaciones que se deben las partes), como así al objeto de la prestación (finalmente las cosas que se tratan de dar hacer o no hacer). Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 132. Sin perjuicio de que alguna doctrina lo entiende esto último como objeto de la obligación, cfr. LEÓN (1983) pág. 2.

<sup>525</sup> En este sentido DOMÍNGUEZ (1977) pág. 133.

se tratan de dar, hacer o no hacer<sup>526</sup>. Y para que esta declaración de voluntad produzca el efecto obligatorio es necesario que recaiga sobre un objeto lícito, si no, en virtud del art. 1682, es nula absolutamente.

La definición de objeto ilícito depende del concepto de objeto. En un básico silogismo en que los arts. 1445, 1460 y 1682 del Código Civil son las premisas, para que se verifique la causa de nulidad absoluta, la ilicitud debería recaer sobre las cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer. Sin embargo, el Código Civil no define objeto ilícito, a diferencia de lo que ocurre con la causa ilícita<sup>527</sup>, lo que ha dado pie para que en doctrina se hayan dado diversos conceptos, partiendo de la definición de licitud en el objeto.

En primer lugar, cierta doctrina entiende que licitud es lo mismo que comerciabilidad (por ende, ilícito es sinónimo de incomerciable), y ambas quieren decir que la cosa esté en el comercio, en el sentido que pueda servir de objeto válido a un acto jurídico<sup>528</sup>. En similar sentido, se sostiene que objeto ilícito es aquel que carece de las calidades que la ley prefija en el art. 1461, y se postula que en ese modo es empleado por los artículos 1445, 1468, y 1682. Sin embargo, se reconoce que tal acepción no coincide con lo dispuesto en otros artículos y se cita como ejemplo el art. 1466<sup>529</sup>.

Sin embargo ello no es pacífico, dado que en doctrina es posible distinguir diversas concepciones, tanto en el marco del derecho comparado de referencia<sup>530</sup>, como entre la

---

<sup>526</sup> En este sentido, por todos, cfr. VIAL (2003) pág. 156. Sobre el objeto, como aquello sobre lo que se proyecta el consentimiento (representación y programación), cfr. SAN JULIÁN, Verónica (1996) *El objeto del contrato*, Editorial Aranzadi, Pamplona, pág. 36. En relación con el objeto en el contrato de la Administración, y a su determinación en las bases de licitación cfr. *infra* IV.2.

<sup>527</sup> Cfr. art. 1467 del Código Civil.

<sup>528</sup> ALESSANDRI (1936) pág. 44. Además señala que al ser la licitud “la regla general y la ilicitud la excepción, no tiene interés averiguar que cosas son lícitas o comerciables, sino cuales son incomerciables, porque todas las cosas que no lo sean quedarán bajo la regla general”.

<sup>529</sup> Cfr. VELASCO, Eugenio (1941) *El objeto ante la jurisprudencia*, Escuela Nacional de Artes Gráficas, Santiago, pág. 48.

<sup>530</sup> En el Derecho Civil español se asimila el objeto ilícito tanto al objeto incomerciable (*i.e.* las cosas que están fuera del comercio), así como al objeto contrario a las leyes y a las buenas costumbres. Se señala, que en definitiva, se trata de que el objeto sea adecuado al tráfico jurídico, de que esté en conformidad con el ordenamiento en que el acto jurídico se celebra y ejecuta, y de conformidad con el mínimo socialmente exigible. Cfr. SAN JULIÁN (1996) pág. 272. Por su parte, RAMS acusa que el tratamiento de la licitud reducido a la comerciabilidad le resta gran parte de su pretendida utilidad, al conducir a un examen casuista, de

doctrina nacional. Así, la noción de objeto ilícito, por una parte se relaciona con el objeto intransferible, y en general con la falta los requisitos establecidos en el art. 1461<sup>531</sup>. Por otra parte se encuentra la noción que lo define en congruencia con causa ilícita<sup>532</sup>

En este contexto, destaca la noción de “idoneidad de objeto”, entendida como la aptitud de los intereses sobre los que el negocio vierte para recibir el orden o reglamentación práctica que aquél se propone<sup>533</sup>. Desde esta perspectiva, que no hace énfasis en la definición, entre nosotros, el Prof. Domínguez sostiene, desde un punto de vista técnico en concordancia con la idea que parece seguir el Código Civil (que señala los casos objeto ilícito), que el problema no se refiere a la definición de ilicitud, sino que a la determinación de los supuestos en que la ley *excluye un interés de la negociación privada* y en consecuencia, un estudio del objeto ilícito, en el derecho chileno, impone el análisis de de los casos que se establecen<sup>534</sup>.

Dichos casos se disponen entre los artículos 1462 y 1466 del Código Civil, que señalan supuestos de específicos de causales de objeto ilícito<sup>535</sup>. De modo que, entonces,

---

determinados contratos, de determinadas personas, e incluso de determinadas causas de atribución, cfr. RAMS, Joaquín (2007) *El objeto ilícito en los contratos*, en DELGADO, Jesús (coord.) (2007) *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Editorial Aranzadi, Navarra, pág. 154. Por otro lado, en parte de la doctrina francesa, el objeto ilícito, se ha entendido, por una parte, como aquel que está fuera del comercio humano, así como el que atenta contra la moral, el orden público y las buenas costumbres y por otra parte, se sostiene que hay objeto ilícito cuando un acto tiende a establecer una situación de derecho en contra de la ley. Cfr. LUTZESCO, Georges (1939) *Théorie et Pratiques des nullités*, t. I, Librairie du Recueil Sirey, París, pág. 274.

<sup>531</sup> Así, se define objeto lícito como “el que se conforma con la ley, es reconocido por ella y lo protege y ampara”, CLARO SOLAR (1979) t. XI, Santiago, pág. 264. De este modo, es ilícito todo objeto que no se encuadre en dicha descripción. Además en esta concepción, la licitud constituye un requisito aparte de los contemplados en el art. 1461 (*i.e.* respecto de las cosas, determinación y comerciabilidad, en cuanto a los hechos, determinación junto con posibilidad física y moral). Se agrega que la ley, para reconocer el objeto lícito, adopta diversas formas, que limitan de diferentes maneras la libertad individual con el fin de asegurar la armonía y el orden social, cfr. CLARO SOLAR (1979), t. XII, pág. 594.

<sup>532</sup> Cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. I, págs. 137 y 138. En este sentido, el objeto ilícito es el prohibido por la ley, o contrario a las buenas costumbres o al orden público (se asimila a lo dispuesto en el art. 1467 II). De este modo, se identifica el objeto ilícito con el hecho moralmente imposible, art. 1461 III.

<sup>533</sup> Cfr. BETTI, Emilio (s/f) *Teoría General del Negocio Jurídico*, [trad. cast. de Martín Pérez] Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, pág. 182.

<sup>534</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 146.

<sup>535</sup> Estos supuestos son: (1) se establece que hay un objeto ilícito en la contravención al derecho público, art. 1462, (2) asimismo, hay ilicitud por vicio de objeto, en general de los pactos de sucesión futura, art. 1463, cfr. VELASCO (1941) págs. 67 a 70 y DOMÍNGUEZ (1977) págs. 146 a 148, (3) se establecen diversos supuestos de

habrá lugar a la causal de nulidad absoluta por vicio de objeto ilícito, en virtud del art. 1682, cuando se verifique alguno de los supuestos que cada una de estas reglas definen<sup>536</sup>.

#### 2.4.4.2. *El vicio de objeto ilícito contrario al derecho público (causal de nulidad civil por contravención al derecho público)*

Como se sabe, el art. 1462 del Código Civil dispone: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno, así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas es nula por el vicio del objeto”<sup>537</sup>.

Es posible plantear, al menos dos maneras diversas de interpretar esta disposición legal. La primera, en que no toda contravención al derecho público cabría en el supuesto de aplicación de la norma, sino que dicha contravención debe verificarse en el objeto, en la expuesta concepción del Código Civil, esto es, en las cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer. Así la disposición legal se debería interpretar de este modo: “es ilícito todo objeto que contravenga al derecho público”, siendo el enunciado entre comillas la regla de derecho. En consecuencia, el art. 1462 sería aplicable únicamente cuando el objeto, *i.e.* la

---

ilicitud del objeto, cuando se trata de un acto de enajenación de determinados bienes, que se entiende fuera del comercio, art. 1464. Del primer y segundo caso, se señala que es reiteración de lo dispuesto en el art. 1461 con respecto a la comerciabilidad del objeto. En cuanto al tercer caso, se establece una causal de amplia incidencia práctica, en relación con el embargo. Respecto del cuarto caso, se complementa con el art. 296 del Código de Procedimiento Civil, en relación con los bienes cuya propiedad se litiga. La bibliografía y la jurisprudencia en este tópico es abundante, por todos cfr. ALESSANDRI BESA (2008) t. I, págs. 161 a 190, (4) en cuanto al art. 1465, se contienen dos causales, una es la condonación del dolo futuro, y la otra es la ilicitud del “pacto de no pedir más”; con respecto a este último tópico recientemente Elorriaga resalta que en cuanto al dolo contenido en el finiquito, no se trata de un vicio de la voluntad sino que de una causal de nulidad absoluta, cfr. ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (2009), “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código Civil” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 12, págs. 135 a 166 y, (5) finalmente, se establece que hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes, art. 1466. En esta última norma se establece una regla de incompetencia, se aprecia que el Código Civil, vincula el operador deóntico prohibición con la validez, en relación con el art. 10 del Código Civil.

<sup>536</sup> En razón de que este trabajo no es un ensayo de una teoría de los vicios de nulidad, no es este el lugar para desarrollar en detalle cada uno de los supuestos específicos de nulidad por vicio de objeto. En este contexto, sin embargo, la regla que establece la causal de nulidad civil por vicio de objeto en relación con el derecho público, se presenta de particular interés para el desarrollo de esta tesis.

<sup>537</sup> Norma original del modelo de Bello, introducida por la comisión revisora, pues no estaba en el proyecto inédito de 1853. Sin embargo, a pesar de ello, también fue seguida en los Estados que siguieron el Código de Bello, por ejemplo, en el Código Civil de Colombia, el par se encuentra en el art. 1519: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la República a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”.

cosa que se trata de dar, hacer o no hacer, contravenga al derecho público. En este tenor, se restringe el alcance de la disposición a solamente excluir de la reglamentación jurídica a todo aquello que atente contra el derecho público en el objeto de la prestación.

Sin embargo, en este punto se presentan diversas dificultades, que dicen relación con la definición del objeto ilícito, entendido como concepto normativo. Así, cabe preguntarse como una cosa o bien puede ser contraria al derecho público. Precisamente algunos autores nacionales como Velasco Letelier, y antes Claro Solar, han mostrado la imposibilidad de tal supuesto<sup>538</sup>. No obstante que, en las obligaciones de hacer, es del todo propio hablar de objeto ilícito, eso sí conceptualmente, ya que nuestro Código Civil lo asimila al objeto moralmente imposible, art. 1461 inciso III<sup>539</sup>.

En este contexto, no cabe sino indagar otra manera de interpretar la norma, sobre la base de los elementos gramatical, lógico y sistemático<sup>540</sup>, en los que cabe considerar dos aspectos. En primer lugar, la expresión indeterminada *en todo lo que*, opera como pronombre indefinido, al vagamente aludir a *lo* [aquello] *que* contravenga al derecho público. Y precisamente, con la expresión *en todo*, quedan íntegramente comprendidas las diversas circunstancias y supuestos posibles<sup>541</sup>, que pudieren caer en materia de actos y declaraciones de voluntad (por la ubicación de la norma en el título de los actos y declaraciones de voluntad). En este entendimiento, el art. 1462, permite argumentar que se extiende la causa de nulidad por vicio de objeto ilícito a situaciones que no recaen propiamente en el objeto.

En segundo lugar, este camino continúa configurándose, con el uso del vocablo deóntico *contravenir*, que además de la infracción a una prohibición, abarca no hacer lo que está mandado, que en lenguaje tradicional, no sólo contempla la infracción de ley

---

<sup>538</sup> VELASCO (1941) pág. 43; CLARO SOLAR (1979) t. XI, pág. 258.

<sup>539</sup> Ahora bien, toda obligación de dar, conceptualmente es reconducible a una obligación de hacer, en este sentido cfr. PEÑAILILLO (2003) pág. 189 [en nota]. De este modo, sería perfectamente posible hablar objeto ilícito en las obligaciones de dar.

<sup>540</sup> Indagar en las fuentes utilizadas por Bello es un ejercicio estéril, ya que la disposición legal fue introducida por la comisión revisora.

<sup>541</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 22ª edición, disponible en [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?tipo\\_bus=3&lema=todo](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?tipo_bus=3&lema=todo) [Leído: 17.05.2009].

prohibitiva, sino que además, la infracción de ley imperativa<sup>542</sup>. El mismo ejemplo del Código es ilustrativo en este sentido: *así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas es nula por el vicio del objeto*, se trata de una cláusula accidental, en que se pacta una prorroga de jurisdicción; respecto de la que se indica al juez que en, caso de conflicto, no se le reconozca validez a dicho pacto, sin consideración al objeto del mismo.

De este modo, considerando ambos aspectos, el enunciado *todo lo que contraviene* ordena la amplitud de la regla, extendiendo contingentemente el alcance técnico legislativo del objeto ilícito, para establecer una causa de nulidad absoluta vinculada con el derecho público. Así entonces, con la expresión *hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público*, se manifiesta el carácter abstracto del precepto, abriendo el camino a la constitución de una regla creativa en la disposición del art. 1462<sup>543</sup>.

De lo expuesto, ahora, la regla de derecho, aunque algo imprecisa, rezaría así: “es nulo (por vicio del objeto) todo acto o contrato en que, bajo (o por) cualquier circunstancia, se contravenga al derecho público”. En este tenor, se excluye de la reglamentación jurídica, del amparo que brinda la validez, a toda regulación voluntaria o convencional de intereses, que de cualquier modo atente en contra del derecho público.

De este modo, en una interpretación extensiva, se podría comprender en el alcance de la norma a todos los elementos de la estructura del acto jurídico que no se ajusten al derecho público. Ahora bien, en lo mínimo, desde luego alcanza a las disposiciones contractuales de las partes. Así toda estipulación que vulnere la *lex superior* pública es nula absolutamente (o mejor dicho da derecho a solicitar la declaración de nulidad absoluta ante

---

<sup>542</sup> Cfr. ORTÚZAR, Enrique (1938) *De la inobservancia de la ley en relación con los actos jurídicos*, Memoria, en esta obra se establecen el postulados, ya clásicos entre nosotros, que señalan que según la naturaleza de la ley se determina la consecuencia de su inobservancia.

<sup>543</sup> Para la recepción del concepto de regla creativa en nuestra dogmática cfr. BARROS (2004) “Codificación civil y administrativa” [trad. cast. de Mauricio Tapia Rodríguez] en LARROUMET, Christian (dir.) y Tapia, Mauricio (coord.) *L’avenir de la codification en France et en Amérique latine*, Les colloques du sénat, París, disponible en [http://www.senat.fr/colloque\\_codification/colloque\\_codification\\_mono.html#toc7](http://www.senat.fr/colloque_codification/colloque_codification_mono.html#toc7) [Leído: 20.05.2009].

un juez)<sup>544</sup>.

Ahora bien, al establecer la nulidad absoluta de los actos que contravengan al derecho público, mediante la técnica del objeto ilícito<sup>545</sup>, el Código vincula los operadores mandato y prohibición con la validez del acto o contrato<sup>546</sup>. Así el precepto en comento, resalta el valor de la nulidad como instrumento de resguardo del orden jurídico en general y de la legalidad material pública en especial.

En consecuencia, la noción de objeto ilícito contrario al derecho público, se escapa de la concepción que sobre el objeto contempla el propio Código. Lo que se explica, en este caso, porque la ley más que guardar la coherencia conceptual, establece una regla para resolver controversias jurídicas, o como más precisamente señaló Velasco Letelier (a propósito del objeto ilícito en general) “el juez no necesita ni puede estudiar si doctrinariamente la calificación es exacta, debiendo limitarse a aplicar la disposición”<sup>547</sup>. Así en atención a lo que considera valioso, el Código, contingentemente (política legislativa al momento de su promulgación), incorpora una causa de nulidad absoluta por medio de *todo lo que contraviene*<sup>548</sup> al derecho público chileno.

Así, mediante de la técnica del objeto ilícito, se resguarda la coherencia de las normas jurídicas particulares, producidas en el ejercicio del poder contractual, ya sea en virtud de la autonomía privada, o del poder contractual público, con las normas superiores

---

<sup>544</sup> En este sentido, se ha apuntado que “surge muy claro que [...] se ha querido indicar que todo acto o contrato que atenta contra el derecho público, tiene un objeto la ley rechaza. Se le da, entonces, el mismo significado que el art. 1445, pero impropriamente, puesto que objetos técnicamente lícitos y que cumplen con todas las cualidades señaladas por el art. 1461, quedan, en virtud de este art., catalogados como ilícitos”, cfr. VELASCO (1941) pág. 44.

<sup>545</sup> De la relación de los artículos 1462 y 1682 del Código Civil, se deriva todo el régimen jurídico para hacer valer, en el medio institucional, la contravención al derecho público como causa de nulidad absoluta.

<sup>546</sup> La prohibición ya estaba contemplada en el artículo 10 del Código Civil. Entonces la novedad se introduce respecto de lo mandado; lo que es relevante en materia de potestades administrativas, las que se configuran como poder- deber.

<sup>547</sup> VELASCO (1941) pág. 49.

<sup>548</sup> En el contexto histórico, la Constitución Política de 1833, establecía en el capítulo V, denominado “Derecho público de Chile”, un catalogo de derechos fundamentales, al respecto el Lic. Francisco Larenas, sugiere que a ello se refiere el art. 1462, al expresar “derecho público chileno”, intervención en VII *Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Concepción, 2009.



de derecho público, esto es, la validez material de la regla negocial<sup>549</sup>.

Entonces, frente a la pregunta acerca de qué es un objeto ilícito contrario al derecho público, la respuesta ya no dependerá exclusivamente del concepto de objeto, ni del concepto de objeto ilícito, sino de la descripción que define el artículo 1462. Ahora bien, técnicamente, en la citada regla se establece una causa de nulidad absoluta por contravención al derecho público, en la que recurrir a la noción de objeto parece artificioso.

#### 2.4.4.3. *La contravención al derecho público ante la jurisprudencia*

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, esta causal de nulidad ha tenido un desarrollo propio en la jurisprudencia, la que ha expuesto algunos criterios interesantes a la hora de definir la vulneración del derecho público, en los términos y supuesto de aplicabilidad del artículo 1462. Así, se constatan los siguientes ámbitos y criterios de aplicación.

En el ámbito de la contratación privada comercial, en la causa *Broom y Compañía con Exportadora Frutícola Antumalal S.A.*<sup>550</sup>, se declaró nula una cláusula de prórroga de jurisdicción a ciertos tribunales extranjeros. En este caso, el art. 1462, operó como argumento de refuerzo, para acoger un recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia que declaraba incompetente a los tribunales chilenos para conocer de una demanda originada en un “conocimiento de embarque”, contratos para los que las reglas del Código de Comercio son imperativas en materia de jurisdicción, la que además, es cuestión de derecho público.

En el ámbito de la contratación privada civil, en la causa *Araya con Sociedad de Inversiones y Administraciones San Gabriel Limitada*<sup>551</sup>, la Corte Suprema, declaró la nulidad por objeto ilícito contrario al derecho público, de la compraventa de un inmueble urbano respecto del que no hubo recepción municipal válida de la obra (previamente,

---

<sup>549</sup> Quedando, de este modo, protegida la legalidad material, que desde *Camacho con Fisco de Chile* (2006) ha estado excluida de la nulidad de derecho público.

<sup>550</sup> *Broom y Compañía con Exportadora Frutícola Antumalal S.A* (1999).

<sup>551</sup> *Araya con Sociedad de Inversiones y Administraciones San Gabriel Limitada* (2007).

mediante autoridad de cosa juzgada, se estableció la nulidad del acto administrativo de recepción municipal).

En el mismo ámbito de la contratación civil, a propósito de una compraventa de inmueble, en *Bustos con Municipalidad de Viña del Mar*<sup>552</sup> se resolvió que para los efectos del art. 1462 no todos los actos administrativos generales constituyen derecho público. En este caso, el demandante invocó la vulneración de una ordenanza municipal de urbanismo, pero la Corte estimó que, la infracción de tal norma no conlleva la infracción de ley que sustente el recurso de casación en el fondo.

En el ámbito contractual privado de la Administración en la causa *Meyes y otros con Municipalidad de La Cisterna*<sup>553</sup>, se aplicó el art. 1462, al haberse infringido, en un contrato de la Administración, la ley que regula las asignaciones del empleo público. Se trataba de contratos de trabajo entre la Administración municipal con profesionales docentes (al amparo de la Ley núm. 18.196), en que se pactó una asignación, según se falló, vedada por ley.

En el ámbito de la contratación administrativa *stricto sensu*, la jurisprudencia, en antiguos fallos, ha aplicado el art. 1462, cuando la autoridad se ha excedido en sus atribuciones al contratar, así la Corte Suprema, en las causas *Folch con Fisco*<sup>554</sup> y *Ortega con Fisco*<sup>555</sup>.

Con ocasión de un procedimiento administrativo, en el ámbito de actos jurídicos unilaterales de privados, se ha entendido vulnerado el derecho público, a efectos del art. 1462, en un caso en que, dentro del marco de una expropiación, el particular renunció a la indemnización. Así en *De Baeremaecker con Fisco de Chile*<sup>556</sup>, se declaró la nulidad del

---

<sup>552</sup> *Bustos con Municipalidad de Viña del Mar* (2004).

<sup>553</sup> *Meyes y otros con Municipalidad de La Cisterna* (2002) en el mismo sentido, *Godoy y otros con Municipalidad de La Cisterna* (1999).

<sup>554</sup> *Folch con Fisco* (1909).

<sup>555</sup> *Ortega con Fisco* (1920).

<sup>556</sup> *De Baeremaecker con Fisco de Chile* (1999).

acto de renuncia a la indemnización expropiatoria, por ser ella contraria al derecho público chileno, ordenamiento que establece el derecho a la indemnización del expropiado<sup>557</sup>.

Finalmente, a pesar de entender que se ha contravenido el derecho público, la jurisprudencia no aplica el art. 1462 a actos administrativos, sean estos generales, como en *Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble*<sup>558</sup>, o particulares, como en *Harb con Servicio de Impuesto Internos*<sup>559</sup>. En este sentido, en el fallo de la causa *Vergara con Municipalidad de Vichuquén*<sup>560</sup>, se afirma que no se aplica el art. 1462 a actos administrativos.

#### 2.4.4.4. Relación con la nulidad de derecho público

El eventual vínculo del art. 1462 del Código Civil con la nulidad de derecho público es un fértil campo de controversias. La jurisprudencia ha reparado en tal nexo, al menos desde principios del siglo pasado, en relación con el art. 160 de la Constitución Política de 1833<sup>561</sup>, aunque contemporáneamente lo ha negado<sup>562</sup>. En el contexto de escisión entre la nulidad de derecho público y la nulidad de derecho privado, la jurisprudencia tiende a rechazar la aplicabilidad en materias administrativas de la regla de objeto ilícito contrario al derecho público. En este sentido, se ha fallado que no procede la acción de nulidad de derecho público<sup>563</sup>, porque al invocar el art. 1462, se fundamentó la demanda en las reglas de nulidad de derecho privado, en una materia propia de nulidad de Derecho Administrativo (más detalles sobre este tópico cfr. *infra* IV.2.4.1).

La doctrina también ha reparado en este punto. En este sentido el prof. Bernaschina,

---

<sup>557</sup> Se trataba de un procedimiento de expropiación, regido por una normativa diversa a la actualmente vigente. Ahora bien, por la redacción del fallo pareciera que se aplicó el art. 1462, al actuar del particular que renunció y, *obiter dicta*, además al actuar del ente público, que exigió tal renuncia.

<sup>558</sup> *Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble* (2001).

<sup>559</sup> *Harb con Servicio de Impuesto Internos* (2000).

<sup>560</sup> *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001).

<sup>561</sup> *Folch con Fisco* (1909) y *Ortega con Fisco* (1920).

<sup>562</sup> Por el descarte del vínculo: *Harb con Servicio de Impuesto Internos* (2000), *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001), *Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble* (2001).

<sup>563</sup> *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001).

señala que “el artículo 1462 del Código Civil prescribe que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Lógicamente, los actos emanados de un órgano que actúa fuera de su competencia pueden considerarse incluidos en esta causal de nulidad absoluta, en relación con el ya citado artículo 4° de la Constitución de 1925”<sup>564</sup>. Asimismo, Alessandri Besa, refiriéndose al art. 4° de la Constitución de 1925, ha escrito que este constituye una confirmación del principio establecido en el art. 1462, porque explícitamente reafirma, que lo que contraviene al derecho público es nulo de nulidad absoluta<sup>565</sup>.

Ahora bien, recientemente, desde la doctrina administrativa<sup>566</sup> se ha buscado en el art. 1462 del Código Civil una salida a cierta doctrina sentada por las decisiones de la Corte Suprema<sup>567</sup> que limita la nulidad de derecho público sólo a los vicios de forma, investidura irregular, e incompetencia (establecidos en el art. 7° de la Constitución), excluyendo la no observación de la legalidad material de las causas de nulidad de derecho público<sup>568</sup>. En este sentido, se sostiene que la nulidad administrativa se puede fundar en el artículo 1462 del Código Civil<sup>569</sup>. De tener éxito este argumento, el respeto a la ley superior, a efectos de validez y nulidad administrativa, se lograría técnicamente por medio del Código Civil. Sin

---

<sup>564</sup> Cabe señalar que lo expresa de ese modo comentando jurisprudencia. Agrega que “A su vez, la Contraloría General de la República en Dictamen núm. 23778 de 27 de junio de 1939, llegó a la conclusión de que toda delegación que las Municipalidades hagan de sus atribuciones, sin autorización expresa del legislador, es nula de nulidad absoluta. Como vemos, los más altos tribunales del país habían llegado a una misma conclusión al considerar como nulidad absoluta el vicio producido por la infracción del principio de Derecho público de que las autoridades no pueden realizar actos fuera de su competencia expresa”. Todo ello, sin perjuicio de que el autor considera que la nulidad administrativa es distinta de la civil, cfr. BERNASCHINA Mario (1949), “*Bases Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas*”, en *Boletín del seminario de Derecho público*, Universidad de Chile, núm. 45-48, pág. 550. Ver *infra* III.3.1.

<sup>565</sup> ALESSANDRI BESA (s/f) pág. 133; en el mismo sentido en la edición de 2008 (col. WAHL, Jorge), respecto del art. 7° de la Constitución de 1980, pág. 148.

<sup>566</sup> BERMÚDEZ, Jorge (2008) “El principio de legalidad y la nulidad de derecho público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 70, págs. 273 a 285. Este autor estima que los preceptos de la Constitución se remiten a la ley, campo en donde, sobre la base de la supletoriedad, entre otros argumentos, cabe el Código Civil y la regla del art. 1462 en materia de nulidad administrativa.

<sup>567</sup> *Camacho con Fisco de Chile* (2006).

<sup>568</sup> Dicha jurisprudencia tuvo en algún sentido, adelanto doctrinal en ACUÑA Marcelo (2002) “La naturaleza de la nulidad de derecho público”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 212, vol. II, año LXX, págs. 373 a 390.

<sup>569</sup> BERMÚDEZ (2008) págs. 284 y 285.

embargo, según el estado de la jurisprudencia, ello resulta problemático, puesto que, en este sentido, se ha sostenido permanentemente el criterio de no aplicar el art. 1462 a actos administrativos generales<sup>570</sup> ni particulares<sup>571</sup>. En este sentido también, la doctrina civil restringe el alcance de la regla sólo al ámbito de la contratación civil o privada<sup>572</sup>.

No obstante ello, considerando que la doctrina publicista construye la teoría de la nulidad de derecho público a partir de los arts. 6° y 7° de la Constitución<sup>573</sup>, una posibilidad es sostener que la regla del objeto ilícito contrario al derecho público contiene la infracción al principio de juridicidad<sup>574</sup>. Sin embargo, en este punto, se presenta la dificultad, que entre el texto constitucional y civil no hay reenvío normativo directo, ya que el art. 6° de la Constitución se refiere a las sanciones que determine la ley, y la nulidad, a mi entender, dogmáticamente, no es sanción. Por otro lado, el art. 7° de la Constitución no se refiere, al menos expresamente, a la legalidad material y solamente se remite a la ley para determinar las responsabilidades y sanciones en las hipótesis que contempla.

En este contexto, asimilar la nulidad de derecho público a la nulidad absoluta de derecho privado, por medio del vicio de objeto ilícito contrario al derecho público, resultaría, a mi juicio impropio, además que, por su lógica interna, en principio, no está construida para regular la validez y nulidad de la actuación administrativa. Lo anterior, en consideración a que el régimen jurídico de la nulidad patrimonial de Derecho Civil se diseñó para la estructura lógica de la autonomía normativa de la voluntad<sup>575</sup> y no para la actuación de un poder público heterónomo.

---

<sup>570</sup> E.g. *Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble* (2001).

<sup>571</sup> E.g. *Harb con Servicio de Impuesto Internos* (2000), *Vergara con Municipalidad de Vichuquén*, (2001).

<sup>572</sup> Así se señala que el objeto ilícito en el caso del art. 1462, se contempla para supuesto de actos y contratos civiles que infringen el derecho público, cfr. VELASCO (1941) pág. 65. En el mismo sentido ALESSANDRI BESA (2008) t. I, pág. 56, expone la doctrina que sostiene, el alcance de las reglas civiles de nulidad sólo al ámbito civil, con apoyo de jurisprudencia.

<sup>573</sup> Por todos, FIAMMA, Gustavo (1987) “La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 83, págs. 123 a 156.

<sup>574</sup> En este sentido se sostiene que la infracción a la legalidad material, como causa de la nulidad administrativa, se puede fundar en el art. 1462 del Código Civil, cfr. BERMÚDEZ (2008) págs. 284 y 285.

<sup>575</sup> En este contexto se encuentra la regla del vicio que da lugar a nulidad absoluta por contravención al derecho público, artículo 1462 del Código Civil.

De manera que las reglas de nulidad de derecho privado no resultarían, en general, apropiadas para regular la nulidad administrativa, puesto que no se han construido para la estructura presente en la intervención de un poder público. Sin perjuicio que, en materia de contratos, mediante de la técnica del objeto ilícito, se resguardaría, en cuanto a la validez material, la coherencia de las normas jurídicas particulares con las normas superiores de derecho público, producidas en el ejercicio del poder contractual, ya sea en virtud de la autonomía privada, o del poder contractual público<sup>576</sup>.

#### 2.4.5. *Adecuación y límites de las causales civiles*

Según lo señalado, las reglas civiles de nulidad se han promulgado para reglamentar la invalidez de los contratos celebrados en virtud de la autonomía privada de la voluntad, y más precisamente para el sinalagma contractual. En este sentido, las reglas que establecen las causales de nulidad se encuentran construidas en un lenguaje que se refiere al contrato, o a los contratos, así *e.g.* art. 1687 inciso II.

La estructura contractual se encuentra presente en el contrato de la Administración, determinándolo como una institución lógico - jurídica sinalagmática, reconducible al derecho de las obligaciones, por ello el que las normas civiles se encuentren construidas para contratos constituye un aspecto en virtud del que el diseño de las reglas de nulidad, a priori, encuadra con el contrato de la Administración. Ahora bien, como se señaló en *supra* III. 2.3, las reglas de la nulidad como modo de extinguir las obligaciones encuentran su ámbito pleno y propio en el ámbito de los contratos o convenciones de derecho privado, según sus características. En consecuencia, el que las reglas de nulidad se hayan construido para contratos, implica que es necesario argumentar sobre la base de otros criterios para sostener la aplicabilidad de las mismas, fuera de dicho ámbito.

Asimismo, cabe considerar que la contratación administrativa adquiere un semblante de orden administrativo, determinado en gran medida, por el núcleo público original, el que configura al contrato de la Administración, de tal modo que ya no es

---

<sup>576</sup> En especial, la regla de vicio de nulidad absoluta por contravención al derecho público, y su impacto en el contrato de la Administración, en cuanto a la validez material y formal del mismo, *cfr. infra* IV.2.

posible sostener que se trata de intercambios espontáneos, a la manera contemplada en el derecho privado<sup>577</sup>.

Ahora bien, las reglas civiles se presentan con el carácter suficientemente abstracto para reconocer el núcleo público de la institución. Así, en cuanto al carácter creativo de las reglas, de la revisada enunciación de las reglas civiles que establecen causales de nulidad, se aprecia que se encuentran dotadas de un sentido neutro, que facilitaría la recepción de los vicios relacionados con el Derecho Administrativo, que en concreto pueda presentar un determinado contrato de la Administración. En este sentido, se indica en general respecto de las reglas civiles, que por su abstracción y generalidad, permiten encontrar soluciones a problemas no resueltos por las leyes especiales, respecto de la institución que éstas contingentemente regulan<sup>578</sup>.

En virtud de tal carácter, es que las reglas civiles se les entiende como reglas creativas<sup>579</sup>. En este sentido, cabe señalar, que en el contexto del derecho continental, se apunta que “en la medida en que el Código Civil se presenta como gran ancestro –y modelo- de una codificación racional del derecho moderno, es normal que el juez administrativo (quien no dispone de una herramienta de referencia comparable, sumamente necesaria en su ámbito de competencia) tiene a veces la tentación de recurrir a éste cuando la semejanza de las situaciones jurídicas lo justifica”<sup>580</sup>.

A mi juicio, las reglas que establecen causales de nulidad absoluta enunciadas, como la que se refieren a la falta u omisión de los requisitos de fondo que las leyes prescriben para el valor de los actos o contratos, o a la omisión las solemnidades (art. 1682), o a la ilicitud en todo contrato prohibido por las leyes (art. 1466), y en especial la que establece que hay un objeto ilícito en la contravención al derecho público (art. 1462),

---

<sup>577</sup> Sobre el derecho privado como el ordenamiento de las interacciones espontaneas, cfr. BARROS (2001) pág. 5.

<sup>578</sup> En este sentido BARROS (2004) pág. 314, y TAPIA (2005) págs. 46 y 47.

<sup>579</sup> Para la recepción del concepto de regla creativa en nuestra dogmática cfr. BARROS (2001) pág. 22, BARROS (2004) *passim* y BARROS, Enrique (2005) “Sentidos y métodos de la codificación en el Derecho”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado II, De la codificación a la descodificación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, pág. 154. En este sentido, acerca del carácter abstracto y flexible de las reglas contenidas en la codificación civil, cfr. TAPIA (2005) págs. 46 y 409.

<sup>580</sup> Cfr. MODERNE (2005) pág. 156.

cumplen con la abstracción y generalidad suficientes para ser calificadas de creativas. Sin embargo, siempre cabe considerar que, si la nulidad civil está construida para actos jurídicos bilaterales, que impliquen el ejercicio de la autonomía normativa de la voluntad, cabe cuestionarse si se adecua plenamente al núcleo público del contrato de la Administración, en su faz adjetiva, zona plenamente administrativa.

Desde la perspectiva del derecho comparado parece adaptarse pacíficamente la aplicabilidad general de las reglas que establecen causales de nulidad, en relación con los contratos de la Administración. En este sentido, en el derecho español, respecto de los causales de nulidad de Derecho Civil aplicables en virtud regla expresa<sup>581</sup> a los contratos de la Administración, se señala que dado su carácter general no parece necesario discutir la cuestión<sup>582</sup>. Ahora bien, en Chile se carece de regla expresa que ordene la aplicabilidad de las reglas civiles de nulidad, por lo que se requiere fundamentar la aplicabilidad de las mismas.

Señalábamos que, en general, entre nosotros, se verifica el ajuste de las causales de nulidad, las que presentarían el carácter suficientemente abstracto para reconocer el núcleo público, en su aspecto sustantivo. Sin embargo cabe inquirir sobre un aspecto específico, el vínculo procedimiento contrato y su relevancia en validez.

El Derecho Civil no presenta una reglamentación expresa con respecto al vínculo entre procedimiento administrativo y el contrato de la Administración. Tampoco presenta una causal de nulidad que directamente relacione dos actos jurídicos perfectos, en que se haga depender de uno la validez de otro. En consecuencia, se requiere de una interpretación extensiva de las causales de nulidad para que un vicio del procedimiento, pueda dar lugar a una causal de nulidad de un contrato que civilmente se encuentra perfecto y exento de vicios. Esta interpretación extensiva se dificulta, porque se trata de resolver una materia

---

<sup>581</sup> El artículo 36 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, reza “La invalidez de los contratos por causas reconocidas en el derecho civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos a que se refiere el artículo 31[la generalidad de la contratación administrativa], se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en los artículos anteriores para los actos y contratos administrativos anulables”.

<sup>582</sup>Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 768.



propia de Derecho Administrativo, que no corresponde al campo de aplicación delimitado para el Derecho Civil.

Así, la carencia que presentaría el sistema civil de nulidad dice relación con el núcleo público original adjetivo o zona común del contrato de la Administración, por este último estructurarse sobre la base de actos y procedimientos administrativos, para los que la nulidad civil no se ha diseñado (la nulidad civil está construida para la impugnación de la validez de obligaciones patrimoniales, cuya fuente es un poder contractual autónomo, en miras a la consecución de un interés privado). En contraste, la nulidad de derecho público se ha establecido para la nulidad de actos administrativos, de carácter heterónomo, que persiguen la satisfacción del interés público, fuera del marco de la autonomía de la voluntad y actúa sobre la base de procedimientos, campo frente al que las reglas civiles no serían aplicables.

Lo anterior derivado de los caracteres presentes en el núcleo público, consistentes en que el poder contractual de la Administración se ejerce por (1) sujetos calificados, (2) se confiere en interés público, (3) en ejecución de norma, (4) con reglas especiales de habilitación y actualización del poder (cfr. *infra* II.3.2 y II.5).

De este modo, las causales de nulidad civil, no resultarían exhaustivas al contrato de la Administración, pues reconocen parcialmente los elementos que lo configuran. En otras palabras, el núcleo público original presente en el contrato, provocaría que, en principio, el Código Civil claudique, pues éste contempla reglas generales diseñadas perfectamente para las obligaciones, las que, sin embargo, declinan en aspectos específicos que dicen relación con las limitaciones de la libertad contractual del sujeto administrativo, dadas por el interés general, que se manifiestan, concretamente en el procedimiento contractual reglado (cfr. *infra* II.5 y capítulo IV.3.2)<sup>583</sup>.

De todo lo anterior, cabe inferir que si bien la nulidad civil tiene la aptitud para reconocer el núcleo público de la institución, la nulidad del contrato de la Administración

---

<sup>583</sup> El contrato de la Administración constituye una zona gris, en la que se presenta una convención y actos administrativos previos. Entonces para una cabal comprensión del sistema de nulidad pertinente, es necesario conocer la nulidad administrativa, entendido que al procedimiento administrativo, le es aplicable dicha nulidad, cfr. *infra* III.3.

no se puede regular exhaustivamente con referencia exclusiva a las reglas civiles de nulidad.

### 3. *La nulidad de derecho público y su aplicabilidad a la actividad administrativa contractual*<sup>584</sup>

#### 3.1. *Reglas de la nulidad de derecho público*

La nulidad administrativa es materia propia del Derecho Administrativo. Sin embargo, éste carece de un régimen acabado en materia de nulidad. El régimen jurídico de la nulidad de derecho público no se encuentra regulado expresamente en un cuerpo completo y sistemático (a diferencia de la nulidad de patrimonial Derecho Civil), no goza de un régimen definido y menos de una reglamentación expresa, más allá de lo que se pueda extraer de la Constitución Política<sup>585</sup>. Tal inopia determina la carencia de criterios uniformes y precisos de decisión establecidos en la ley, lo que ha traído como consecuencia una jurisprudencia vacilante.

En general, frente a esta situación que se presenta en diversos aspectos del Derecho Administrativo nacional, se ha dicho que “esta falta de principios rectores, coherentes entre sí, se manifiesta en una errática aplicación de normas privadas en diversas materias -entre

---

<sup>584</sup> Para referirse a la nulidad de derecho público en el derecho chileno, y en el contexto de este trabajo, cabe considerar dos aspectos. El primero dice relación con la fisonomía y características propias que adquiere en nuestro ordenamiento jurídico en atención a sus bases constitucionales. El otro aspecto se relaciona con las características de las normas de competencia que confieren validez a los actos en el derecho público, y más precisamente en el Derecho Administrativo. Cabe señalar que la teoría de la invalidación administrativa es un problema distinto al que, tanto la dogmática administrativista, así como la ley, se han referido estableciendo sus bases textuales y dogmáticas. Dicho problema dice relación con la facultad de la propia Administración de invalidar o revocar un acto propio por sí y ante sí, cfr. MILLAR, Javier (2008) *La potestad invalidatoria en el derecho chileno*, tesis de doctorado, Universidad de Chile.

<sup>585</sup> En este sentido se señala que “con el aporte de la doctrina y los precedentes judiciales, el Derecho Privado y, más específicamente el Derecho Civil, contiene un estatuto más o menos completo que regula la nulidad de los actos jurídicos, considerando causales (relacionadas con los elementos que estructuran el acto), titularidad de la acción, efectos, saneamiento. No acontece lo mismo con el Derecho Público en donde, al menos en Chile, aún no se cuenta con un conjunto normativo equivalente, suficientemente perfilado. Sin embargo, actualmente existen algunos textos, particularmente constitucionales, y substanciosos aportes doctrinarios que han diseñado lo que puede denominarse la *nulidad de Derecho Público* y, dentro de ella, señaladamente, la *nulidad del acto administrativo*”. PEÑAILILLO, Daniel (1995) *La expropiación ante el Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 95.

otras, prescripción, nulidad, responsabilidad civil, etc.-, excluyéndose lisa y llanamente en algunas ocasiones, permitiéndolas en otras o, en virtud de cláusulas generales de escasa densidad normativa, aplicándolas condicionalmente”<sup>586</sup>.

A pesar de la escasez de la legislación administrativa, que no dota a la nulidad de derecho público de un régimen jurídico sistemático, se ha construido un régimen jurídico recurriendo al bloque constitucional. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia, en atención a la falta de una regulación sistemática, y a la sola presencia de normas dispersas ha debido, por medio de la interpretación e integración determinar, un régimen jurídico para la nulidad de derecho público. Desde allí cabe distinguir, básicamente entre dos posiciones: una que plantea la eficacia de pleno derecho, insaneabilidad e imprescriptibilidad de la nulidad, argumentación, que en cierta medida, se asimila a la inexistencia jurídica. La otra corriente se caracteriza por plantear la necesidad de declaración judicial y la prescriptibilidad de la acción de nulidad. Es en estos tópicos donde principalmente se ha planteado una profusa discusión en nuestra dogmática y jurisprudencia<sup>587</sup>.

---

<sup>586</sup> FERRADA (2005) pág. 111.

<sup>587</sup> El panorama dogmático de la nulidad de derecho público lo conforman, sin perjuicio de las obras que más adelante también se citan, en general: ACUÑA, Marcelo (2002), “La naturaleza de la nulidad de derecho público”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 212, págs. 373 a 390; BERMÚDEZ, Jorge (2008) “El principio de legalidad y la nulidad de derecho público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 70, págs. 273 a 285; BERNASCHINA, Mario (1949), “*Bases Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas*”, en *Boletín del seminario de Derecho público*, Universidad de Chile, núm. 45-48, págs. 549 a 559; BOCKSANG, Gabriel (2006), “De la nulidad de derecho público como inexistencia” en *Ius Publicum*, núm. 16, págs. 91 a 116; CASTILLO, Javier y ROMERO, Eduardo (2000), *La nulidad de Derecho público: análisis de la jurisprudencia entre los años 1990 y 1999*, memoria de prueba, Universidad de Chile; FIAMMA, Gustavo (1987), “La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 83, págs. 123 a 156; IBACETA, David (2002) “La nulidad de los actos administrativos. Breve noticia sobre dos sistemas” en *Revista de Derecho Público*, núm. 64, págs. 311 a 318; JARA, Jaime (2004), *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago; LETELIER, Raúl (2002), “Un mal día no es eterno: Seis alcances en materia de invalidación y nulidad de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 212, págs. 691 a 728; LETELIER, Raúl y NICOLINI, Matteo (2004), “Nulidad y democracia en la justicia constitucional”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, núm. 11, págs 55 a 103; MORALES, Baltazar (2002), “Nuevos aspectos de la nulidad de derecho público”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 212, págs. 533 a 544; PFEFFER, Emilio (2005), “La nulidad de derecho público: tendencias jurisprudenciales”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 67, págs. 129 a 144; PIERRY, Pedro (1994) “La nulidad en Derecho Administrativo” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XV, 1993- 1994, págs. 79 a 100; REYES, Jorge (1997), “Reflexiones y bases

La noción de nulidad de derecho público surge en el derecho chileno a mediados del siglo pasado<sup>588</sup>, de lo expuesto por el prof. Bernaschina con base constitucional. Para este autor el sistema de nulidad administrativa se constituye de (1) las nulidades administrativas como regla general, y (2) las anulabilidades administrativas, como excepción, pero que no excluyen la regla general<sup>589</sup>.

Si bien considera que la nulidad absoluta de Derecho Civil ha sido aplicada en el ámbito administrativo<sup>590</sup>, entiende que la nulidad de los actos administrativos es de carácter especial y, por ende, no puede ser considerada de la misma forma que la nulidad civil<sup>591</sup>. En este sentido, caracteriza a la nulidad administrativa como nulidad de pleno derecho e imprescriptible<sup>592</sup>. Además, sostiene que la nulidad administrativa produce también la nulidad de los actos derivados del acto nulo<sup>593</sup>.

---

acerca de la nulidad de Derecho público”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII, págs. 383 a 405; REYES, Jorge (1998), *La nulidad de derecho público*, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago; SOTO, Eduardo (1990), “La nulidad de derecho público en el derecho chileno” en *Revista de Derecho Público*, núm. 47- 48, págs. 11 a 25; SOTO, Eduardo (1992), “La nulidad de derecho público referida a los actos de la Administración”, en *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, (1991-1992), págs. 417a 431; SOTO, Eduardo (1993) “La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833”, en *Revista de Estudios Histórico- Jurídicos*, XV 1992- 1993, págs. 333 a 358; y SOTO, Eduardo (1997), “La nulidad de derecho público: su actualidad”, en *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII, págs. 347 a 355.

<sup>588</sup> Con anterioridad, en la génesis de la construcción dogmática de la nulidad de derecho público con los caracteres de eficacia *ipso iure* se encuentra Hunneus, cfr. HUNNEUS, Jorge (1879) *La constitución ante el Congreso*, t. II, Imprenta de Los Tiempos, Santiago, pág. 406, quien señalaba que “en cuanto a los decretos que el ejecutivo dictare, arrogándose atribuciones propias de otros poderes, invadiendo atribuciones ajenas, limitando las garantías individuales, ofendiendo algún derecho, o, en general violando la constitución o las leyes, no es menester que su nulidad sea declarada expresamente por alguna autoridad pública”.

<sup>589</sup> Cfr. BERNASCHINA (1949) *passim*.

<sup>590</sup> Cfr. BERNASCHINA (1949) pág. 550.

<sup>591</sup> El prof. Bernaschina constata la diferencia entre el actuar público y el privado, de lo que se sigue que estos deben tener su propia teoría de la nulidad, diversa de la nulidad de derecho privado. En este sentido señala que los órganos del Estado tienen una competencia limitada por el ordenamiento jurídico, y a diferencias de las personas naturales que pueden manifestar su voluntad libremente, las personas que sirven los órganos estatales no pueden comprometerse libremente, porque sus decisiones van a crear normas estatales, “actos jurídicos imputables al órgano mismo y, en definitiva al Estado”. BERNASCHINA (1949) pág. 548. Se basa en los artículos 4º, 23 y 75 de la Constitución Política de 1925, los que, a su entender “contienen las bases constitucionales para las teorías de las nulidades de derecho público”.

<sup>592</sup> BERNASCHINA (1949) págs. 551, 557 y 558. Cabe destacar, desde ya, que serán estos los postulados que trascenderán, en cierta medida, hasta la actualidad. Afirma que como el acto nulo no puede ser imputable al Estado, es ineficaz como acto jurídico estatal, y en consecuencia no se podrá ratificar el acto viciado, el vicio no se sana por el transcurso del tiempo, y no es necesario que la nulidad se declare por la autoridad, salvo las

Se indicó que para Bernaschina, el sistema de las nulidades de derecho público, referida a los actos de la Administración del Estado, se compone de dos instituciones: (1) la nulidad administrativa, de base constitucional, y (2) la anulabilidad administrativa o ilegalidad, de base legal, que no excluye a la primera. Esta última se halla igualmente dotada de efecto retroactivo, al igual que la nulidad de Derecho Civil<sup>594</sup>. En este contexto, señala que la anulabilidad o ilegalidad, implica necesariamente recurrir ante la autoridad para que sea declarada. En el caso de la nulidad, en cambio, no sería necesario impetrar tal declaración, pues el acto carece de valor jurídico<sup>595</sup>. Agrega que nulidad y anulabilidad (que también denomina ilegalidad) son instituciones distintas que se pueden alegar simultánea o sucesivamente<sup>596</sup>. En este aspecto cabe señalar que en la doctrina contemporánea, Fiamma entiende que la nulidad de derecho público descarta la anulabilidad, la que sería inadmisibles en el derecho chileno desde la perspectiva constitucional<sup>597</sup>.

Ya bajo la vigencia de la Constitución Política de 1980, la disciplina del Derecho Administrativo ha basado el desarrollo dogmático de la nulidad de derecho público en el artículo 7<sup>o</sup><sup>598</sup>, a partir del cual se argumentan las características e incluso un régimen para nulidad de derecho público<sup>599</sup>.

---

excepciones legales. BERNASCHINA (1949) pág. 551.

<sup>593</sup> Plantea que los actos que se hubieren dictado como consecuencia del acto nulo no pueden producir efectos jurídicos. Y afirma que esta característica de la nulidad administrativa permite reponer efectivamente las cosas en el estado en que se encontraban antes del primer acto nulo. BERNASCHINA (1949) págs. 558 y 559. De modo que, particularmente en este tópico la nulidad administrativa se muestra adecuada al procedimiento administrativo contractual, porque justamente, al construirla se ha tenido en perspectiva ese aspecto propio de la actuación jurídica de la Administración del Estado.

<sup>594</sup> BERNASCHINA (1949) pág. 557.

<sup>595</sup> BERNASCHINA (1949) pág. 554.

<sup>596</sup> BERNASCHINA (1949) págs. 555 y 556.

<sup>597</sup> FIAMMA, Gustavo (1991), “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 49 pág. 97.

<sup>598</sup> Este expresa: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

En cuanto al fundamento de la nulidad de derecho público se señala que se encuentra en asegurar la supremacía constitucional, “finalidad por entero diferente a la que persigue la nulidad en derecho privado, en donde se admite la ratificación, el saneamiento, la convalidación y hasta la conversión de los actos convenidos/celebrados por la autonomía privada”<sup>600</sup>.

Precisamente, respecto de las características de la nulidad de derecho público Fiamma señala que opera de pleno derecho, la sentencia tendría carácter meramente declarativo, se limitará a constatarla, con efectos *ex tunc*, la nulidad puede invocarse en cualquier momento; y puede ser alegada por cualquier persona al derivar de normas que por dictarse en interés de la comunidad son de orden público<sup>601</sup>. De este carácter de pleno derecho<sup>602</sup>, deriva que además se argumente que la nulidad de derecho público es insanable,

---

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.

<sup>599</sup> De allí que define a la nulidad de derecho público como un “mecanismo jurídico sancionador fundamental”. SOTO (1990) pág. 12.

<sup>600</sup> SOTO (1997) pág. 353. De este modo, el fundamento de la nulidad administrativa para la doctrina expuesta, radica en la supremacía constitucional y la limitación de poderes, todo lo que conlleva a la nulidad, que de pleno derecho, es entendida luego como inexistencia. SOTO (1990) *passim*. En el mismo sentido, FIAMMA (1991) pág. 97, en razón de lo que, y en relación con el art. 19 n° 3 de la Constitución, indica que hay legitimación activa objetiva para alegar la nulidad de derecho público.

<sup>601</sup> FIAMMA (1991) pág. 97. Se argumenta sobre la base del texto constitucional y se señala que al decir la Constitución que “todo acto en contravención a este artículo es nulo”. SOTO (1997) pág. 349. Este argumento gramatical es criticado por BOCKSANG (2006) págs. 91 a 116, sin embargo, que él comparte la concepción de la nulidad de derecho público como de pleno derecho, con fuertes raíces un el argumento histórico y político.

<sup>602</sup> Ahora bien, en cuanto a que la nulidad de derecho público no requiere ser declarada por el juez para que exista, se complementa el argumento, en orden a que a la declaración judicial si le corresponde cierto rol en la nulidad de derecho público. En este sentido, señala que por razones de certeza jurídica, por la naturaleza del tráfico jurídico y atendido que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, ha de existir una declaración formal e indiscutida de la judicatura. SOTO (1991-1992) pág. 420. A este respecto Fiamma señala que la declaración de nulidad de un acto administrativo es un asunto de carácter jurisdiccional, porque habría una contienda entre un acto de la Administración y el derecho de un particular. FIAMMA (1986) pág. 126. De esto se infiere que se requeriría de una declaración judicial y una previa acción para convertir la invalidez en nulidad. Sin embargo, en un trabajo posterior el profesor Fiamma señala que el objeto de la acción constitucional de nulidad es un acto administrativo que no ha cumplido con los requisitos de validez contemplados en los incisos 1 y 2 del artículo 7° “y su finalidad será el reconocimiento y declaración judiciales de la nulidad constitucionalmente preexistente que lo invalida de pleno derecho, inicial y perpetuamente”. FIAMMA (1991) pág. 92.

es decir imposible de sanearse y de ser ratificada, de convalidarse. Asimismo, se trataría de una nulidad imprescriptible<sup>603</sup>.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad de derecho público, se señala que estos son retroactivos, en orden a que los efectos del reconocimiento o comprobación que hace el juez se retrotraen al momento de la dictación de es acto viciado de nulidad<sup>604</sup>.

Respecto de las causales de nulidad, Fiamma señala que el objeto de la acción de nulidad es el acto que se pretende irregular en cuanto al cumplimiento de los requisitos de validez exigidos por la Constitución<sup>605</sup>, en este sentido indica que el sistema de nulidades de derecho público está previsto en el art. 7° de la Constitución y procede en los supuestos que en él se establecen<sup>606</sup>. Esto es, los vicios de investidura regular, competencia y forma<sup>607</sup>.

La expuesta teoría clásica de la nulidad de derecho público se encuentra relativamente presente en los fallos de nuestros tribunales, los que conservan, por una parte una argumentación concordante con la descrita doctrina y, por otra parte, una consecuencia relevante respecto de la prescriptibilidad de la acción de nulidad, sin perjuicio de que ya no se siguen absolutamente sus postulados<sup>608</sup>.

---

<sup>603</sup> SOTO (1990) pág. 22. En particular sobre lo último cfr. *infra* III.3.6 *in fine*.

<sup>604</sup> SOTO (1991-1992) pág. 424. Esta misma construcción dogmática consagra ciertos límites del efecto retroactivo de la declaración judicial de nulidad, en este sentido se entiende que dicha declaración es sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, bajo el acto anulado, en el tiempo intermedio entre la dictación y la anulación. *Ibidem*, en nota.

<sup>605</sup> FIAMMA (1991) pág. 95

<sup>606</sup> FIAMMA (1991) pág. 97.

<sup>607</sup> En este orden de ideas, Soto señala que los vicios se refieren (1) a la investidura del autor del acto, v.gr. nombramientos o designaciones que no se han conformado con la Constitución y las leyes, (2) a la competencia, donde caben, por ejemplo: ausencia de atribución, ausencia de motivo, entendido como el hecho/necesidad pública que mueve a actuar para satisfacerla, errada calificación jurídica del hecho, error en la apreciación de los hechos, ausencia de razonabilidad en el ejercicio de la potestad, desviación de fin, y (3) a la forma que prescriba la Constitución o la ley, como la infracción al debido procedimiento legal (sea por alteración de trámites, omisión de ellos, exigencia de algunos sin que estén legalmente previstos) desviación de procedimiento, incumplimiento de las formas exigidas en el acto terminal. Cfr. SOTO (1991-1992) págs. 422 y 423.

<sup>608</sup> Respecto de la prescripción de la acción de nulidad de derecho público, no obstante continuar entendiendo a ésta como imprescriptible, resuelve que sus efectos patrimoniales se encuentran sujetos a las reglas generales de prescripción establecidas en el Código Civil, cfr. *infra* III.3.6 *in fine*. Por otra parte, la

Ahora bien, existen otras posturas dogmáticas acerca de la nulidad administrativa, que coinciden con la expuesta tesis clásica en construir una teoría de la nulidad administrativa con base constitucional. Sin embargo, disienten de la anterior, principalmente, en lo que respecta a las causales de nulidad<sup>609</sup> (no cualquier vicio que afecte el principio de legalidad en el actuar de los órganos del Estado acarrearía nulidad<sup>610</sup>) y en cuestionar la construcción tradicional de la teoría de la nulidad de derecho público, en lo que se refiere a sus consecuencias de operar de pleno derecho, de ser insanable e imprescriptible<sup>611</sup>.

Cabe señalar que el elemento común a toda dogmática de nulidad administrativa, a pesar de sus divergencias, es reconocer a la nulidad de derecho público como sustantivamente disímil de la nulidad de derecho privado. En suma, siempre la nulidad administrativa, para nuestra jurisprudencia, así como para la expuesta doctrina administrativa, se encuentra construida para el poder público administrativo heterónimo.

### 3.2. *Las causales de nulidad administrativa ante las normas de competencia*

Como se indicó, salvo normas dispersas, la regulación que se encuentra específicamente respecto de la nulidad en el derecho público es la contenida en el artículo 7° de la Constitución, regla que en primer lugar expresa requisitos de validez y, en segundo lugar, establece causales de nulidad. Se dispone que los órganos del estado actúan

---

jurisprudencia respecto de la legitimidad activa, ha estado lejos de concebirse como de legitimidad activa objetiva y la ha entendido como que debe tratarse de una vulneración a un interés, que prácticamente se ha configurado como un derecho subjetivo, de modo que la legitimidad activa en materia de acción de nulidad administrativa, en términos prácticos, únicamente le corresponde a quien se le han vulnerado sus derechos. Recientemente sobre este tópico cfr. FERRADA, Juan Carlos (2010) “Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: una jurisprudencia interesante, pero inconsistente”, en *Anuario de derecho público*, 2010, Universidad Diego Portales, págs. 189 a 203, en especial pág. 200.

<sup>609</sup> A este respecto, se señala que no cualquier vicio que afecte el principio de juridicidad en el actuar de los órganos del Estado acarree nulidad, sino que los expresados en el art. 7° de la Constitución. Cfr. JARA (2004) *passim*, en similar sentido, ACUÑA (2002) págs. 381 y 386, y REYES (1997) págs. 394 y sgts.

<sup>610</sup> En este sentido, cabe destacar que Jara ha planteado la introducción del principio de conservación de los actos administrativos en la dogmática de la nulidad de derecho público. Cfr. JARA, (2004) págs. 125 y sgts. Argumentos planteados por BELADIEZ, Margarita (1994) *Validez y Eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, *passim*.

<sup>611</sup> En este sentido, por ejemplo, REYES, Jorge (1997) págs. 394 a 407.



válidamente: (a) previa investidura regular de sus integrantes, (b) dentro de su competencia, y (c) en la forma que prescriba la ley.

Se considera la explicación de las causales expresadas por un autor de la teoría clásica, que desarrolla las causales comprendidas en los incisos I y II del artículo 7º, las que se tratan de tres aspectos<sup>612</sup>. El primero consiste en que el integrante del órgano del Estado obtenga una investidura regular<sup>613</sup>. El segundo consiste en que la actuación corresponda al ejercicio de la competencia atribuida a su autor, en un concepto amplio de competencia, como atribución de poder<sup>614</sup>. El tercer aspecto consiste en que el acto jurídico que se dicte sea el resultado de un “procedimiento” establecido previamente por la ley, exigencia de validez de todo acto de cualquier órgano del Estado que la Constitución formula en artículo 7º inciso I parte final.

En este contexto utilizando los distintos conceptos de normas revisados, *i.e.*, básicamente, normas que atribuyen poder, normas que regulan la actualización del poder, normas de incompetencia<sup>615</sup>, cabe señalar que en (a) *investidura regular* se exige el respeto de la norma constitutiva o definición<sup>616</sup>. En (b) *competencia* se expresa el concepto que para actuar válidamente se debe ejercer un poder atribuido por una norma, sino hay tal norma la actuación no es válida (igual que en derecho privado); en especial, en el inciso segundo se dispone *Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la constitución o las leyes,*

---

<sup>612</sup> SOTO (1997) pág. 349.

<sup>613</sup> SOTO (1997) pág. 349. Por investidura regular se entiende “un título jurídico válido, según la Constitución, para ejercer el cargo o función, título que comprende, además de la cualidades formales, el debido procedimiento de designación o elección según los casos”.

<sup>614</sup> SOTO (1997) pág. 349. Este autor señala que tal expresión comprende el conjunto de poderes jurídicos, potestades públicas, con que el ordenamiento jurídico, la Constitución o ley habilita a un órgano para “promover el bien común con pleno respeto de los derechos y garantías de las persona”.

<sup>615</sup> Todas las enunciadas son reglas de competencia, en oposición a las reglas de conducta. La distinción entre normas de conducta y normas de competencia se encontraría implícita en la doctrina, así se señala que “de allí que las conductas o hechos y la omisiones contrarias a la Constitución, sean “antijurídicas”, “contrarias a Derecho”, pero no nulas, hablando técnicamente” cfr. SOTO (1997) pág. 349.

<sup>616</sup> Algo parecido puede ocurrir en derecho privado respecto de los órganos de una sociedad anónima, por ejemplo.

precisándose de este modo, la norma de competencia, en el sentido que el poder sólo lo confiere la norma jurídica<sup>617</sup>. En (c) *forma* se expresa que se debe respetar la norma de actualización del poder, comprendiéndose tanto la forma procedimiento y la forma solemnidad, si se quiere que el acto sea válido y, por ende, eficaz<sup>618</sup>.

De las condiciones de validez expresadas, la validez de un acto administrativo depende necesariamente de estos tres aspectos. Ahora bien, en cuanto a la nulidad, en el inciso tercero se dispone que *Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale*, de este modo se refuerza lo expresado en el inciso primero dejando a la nulidad como el opuesto a la validez. De manera que, en el art. 7° se establece que los expresados requisitos de validez constituyen causales de nulidad que pueden afectar a un acto jurídico administrativo.

Ahora bien, cabe señalar que validez y nulidad, en general, no son antónimos, sin embargo, en esta disposición, los requisitos de validez explicitados por la norma constituyen causas de nulidad, no así la infracción al principio de juridicidad establecido en el artículo 6° de la Constitución Política.

### 3.3. *Legalidad material y nulidad de derecho público*

La jurisprudencia relativamente reciente de la Corte Suprema<sup>619</sup> ha dejado sin vía institucional la alegación de invalidez de un acto que vulnere la *lex superior*. Esta doctrina se ajusta al texto de la Constitución, y por otra parte, reconoce la diferencia entre validez y nulidad. Por otro lado, hace suyo un concepto de competencia restringido. Sin embargo, si tomamos un concepto amplio de competencia, este se relaciona directamente con las

---

<sup>617</sup> En este sentido ACUÑA (2002) págs. 383 y 384.

<sup>618</sup> Ahora bien, cabe preguntarse si estas son, en primer lugar, todas y, en segundo lugar, necesariamente cada una de las causales de nulidad administrativa. En cuanto a lo primero, si sólo se trata de estas causales establecidas en el art. 7°, la nulidad de derecho público no resuelve todas las vulneraciones al principio de legalidad. En este sentido, estas no serían todas las causales de nulidad, cfr. BERMÚDEZ (2008) págs. 273 a 285. En cuanto a lo segundo, cabe preguntarse qué ocurre con los vicios de procedimiento y de forma, considerando el artículo 13 de la LBPA, sobre este tópico cfr. BERMÚDEZ, Jorge (2010) “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público?” en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol. XXIII, núm. 1, págs. 107 a 112.

<sup>619</sup> *Camacho con Fisco de Chile* (2006).

normas que confieren poderes en su aspecto del respeto por la ley superior, tal como quedo sentado al revisar *infra* el concepto de validez.

Como se señaló, de acuerdo con la concepción de Alchourrón y Bulygin cabe limitar la competencia de una autoridad mediante la emisión de normas que no son directamente de competencia formal, por aplicación del principio *lex superior*<sup>620</sup>. En cambio, en un entendimiento restringido sólo caben por incompetencia los aspectos de materia, territorio y grado, aunque en la materia el órgano se exceda en las atribuciones, como lo que ocurriría en caso del exceso de poder<sup>621</sup>. Un concepto amplio de competencia permite reconocer el respeto por la *lex superior*, en el sentido que ha nadie se la ha conferido el poder para contravenir el ordenamiento jurídico material<sup>622</sup>.

En este contexto, la jurisprudencia expresamente niega el respeto por la legalidad material esté comprendida por el art. 7° de la CPE. Lo anterior preocupa, en atención, a que como ya se dijo, en Derecho Administrativo los poderes jurídicos se configuran como poder-deber institucionalizado hacia un fin<sup>623</sup>, o en palabras de De la Cuétara, constituyen una potestad- función<sup>624</sup>, fines que se hallan establecidos en la legalidad sustantiva.

A mi juicio, la posibilidad dogmática de comprender el respeto por la legalidad material, como requisito de validez es una exigencia lógica de sistema, sin perjuicio de inducirse dogmáticamente de diversas instituciones, tales como los diversos reclamos de ilegalidad establecidos en leyes especiales. En este sentido, se puede argumentar, que si bien no se contempla causa expresa de nulidad administrativa, el ordenamiento jurídico repudia de inválidos los actos que contravienen la legalidad superior. En consecuencia,

---

<sup>620</sup> Concepción expuesta por FERRER (2000) pág. 62.

<sup>621</sup> Respecto del exceso de poder se señala “en general se dice que hay exceso de poder cuando el órgano se excede en su competencia sin invadir competencia ajena. Habrá abuso de poder en aquellos casos en que se excede lisa y llanamente de su competencia y además para actuar dentro de la competencia de otro órgano, y habrá desviación de poder particularmente en aquellos casos del acto discrecional en que el mérito determina la existencia del acto, cuando el acto discrecional se torna arbitrario”. cfr. SILVA (1995) pág. 129.

<sup>622</sup> MORAGA, Claudio (2008) “Derecho público chileno y los principios de legalidad administrativa y de juridicidad” en PANTOJA, Rolando (coord.) *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 310 en nota.

<sup>623</sup> FERRADA (2007) pág. 2.

<sup>624</sup> DE LA CUÉTARA, Juan (1986) *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, págs. 33 y sgts.

parece mejor indagar en el orden jurídico, por los mecanismos legales establecidos para su respeto, que mantener obcecadamente la división entre áreas del derecho<sup>625</sup>.

### 3.4. *Campo de aplicación de la nulidad administrativa*

Un régimen de nulidad coherente reconoce los caracteres propios y específicos de los actos sobre los que recae. Así entonces, las características del régimen de nulidad administrativa, dependerán de las características de los actos sobre los que recae, y más precisamente los caracteres de las normas de competencia completa que otorgan validez a los actos administrativos, lo que a su vez, en congruencia, determinaría el campo de aplicación adecuado para sus reglas.

Diversas clases de actos requieren de diversas reglas de nulidad. En este contexto se señala que la nulidad de derecho público asegura “la supremacía de la Constitución, finalidad por entero diferente a la que persigue la nulidad en derecho privado”<sup>626</sup>. En este orden de ideas se argumenta que el fundamento de la nulidad de derecho público se encuentra la exigencia de contemplar un medio que asegure “el sometimiento de la actividad de los órganos estatales al Derecho”, y no se encuentra tanto en proteger a los particulares frente al actuar ilegal del Estado<sup>627</sup>.

En este contexto, se afirma que la nulidad administrativa en la consideración del constituyente, es principalmente un instrumento para el mantenimiento de la legalidad objetiva<sup>628</sup>. En este orden de ideas se ha resuelto que en la nulidad administrativa se encuentra implicado el interés de la sociedad, y no únicamente el interés privado del actor agraviado, “desde que las actuaciones de los órganos públicos no pueden transgredir el

---

<sup>625</sup> En este sentido BERMÚDEZ (2008) págs. 273 a 285. Si ese mecanismo lo establece el Código Civil, parece argüible su aplicabilidad, y poco conveniente a la coherencia del orden jurídico la negativa de tal posibilidad, cobrando sentido aquello de que para resolución justa para un caso concreto, el juez debe emplear el ordenamiento jurídico en su totalidad, contribuyendo a ello de modo simultáneo las normas y principios de todos los ordenamientos sectoriales, siempre que su aplicación no sea excluida por normas o principios de Derecho Administrativo. Sobre esta idea, cfr. JARA (2004) pág. 146.

<sup>626</sup> SOTO (1997) pág. 353.

<sup>627</sup> FIAMMA (1991) pág. 93.

<sup>628</sup> FIAMMA (1991) pág. 93.

Estado de Derecho”<sup>629</sup>. De modo que se concluye que “la nulidad de los actos emanados de los órganos estatales es de carácter especial [...] no puede ser considerada de la misma forma que la nulidad civil”<sup>630</sup>, y la jurisprudencia ha resuelto que “en tal virtud no pueden tener aplicación las normas civiles, a menos que las propias normas de derecho público se remitan a ella”<sup>631</sup>.

Los citados argumentos, tanto en doctrina como en jurisprudencia, que atienden a los fundamentos de la naturaleza de los actos y finalidad que persiguen, concuerdan con el argumento de este trabajo, en orden a seguir el mismo camino para la nulidad del contrato de la Administración. Esta vía consiste en discutir un sistema apropiado de nulidad en atención a la naturaleza de los actos.

En este contexto, la nulidad de derecho público, es diversa a la nulidad patrimonial de derecho común, pues se establece para reglamentar la depuración de actos de poder público inválidos, cuyas normas que confieren poderes a los que habrá que referir su validez, son por lo general, otras y diversas de las normas que confieren poderes de derecho privado. En este sentido, las reglas de competencias públicas, contemplan la lógica propiamente heterónoma de un poder público. Así el campo propio de aplicación de la nulidad de derecho público son los actos del poder público en general, y administrativo en especial o exclusivamente<sup>632</sup>. De este modo, el campo de aplicación dado por la doctrina y

---

<sup>629</sup> Para esta jurisprudencia, *Guastavino con Fisco* (1999), *Serviu Metropolitano con Morales* (2000).

<sup>630</sup> BERNASCHINA, (1949), pág. 551.

<sup>631</sup> Cfr. *Guastavino con Fisco* (1999); *Serviu Metropolitano con Morales* (2000). En sentido diverso se ha fallado que en caso de vacío en la nulidad administrativa “necesariamente habría que acudir a la normativa del Código Civil sobre la materia, contenida en una institución de naturaleza similar como lo es la nulidad de las obligaciones, como sanción civil para determinados actos y contratos, celebrados en las condiciones indicadas en los artículos 1681 a 1697 del referido texto legal”, cfr. *Pey Casado con Fisco* (2002)

<sup>632</sup> En este sentido, se ha fallado respecto de la nulidad de derecho público “que la esencia de la acción referida hace que su objeto sean los actos del poder, entendidos como las actuaciones del Estado a través de sus órganos. En efecto, ella está llamada a recaer en un acto administrativo, cuando éste no ha cumplido con los requisitos de validez que prevén los incisos 1° y 2° del artículo 7° de la Constitución Política de la República y su finalidad es el reconocimiento y declaración judicial correspondientes. Por lo tanto, le resultan impropios y ajenos los actos celebrados en el ámbito privado que, en cuanto tales, están sujetos a estatutos diferentes, contenidos en el Derecho Civil”, cfr. *Radio Nacional de Chile S.A con Sociedad de Inversiones Colliquay S.A* (2009). Cabe señalar que la pretensión planteada por la demandante fue la nulidad de la venta de un paquete accionario de la Empresa Periodística la Nación S.A. que Radio Nacional de Chile S.A., a esa data empresa Estatal, transfirió a Inversiones Collyquay S.A.

la jurisprudencia a la nulidad administrativa, es congruente con que ésta se ha construido para la actuación del poder público administrativo heterónimo.

Estos argumentos, además se manifiestan en concreto en que la nulidad administrativa excluye a las reglas de nulidad civil de la declaración de nulidad de un acto administrativo. Así se ha fallado la inaplicabilidad de la nulidad de Derecho Civil en materia de nulidad de actos administrativos, pues este es el campo propio de la nulidad de derecho público<sup>633</sup>.

La nulidad administrativa es la institución adecuada, para atacar la validez de un acto en que se ejerce una potestad, por medio de un acto administrativo. La nulidad administrativa resulta constituir la nulidad de actos administrativos, siendo este el alcance de la regulación propia e indiscutido de su alcance.

Ahora bien, desde otro punto de vista, en general se silencia por la doctrina respecto de su aplicación al derecho privado, lo que plausiblemente puede implicar que tal problema no existe. Sin embargo se ha resuelto por el foro, en materia de contratos, negando lugar a la aplicabilidad de aspectos de la nulidad pública, aunque en ellos sea parte un órgano de la Administración del Estado que aparezca disponiendo de bienes fiscales. En este tópico se ha fallado negando la aplicabilidad de la nulidad de derecho público a negocios jurídicos de la Administración del Estado regidos por el derecho privado<sup>634</sup>. En suma, el campo de aplicación de la nulidad de derecho público se limita a los actos administrativos.

### *3.5. Carencias o vacíos de la nulidad de derecho público, en especial respecto de contratos*

De la doctrina señalada, se aprecia como la nulidad administrativa se encuentra construida para el poder público administrativo heterónimo. Ahora bien, el que esté construida para la nulidad de actos regidos por el derecho público, implica ciertas carencias

---

<sup>633</sup> Entre otros, *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001).

<sup>634</sup> Cfr. *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

que hacen que esta teoría claudique y no ofrezca solución respecto de cuestiones contractuales. En general, en materias sinalagmáticas, claudicaría el derecho público.

Como se estableció en el capítulo II, respecto del poder contractual de la Administración del Estado, tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Civil convergen para constituir la norma de competencia completa, y en suma la validez de los contratos. En materia de nulidad (como mecanismo institucional de depuración de actos jurídicos inválidos), del mismo modo que en materia de validez, el Derecho Administrativo por sí sólo no reconoce el elemento sinalagmático que ha puesto en él las normas de competencia (validez) de Derecho Civil, y por tanto la nulidad administrativa claudica, considerando una serie de factores que se señalan a continuación.

En primer lugar, no contempla una cláusula general de nulidad sino que sólo establece causas típicas. Esta situación ha conducido a la exclusión, por parte de la jurisprudencia, de la infracción de la legalidad material de los vicios de nulidad. En segundo lugar, no establece reglas respecto de los titulares de la acción de nulidad, legitimidad activa que la jurisprudencia entiende restringida a un interés vulnerado que se asimila a un derecho vulnerado<sup>635</sup>. Ahora bien, específicamente no se plantea restricción de legitimidad activa respecto de haberse ejecutado el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. En tercer lugar, no se establece regla expresa respecto del saneamiento del acto por ratificación de las partes, ni por el lapso del tiempo, esto es prescripción.

A mayor abundamiento, no se refiere al efecto de la declaración judicial de nulidad. En especial no establece reglas respecto del efecto restitutorio, y las excepciones al mismo (claro que estos aspectos han sido completados por la doctrina y la jurisprudencia), como la extensión de los efectos de la nulidad por medio de otras acciones hasta terceros poseedores. No se regulan los efectos de la nulidad entre partes de un contrato y respecto de terceros, y menos aún se regula el efecto de la nulidad respecto de partes del contrato que no han sido partes del actual juicio de nulidad.

---

<sup>635</sup> Cfr. FERRADA (2010) págs. 189 a 203.

En especial, el régimen de nulidad de derecho público no considera reglas que refieran al error, o en general a la ausencia y vicios del consentimiento<sup>636</sup>, y más generalmente no establece reglas respecto de todo aquello que se vincule con cuestiones sinalagmáticas, pues se ha diseñado para actos que se estructuran sobre la base de la actuación de una sola voluntad heterónoma (como típicamente se trata en los poderes administrativos) y no para el concurso de dos voluntades con poderes normativos autónomos de los que ninguna es heterónoma. El consentimiento se requiere para actos bilaterales, por lo general autónomos, y en ningún caso para actos unilaterales heterónomos de derecho público, caso en el que corresponde el procedimiento de la formación de la decisión administrativa heterónoma, en consecuencia es natural que la nulidad administrativa no lo considere<sup>637</sup>.

La nulidad de derecho público atiende a la nulidad de un acto de poder (heterónomo), y no a un acto autónomo, de sometimiento, de limitación de la libertad, así se aprecia de la normativa constitucional y toda la dogmática a su alrededor, y ni que decir del recurso anulatorio por excelencia en el derecho público continental, el recurso por exceso de poder.

Las reglas de nulidades públicas, no contemplan la lógica sinalagmática autónoma, sino que la lógica propiamente heterónoma de un poder público, poder público que se manifiesta jurídicamente mediante actos unilaterales, heterónomos que se dictan en el marco de procedimientos administrativos. La nulidad administrativa se encamina a la nulidad de normas heterónomas particulares impuestas por la Administración a un Administrado, y no a un particular cocontratante, respecto del que ésta tiene la calidad de deudor. Así, la naturaleza contractual de la institución, provoca que claudique el ordenamiento administrativo que no contempla reglas apropiadas para la nulidad de las obligaciones contractuales de la Administración del Estado.

---

<sup>636</sup> Se puede hablar de vicios de la voluntad administrativa, pero no de vicios del consentimiento, pues el poder administrativo no acuerda voluntades, sino que impone su querer heterónomamente.

<sup>637</sup> Ahora bien, respecto de ciertos vicios de la voluntad, al parecer de un autor se comprenderían para la nulidad de derecho público dentro de los vicios de incompetencia, en este sentido se señala que “los vicios de la decisión administrativa dicen relación aquí tanto respecto [...] de la “competencia”, en donde se da una variada gama de vicios, por ejemplo: [...] error en la apreciación de los hechos”, cfr. SOTO (1991-1992) pág. 422.



De modo que, la nulidad de derecho público, por aptitud y régimen sí reconoce el elemento público presente en los contratos de la Administración, especialmente el procedimiento administrativo. No obstante, no se presenta exhaustiva al contrato de la Administración, puesto que no reconoce la bilateralidad ni la autonomía normativa del contrato. De este contexto, la nulidad administrativa claudica frente al contrato de la Administración. Sin perjuicio de que se rescata de ésta que permite reconocer el componente público de la heterogénea norma de competencia completa del contrato de la Administración.

De estos aspectos se deduce que la nulidad de derecho público, tanto por cuestiones conceptuales como contingentes, no resulta apropiada para los contratos de la Administración.

### *3.6. Discusión: la nulidad administrativa excluye a las reglas de la acción civil de nulidad*

Como ya se expuso, en materia de nulidad administrativa, al carecer de un régimen expreso y sistemático, se ha construido un régimen jurídico recurriendo al bloque constitucional. Esfuerzo necesario, ya que en atención a que la validez en derecho público obedece a normas de competencia diversa de las normas de derecho privado, *e.g.* intercambios espontáneos versus actuaciones motivadas en el derecho, no sería posible considerar a las reglas de nulidad del Código Civil como un modelo a aplicar lisa y llanamente.

Por la doctrina publicista más arriba citada, se ha planteado que la nulidad administrativa, en tanto nulidad de derecho público, es una institución con fundamento, régimen y consecuencias propias, distinta de la nulidad patrimonial de derecho privado. Según esta doctrina la nulidad administrativa se debe regir por sus propias reglas y principios<sup>638</sup>. Cabe preguntarse, si en caso de falta de regla, eventualmente será procedente

---

<sup>638</sup> Por todos cfr. JARA (2004) págs. 27 a 45.

recurrir al Código Civil, aún ya establecido un cierto límite negativo para su aplicabilidad, la nulidad de los actos administrativos.

En este contexto, se plantean problemas de vacíos y su posible integración mediante reglas civiles. En este sentido cabe preguntarse por la aplicabilidad del Código Civil, que contempla en el título XX de libro IV, arts. 1681 a 1697, todo un régimen jurídico para la nulidad del acto jurídico. En este sentido, considerando lo establecido en el capítulo I, esto es, que el Código Civil puede presentar una cuestionable aplicabilidad en Derecho Administrativo<sup>639</sup>, pero que ciertas reglas civiles resultan aplicables en específicos contextos administrativos<sup>640</sup>, cabe discutir la integración del régimen de la nulidad de derecho público por reglas civiles.

En el derecho comparado de referencia, Moderne en el contexto del derecho francés, específicamente respecto de la jurisprudencia del Consejo de Estado, señala que “aunque la redacción de las sentencias no sea demasiado explícita, esto no excluye el uso, por el juez administrativo, de nociones o de técnicas provenientes del Código Civil remitiéndose a los principios enunciados en este Código, principios que constituyen una especie de base común al derecho público y al derecho privado”<sup>641</sup>, y destaca, en este contexto, la jurisprudencia administrativa tanto sobre vicios del consentimiento en materia de contratos, como sobre la fuerza obligatoria del contrato<sup>642</sup>.

Asimismo, sin cuestionar la diversidad del Derecho Administrativo respecto del Código Civil (aquél no es especial respecto de éste), se ha planteado la aplicabilidad de las normas de Derecho Civil a la nulidad del acto jurídico administrativo. Tomás – Ramón Fernández, luego de estudiar la teoría de la nulidad administrativa para el derecho español, sostiene que el análisis de la teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo le ha permitido poner de relieve en qué medida los principios inspiradores de esta específica

---

<sup>639</sup> En sentido contrario, Baraona sostiene la aplicabilidad supletoria de las reglas civiles de nulidad, así como que éstas constituyen un modelo a aplicar en el derecho público, cfr. Baraona (2007) *passim*.

<sup>640</sup> El criterio, aceptado por la jurisprudencia es la naturaleza patrimonial de la cosa pedida, criterio no exento de críticas, en este sentido FERRADA (2007 b) págs. 112 y 113, acerca de que hay aspectos plenamente administrativos de carácter patrimonial.

<sup>641</sup> MODERNE (2005) pág. 157.

<sup>642</sup> MODERNE (2005) pág. 157.

rama del derecho inciden sobre el esquema dogmático de la Teoría General del Derecho y, concretamente en lo que a nuestro tema concierne, le ha permitido comprobar que dicho esquema dogmático no se altera esencialmente por el juego de aquellos principios en lo que a las distintas categorías de invalidez de los actos jurídicos se refiere. Así los caracteres esenciales y definidores de la nulidad absoluta y de la nulidad relativa, permanecen sin variación en el Derecho Administrativo, tal y como han sido elaborados en el derecho común<sup>643</sup>.

En el mismo sentido, y también para el derecho español con referencias al derecho francés, alemán e italiano, destacando la correlación y el intercambio de las técnicas propias de cada uno de los campos del ordenamiento jurídico, expresión de la unidad intrínseca del mismo, Martín- Retortillo destaca la presencia del Derecho Civil en el Derecho Administrativo<sup>644</sup>.

Sin embargo, en el estado del derecho nacional, principalmente de lo que se aprecia de la jurisprudencia, y en gran parte de la dogmática, las reglas civiles no resultan aplicables, incluso allí donde la nulidad de derecho público no contemple regla expresa. De este modo, y a pesar de que la nulidad administrativa carece de un régimen jurídico sistemático, se plantea la exclusión de la aplicabilidad de las reglas civiles de nulidad<sup>645</sup>.

En este contexto, Baraona<sup>646</sup>, desde la disciplina del Derecho Civil, plantea la aplicabilidad general de las reglas de nulidad del Código Civil. Esta postura la comparto parcialmente, en lo referido a la idea macro de la aplicabilidad de las reglas civiles, pero no ocurre lo mismo respecto de los fundamentos de tal aplicabilidad, que para este autor es la supletoriedad del Código Civil, además de la semejanza de las nulidades.

En un sentido similar, en orden a un argumento en pro de la aplicabilidad de reglas civiles, sostenida en la supletoriedad del Código Civil, desde la disciplina del Derecho

---

<sup>643</sup> FERNÁNDEZ (1979) pág. 113.

<sup>644</sup> MARTÍN- RETORTILLO, Sebastián (1996) *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Civitas, Madrid, págs. 61 y 62.

<sup>645</sup> Por todos cfr. SOTO (2000) pág. 59.

<sup>646</sup> Cfr. BARAONA (2007) págs. 59 a 106.

Administrativo, Bermúdez<sup>647</sup> plantea la aplicabilidad en especial del artículo 1462 del Código Civil en materia de causa de nulidad de derecho público<sup>648</sup>.

También desde el Derecho Administrativo, Jara<sup>649</sup> plantea, en primer lugar, que el Derecho Civil no es ajeno a la nulidad de derecho público y, en segundo lugar, señala ciertos criterios para la aplicación de las reglas civiles al derecho público en general. Respecto de lo primero señala que el Código Civil en su título preliminar transmitió ciertos principios elementales de “nulidad de derecho público”, citando los arts. 10, 11<sup>650</sup> y 1462 del Código Civil y su relación con la normativa constitucional. En cuanto a lo segundo plantea que no puede descartarse una aplicabilidad de las reglas civiles en materia de nulidad de derecho público, y para ello considera el criterio de la “totalidad o plenitud aplicativa del ordenamiento”. Este criterio supone que, para la resolución justa de un caso concreto, la autoridad debe emplear la totalidad del ordenamiento jurídico, por medio de las normas y principios de los ordenamientos sectoriales, “siempre que su aplicación no sea excluida por normas o principios de Derecho Administrativo”<sup>651</sup>. En especial respecto de la nulidad señala que se trata de una institución de tipo estructural de derecho común, pues “es una misma para todo el derecho, una institución jurídica unitaria, común al ordenamiento, cuyo elemento esencial es idéntico siempre: una sanción de ineficacia que produce la destrucción retroactiva de un acto jurídico contrario a derecho”<sup>652</sup>.

Estaría de acuerdo parcialmente con esta última afirmación, pues de otros pasajes de este autor está claro que por derecho común se refiere al Derecho Civil<sup>653</sup>. A este respecto creo que la nulidad no sería una institución de tipo estructural de Derecho Civil, sino que

---

<sup>647</sup> BERMÚDEZ (2008) págs. 273 a 285.

<sup>648</sup> Sobre este particular tópico, cfr. *supra* III.2.4.4.

<sup>649</sup> JARA (2004) págs. 140 a 147.

<sup>650</sup> Sin advertir respecto de esta disposición, que no resulta compatible con la idea postulada en la obra, de la conservación de los actos viciados en la forma si se cumple con el fin del acto, cfr. JARA (2004) especialmente págs. 126 y sgts.

<sup>651</sup> CAMACHO, Gladys (2002) *Bases conceptuales del Derecho Administrativo*, apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, citado en JARA (2004) pág. 146.

<sup>652</sup> JARA (2004) pág. 147.

<sup>653</sup> Cfr. JARA (2004) pág. 142.

más bien una institución común a todo el derecho, que en la disciplina del Derecho Civil se ha desarrollado históricamente.

En el derecho chileno, del panorama jurisprudencial, y en gran medida dogmático, la nulidad administrativa, en tanto nulidad de derecho público, es distinta a la nulidad patrimonial de Derecho Civil, reglada en el título XX del libro IV del Código Civil y, por tanto, sus disposiciones no le atañen<sup>654</sup>. En este sentido, la jurisprudencia entiende que la acción de nulidad de derecho público, debe fundarse en preceptos constitucionales y de legislación administrativa, y no en preceptos de derecho privado. Así de ciertos fallos<sup>655</sup>, se infiere que (1) no se aplican las reglas civiles a actos administrativos, (2) hay una especie de valladar entre una y otra nulidad, (3) no se declara de oficio la nulidad de derecho público, (4) existe confusión en los operadores jurídicos, (5) y se exige cierto formulismo al plantear la acción de nulidad. En suma, se constata cierto estado de la jurisprudencia, que no atiende a la necesaria congruencia entre validez y nulidad. En este contexto, paradigmático resulta lo resuelto en *Junta de vecinos de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar*<sup>656</sup>.

Ahora bien, el tópico de aplicabilidad de reglas civiles en materia de nulidad administrativa se ha discutido mayormente con ocasión de la prescriptibilidad de la acción de nulidad. Cabe recordar que, de lo expuesto en el capítulo I, por regla general, se colige que para la doctrina mayoritaria, en nuestro Derecho Administrativo, no procede la supletoriedad general de las reglas civiles de derecho privado, si bien, es posible argumentar a favor de su aplicación, considerando tanto la naturaleza de las reglas, así

---

<sup>654</sup> En la jurisprudencia, por la negativa de aplicar el derecho privado común, invocado por las partes, en zonas conflictivas, entre otras: *Reyes con Empresa Minera Mantos Blancos S.A.* (1998), *Serviu metropolitano con Morales* (2000), en sentido contrario, entre otras: *Aedo con Fisco* (2000), *Instituto de Normalización Previsional con Chavarini* (2008).

<sup>655</sup> *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001). En el fallo de casación, se acusa la confusión en que han caído las partes por el ministro Espejo en voto de minoría, en que él entiende, al igual que el voto disidente de segunda instancia (ministro González) que se ha invocado correctamente la nulidad, advirtiendo el vínculo entre el artículo 1462 invocada por la demandante y la nulidad de derecho público.

<sup>656</sup> *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007). El considerando séptimo del fallo reza “conforme a lo anterior su impugnación debe centrarse en la normativa del estatuto al cual pertenece, esto es el Derecho Privado, y así determinar si la convención en estudio es nula, ya sea en forma absoluta o relativa de acuerdo con el vicio que le afecte y se alegue, conforme al Código Civil”.

como de la institución. Desde dicho estado, parte la discusión en torno a la aplicación del Código Civil en Derecho Administrativo, en materias no regladas completamente por éste. Una de las expresiones concretas de esta situación se manifiesta en el *tema testigo*<sup>657</sup> de la prescripción de acciones en Derecho Administrativo.

De este modo, en cuanto al tópico de las reglas aplicables a la prescripción de la acción de nulidad de derecho público, la jurisprudencia ha fallado en diversos sentidos, tanto por negar la aplicación del Código Civil, como por afirmarla. Ahora bien, después de una fluctuante evolución, en que primero declaró que eran inaplicables de las reglas del Código Civil y, por ende, aquella imprescriptible, finalmente se ha afirmado la aplicabilidad de tal normativa, pero únicamente respecto de las consecuencias patrimoniales de la misma.

La posición que niega la aplicabilidad de las reglas civiles se fundamenta sobre la base de dos aspectos. El primero, consiste en la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público que derivaría de las características que le confiere la Constitución Política de la República<sup>658</sup>. El segundo, consiste en la ausencia de una norma de prescripción aplicable, en razón de la carencia de una regla como la del art. 1683 del Código Civil y en la inaplicabilidad supletoria, tanto general, como especial (falta de remisión expresa), de las reglas civiles especiales y generales de prescripción<sup>659</sup>.

---

<sup>657</sup> Se utiliza esta expresión por MARTÍN – RETORTILLO (1996) págs. 22 y sgts. (se señala que fue acuñada por Eduardo García de Enterría).

<sup>658</sup> Cfr. FIAMMA (1991) pág. 97, SOTO, Eduardo (2000) “La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en derecho chileno”, en *Ius publicum*, núm. 4, págs. 55 a 62. En este sentido, se ha fallado que en la nulidad de derecho público, “está implicado no sólo el interés privado del actor agraviado, sino también el de la sociedad, desde que las actuaciones de los órganos públicos no pueden transgredir el Estado de Derecho. En tal virtud no pueden tener aplicación las normas civiles, a menos que las propias normas de derecho público se remitan a ella”. Para esta jurisprudencia, *Guastavino con Fisco* (1999).

<sup>659</sup> En este sentido, la Corte Suprema ha fallado que: “no existiendo en el derecho público una norma que declare prescriptible la acción ejercida en estos autos, ni otra similar al artículo 1683 del Código Civil que priva de la acción de nulidad absoluta común en el plazo de diez años, no cabe extender analógicamente el alcance de los artículos 2515 y 2520, a un caso en que la naturaleza de los hechos guarda cierta semejanza con aquellos previstos en las normas citadas”, cfr. *Pérsico Paris con Fisco* (1997). Asimismo en *Serviu Metropolitano con Morales* (2000) se falló que “las reglas de derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas de derecho público se remiten a ellas o cuando la naturaleza de la institución admita que el derecho público se integre con normas comunes, lo que no sucede en la especie, razón por la cual los vicios que hacen nulo al acto de la Administración no se sanean por el transcurso del tiempo”.

En sentido diverso, la jurisprudencia se inclina en sostener, por una parte, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público y, por otra parte, la prescriptibilidad de las consecuencias patrimoniales que se deriven de la declaración de nulidad<sup>660</sup>.

Al respecto, en doctrina algunos sostienen que en realidad no prescribe la nulidad de derecho público<sup>661</sup>, sino que la acción declarativa de derechos a favor de un particular, derechos que prescriben en Chile, de acuerdo con las normas generales sobre prescripción ordinaria de las acciones contempladas en el Código Civil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2497, que señala que las reglas relativas a la prescripción se aplican al Estado; y al referirse al Estado se incluye a toda la actividad administrativa<sup>662</sup>.

Ahora bien, si las acciones de nulidad han de prescribir o al menos, sus consecuencias patrimoniales, dicha prescripción ha de tener unas reglas y un plazo determinado. Entonces, debemos preguntarnos qué reglas hay que aplicar, si las reglas de prescripción de las acciones de nulidad o bien las reglas generales de prescripción

---

<sup>660</sup> Según esta doctrina a la nulidad de derecho público no puede aplicársele las normas generales de derecho privado sobre prescripción de las acciones, pero que, sin embargo “las acciones reivindicatoria y de indemnización de perjuicios [...] como derivadas de la anterior de nulidad de derecho público [...] son de evidente contenido patrimonial, pues se refieren a los aspectos materiales y monetarios que pretende obtener la actora en virtud de la declaración de nulidad que busca. De lo anterior, se deriva que su destino se condiciona de lleno a los plazos de prescripción establecidos al respecto por el Código Civil”. Cfr. *Aedo con Fisco* (2000). En el mismo sentido *La voz del sur y otros con Fisco* (2004), *Instituto de Normalización Previsional con Coletti*, (2008), *Instituto de Normalización Previsional con Chavarini* (2008), *Instituto de Normalización Previsional con Gómez* (2008), *Instituto de Normalización Previsional con Solís* (2008), fallos que resuelven sobre la base del criterio de que la naturaleza patrimonial de la cuestión permite la aplicabilidad de las pertinentes reglas civiles.

<sup>661</sup> En otro sentido, se sostiene que aseverar que la nulidad de derecho público es imprescriptible implica excluir “la aplicación de los principios generales de la prescripción que reconoce nuestro régimen jurídico”. Y se agrega que de ese modo se prescinde de “las consecuencias prácticas y también de fondo, que tiene dejar abierta, de manera permanente e indefinida, la pretensión de impugnar actos de la autoridad, desde el Poder Constituyente hacia abajo, ocurridas años, décadas o más tiempo atrás”, cfr. CEA, José Luis (2002), *Derecho constitucional chileno*, t. I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, pág. 256. En este sentido, aplicando el artículo 2515 del Código Civil, se ha pronunciado la jurisprudencia en la causa *Morales con Fisco de Chile* (1994).

<sup>662</sup> Cfr. PIERRY, Pedro (2001) “Nulidad de derecho público: Comentario a un comentario”, en *La semana jurídica*, núm. 11, págs. 5 y 6. Además se agrega que “esta disposición [...] se dictó en un tiempo en que el Código Civil era la normativa general en Chile y no puede sostenerse que por estar allí contemplada es únicamente de derecho privado, ya que en ese caso también lo sería el título primero donde está la principal norma legal del derecho público chileno, que define lo que es la ley; o todas las normas de interpretación”.

contenidas en el título XLII del libro IV Código Civil. Si se sostiene que las reglas de nulidad del Código Civil se aplican en bloque a la nulidad administrativa, la prescripción se regiría por lo dispuesto en el título XX del libro IV del Código Civil, en particular en lo que se refiere a la prescripción de la acción de nulidad absoluta, que cabría aplicar en preferencia de la norma de prescripción extintiva del artículo 2515, debido a que se refiere específicamente a la materia de nulidad. Si, por el contrario, se sostiene que tales reglas del Código Civil no regulan la acción de nulidad administrativa, debería estarse a lo dispuesto en el artículo 2515 del mismo cuerpo legal.

Para determinar la operatividad de cada una de las posibles prescripciones que ofrece el Código, se ha planteado, que en virtud del carácter especial de la norma y que, además coincide con el plazo de prescripción adquisitiva extraordinaria, corresponde aplicar la regla del artículo 1683 del Código Civil<sup>663</sup>. Esta postura, igualmente ha sido sostenida por la Corte Suprema, que se ha pronunciado a favor de aplicar las reglas de prescripción de nulidad del Código Civil en materia de nulidad administrativa.<sup>664</sup> En sentido diverso, en lo que respecta a las consecuencias patrimoniales de la nulidad, la jurisprudencia se inclina por aplicar la regla de prescripción ordinaria, en el tiempo de cinco años, contenida en el art. 2515 del Código Civil<sup>665</sup>.

En definitiva, la jurisprudencia vigente sigue sosteniendo, por una parte, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de derecho público y, por otra, la prescriptibilidad de las consecuencias patrimoniales que se deriven de la declaración judicial de nulidad de nulidad administrativa.

El estado en que se ha situado la jurisprudencia, en que por una parte declara la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, y por otro lado la prescripción de las

---

<sup>663</sup> BARAONA (2007) pág. 98.

<sup>664</sup> Se ha fallado que “no existe ninguna norma que se refiera a la prescripción de la denominada acción de nulidad de derecho público, por lo que necesariamente habría que acudir a la normativa del Código Civil sobre la materia, contenida en una institución de naturaleza similar como lo es la nulidad de las obligaciones”. *Pey Casado con Fisco* (2002).

<sup>665</sup> En este sentido, se ha fallado en *Instituto de Normalización Previsional con Coletti* (2008), *Instituto de Normalización Previsional con Chavarini* (2008), *Instituto de Normalización Previsional con Gómez* (2008), *Instituto de Normalización Previsional con Solís* (2008).



consecuencias patrimoniales de la misma, configura de manera especial el carácter *ex tunc* o *ex nunc* de la nulidad administrativa. Así, no contempla un pleno efecto *ex tunc*, pues a pesar de su declaración, las cosas pueden no volver plenamente al estado anterior al de la dictación del acto, pues puede que la prescripción haya consolidado efectos, ya sean estos personales o reales. De otro lado, sí produce plenamente un efecto *ex nunc*, pero tampoco se trata de un sólo efecto *ex nunc*, pues la sentencia sí produce cierto efecto retroactivo: hasta el día que contado hacia atrás lo admitan los respectivos plazos de prescripción<sup>666</sup>.

#### 4. Corolario

Una vez expuestos los caracteres básicos de los regímenes de nulidad civil y administrativa, cabe retomar lo señalado en la primera parte de este capítulo, en cuanto a que la validez compleja del contrato de la Administración, requiere de un sistema complejo de nulidad, para que éste resulte apropiado a la institución. Según se apuntó, y en relación con lo señalado en el capítulo II, de acuerdo con la noción de poder contractual de la Administración del Estado, tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Civil convergen para constituir la norma de competencia completa y, en suma, la validez del contrato de la Administración. En este contexto, la complejidad del contrato se encuentra dada por las normas de competencia que confieren el poder contractual a la Administración del Estado, las que pertenecen tanto núcleos de derecho privado, como a núcleos de derecho público; así, en la validez del contrato de la Administración concurren el Derecho Administrativo y el Derecho Civil y, por tanto, no es completamente subsumible en ninguno de dichos marcos normativos.

En este sentido, el contrato de la Administración no se refiere exclusivamente a poderes públicos y privados, sino que a ambos en convergencia. A mi entender, en cuanto a la intensidad de cada regulación, se trata de un poder contractual autónomo, modulado administrativamente por el núcleo público original. Lo anterior, puesto que respecto de la técnica y estructura, en tanto negocio jurídico, muestra tendencias fuertes al derecho

---

<sup>666</sup> De este modo, se configura otra diferencia respecto de la nulidad de Derecho Civil, cuyos efectos son plenamente *ex tunc*, eso sí, limitados para todo aspecto por los plazos de prescripción o saneamiento que establece.

privado de contratos, modificado, en cuanto a lo formal, en la exigencia de un procedimiento administrativo contractual previo, que se rige, en cuanto al fondo, por reglas y principios específicos (*e.g.* igualdad ante el llamado administrativo y sujeción estricta a las bases de licitación), que escapan del derecho privado de contratos.

Ahora bien, los regímenes de nulidad disponibles, *i.e.* la nulidad administrativa y la nulidad civil, únicamente refieren a la validez pública y a la validez privada, respectivamente. En este sentido, la nulidad administrativa está construida para actos administrativos que impliquen el ejercicio de una potestad pública heterónoma, en razón de ello, en los apartados anteriores, se ha descartado la nulidad de derecho público como régimen adecuado y exhaustivo para la nulidad del contrato de la Administración. Sin embargo, una vez que claudica la nulidad administrativa como estatuto de nulidad, la determinación del régimen aplicable, no consiste en recurrir directamente a las reglas civiles de nulidad, pues estas no serían apropiadas para regular determinados los aspectos públicos, presentes en la validez del contrato de la Administración.

De lo anterior, en el estado de la doctrina y jurisprudencia, ningún régimen es exhaustivo en lo que respecta al contrato de la Administración, lo que se agrava, según la jurisprudencia que considera a la nulidad administrativa y a la nulidad civil como regímenes escindidos, incluso en donde podría plantearse un acercamiento<sup>667</sup>.

---

<sup>667</sup> Esto es, por medio del vicio de nulidad absoluta por contravención al derecho público, *cfr.* Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble (2001), Harb con Servicio de Impuesto Internos (2000), Vergara con Municipalidad de Vichuquén (2001).

CAPÍTULO IV. RÉGIMEN ADECUADO DE NULIDAD PARA EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN

## CAPÍTULO IV

## RÉGIMEN ADECUADO DE NULIDAD PARA EL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN

1. *Regímenes de nulidad en el contrato de la Administración del Estado*1.1. *Estado de la nulidad del contrato de la Administración del Estado*

El sistema de nulidad constituido por la nulidad de Derecho Civil y de Derecho Administrativo, según como ha sido aplicado por la jurisprudencia, no resuelve adecuadamente los problemas a que da lugar la nulidad del contrato de la Administración en el derecho chileno.

En el marco del derecho comparado de referencia, se establecen regulaciones propias para la nulidad del contrato de la Administración, las que, en general contemplan aspectos civiles y administrativos, en especial se regula el vínculo procedimiento-contrato. En cuanto a este tópico, existe una desarrollada bibliografía comparada<sup>668</sup>.

---

<sup>668</sup> Cfr. entre otros: BACA, Víctor (2005) *La invalidez de los contratos públicos*, Editorial Aranzandi S.A., Navarra; BALLESTEROS (1997) *La invalidez de los contratos*, en V.V.A.A. *Contratos de las administraciones públicas*, Abella, Madrid; BERMEJO, José (2008b) “Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público” en GIMENO, José María (Ed.) (2008), *El derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza; DÍAZ, José (2003) “De la invalidez de los contratos” en GARCÍA, Ricardo (dir), *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y la ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia; GALLEGU, Isabel (2008) “Efectos de la declaración de invalidez del contrato público” en *Contratación administrativa práctica*, núm. 76, págs. 43 a 53; GIMENO, José María (2009) “Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la validez e invalidez y su control en los contratos del sector público” ponencia presentada en *Seminario de Nulidad*, 7 de abril de 2009, Zaragoza s/e; PALOMAR, Alberto (2002) “La invalidez de los contratos” en JIMÉNEZ, Emilio (coord.) *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Editorial Aranzandi, Navarra; POUYAUD, Dominique (1991), *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris; REBELO DE SOUSA, Marcelo (1994), *O concurso público na formação do acto administrativo*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa; REBOLLO, Manuel (1996) “La invalidez de los contratos administrativos” en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, mayo de 1996, año XII, págs. 95 a 115; SAINZ, Fernando (1995) “Invalidez de los contratos de la Administración” en PENDÁS, Benigno (coord.) *Derecho de los contratos públicos*, Editorial Praxis, Barcelona; SANTAMARÍA, Juan (2004) “La invalidez de los contratos públicos” en *Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, págs. 365 a 396; TESO, Pilar (1997) “La invalidez de los contratos en la Ley 13/95 de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas” en *Actualidad administrativa*, núm. 36, 1997; TRILLO, Ramón (2001) “El control judicial de la contratación administrativa” en *Revista Justicia Administrativa*, núm. 10, enero 2001; VALAGUZZA, Sara (2004)

En el plano normativo, en el derecho español de los contratos públicos se prescribe que los contratos administrativos serán inválidos tanto por causas de Derecho Administrativo, como por causas de Derecho Civil<sup>669</sup>. En este caso se ordena que la invalidez de los contratos por causas reconocidas en el Derecho Civil, en cuanto resulten de aplicación a los contratos, se sujetará a los requisitos y plazos de ejercicio de las acciones establecidos en el ordenamiento civil, pero el procedimiento para hacerlas valer se someterá a lo previsto en la legislación administrativa<sup>670</sup>. Se aprecia aquí que se establece una cláusula abierta para la procedencia de las causales de nulidad civil, que la legislación no precisa, pero que cubre los aspectos civiles y administrativos que involucra el negocio jurídico.

La doctrina, por su parte, parece adaptarse pacíficamente a la aplicabilidad general de las reglas que establecen causales de nulidad. En este sentido, respecto de las causales de nulidad de Derecho Civil que corresponde aplicar, en virtud de la regla expresa que hace aplicable estas normas a los contratos de la Administración, se señala que, dado su carácter general no parece un tópico necesario desarrollarlo específicamente en materia de Derecho Administrativo<sup>671</sup>.

Por otra parte, en el derecho francés<sup>672</sup>, en general se señala que existe reticencia por parte del juez administrativo a aplicar el efecto anulatorio propio de la nulidad de derecho privado en materia de contratos administrativos, señalándose que priman

---

“Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXII, núm.1, marzo 2004, págs. 284 a 313.

<sup>669</sup> La Ley de contratos del sector público, 30/2007, de 30 de octubre, en su art. 31 reza: “Además de los casos en que la invalidez derive de la ilegalidad de su cláusulado, los contratos de las Administraciones Públicas [...] serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o los de adjudicación provisional o definitiva, por concurrir en los mismos alguna de las causas de Derecho Administrativo o de Derecho Civil a que se refieren los artículos siguientes”. En general, dicha ley constituye la adaptación de la legislación anterior a las directivas europeas sobre contratos públicos. Sin embargo, mantuvo las disposiciones relativas a nulidad, sin perjuicio de incorporar nuevos procedimientos de impugnación. Sobre los cambios introducidos cfr. GIMENO, José María (Ed.) (2008), *El derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza.

<sup>670</sup> Cfr. en España Ley de contratos del sector público, 30/2007, de 30 de octubre, art. 36.

<sup>671</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 768.

<sup>672</sup> Cfr. POUYAUD (1991) págs. 33 a 284, desarrolla los vicios del contrato para el Derecho Administrativo. Respecto de los vicios del consentimiento en materia de contratos, se han estimado aplicables principios formulados en el Derecho Civil, cfr. MODERNE (2005) pág. 157.

consideraciones de orden práctico, por sobre las soluciones basadas en estricta lógica jurídica<sup>673</sup>. En este orden de ideas, considerando que el contrato opera en el campo de las relaciones patrimoniales y operaciones materiales, no se aplica plenamente el efecto propio de la nulidad, que es hacer volver a las partes al estado anterior a la celebración del contrato<sup>674</sup>. En este sentido, precisamente, con respecto al vínculo procedimiento-contrato, al concernir con la “teoría de los actos separables”, se establece una estricta diferenciación entre los actos administrativos que componen el procedimiento administrativo contractual y el contrato mismo<sup>675</sup>, de modo que la estimación del recurso por exceso de poder contra los actos del procedimiento administrativo que se consideran separables, deja subsistir formalmente el vínculo contractual<sup>676</sup>.

En el derecho italiano, se ha impuesto la orientación contractualista, contraria a codificar en una normativa de carácter general los principios especiales para la actividad contractual de la Administración del Estado, sin perjuicio de reglas especiales. Ello no implica la falta de toda la problemática relativa a la especialidad de la Administración contratante, entre otros, el referido a los procedimientos de naturaleza pública para la celebración de contratos<sup>677</sup>. En especial, con respecto al vínculo procedimiento contrato, el problema ha sido largamente discutido, y uno de los criterios indica que el fundamento legal del negocio jurídico se encuentra en el acto administrativo, por lo que la anulación de éste implica la invalidez aquél, aunque en un momento se sostuvo que el vicio del negocio

---

<sup>673</sup> Cfr. POUYAUD (1991) págs. 550 y 551.

<sup>674</sup> Cfr. POUYAUD (1991) pág. 551.

<sup>675</sup> Cfr. *infra* IV.3.

<sup>676</sup> Cfr. REBOLLO (1996) pág. 111, sobre este tópico, con mayor detalle cfr. *infra* IV.3.2.

<sup>677</sup> BENEDETTI, Aretta y ROSSI, Giampaolo (1997) “La actividad contractual de la Administración Pública en Italia”, en *Documentación Administrativa*, (trad. cast. De Jesús Fuentetaja) núms. 248 y 249, pág. 408. Asimismo se señala que en derecho italiano se ha afirmado el principio según el que en los contratos en que es parte la Administración, la norma civil es aplicable en tanto no venga limitada por una expresa y diferente regulación pública, *ibidem*, pág. 417.

jurídico debe hacerse valer ante el juez<sup>678</sup>, y en otro posterior que se sostuvo que el contrato se extingue automáticamente en virtud de la nulidad de la adjudicación<sup>679</sup>.

A mi juicio, la necesidad de una regulación específica para la nulidad del contrato de la Administración, en virtud de las que se verifican diseños y reglas expresas en el derecho comparado de referencia, se fundamenta sobre la base de la heterogeneidad del contrato de la Administración del Estado.

Ahora bien, el ordenamiento jurídico chileno no establece una reglamentación especial para la nulidad del contrato de la Administración. Cabe señalar que, dicha carencia de reglas generales en la contratación pública, especialmente formuladas, no es exclusiva del régimen de nulidad, sino que se halla en el contexto de la falta una legislación general promulgada específicamente para los contratos públicos. Precisamente, la falta en nuestro sistema, de una reglamentación general para los contratos de la Administración, conduce a la convergencia de regímenes disponibles, en general, para la determinación las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes (*i.e.* norma de competencia completa), de validez del contrato de la Administración (cfr. *supra* II). Así, la situación de convergencia de regímenes se verifica, en general, en todos los aspectos del régimen jurídico de la contratación administrativa, referido al poder contractual y, de este modo, a la validez del contrato. Sin embargo, en el contexto de convergencia en validez, nuestro ordenamiento jurídico carece de una regulación especial y adecuada para la nulidad, conforme a la dicotomía de la institución.

En este contexto, como criterio de aplicabilidad, al contrato de la Administración, en cuanto institución heterogénea, a priori, por una parte, le sería aplicable el Derecho Civil a los elementos civiles, y por otra, el Derecho Administrativo a los elementos administrativos. Sin embargo, el problema es algo más complejo, sobre todo considerando la denominada “zona común” a los contratos privados y administrativos, esto es, el

---

<sup>678</sup> Cfr. BENEDETTI y ROSSI (1997) pág. 420.

<sup>679</sup> Cfr. MARCHETTI, Barbara, “Annullamento dell’ aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXVI, núm.1, marzo 2008, págs. 98 y 135, sobre este tópico también v. VALAGUZZA, Sara (2004) “Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXII, núm.1, marzo 2004, págs. 284 a 313.

procedimiento administrativo contractual de formación de la decisión de contratar. Esta zona común constituye un elemento homogéneamente administrativo, según que sus efectos en la validez del contrato se encuentran regulados por el Derecho Administrativo. El problema surge, a este respecto, en el tópico de la nulidad del contrato, en razón de que en el Derecho Administrativo no se encuentra establecida la trascendencia de un vicio de procedimiento en la nulidad del contrato, ni en el Derecho Civil, expresamente, al menos.

La doctrina nacional, en general, sostiene que inciden en el “contrato administrativo”, tanto las causales de nulidad administrativa, así como las propias del derecho común<sup>680</sup>. Pero este planteamiento, a mi entender, complejiza aún más el problema, puesto que no está claro bajo qué régimen se reglamentará dichas causales. Así, si se sostiene que cada causal se aplica con su régimen propio, tendríamos dos estatutos diversos, con consecuencias disímiles, por ejemplo, en cuanto a la prescripción de la acción.

Este planteamiento, en general, parece correcto, en el sentido de que en el contrato de la Administración concurren elementos de validez civiles y administrativos, por lo que, en principio, a éste le serían aplicables ambos regímenes de nulidad. Pero cabe precisarlo, pues el vacío respecto al contrato no se soluciona de tal modo, sino que se agrava, considerando que, en principio, los regímenes de nulidad disponibles no se adecuan al carácter complejo de la validez del contrato de la Administración. Situación que se verifica, en nuestra jurisprudencia, según la configuración que ha alcanzado el sistema de nulidades privadas y públicas, conjuntamente considerados como escindidos, lo que a mi entender no permite que éstos se adecuen a la heterogeneidad del contrato de la Administración<sup>681</sup>.

---

<sup>680</sup> Cfr. MORAGA, Claudio (2007) págs. 276 y 277. Este autor escribe: “nada impide que un contrato administrativo se extinga por declararse a su respecto que se encuentra viciado de nulidad, sea de Derecho Común o de Derecho Público”.

<sup>681</sup> Cfr. *supra* III.2 y III.3.



## 1.2. Validez compleja y nulidad en la relación jurídica contractual de la Administración

En todo vínculo contractual se presenta el binomio sujeto pasivo - sujeto activo (frecuentemente en posiciones recíprocas), los que autónomamente han promulgado el contrato, constituido por normas jurídicas particulares que establecen obligaciones. Para que el contrato sea válido, los sujetos requieren de estar dotados de poder para crear el vínculo jurídico obligacional. Las normas de competencia, en general de derecho privado, confieren este poder (cfr. *supra* III.1).

Una clase de relación contractual son los contratos de la Administración, incluyendo los contratos privados de la Administración y los contratos administrativos<sup>682</sup>. Tienen en común estos contratos que hay normas especiales que atribuyen competencia y de actualización del poder, al menos para el sujeto público. Es frecuente que en los contratos administrativos estos requisitos especiales se presentan para ambos sujetos como, por ejemplo, que el sujeto privado esté inscrito en un registro especial o que presente ciertos estándares de cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social<sup>683</sup>.

En los contratos de la Administración, se debe considerar la validez administrativa general y la reglamentación especial que se establece para los contratos administrativos *estricto sensu* y para los contratos privados de la Administración. Así, cada contrato tendría sus requisitos de validez especiales, aparte de los generales derivados del Código Civil. El examen de si se ha o no actuado con poder o si éste se ha o no actualizado correctamente se verifica respecto de la norma de competencia completa<sup>684</sup>, con sus elementos pertenecientes al Derecho Civil y Administrativo, según corresponda.

---

<sup>682</sup> Cfr. *supra* II.1.

<sup>683</sup> Cfr. Ley núm. 20.407 de 2009, de presupuestos del sector público para el año 2010, art. 6°, inc. 5°, que reza: “Las instituciones privadas, cualquiera sea su naturaleza, al momento de contratar con el Estado deberán acompañar un certificado de cumplimiento de obligaciones laborales y de remuneración. En el evento que la institución privada se encuentre incorporada en algún registro por incumplimientos laborales o de remuneraciones, o bien no acompañe los referidos certificados en el momento correspondiente, no podrá contratar con el Estado mientras no subsane el incumplimiento que la afecte”.

<sup>684</sup> Para la noción de norma de competencia completa cfr. *supra* III.1.

Cuando hablamos de validez nos preocupamos por las reglas de competencia que van regir la descripción institucional de la relación jurídica contractual<sup>685</sup>. Estas reglas serán de la misma pertenencia de las que rige el contrato de un modo homogéneo, o bien, podrían ser marcadamente heterogéneas, como ocurre con los denominados contratos privados de la Administración, que, sin perjuicio del núcleo público original, alcanzan una descripción institucional de derecho privado<sup>686</sup>.

Para que el resultado del juicio de validez sea positivo se deben observar tanto las normas que confieren poderes de derecho público, así como las reglas de derecho privado, para que, de este modo, se configure la validez compleja del contrato. Si el resultado es negativo, y la norma que confiere el poder que no se ha observado es de derecho público, será invalidez de derecho público. Si el resultado es negativo, y la norma que confiere el poder que no se ha observado es derecho privado, será invalidez de derecho privado. Ambos resultados interesan para, determinar, una vez esclarecida la invalidez, qué ocurrirá con la nulidad, entendida como mecanismo institucional de depuración de actos inválidos<sup>687</sup>.

Así, es complejo determinar el estatuto de nulidad. Cuando hablamos de nulidad nos preocupamos por las reglas que van regir la impugnación de la validez y la consecuente declaración de privación de efectos del vínculo jurídico contractual. Estas reglas deberían ser de la misma clase (pública o privada) de las que rigen la relación jurídica, pues si esto ocurre con la validez, otro tanto sucede respecto de la nulidad. Sin embargo, no todo determinado estatuto de validez, tiene como espejo un régimen legal de nulidad exhaustivo y expresamente formulado, tal es el caso de los contratos de la Administración.

Al respecto cabe preguntarse por el régimen de nulidad aplicable, por ejemplo, si se ha ejercido inválidamente un poder público en caso que se verifique un vicio de consentimiento. Acerca de ello cabe considerar que no hay reglas de vicios del

---

<sup>685</sup> Cfr. *supra* III.1.

<sup>686</sup> Algo similar ocurre con respecto de ciertos contratos administrativos, como los de suministro, que se definen en relación, a *e.g.*, la compraventa de derecho privado, cfr. LCASYPS, art. 2°. “Para los efectos de esta ley se entenderá por contrato de suministro el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles”.

<sup>687</sup> Cfr. III.1.

consentimiento en Derecho Administrativo (si de formación del consentimiento, todo lo contrario a lo que ocurre en el Código Civil). En este caso, resultaría errado sostener que el acto es válido, como asimismo sostener que es inválido de derecho privado. A mi juicio, ocurre que las reglas civiles de vicio del consentimiento han resultado aplicables, en una materia propia de Derecho Administrativo<sup>688</sup>.

En el contrato de la Administración, del hecho que hayan operado normas públicas y privadas para la validez, se sigue que, en consecuencia, debería regir lo mismo para nulidad, o en otras palabras, la validez compleja determina la necesidad de la formulación de un régimen de nulidad complejo, según se propone en los siguientes apartados.

### 1.3. *Nulidad adecuada a la validez del contrato de la Administración: convergente*

En general, un régimen de nulidad adecuado necesariamente observa los caracteres propios y específicos de los actos sobre que recae. A esto apunta, *e.g.* en Chile la construcción dogmática de la nulidad de derecho público y los diseños legislativos o jurisprudenciales para los contratos de la Administración en derecho comparado. Este trabajo, va en orden a determinar el sistema aplicable de nulidad, según corresponde a la naturaleza heterogénea del contrato público. Los argumentos atienden a la composición compleja del contrato de la Administración, según la naturaleza de los actos<sup>689</sup>.

Ahora bien, dado que ninguno de los regímenes jurídicos disponibles sería idóneo por sí solo (cfr. *supra* III.2 y III.3.) para regular íntegramente la nulidad del contrato de la Administración del Estado, se requiere que ambos ordenamientos concurren o converjan en el régimen de nulidad de la institución. En este contexto, sería al menos conveniente

---

<sup>688</sup> En este sentido, MODERNE (2005) págs. 157 y 158 señala que “aunque la redacción de las sentencias no sea demasiado explícita, esto no excluye el uso, por el juez administrativo, de nociones o de técnicas provenientes del Código Civil remitiéndose a los principios enunciados en este Código, principios que constituyen una especie de base común al derecho público y al derecho privado. Podríamos recordar, indudablemente, en este contexto, la jurisprudencia administrativa sobre vicios del consentimiento en materia de contratos”. Cabe señalar que este autor, explica este fenómeno mediante el recurso a los principios, considerados comunes al Derecho Civil y al Derecho Administrativo. Sobre ese tópico en particular cfr. *supra* III. 2.4.2.

<sup>689</sup> A mi juicio, no es necesaria una teoría unitaria de regímenes de nulidad aplicables a todo el derecho. Sin embargo, sí es necesaria una determinación del régimen aplicable en zonas grises o complejas.

determinar un régimen anulatorio complejo, en lo que se refiere al contrato de la Administración. Ahora, respecto de cómo sea ese régimen, a mi juicio, debería reconocer a las dos clases de actos que contiene. Por ello, para ser adecuado, debe estar compuesto por reglas que se refieran a la nulidad, que sean coherentes con las reglas de competencia que le otorgan efecto institucional.

El problema, en este punto consiste en que un régimen complejo, no se encuentra disponible en nuestro sistema, pues el semblante que se ha configurado en el sistema de nulidades privadas y públicas es el de estimarlos como totalmente escindidos, lo que produce que el sistema en su conjunto claudique, como se expresará en el siguiente apartado.

#### 1.4. *Sistema dual de nulidad claudica en los contratos de la Administración*

De la concepción de nuestro derecho de la nulidad de derecho privado y de la nulidad administrativa, según sus diferencias y tensiones<sup>690</sup>, se deriva que tales regímenes corresponden para instituciones diversas, y ninguno para instituciones complejas como el contrato de la Administración, respecto de los que es necesario que un régimen de nulidad considere en lo fundamental, dos aspectos. El primero consiste en que la reglamentación considere el núcleo público (principalmente órgano y procedimiento administrativo) que actúa en ejercicio de un poder público o privado de contratación. El segundo, es que se reconozca la bilateralidad o el núcleo obligacional (que, en los contratos administrativos, se cubre con el marco jurídico público, una relación jurídica sólo comprensible desde el derecho de las obligaciones<sup>691</sup>).

En este contexto, por una parte, la nulidad administrativa reconoce la primera necesidad: el núcleo público, pero deja de lado el aspecto privado, lo que es connatural, pues ésta atiende a la nulidad de un acto de poder (heterónimo) y no de sometimiento a ley del contrato. Así se aprecia de la normativa constitucional y toda la dogmática a su

---

<sup>690</sup> *e.g.* en materia de prescripción, cfr. III.3.6 *in fine*.

<sup>691</sup> Sobre esta idea, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 61.

alrededor<sup>692</sup>, que no reconoce la estructura contractual<sup>693</sup>. De ello se sigue que la nulidad de derecho público, no se ha construido para la nulidad de las obligaciones contraídas por la propia Administración del Estado<sup>694</sup>. Pero si cabe considerar el interés general que la fundamenta, que en el contrato de la Administración, se trata de una faz del interés general<sup>695</sup> diverso al que interviene en la contratación entre privados<sup>696</sup>, porque en tal caso es la Administración del Estado, quien mediante el contrato procura satisfacerlo directamente.

Por otra parte, la nulidad patrimonial de derecho privado, reconoce la segunda necesidad, la faz contractual, pero dejaría parcialmente de lado el aspecto público<sup>697</sup>. Lo anterior en razón de que las reglas civiles, de no modularse, no reconocerían al sujeto público en la habilitación del poder, que exige que la actualización del poder se perfeccione mediante el procedimiento administrativo contractual.

De este modo, ni uno ni otro derecho bastarían, de aplicarse lisa y llanamente, para comprender adecuadamente los poderes involucrados, de lo que se sigue que, si bien se requiere de uno u otro para regular la nulidad, ninguno es exhaustivo. A mayor abundamiento, cabe considerar, que más que dualidad de regímenes se produce también escisión, fenómeno que se verifica especialmente en materia de causales de nulidad<sup>698</sup>. En

---

<sup>692</sup> cfr. *supra* III.3.

<sup>693</sup> Estructura normativa autónoma, que se perfecciona por el consentimiento de la Administración del Estado y un particular.

<sup>694</sup> Así, lo entiende la jurisprudencia, como se demuestra en *Junta de Vecinos de Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007). En este caso se entendió que se había entablado la acción de nulidad de derecho público, la que, según se falló, no es la pertinente para impugnar el contrato.

<sup>695</sup> Cfr. *supra* II.3.2.2.

<sup>696</sup> En materia contractual privada, el interés general a efectos de validez, se trata, básicamente de que los contratos no contravengan el orden público, mediante la técnica del objeto ilícito y la causa ilícita. Así, en el caso de la nulidad absoluta, se trata del interés general que interviene en la contratación entre particulares, cfr. III.2.4.3.

<sup>697</sup> El que en razón del carácter creativo de las reglas civiles es posible de contemplar mediante las mismas, cfr. *supra* III.2.4.

<sup>698</sup> En particular, respecto de la causal de nulidad por objeto ilícito contrario al derecho público, art. 1462 Código Civil (cfr. *infra* IV.2).

efecto, en los casos *Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble*<sup>699</sup>, *Harb con Servicio de Impuesto Internos*<sup>700</sup>, *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar*<sup>701</sup>, *Vergara con Municipalidad de Vichuquén*<sup>702</sup>, se constata la escisión que la jurisprudencia sienta entre uno y otro régimen, declarando sus respectivos campos de aplicación, como parcelas incomunicadas. Así, la jurisprudencia ordinaria, comprende a los regímenes de nulidad, civil y administrativo como compartimentos estancos, regímenes que según la naturaleza del contrato de la Administración del Estado, deberían considerarse en conjunto.

Así la jurisprudencia, por una parte, descarta la aplicación del Código Civil en materia de causas de nulidad de actos administrativos y por otra parte, descarta la aplicabilidad de la nulidad de derecho público a actos de la Administración regidos por el derecho privado<sup>703</sup>, en zonas fronterizas de regulación pública o privada. Esta dualidad de regímenes totalmente escindidos conduce a consecuencias poco deseables, en la práctica

---

<sup>699</sup> Cfr. *Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble* (2001) donde se falló que “la nulidad es una sanción que el legislador contempla para la omisión de los requisitos que la ley establece para que un determinado acto jurídico sea válido o para aquellos actos en que se contraviene una ley prohibitiva, pero esta sanción no se hace extensiva a los decretos, reglamentos y otras disposiciones de orden general dictadas por las autoridades administrativas, que sólo tienden a facilitar la aplicación de las leyes”.

<sup>700</sup> Cfr. *Harb con Servicio de Impuesto Internos* (2000), se falló que “la nulidad regulada por el Código Civil es una nulidad de derecho privado, respecto de actos o declaraciones de voluntad ejecutados por particulares. La nulidad de los actos de autoridad, en cambio, es de derecho público y se rige por lo establecido en el artículo 7° de la Constitución Política de la República [...] Por consiguiente, tratándose en la especie de un acto de autoridad, no cabe aplicarle a éste el artículo 1462 del Código Civil”.

<sup>701</sup> *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007). Fallo, en que a pesar de establecerse que el contrato privado es consecuencia de actos administrativos, no se declara la nulidad del contrato, aún habiéndose constatado la nulidad de aquellos. En este caso se entendió que se había entablado la acción de nulidad de derecho público, la que, según se falló, no es la pertinente para impugnar el contrato. El considerando 7° del fallo reza “conforme a lo anterior su impugnación debe centrarse en la normativa del estatuto al cual pertenece, esto es el Derecho Privado, y así determinar si la convención en estudio es nula, ya sea en forma absoluta o relativa de acuerdo al vicio que le afecte y se alegue, conforme al Código Civil”.

<sup>702</sup> *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001).

<sup>703</sup> Asimismo, se limita el alcance de la nulidad pública, y se ha fallado que no es el mecanismo establecido para anular las actuaciones de la Administración del Estado que se rigen por el derecho privado cfr. *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007). Cabe señalar, que esto ocurre, a pesar de que en materias de prescripción (cfr. *supra* III.3.7.1), no sin dificultades, se acepta la aplicabilidad del Código Civil.

jurídica de la nulidad, en su aspecto institucional, esto es, que actos inválidos soportan la eficacia de actos y contratos de la Administración<sup>704</sup>.

A mi entender, esta concepción de la aplicabilidad de las reglas de nulidad resultaría insatisfactorio para los requerimientos que se derivan de la heterogeneidad del contrato de la Administración. De modo que, el sistema de nulidades de la manera en que se aplica en el derecho chileno, claudica en los campos de regulación común o compartida, donde se presentan instituciones con elementos públicos y privados. Dicho esquema escindido no se adecua al contrato, ya que éstos presentan elementos públicos y elementos privados. Así, ninguno de los regímenes disponibles, de plantearse como un régimen aislado a la influencia del otro (como lo ha aplicado nuestra jurisprudencia), satisface, a mi entender, los requerimientos de un régimen de nulidad adecuado para la institución, entonces, el sistema en su conjunto claudica.

En este contexto, es deseable una comunicación entre los regímenes disponibles, para que se satisfagan los requerimientos de un régimen complejo. En este sentido, una posible solución pasaría por encontrar un régimen exhaustivo que reconozca la heterogeneidad de la institución. Sin embargo, ello sólo es posible de extraer desde dentro de los regímenes disponibles, agregando a alguno de estos, algún elemento que permita reconocer ambos núcleos dogmáticos (Derecho Civil y Derecho Administrativo), comunicación que se debe determinar dogmáticamente de la interpretación del sistema, esto es de *lege data*, descartando la escisión, interrelación que, a mi entender procede, según lo que se expresará en los apartados siguientes.

### 1.5. *Convergencia mediante la aplicabilidad de las reglas civiles*

La falta de disposiciones legales que, en especial, regulen la nulidad del contrato de la Administración del Estado, conduce a analizar la aplicabilidad de alguno de los sistemas disponibles, para integrar el vacío. Ahora bien, aplicar lisa y llanamente alguno de los regímenes disponibles no sería adecuado para enfrentar la dicotomía de la institución. Sin

---

<sup>704</sup> e.g. *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007) y *Vergara con Municipalidad de Vichuquen* (2001).

perjuicio de ello, es posible sostener la integración de un régimen, según lo que se expresa en los párrafos siguientes.

Corresponde entonces, averiguar qué ocurre, en concreto, con la interrelación de los regímenes disponibles de nulidad, en orden a determinar si es posible que en uno de ellos se puedan reconducir los elementos, que pertenecientes al otro, resultan relevantes para el contrato de la Administración. En este sentido, si los caracteres que requiere un régimen *adecuado* de nulidad se encuentran presentes en los regímenes disponibles, el paso siguiente es ensayar la aplicabilidad adecuada de uno de los regímenes disponibles.

Se opta por el Código Civil, según la naturaleza creativa de sus reglas, pues, como se ha expuesto, en las reglas civiles se halla una densidad normativa construida para contratos, dotadas de potencia creativa<sup>705</sup> (con respecto a una nulidad administrativa que presenta escasa densidad normativa<sup>706</sup>, construida para actos heterónomos del poder público<sup>707</sup>, y difícilmente aplicable a la lógica contractual), que admite la aplicación de éstas en diversos contextos, posibilitando la modulación de las mismas, mediante el Derecho Administrativo<sup>708</sup>. Justamente, al ser estas reglas modulables, contribuyen determinar su aplicabilidad.

Al respecto, cabe considerar las problemáticas propias de la relación normativa Código Civil – Derecho Administrativo. En este contexto, se expresó que el Derecho Civil

---

<sup>705</sup> Cfr. *supra* I, y III.2, respecto de la que es posible argumentar su aplicabilidad en materias administrativas, más aún será posible de hacerse respecto de materias complejas, civiles y administrativas. El carácter creativo de las reglas civiles en general, se basa en el carácter abstracto de las codificaciones civiles, así *e.g.* FLUME (1998) pág. 67, señala que “las disposiciones del BGB sobre los negocios jurídicos abstraen completamente el contenido del negocio jurídico” lo que, a mi juicio, se puede postular en general respecto la regulación de los actos y declaraciones de voluntad, y en especial de las reglas de nulidad del Código Civil chileno.

<sup>706</sup> En este tópico cabe tener presente la falta de disposiciones legales que regulen la nulidad administrativa, cfr. *supra* III.3.

<sup>707</sup> Cfr. *supra* III.3.

<sup>708</sup> En este sentido, se señala que “en la medida en que el Código Civil se presenta como gran ancestro –y modelo– de una codificación racional del derecho moderno, es normal que el juez administrativo (quien no dispone de una herramienta de referencia comparable, sumamente necesaria, en su campo de competencia) tiene a veces la tentación de recurrir a éste cuando la semejanza de las situaciones lo justifica [...] la alta jurisdicción administrativa se estima a sí misma como habilitada para ir a buscar en el Código Civil tal o cual principio que ella considera que tiene su lugar en la disciplina vecina del derecho público de las obligaciones”. MODERNE (2005) pág. 156.



es aplicable en contextos administrativos siempre que ello sea admitido tanto por (1) la naturaleza de la institución, como por (2) el carácter de las reglas, según el siguiente criterio: las reglas civiles, bajo ciertas condiciones resultan aplicables en Derecho Administrativo; estas condiciones dependen tanto de la materia a que se aplique, como de la norma posiblemente aplicable<sup>709</sup>. Por una parte, la institución o materia tiene que permitirlo (en general, lo patrimonial para la Corte Suprema); y por otra parte, la norma debe tener caracteres creativos y abstractos.

En cuanto a lo primero, se expuso el carácter obligacional del contrato de la Administración, los que constituyen convenciones autónomas, en las que siempre hay una previa decisión de carácter público que recae en el ejercicio de un poder contractual que, independiente del régimen jurídico particular del contrato, cuando la Administración del Estado contrata, es necesario observar, en cuanto al fondo, el interés general, y con respecto a la forma, con procedimientos administrativos, para la validez de la decisión final<sup>710</sup>, y en fin del contrato. En este contexto, los actos dictados por la Administración del Estado, en el procedimiento contractual presentan la estructura de la actuación de un poder unilateral, que queda bajo el Derecho Administrativo, con respecto a las normas de atribución y actualización del poder. Sin embargo, la validez del contrato privado y administrativo *stricto sensu* se encuentra también en normas de competencia contractuales, o de estructura contractual; presentando, de este modo el contrato de la Administración, un carácter complejo, esto es, contractual, pero modulado administrativamente (cfr. *supra* II.4).

En cuanto a lo segundo, ya se ha constatado que en nuestro derecho, se ha entendido que la nulidad de Derecho Civil y la nulidad administrativa constituyen sistemas anulatorios diversos, adecuados a los elementos que estructuran los actos para los que se establecen respectivamente. De modo que, no obstante presentar similar concepto, como mecanismo destinado a depurar del ordenamiento jurídico normas jurídicas inválidas<sup>711</sup>, se trata a la nulidad de los actos y contratos del Código Civil y a la nulidad administrativa,

---

<sup>709</sup> Este es, básicamente el criterio que sigue la Corte Suprema, cfr. *supra* III.3.6 *in fine*.

<sup>710</sup> Cfr. *infra* IV.2.

<sup>711</sup> Cfr. *supra* III.1.

como instituciones diversas y distantes, con diverso régimen de requisitos, acción y consecuencias<sup>712</sup>. Tal dicotomía, da lugar a tensiones respecto del régimen de nulidad de los contratos de la Administración, supuesto medianero de regulación pública o privada.

Junto con lo anterior, se ha tomado posición, con respecto al carácter creativo de las reglas de nulidad del Código Civil y su potencialidad de aplicación a contratos, por su formulación abstracta. En este sentido, cabe señalar que la posible objeción a la aplicabilidad de las reglas civiles basadas en la naturaleza de los actos, no se sostiene del todo, y decae en materia de contratación pública, pues según se estableció, tal institución presenta un carácter heterogéneo, en donde cabe considerar tanto elementos civiles, así como administrativos. Materia, en la que los tópicos públicos y privados necesariamente se deben observar en la formulación de un régimen de nulidad.

En este estado, a mi entender, las reglas civiles de nulidad resultan aplicables al contrato de la Administración, pues se cumplen con los dos supuestos que exige el criterio preponderante en nuestro derecho, y expuesto más arriba; a saber: la institución se presenta compleja, civil y administrativa, en cuanto las normas que confieren el poder de contratar, con tendencias fuertes hacia la autonomía normativa de derecho privado. Respecto del segundo requisito, las reglas civiles de nulidad se presentan creativas<sup>713</sup>, como es el carácter del género de las reglas civiles, y en particular de las reglas de nulidad, las que se encuentran formuladas para la generalidad de los contratos<sup>714</sup>.

En este estado de cosas, la situación del sistema claudicante sería sólo en principio, puesto que, en una interpretación que considere la integración de los vacíos, mediante la aplicación ajustada de las reglas del Código Civil, podrían satisfacerse las necesidades heterogéneas del contrato. En este contexto, se expuso antes, que de aplicarse lisa y llanamente, las reglas civiles, de no modularse, claudicarían frente al contrato de la Administración. Se expreso que en principio, según que, a mi entender, existen ciertos

---

<sup>712</sup> Cabe considerar que, además, se plantea la radical oposición entre uno y otro régimen de nulidad, sin posibilidad de entrecruzamiento, cfr. por todos, *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007) y cfr. *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001).

<sup>713</sup> Sobre tal carácter de las reglas civiles en general, cfr. BARROS (2005) pág. 154.

<sup>714</sup> Cfr. *supra* III.2.4.

elementos que componen el sistema civil de nulidad, que permitirían reconocer el componente público de la heterogénea validez del contrato de la Administración. De ser así, el Código Civil, junto con ser el régimen propio para la nulidad contractual privada, admitiría la posibilidad de reconocer la dogmática administrativa, a efectos del contrato de la Administración. De modo que, a nuestro juicio, la concurrencia de elementos privados y públicos, exigida por la heterogeneidad del contrato, se obtiene de una interpretación del sistema de nulidad del Código Civil, ajustado o modulado por el núcleo administrativo.

En este orden de ideas cabe destacar que, el Código Civil en materia de obligaciones en general y de los contratos, y en especial para los actos bilaterales<sup>715</sup> establece una reglamentación que consiste, principalmente en normas que rigen el poder contractual de derecho privado, con presidencia del contenido del acto o contrato. En especial, la nulidad civil se aviene con más con la noción de contrato, al considerarse como un modo de extinguir las obligaciones. Lo que unido, al carácter creativo de sus normas permite argumentar la aplicabilidad de tales reglas, de manera que se supera la escisión, y a la vez se reconoce la heterogeneidad. Lo anterior, toda vez que a las reglas de nulidad del Código Civil, no constituyen un sistema clausurado que aparte completamente las consideraciones de derecho público.

Así, no obstante de la falta de disposiciones que expresamente resuelvan el problema (de la aplicabilidad y existencia de un régimen adecuado de nulidad), una apropiada interpretación de las normas del Código Civil, complementado con nociones provenientes de la nulidad administrativa, permitiría interpretar, desde el derecho vigente, un régimen adecuado de tratamiento de la nulidad del contrato de la Administración, o al menos sentar las bases para ello.

Ahora bien, aunque en el derecho de los contratos de la Administración se impone la lógica contractual en el contenido (obligaciones recíprocas) y en la formación del contrato (concurren dos voluntades a formar el consentimiento propio de toda convención),

---

<sup>715</sup> Cfr. Libro IV, “De las obligaciones en general y de los contratos”, DOMÍNGUEZ (1977) pág. 22, señala que “la ley ha previsto todo un estatuto general para los negocios bilaterales que, entre nosotros, se encuentra a propósito de los contratos o convenciones, como dice la ley (Arts. 1438 y sgts.), estatuto que no es enteramente aplicable a los unilaterales. Muchos de estos tienen un estatuto jurídico propio (el testamento, Arts. 999 y sgts)”.

antes ha habido un núcleo de derecho público en la decisión de contratar. Desde luego materialmente se trata de un asunto público, en que se debe observar el Derecho Administrativo, y al ser la nulidad una consecuencia establecida para la omisión de los requisitos de validez<sup>716</sup>, caben en ella los correspondientes al núcleo público.

En especial, en lo sucesivo, se examinan aspectos especiales acerca de como la concurrencia o convergencia exigida por la heterogeneidad del contrato, se obtiene de la interpretación del sistema de nulidad del Código Civil<sup>717</sup>. En este sentido, con respecto a los tópicos en que la nulidad civil no reconoce aspectos administrativos, se dispone de la alternativa de integrar o, bien modular las reglas civiles, con principios y reglas de Derecho Administrativo<sup>718</sup>.

Las reglas de nulidad del Código Civil, permitirían recoger<sup>719</sup>, complementadas por la dogmática de la nulidad administrativa, un régimen adecuado de nulidad para los contratos de la Administración del Estado. Así, según el carácter contractual de la institución, y en atención a la intervención de la Administración como sujeto público reglado, se plantea que las reglas sobre nulidad que se aplican al contrato de la Administración, son las que rigen para los contratos de derecho privado, si bien es necesaria una adecuación de las mismas con nociones provenientes de la nulidad administrativa. A mi juicio, de esta manera, se puede enfrentar adecuadamente la dicotomía del contrato, configurando un régimen de nulidad sobre la base del sistema de nulidad que constituyen las reglas civiles.

Ahora bien, aunque determinar como opera institucionalmente la nulidad, por no cumplir con los requisitos de validez del contrato, en este planteamiento, es asunto entregado al régimen de nulidad del Código Civil, este régimen debe modularse según las

---

<sup>716</sup> Cfr. *supra* III.1.

<sup>717</sup> En general cfr. *supra* III.2.4.

<sup>718</sup> En derecho comparado, en este sentido, FLUME (1998) pág. 67, respecto del BGB señala que “siempre hay que comprobar si la relación del contenido del contrato con el interés público no requiere de una especial regulación diferente a la de las normas del BGB”.

<sup>719</sup> Como soporte a este orden de ideas, cfr. MODERNE (2005) pág. 56, donde escribe acerca de la consagración, por parte del Consejo de Estado, de principios específicos del derecho privado de las obligaciones en materia de contratación administrativa.

reglas de validez administrativa, en aquellos aspectos especiales de Derecho Administrativo.

Precisamente cabe cuestionar si el sistema civil reconocería la fase precontractual por sí mismo. A mi entender, aquí no se ajustaría contingentemente, del estado de la jurisprudencia, mas sí conceptualmente, pues sus normas poseen la potencia, de ser interpretadas en el sentido de reconocer la fase precontractual<sup>720</sup>. En este orden de ideas, es evidente que el Código Civil no reconoce, sin mediar modulación administrativa, la formación de la voluntad mediante procedimientos reglados, compuestos, al menos en parte, por actos fundados. En materia civil la causa, entendida como motivo (art. 1467 Código Civil), se presume, en cambio, en Derecho Administrativo, la motivación es uno de los requisitos del acto administrativo<sup>721</sup>, consistente en que los motivos en la voluntad administrativa, en sus fundamentos de hecho y de derecho (ya que se trata de ejecución de norma y no autonomía de la voluntad), se deben expresar en el acto de adjudicación<sup>722</sup>.

En razón de lo anterior, se presenta como una solución adecuada considerar la concurrencia de los elementos pertinentes de la validez administrativa, mediante el sistema establecido en el Código Civil. En especial, todo lo que corresponde a la atribución del poder, competencia y forma de actualización del mismo, se regirá por el derecho público, lo mismo en cuanto a la coherencia con la normas superiores, vía eso sí reenvío de las reglas civiles, ya que las reglas de nulidad de derecho público no contemplan, al menos expresamente, esa exigencia como causa expresa de nulidad. Del mismo modo, todo lo que corresponda a la técnica anulatoria, se sostiene su reglamentación por medio de las reglas civiles, sin perjuicio de considerar una interpretación de acuerdo a principios y reglas de derecho público, *e.g.* en lo que dice relación para la legitimidad activa de la acción de

---

<sup>720</sup> En tensión se encuentra el artículo 13 de la LBPA y el art. 1683 del Código Civil, en relación con los principios de conservación del acto administrativo y no formalización del procedimiento administrativo, sobre estos, cfr. JARA (2004) págs. 125 a 176, cfr. *infra* IV.3.

<sup>721</sup> Cfr. BOLOÑA, Germán (2007) *El acto administrativo*, Lexisnexis, Santiago, págs. 164 a 168; SILVA, Enrique (1995) *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 112 a 114.

<sup>722</sup> Lo dicho se aplica a la expresión de la causa y no a la causa misma, ya que el contrato tendrá la causa legal o típica expuesta en la ley, que como causa final consiste en la satisfacción del interés público, cfr. DE SOLAS José María (1990) *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, págs. 22 y sgts.

nulidad.

Este régimen de nulidad modulado, además sería unitario, pues en todo contrato de la Administración (privado o administrativo), el acuerdo de voluntades (como acto, y como norma o régimen jurídico) presenta estructura contractual, y en los procedimientos administrativos se observa la forma lógica de actuación de un poder público unilateral. Verificándose la intervención de un poder público reglado, que debe ser competente (en materia, grado y territorio<sup>723</sup>), estar investido legalmente, y ejecutar norma (donde sería posible comprender el respeto por la *lex superior*), contexto conocido como “zona común del contrato de la Administración”. De este modo, además, se avanza hacia el tratamiento de la validez de los contratos de la Administración por cuerda única, lo que introduce un cambio con respecto a la jurisprudencia<sup>724</sup>.

Esta modulación de la nulidad contractual civil, se concreta, en lo especial<sup>725</sup>, fundamentalmente por dos aspectos. El primero se refiere a la potencial aplicabilidad de la regla de vicio de nulidad por contravención al derecho público<sup>726</sup>. El segundo se refiere al complemento de las nociones de nulidad derivada y nulidad refleja, con respecto a la zona común<sup>727</sup>.

## *2. Alcance de la invalidez por vicio de objeto contrario al derecho público en materia contractual*

---

<sup>723</sup> Sobre el principio de juridicidad y competencia, cfr. PANTOJA (2000) págs. 156 a 168.

<sup>724</sup> Ejemplo de cuerda separada: *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

<sup>725</sup> La posibilidad de modulación en general viene dada por el carácter creativo de las reglas, cfr. *supra* III.2.4.

<sup>726</sup> Según la acepción de la nulidad como vicio (cfr. LLOVERAS DE RESK, María (1985) pág. 28 en nota), se trataría de una “nulidad de derecho público” establecida en el Código Civil, y por tanto, idónea para la modulación del vicio de nulidad, por ser una vía expresa de reenvío del Derecho Civil al derecho público.

<sup>727</sup> Ambos tópicos se desarrollan en apartados siguientes (*infra* IV.2 y IV.3.4, respectivamente).

### 2.1. *Formulación general*

A mi juicio, la relación entre validez y nulidad consiste en que la nulidad es el remedio para materializar institucionalmente la invalidez de un determinado negocio jurídico. Así la nulidad es la invalidez de un determinado acto jurídico, que constatada por el juez lo declara ineficaz<sup>728</sup>. Según esto, la invalidez es requisito para la declaración de nulidad, y la ineficacia es el efecto de tal declaración (cfr. *supra* III.1). En este contexto, se desarrolla una interpretación de la regla contenida en el Código Civil, de causal de nulidad por vicio de contravención a la derecho público<sup>729</sup>, que dotada de cierto sentido creativo, admite que las reglamentaciones de nulidad pertinentes la contrato de la Administración, se complementen entre sí, de modo que, adaptadas al contexto de esta institución, faciliten que el sistema de nulidad civil, se ajuste de acuerdo con la naturaleza, en parte pública, del poder contractual de la Administración.

En este sentido, los siguientes párrafos se preguntan por la aplicabilidad de la regla de nulidad absoluta por contravención al derecho público (art. 1462 Código Civil), como mecanismo para obtener la declaración institucional de nulidad de un contrato de la Administración. En particular, resultará relevante en los casos en que el contrato esté viciado y no encuentre un mecanismo adecuado para hacer valer la invalidez, tal como ocurre con respecto al efecto en validez de la “zona común” del contrato de la Administración del Estado<sup>730</sup>.

En este estado, considerando que la doctrina publicista construye la teoría de la nulidad de derecho público a partir del principio de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución (*supra* cap. III.3), este apartado plantea que en materia de contratos de la Administración, es posible sostener que la regla del objeto ilícito contiene la infracción al principio de juridicidad en materia de contratos y, de este modo, determina un régimen “privado” modulado de nulidad.

---

<sup>728</sup> Cfr. *supra* III.1.

<sup>729</sup> Cuyo tratamiento, en términos generales se encuentra en *supra* III.2.4.4.

<sup>730</sup> Cfr. *infra* capítulo IV. 3.

En general, para fundamentar dogmáticamente la propuesta de aplicabilidad de las reglas civiles en materia de nulidad administrativa, en doctrina se ha planteado ensayar la modulación de la nulidad de derecho público con la nulidad de derecho privado, en el estilo de lo sostenido por Bermúdez<sup>731</sup>, de hallar la remisión al Código Civil en los artículos 6° y 7° de la Constitución. Sin embargo, a mi juicio, como se señaló (cfr. *supra* III.2.4.4.4), entre las reglas de la Constitución y el Código Civil no hay reenvío normativo directo, según que las citadas reglas constitucionales se refieren a las sanciones que determine la ley, y la nulidad, como consecuencia de la invalidez, no sería sanción<sup>732</sup>.

En este sentido, es problemática la aplicación del art. 1462 en general, a la nulidad administrativa, tanto porque no hay normas de derecho público que se remitan directamente al mismo, como porque no está definido que la supletoriedad sea el criterio de aplicabilidad de las reglas del Código Civil en Derecho Administrativo. Además de los conflictos y tensiones con principios y reglas administrativas, que puede implicar declarar la nulidad absoluta de un acto administrativo, en cualquier caso de infracción de una norma de derecho público, considerando que, el bloque de legalidad administrativa, en caso de irregularidad formal no siempre determina la invalidez de un acto (cfr. *infra* IV.3.4).

Por ello esta tesis argumenta otra vía, similar, pero no idéntica, cual es la remisión de las reglas del Código Civil a la validez administrativa, por medio del artículo 1462, cuya correspondencia se argumenta exclusivamente para los contratos de la Administración. Además esta opción presenta la ventaja de constituir un régimen completo y construido para contratos.

Así, corresponde explorar una interpretación del alcance del art. 1462, para que se presente como la vía adecuada para obtener la nulidad, en especial, de contratos de la Administración, que vulneren al derecho público<sup>733</sup>. Esto se podría lograr, determinando el alcance de la regla a la legalidad administrativa, por medio de la integración de las reglas

---

<sup>731</sup> Cfr. BERMÚDEZ (2008) págs. 273 a 285.

<sup>732</sup> Cfr. *supra* III.1.

<sup>733</sup> Resulta especialmente adecuado en el punto de la legalidad material, donde la nulidad de derecho público claudicaría, cfr. *infra* III.3.



de nulidad del Derecho Civil con el Derecho Administrativo<sup>734</sup>. Ahora bien, dicha tarea es compleja, pues se deben considerar otros elementos, *i.e.* el carácter del Derecho Administrativo, y si entendemos que el Código Civil le suple o integra en caso de vacío. Al respecto el criterio preponderante consiste en que las reglas civiles, bajo ciertas condiciones resultan aplicables en Derecho Administrativo; estas condiciones dependen tanto de la materia a que se aplique, como de la norma posiblemente aplicable, según se ha expuesto en el capítulo que abre este trabajo.

En cuanto al carácter de la regla, este vicio da lugar en la nulidad civil, a regulación en su configuración por el Derecho Administrativo, en la medida que operando un reenvío hacia las normas que regulan y confieren poderes públicos, permite incorporar el bloque de legalidad administrativa en la nulidad civil<sup>735</sup>.

En general, el art. 1462 del Código Civil, limita la libertad de pactar en contra del derecho público. Así, en una interpretación en sentido amplio del art. 1462 se restringe el campo de negociación contractual (privada o pública), cuya licitud se remite a la licitud pública, o más precisamente, es la ilicitud contractual la que se remite a la licitud pública, y de este modo se torna ilícito lo que contraviene al derecho público en todo negocio jurídico<sup>736</sup>.

En este contexto, el art. 1462, debido a su carácter abstracto opera en calidad de derecho privado general, como causa de nulidad de actos que vulneren al derecho público. Entonces, el régimen de nulidad sería el que establece el Código Civil, en la medida que sus reglas creativas, modulables, permiten la comunicación de regímenes que hasta ahora se entienden escindidos.

---

<sup>734</sup> De modo que se convierte la invalidez teórica, por vulneración de la ley material, en nulidad declarada.

<sup>735</sup> Cfr. *supra* III.2.4.4.

<sup>736</sup> A la inversa, no se hace lícito en lo privado lo que es lícito únicamente en lo público, esto es mediante el tráfico jurídico público.

## 2.2. *Ajustabilidad del régimen de nulidad civil a base de la regla del objeto ilícito contrario al derecho público*

Según que, de un modo u otro es argüible la aplicabilidad del Código Civil en materias administrativas y que las reglas que inciden en la validez del contrato de la Administración pertenecen tanto a núcleos de Derecho Administrativo, como de derecho privado, ha correspondido, a parte de este trabajo, averiguar si las normas del Código Civil, establecidas en el libro IV, tanto en el título II “*De los actos y declaraciones de voluntad*”, como en el título XX “*De la nulidad y la rescisión*”, se ajustan y pueden constituir las reglas de nulidad del contrato de la Administración.

Considerando que, atendiendo al núcleo público y a la calificación contractual de la institución, un régimen de síntesis entre lo público y lo privado resulta adecuado a la nulidad del contrato de la Administración. En este tenor el artículo 1462 del Código Civil al disponer que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno” destaca, a efectos de vincular la nulidad civil y la validez administrativa, en un régimen que pueda reconocer los especificados aspectos pertinentes del contrato de la Administración en materia de nulidad.

Ahora bien, la oportunidad del análisis de las posibilidades dogmáticas de la citada disposición legal codificada, está dada por dos aspectos. En primer lugar, se trata de una regla que establece un vicio de nulidad contractual (dado el carácter contractual de las instituciones que caben dentro de los contratos de la Administración). En segundo lugar, junto con lo anterior, permite incorporar el bloque de legalidad administrativa (dado el núcleo público original presente en todo contrato de la Administración), mediante el concepto de objeto ilícito contrario al derecho público (cuyo sentido y alcance en general, ya se estudió en *supra* III.2.4.4).

## 2.3. *El objeto ilícito en la nulidad del contrato de la Administración*

Como se apuntó en su lugar, en el tenor de lo señalado por Betti<sup>737</sup>, el objeto lícito

---

<sup>737</sup> BETTI (s/f) pág. 182.

se trata de la aptitud del interés regulado en el contrato, para recibir el amparo del derecho<sup>738</sup>. En este sentido, para Domínguez, el objeto ilícito se refiere a la precisión de las situaciones en que el orden positivo excluye un interés de la negociación privada<sup>739</sup>. Así, hay intereses que se excluyen de ésta, pero que pasan a incluirse en la negociación pública o, en términos de García de Enterría, más bien en el tráfico administrativo<sup>740</sup>, tal como puede ocurrir, *e.g.* con los bienes raíces expropiados (que luego constituyen objeto de un contrato de concesión de obra pública).

En este tenor, el objeto (propriadamente tal, en el entendido de las cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer) en el contrato administrativo es diverso al objeto en el contrato privado<sup>741</sup>. De este modo, se anota la diferencia en cuanto a los objetos idóneos de negociación pública o privada, en la viabilidad del objeto determinable como objeto lícito o comerciable mediante una u otra especie de contratación.

Así, desde una perspectiva dogmática, cabe señalar que el concepto de tráfico jurídico público es menos restringido que el de tráfico jurídico privado, *i.e.* es lícito el comercio de ciertos bienes intransferibles en el tráfico jurídico privado, precisamente a través de contratos administrativos. Por ello, el concepto de objeto intransferible es más restringido en Derecho Administrativo, siendo válido el comercio sobre bienes, que se han excluido del tráfico privado y que por lo mismo, únicamente pueden ser objetos de tráfico administrativo, mediante actos o contratos de este orden. En este sentido, mediante el contrato administrativo se confiere poder de negociar sobre objetos intransferibles en el

---

<sup>738</sup> Esto es, que finalmente, en caso de controversia, un juez ordene cumplir el contrato. En este sentido, se destaca que la validez se refiere a que “los actos jurídicos válidos en un sistema, directa o indirectamente, por sí solos o en relación con otros, pueden llevar a una autoridad pública, un juez, a imponer una sanción (ejecución forzosa, indemnización) respaldada por la fuerza coactiva del Estado”.

<sup>739</sup> DOMÍNGUEZ (1977) pág. 146.

<sup>740</sup> Sobre el criterio del tráfico administrativo cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 61.

<sup>741</sup> La distinción en razón del objeto podría ser un útil criterio de clasificación entre contratos privados de la Administración y contratos administrativos propiadamente tales, cfr. *supra* II.1.2. Sucintamente se trata de que si un bien es intransferible en derecho privado, el contrato es administrativo, y si se trata de un bien transferible será un contrato privado, a no ser que se califique, contingentemente de administrativo, como ocurre entre nosotros con los contratos de suministros y prestación de servicios, criterio que sí sería relevante en materia de validez, en relación a la transferibilidad del objeto en los diversos tipos de contratos.

campo del derecho privado, y por consiguiente, es mayor el espectro de bienes disponibles que constituyen objetos idóneos para la negociación pública<sup>742</sup>.

En consecuencia, las reglas civiles excluyen de la negociación privada los objetos *stricto sensu* sólo negociables públicamente, tachándolos de inenajenables y, por ende, de ilícitos. No obstante, si por una parte, son más los bienes idóneos para la contratación administrativa, por otra parte se reglamenta de un modo más estricto la negociación sobre aquellos, tanto en lo sustancial como en lo formal. Así, por ejemplo, el objeto del contrato de la Administración, se limita en cuanto su determinación por la legalidad administrativa, en este sentido, hay objetos que no pueden contemplarse en un licitación<sup>743</sup>, como, por ejemplo, una marca determinada<sup>744</sup>.

Estas consideraciones, conducen a precisar la definición de objeto lícito *de* acuerdo con el derecho público, en materia de contratación administrativa, en relación con la disposición del art. 1462 del Código Civil, que se enmarca en uno de los casos de referencia a la ilicitud del objeto contemplados expresamente por el derecho privado<sup>745</sup>.

#### 2.4. *El objeto ilícito contrario al derecho público en la nulidad del contrato de la Administración*

##### 2.4.1. *Problemática*

En este tópico, cabe considerar dos aspectos relevantes en el derecho chileno. El primero que, por una parte, en el medio institucional (jurisprudencia) se rechaza la aplicabilidad del art. 1462, en cuanto norma de derecho privado, en materias

---

<sup>742</sup> Esto se lograría mediante el tráfico jurídico público, sobre el que, en parte, recae el poder contractual de la Administración, sobre este último cfr. *supra* II *passim*.

<sup>743</sup> El objeto del contrato de la Administración, se determina por las bases de licitación. En este sentido GALLEGO, Isabel (2007) “El objeto de los contratos administrativos” en *Contratación administrativa práctica*, núm. 69, noviembre 2007, págs. 48 a 52, señala que la determinación del objeto exigida por el ordenamiento administrativo, es en aplicación de la exigencia de la determinación del objeto del contrato establecida con carácter general en el Código Civil, y que la indeterminación del objeto trae como consecuencia la invalidez del contrato. En cuanto al interés público que debe satisfacer la contratación administrativa cfr. *supra* II.3.2.2.

<sup>744</sup> Cfr. art. 22 núm. 2 del Reglamento de la LCASYPS.

<sup>745</sup> En cuanto al carácter, sentido y alcance de la disposición, cfr. *supra* III.2.4.4.

administrativas. El segundo que, por otra parte, se establece una separación absoluta entre la nulidad de derecho público y la nulidad de derecho privado (incluyendo la regla del objeto ilícito contrario al derecho público). Ambos entendidos conducen a soluciones como las dictadas en los casos *Vergara con Ilustre Municipalidad de Vichuquén*<sup>746</sup> y *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar*<sup>747</sup>, en virtud de las que actos inválidos terminan soportando la eficacia de negocios jurídicos.

La primera parte del problema está dada por la inaplicabilidad que del vicio de nulidad por objeto ilícito contrario al derecho público se verifica en el campo propio del Derecho Administrativo. En este sentido, en la citada causa *Vergara con Municipalidad de Vichuquén*<sup>748</sup> se rechazó la acción de nulidad, porque se entendió que se invocaron reglas de nulidad de derecho privado. Se falló que tal acto es únicamente anulable en virtud de nulidad administrativa, la que sólo se invocó en sede de casación. Esta causa, alumbra un problema específico, relacionado con la aplicabilidad del vicio de nulidad por objeto ilícito contrario al derecho público, consistente en que institucionalmente se niega la aplicación de tal regla civil, en materia de causas de nulidad de actos administrativos<sup>749</sup>; aun cuando en el enunciado normativo se establecen referencias al derecho público, en virtud de las que sería razonable al menos discutir su aplicabilidad, ya como derecho específico, ora como integrador.

---

<sup>746</sup> *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001). Incluso se desconoce la alegación unidad del ordenamiento jurídico, invocada por las partes, cfr. *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007), y recogida en voto disidente, cfr. *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001).

<sup>747</sup> *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

<sup>748</sup> En *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001), el demandante solicitaba la declaración de nulidad de la concesión administrativa municipal de un bien raíz, otorgada a un club aéreo privado para la construcción de una cancha de aterrizaje, cuyo terreno fue expropiado mediante un decreto alcaldicio, siendo el derecho, que la ley invocada, autoriza la expropiación para el establecimiento de un aeródromo público.

<sup>749</sup> En este sentido, además, cfr. *Harb con Servicio de Impuesto Internos* (2000), donde se falló que “la nulidad regulada por el Código Civil es una nulidad de derecho privado, respecto de actos o declaraciones de voluntad ejecutados por particulares. La nulidad de los actos de autoridad, en cambio, es de derecho público y se rige por lo establecido en el artículo 7º de la Constitución Política de la República [...] Por consiguiente, tratándose en la especie de un acto de autoridad, no cabe aplicarle a éste el artículo 1462 del Código Civil; sin que pueda estimarse, conforme al precepto constitucional citado, que la liquidación reclamada sea nula, pues ha sido practicada por autoridad dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley.”

Este problema se plantea en los siguientes términos: (a) hay un acto administrativo ilegal, (b) se alega nulidad absoluta, para ello la parte recurre al vicio de objeto ilícito contrario al derecho público, y (c) el tribunal rechaza la demanda, en atención a que la disposición del art. 1462, donde se contiene la regla, es norma de derecho privado, no aplicable a actos administrativos. Se aprecia que tal situación conduce a confusión, acusada en el voto de minoría de segunda instancia, en que se entiende, al igual que el voto disidente de casación, que se ha invocado la nulidad derecho público, advirtiendo un vínculo entre el vicio de nulidad establecido en el art. 1462 y la nulidad administrativa<sup>750</sup>. Este es un claro ejemplo de un acto inválido en el sistema de referencia que, por contingencias institucionales, no se ha declarado nulo, y por tanto se sigue tratando como válido.

La otra arista del problema, está dada por la separación, que se verifica en el campo de los contratos de la Administración, entre las causas de nulidad administrativa y la regla de nulidad civil por vicio de objeto contrario al derecho público. En este sentido, en la causa *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar*<sup>751</sup>, la Corte Suprema rechazó la acción de nulidad (de derecho público), deducida para impugnar un contrato de compraventa de un inmueble destinado a equipamiento municipal<sup>752</sup>, en la

---

<sup>750</sup> Parte del voto de minoría reza: “Que contrariamente a lo establecido en el fundamento duodécimo de esta sentencia, la minoría estima que la nulidad de derecho público del decreto alcaldicio de expropiación fue planteada durante todo el proceso según consta de los siguientes antecedentes: A) En la demanda de fojas 1, a fojas 2 en las líneas 8, 9 y 10 se dice que la resolución de expropiación dictada por la Municipalidad es nula de nulidad absoluta por ser contraria a derecho, y contravenir normas de carácter de orden público [...] Que por lo demás es explicable que la nulidad de derecho público invocada, sea considerada por los demandantes como una nulidad absoluta, por la confusión que a su respecto producen los propios textos del Código Civil; en efecto: el artículo 1681 establece que es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe, y que la nulidad puede ser absoluta y relativa; el artículo 1682 establece que la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, son nulidades absolutas; y el artículo 1462 establece que: Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno; [...] Que del mérito de los antecedentes del proceso, para el disidente, fluye como hecho de la causa que el Alcalde de Vichuquén expropió terrenos particulares para destinarlos al uso como cancha de aterrizaje de un Club Aéreo privado; con lo cual, actuando fuera de sus atribuciones, infringió lo dispuesto en el Decreto Ley N°1.289, Ley Orgánica de Municipalidades vigente a la época; el Decreto Ley N°2.186, Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones; Ley N°16.752, de la Dirección de Aeronáutica; y artículos 6, 7 y 19 N°24 de la Constitución Política de la República”. cfr. *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001).

<sup>751</sup> *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

<sup>752</sup> El art. 70 de la Ley de general urbanismo y construcciones limita el comercio respecto de bienes raíces recibidos para equipamiento comunitario o vecinal. Sin embargo el motivo de la venta no se fundó en los

que el ente administrativo infringió el principio de juridicidad, tanto en la etapa de formación del contrato, como en el contrato mismo. Institucionalmente se declaró la nulidad de derecho público de los actos administrativos que sirvieron de antecedente al contrato, esto es, del llamado a licitación y la adjudicación, pero no así la nulidad del contrato, en atención a que, según se falló, no es aplicable la nulidad de derecho público a contratos privados, aun cuando sea parte un órgano de la Administración (y por ende correspondan a la categoría de contratos privados de la Administración). Se señaló en el fallo, que el régimen aplicable es el contemplado en el Código Civil, pero que no se invocó. En este sentido, el considerando octavo del fallo reza “conforme a lo anterior su impugnación debe centrarse en la normativa del estatuto al cual pertenece, esto es el Derecho Privado, y así determinar si la convención en estudio es nula, ya sea en forma absoluta o relativa de acuerdo con el vicio que le afecte y se alegue, conforme al Código Civil”.

En este sentido, cabe señalar que no es meramente retórica la declaración de que las partes deben valerse de las reglas de derecho privado. Así en el ámbito contractual privado de la Administración, en la causa *Meyes y otros con Municipalidad de La Cisterna*, se falló aplicando la regla del vicio de objeto ilícito contrario al derecho público en calidad de nulidad absoluta de derecho privado, sin vincularla con los arts. 6° y 7° de la Constitución, al haberse pactado en un contrato, que se entendió como privado de la Administración, una cláusula en contradicción material a la ley<sup>753</sup>.

En definitiva, de la jurisprudencia, para obtener una declaración institucional de

---

supuestos que autoriza dicha ley, sino que en la *utilidad manifiesta*, según la Ley orgánica constitucional de municipalidades. El art. 34 de LOCM reza “Los bienes inmuebles municipales sólo podrán ser enajenados, gravados o arrendados en caso de necesidad o utilidad manifiesta.

El procedimiento que se seguirá para la enajenación será el remate o la licitación públicos. El valor mínimo para el remate o licitación será el avalúo fiscal, el cual sólo podrá ser rebajado con acuerdo del concejo”.

<sup>753</sup> Cfr. *Meyes y otros con Municipalidad de La Cisterna* (2002). Se trataba de contratos de trabajo entre la Municipalidad y profesores de Estado, bajo la Ley núm. 18.196, en que se estableció una asignación, según se falló, vedada por ley, resolviéndose que “la asignación del artículo 40 del Decreto Ley N° 3.551, de 1981, tampoco puede estimarse como válidamente estipulada en el carácter de tal y de estipendio específico en los contratos de trabajo celebrados por la Municipalidad de La Cisterna con los demandantes, desde el instante que las citadas disposiciones del artículo 15 de la Ley N° 18.196, vedaban esa estipulación y que por pertenecer estas normas al ámbito del Derecho Público, no podía ignorarse ni vulnerarse, sin incurrir en objeto ilícito y viciar la cláusula de nulidad, en los términos de los artículos 10, 1462 y 1683 del Código Civil”. En el mismo sentido cfr. *Godoy y otros con Municipalidad de La Cisterna* (1999).

nulidad, de un contrato privado de la Administración, corresponde alegar la nulidad de derecho privado, aun cuando se trate de un vicio de derecho público en un acto que contempla en su estructura elementos de Derecho Administrativo, sin considerar en su aplicación otros elementos de validez administrativa, fuera de la consideración del vicio. En este sentido, no se obtiene una declaración institucional de nulidad vía alegación de los artículos 6° y 7° de la Constitución.

En suma, se verifica la no aplicabilidad del vicio de nulidad por objeto ilícito contrario al derecho público, en actos administrativos, y la no aplicabilidad de las normas basales de la nulidad derecho público, en contratos privados de la Administración. De este modo, se constata que el medio institucional descarta la interrelación entre los diversos mecanismos de depuración de actos jurídicos inválidos.

Ahora bien, esto es en cuanto a actos administrativos y contratos privados de la Administración. Sin embargo, al parecer dicho estado es algo diverso, respecto de los contratos administrativos, en los que de antiguo, se ha fallado aplicando el vicio de nulidad por objeto ilícito contrario al derecho público, vinculándolo con preceptos constitucionales. En este sentido, en la causa *Folch con Fisco* se falló que “no habiéndose dictado en 1891 la ley anual de presupuestos, ni la que autoriza la existencia del ejército, el contrato de provisión celebrado voluntariamente por un proveedor con el gobierno de Balmaceda para el mantenimiento de su ejército, es nulo absolutamente, y no obliga legalmente al fisco, tanto en virtud del art. 160 de la Constitución, cuanto porque hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno”<sup>754</sup>.

De estos fallos, pronunciados durante la vigencia de la Constitución de 1833, se infiere que en alguna época ha existido cierta disposición institucional para en el campo de la contratación administrativa, en sentido estricto, vincular la normativa constitucional con la legal del Código Civil, a efectos de desconocer resultado institucional a contratos inválidos.

Del estado de la jurisprudencia se constatan una serie de entendidos. En primer lugar, no se tiende a relacionar los diversos campos del ordenamiento jurídico, ya que no se

---

<sup>754</sup> *Folch con Fisco* (1909), en el mismo sentido *Ortega con Fisco* (1920).



aplica la regla de nulidad por vicio del objeto a actos administrativos<sup>755</sup>. Asimismo no se aplica la nulidad administrativa a contratos privados de la Administración, sino que las reglas civiles, de las que, sin embargo, no se extiende la interpretación reciente del art. 1462, de manera de consagrar una consecuencia relevante en el vínculo procedimiento contrato<sup>756</sup>. En segundo lugar se aprecia que hay un especie de muro infranqueable entre una y otra nulidad, en particular, la tendencia mayoritaria no vincula el art. 1462 con la nulidad de derecho público<sup>757</sup>. En tercer lugar, se ha aplicado en jurisprudencia ordinaria la causal de nulidad por vicio de objeto contrario al derecho público en materia de contratos, distinguiendo, por una parte, la contradicción con la ley material en las disposiciones del acto o convención<sup>758</sup> y por otra parte, el exceso de atribuciones de la Administración al actuar<sup>759</sup>.

De este modo, se reconoce la especialidad de los respectivos ámbitos de regulación del Derecho Civil y Administrativo. Así, en primer lugar, al entender que la mentada regla civil sólo se aplica a contratos, se juzga que el derecho que los ha de regir se establece especialmente por el Código Civil y, por ende, se le aplica como el mecanismo institucional dispuesto por el orden jurídico para depurar contratos inválidos. En segundo lugar, por otra parte, al no aplicarlo a actos administrativos, se entiende que en el campo de la validez administrativa no le corresponde función normativa alguna al Código Civil.

En cuanto a lo primero, no parece dogmáticamente cuestionable. Sí, en cambio, es cuestionable cuando se le aplica a los contratos de la Administración, pero no se considera en cuanto a la determinación de un vínculo de validez entre el procedimiento y el contrato. Respecto de lo segundo, es cuestionable contingentemente, por las consecuencias que ha

---

<sup>755</sup> Sino que la nulidad administrativa, ya sean estos particulares o generales, en este sentido cfr. *Harb con Servicio de Impuesto Internos* (2000), *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001), *Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble*, (2001).

<sup>756</sup> Cfr. *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

<sup>757</sup> Cfr. *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001), *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

<sup>758</sup> Cfr. *Godoy y otros con Municipalidad de La Cisterna* (1999), *Meyes y otros con Municipalidad de La Cisterna* (2002).

<sup>759</sup> Cfr. *Folch con Fisco* (1909), en el mismo sentido *Ortega con Fisco* (1920).

traído consigo el negar la aplicabilidad de las reglas civiles<sup>760</sup>. En este contexto, se constata además de dualidad de regímenes institucionales de nulidad, una escisión, en la que se entiende, que en particular, respecto de las causas de nulidad, no habría vínculo alguno entre el Derecho Civil y Administrativo. Escisión que se verifica especialmente respecto del vicio de nulidad por objeto ilícito contrario al derecho público<sup>761</sup>, situación cuestionable en cuanto a sus fundamentos, en razón a que en otras materias no se entiende de ese modo<sup>762</sup>, y a mayor abundamiento, la regla del art. 1462, en el predicado normativo, se refiere expresamente al derecho público, en virtud de lo que habría más razones para, al menos, discutir su aplicación.

En atención a esta escisión (dada por la jurisprudencia), y a la vía abierta por el art. 1462, es que este trabajo plantea la aplicabilidad de la regla del vicio de objeto ilícito contrario al derecho público en la nulidad del contrato de la Administración, en la medida que admite incorporar en su predicado normativo, la legalidad administrativa relevante a efectos de validez y nulidad.

#### 2.4.2. *Una alternativa dogmática para la nulidad del contrato de la Administración*

En general, en vista de las relaciones entre el Código Civil y el Derecho Administrativo, las nociones de poder contractual de la Administración y contrato de la Administración, las normas de competencia y su estrecho nexo con la validez y, en especial con la nulidad reglada, constatado respecto de ésta que en dogmática y en el plano institucional se presenta una dualidad de regímenes anulatorios escindidos, sin influencias relevantes reciprocas y que tal situación conduce a un régimen inadecuado de nulidad para actos jurídicos mixtos como el contrato de la Administración, que congruentemente

---

<sup>760</sup> Esto es, que actos inválidos sigan siendo tratados institucionalmente como validos. Otro aspecto dice relación con la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública, en que la impugnación de los actos administrativos contractuales, en sus fallos, no se relaciona con ningún régimen de nulidad, cfr. *infra* IV.3.4.2.

<sup>761</sup> En este sentido, por la separación de regímenes cfr. *Harb con Servicio de Impuesto Internos* (2000), *Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001), *Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble* (2001), *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

<sup>762</sup> e.g. prescripción de las consecuencias patrimoniales de la acción de nulidad, cfr. *supra* III.3.

requieren de reglas anulatorias en modulación público – privada, se afirma que el estado de las reglas que rigen, en el medio institucional, la declaración de nulidad, claudican en lo que se refiere al vínculo procedimiento - contrato, tanto para los contratos privados de la Administración, como para los contratos administrativos.

Particularmente, con respecto al límite dado por la jurisprudencia al alcance de la regla de nulidad por vicio de objeto ilícito contrario al derecho público, se constata que dicho esquema escindido, persiste contumaz, incluso cuando las propias reglas, en razón de texto, admitan estudiar un vínculo de ambos regímenes, al menos para las zonas de regulación común, considerando que ambos derechos resultan aplicables, en cuanto a los poderes que confieren. En este sentido, como se ha indicado, dicho esquema escindido al extremo no satisface las necesidades de un régimen adecuado de nulidad para los contratos de la Administración.

A mi juicio, a pesar del estado de la jurisprudencia, las reglas disponibles admiten la interpretación de un régimen de nulidad adecuado y aplicable al contrato de la Administración. En este sentido, la alternativa de solución, pasa por la nulidad del Código Civil, como régimen básico de nulidad, adaptado con consideraciones administrativas<sup>763</sup>.

Respecto a lo último, la alternativa consiste en modular el régimen civil de nulidad, con consideraciones de derecho público en general, y de validez administrativa en especial. En este sentido, si bien las reglas civiles, de aplicarse lisa y llanamente claudicarían, mediante el rendimiento de la regla de nulidad por vicio del objeto contrario al derecho público, se puede superar la resignación contingente de tal régimen, atendiendo a que en una interpretación lógica y sistemática, se estima de resultados congruentes con los requerimientos de las normas que confieren poderes contractuales (públicos y privados).

A mi juicio, es posible argumentar la adecuación del art. 1462, a lo que se espera de un régimen de nulidad para el contrato de la Administración, *i.e.* que sea complejo. En este sentido, la noción de contrato de la Administración proporciona mayores razones para la aplicabilidad y adecuación de la reglamentación civil, en atención a que las reglas civiles de

---

<sup>763</sup> Cabe señalar, que como se expuso, *supra* III.3, la nulidad de derecho público claudica por definición frente a la lógica contractual, constituyendo una regulación que no se ajusta al contrato de la Administración.

obligaciones constituyen el régimen propio, por especialidad, al derecho de las obligaciones contractuales y, específicamente, dicho régimen establece un sistema especial y propio para la nulidad de las obligaciones.

Tal como se presentó en *supra* II.3, la Administración del Estado, en cuanto sujeto de derecho, también goza de capacidad o de poderes jurídicos de en el ámbito del derecho privado, entre estos, el poder de contratar. En este sentido, es del ámbito específico del derecho privado regular el poder contractual de la Administración así conferido. En este contexto, las limitaciones establecidas en la codificación civil se refieren tanto al bloque de legalidad general, como es la declaración de nulidad de actos o contratos prohibidos por la ley, ora a la misma legalidad civil; o bien, específicamente, respecto al Derecho Administrativo, mediante la regla de nulidad absoluta por contravención al derecho público.

Considerando que un régimen de jurídico en síntesis, entre lo público y lo privado, resulta adecuado para el contrato de la Administración, la calificación contractual de la institución no implica que los elementos relevantes provengan exclusivamente del régimen de validez y nulidad civil, sino que, es necesario considerar elementos administrativos. En este sentido, específicamente, en virtud de las herramientas de interpretación que proporciona la regla nulidad por vicio de objeto contrario al derecho público, en su calidad de regla creativa, según su clase de regla civil, que “llevan implícito el cambio y la adaptación según sean los contextos en que se aplican”<sup>764</sup>, se presenta como una alternativa razonable, que ofrece el ordenamiento jurídico para regular el mecanismo institucional de depuración de contratos de la Administración, que presenten vicios relevantes a efectos de invalidez.

En este sentido, la incorporación del bloque de legalidad material administrativa a la nulidad del contrato de la Administración, se puede verificar normativamente mediante la regla del artículo 1462 del Código Civil. Así, el régimen adecuado, en general y en principio, sería el contemplado en el Código Civil, en la medida que es el derecho propio de las obligaciones, y que una interpretación sistemática del vicio por objeto ilícito

---

<sup>764</sup> Cfr. BARROS (2001) pág. 22, en general respecto de las reglas civiles.

contrario al derecho público, permite la comunicación entre validez administrativa y nulidad civil.

En dicho contexto, la regla resulta aplicable al contrato de la Administración, ya en propiedad, ya por medio de integración; debiendo considerarse en cuanto a la aplicabilidad al *feri* del contrato. En este sentido, por una parte, en los contratos administrativos, la regla se presenta como el régimen integrador (aplicable), en cuanto a los vicios administrativos. Por otra parte, en los contratos privados la regla se presenta como el régimen propio siempre, con la salvedad de que permite reconocer el núcleo público original, en caso de vicio de legalidad administrativa (forma y fondo). La aplicabilidad, del modo expuesto resulta concordante con la idea de que para los contratos de la Administración un régimen adecuado de nulidad consiste en las reglas civiles, en consideración con los elementos de validez administrativa.

La principal consecuencia de la aplicación de la regla, ya sea opere por régimen propio (especialidad) o integración, consiste en que se reconoce el núcleo público de validez, relevante en cuanto a nulidad, que en ambos casos está presente, tanto en contratos privados de la Administración, así como en contratos administrativos, en sentido estricto.

Ajustada especialmente, la regla de vicio de invalidez por objeto ilícito contrario al derecho público da lugar a nulidad absoluta. En ese tenor, un acto en ejercicio del poder contractual administrativo, así limitado por la citada disposición, en caso de ilegalidad administrativa relevante en validez, sería anulable absolutamente, en virtud de la técnica de vicio de objeto. Sin perjuicio de lo anterior, surgen problemas particulares, en especial con respecto al vínculo entre el *feri* del contrato y el contrato mismo<sup>765</sup>.

---

<sup>765</sup> Los efectos que la aplicación de las reglas civiles de nulidad, produce en un aspecto especial del contrato de la Administración, como es el establecimiento sustantivo del vínculo procedimiento – contrato como causa de nulidad, se averigua *infra* IV.3.

### 3. Nulidad en la “zona común” del contrato de la Administración

#### 3.1. Problemática

En general, el Derecho Administrativo no establece un régimen de nulidad para el contrato<sup>766</sup>. Tampoco para la “zona común” del contrato de la Administración, esto es el procedimiento administrativo, se ha formulado un régimen completo de nulidad. En especial, no se ha legislado respecto de los eventuales efectos que en la nulidad del contrato le puedan caer a un vicio de procedimiento administrativo. En este estado, cabe determinar cuáles reglas se aplicarán para llenar el vacío descrito.

En este tópico, la especialidad del contrato de la Administración, pertinente para esta investigación (se refiere al poder para crear normas contractuales, v. *supra* II) consiste en que el sujeto público no dispone de la libertad contractual, sino que se rige por la juridicidad, que le impone contratar, en los casos y en la forma, bajo un procedimiento determinado, como única vía válida para, junto con la contraparte, el contratista, crear normas jurídicas particulares (*supra* II *passim*). Esta especificidad del contrato de la Administración conduce a tratar problema del procedimiento administrativo contractual, continente del núcleo público original, como requisito de validez del contrato, y los tópicos referentes a la nulidad del mismo. Aspecto que se señala, es el problema específico de validez en los contratos de la Administración<sup>767</sup>, erigiéndose en un *tema testigo* pertinente para analizar el rendimiento de las reglas civiles.

---

<sup>766</sup> Tal como se expuso en *supra* IV.1, en nuestro derecho no se ha formulado un régimen de nulidad para el contrato de la Administración, silencio que de un modo u otro es necesario integrar, para lo que a mi entender, las reglas civiles se presentan adecuadas.

<sup>767</sup> Cfr. ARIÑO (2007) pág. 87, en nota, con referencia a MARTÍNEZ, José Luis (1998) “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español (su fundamento y consecuencias)” en CASSAGNE, Juan Carlos *Derecho Administrativo*, [Homenaje M. Marienhoff] Buenos Aires, Abeledo – Perrot, págs. 947 a 970.

### 3.2. Actualización: zona común del poder contractual de la Administración<sup>768</sup>

Para que una norma sea válida, deberán serlo todos los actos jurídicos que integran la actividad productora de esa norma. En este sentido se sostiene que “si se realiza el acto jurídico válidamente, puede ocurrir que ese acto no sea más que un elemento de una cadena de actos necesarios para la producción o la aplicación de normas, en cuyo caso no produce directamente ningún cambio normativo”<sup>769</sup>. En tales casos se requiere de una serie o cadena de actos para que el poder se actualice, y se llegue a producir el cambio normativo.

A mi juicio, del modo descrito se puede comprender el régimen jurídico de institucionalización de las obligaciones contractuales de la Administración, pues las fases de actualización del poder contractual de la Administración, individualmente consideradas, no producen cambios normativos por sí mismos (al menos contratos).

En los contratos públicos el proceso de formación de la voluntad administrativa de contratar, en cuanto a qué se contrata y con quién se contrata, es relevante para el derecho, se encuentra reglamentado en las normas del procedimiento administrativo de contratación<sup>770</sup>. En contraste con la contratación de derecho privado donde se señala que “el proceso de formación de la voluntad, con tal que no se haya producido una circunstancia capaz de producir un vicio de consentimiento, carece de relevancia para el derecho”<sup>771</sup>. De este modo, se manifiesta la tipicidad normativa propia del campo administrativo<sup>772</sup>, que trasciende al contrato, mediante el procedimiento administrativo que lo soporta.

---

<sup>768</sup> En general, cfr. *supra* II.5.

<sup>769</sup> Cfr. FERRER (2000) pág. 156. Las reglas de actualización de la competencia son las normas que establecen las condiciones de forma y procedimiento o, si se quiere, las propiedades que han de tener los cursos de acción para lograr el resultado institucional, cfr. DELGADO (2005) pág. 25, cfr. *supra* III.1.

<sup>770</sup> En general el procedimiento desempeña la “función de asegurar la correcta formación de la voluntad administrativa”. En materia contractual, cabe preguntarse si esta reglamentación sustituye las normas comunes de formación del consentimiento o coexisten con ellas; entre nosotros se ha fallado que las reemplaza, cfr. *Servicios eléctricos del Norte Limitada con Municipalidad de Freirina* (2008).

<sup>771</sup> Cfr. BELADIEZ, Margarita (1994) *Validez y Eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, pág. 281, [en nota]. A mi entender, la formación de la voluntad del contratante privado se regula por el derecho común y es irrelevante para el derecho, salvo supuestos de vicios de la voluntad.

<sup>772</sup> Tipicidad que entre otras cosas, impide la conversión del negocio nulo, en el general en el campo del Derecho Administrativo, cfr. BELADIEZ (1994) pág. 317, en nota.

En los contratos de la Administración del Estado siempre hay una previa decisión de carácter público, que, independientemente del particular régimen jurídico del contrato, cuando se opere o no en calidad de “entidad licitante”<sup>773</sup>, se debe cumplir con procedimientos administrativos para la validez de la decisión final, y en fin, del contrato. Y esto ocurre tanto respecto de los contratos que la Administración celebra sobre la base del régimen general de derecho privado, así como para los contratos administrativos dotados de un régimen especial de derecho público. Por ello es que el procedimiento en que se toma esa decisión, se denomina por la doctrina “zona común” del contrato de la Administración<sup>774</sup>. Esta zona común le confiere un carácter diverso frente a la contratación de derecho privado.

En este contexto, la doctrina continental entiende que el problema de la validez en el contrato de la Administración puede reducirse a que los contratos serán inválidos cuando lo sea el acto (o los actos) que lo perfecciona<sup>775</sup>. Por ello, en los siguientes párrafos se enuncian los actos que componen la fase de actualización administrativa del poder contractual de la Administración del Estado, *i.e.* la zona común.

Las normas que confieren poderes contractuales a la Administración del Estado se relacionan con el derecho público (la juridicidad) y el privado, que se actualiza (manifiesta, se ejerce en concreto) necesariamente mediante dos fases: (1) el procedimiento administrativo (con la adjudicación como acto de término) y (2) la celebración del contrato. El contrato, propiamente tal, se regirá por las solemnidades establecidas en la legislación

---

<sup>773</sup> Cfr. RLCASYPS, art. 2 núm. 13, se define como entidad licitante cualquier órgano regido por la LCASYPS, que llama o invita a un proceso de compras. En el derecho comunitario europeo, atendidas las particularidades de los entes públicos involucrados se trabaja con el concepto *poder adjudicador*, cuya calificación ha dado lugar a más de una dificultad, cfr. LÓPEZ, Mariano (1996) “Los poderes adjudicatarios en el Derecho Comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, mayo de 1996, año XII, págs. 49 a 67, y GIMENO, José María (2000) “La necesaria interpretación subjetivo funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública” en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, págs. 425 a 439.

<sup>774</sup> cfr. DE SOLAS, José María (1990) *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, en especial págs. 141 a 147, y págs. 231 y sgts., se refiere al procedimiento administrativo como “zona común” del contrato de la Administración, en el mismo sentido cfr. VILLAR (1977) pág. 271. Entre nosotros así parece entenderlo la Contraloría General de la República, Dictámenes núm. 57.215/2006, núm. 6.204/2002, núm. 46.532/2000 y núm. 14.540/2000, que ordenan que las compras de bienes raíces que realice el Fisco no quedan exentas de la aplicación del artículo 9º de la LOCBGAE.

<sup>775</sup> En este sentido cfr. ARIÑO (2007) pág. 87 en nota, con referencia a MARTÍNEZ (1998) págs. 947 a 970.



que lo rige. En esta parte, a los efectos de este trabajo, se reduce el problema a lo que nos interesa en materia de nulidad, que acotado al punto (1), consiste que en todo contrato público, el procedimiento de selección del contratista siempre resulta regulado por el Derecho Administrativo<sup>776</sup>.

En cuanto a la primera fase, se entiende que los requisitos del procedimiento administrativo contractual<sup>777</sup> se exigen en razón de la naturaleza administrativa, de una de las partes del contrato, que por medio de éste, de un modo u otro dispone de bienes públicos. Por ello, se exige un procedimiento de formación del consentimiento administrativo y selección del cocontratante, relevante para el derecho.

El Derecho Administrativo establece diferentes regímenes jurídicos de actualización del poder contractual, donde se aplica todo el bloque de legalidad administrativa. Estos procedimientos pueden ser de diversa índole, en el caso que la Administración actúe como proponente, se distinguen los procedimientos de licitación pública, licitación privada<sup>778</sup>, contratación bajo convenio marco, y el trato directo<sup>779</sup>. En general, el procedimiento de actualización precontractual consiste en la licitación pública, como lo establece el art. 9° de la LOCBGAE, especialmente se recoge *e.g.* en la LOOPP, en la LCASYPS y su

---

<sup>776</sup> En cuanto al punto (2), depende el grado de intensidad de aplicación del derecho público, en función del tipo de contrato y el interés público comprometido, aunque éste no sea inmediato cfr. CASSAGNE, Juan Carlos (2005) *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 20, Buenos Aires.

<sup>777</sup> En el que a su vez caben las consideraciones de forma procedimiento y forma solemnidad, respecto de cada acto administrativo que constituye el procedimiento. El procedimiento administrativo se define en el art. 18 de la LBPA que reza “El procedimiento administrativo es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal. El procedimiento administrativo consta de las siguientes etapas: iniciación, instrucción y finalización”.

<sup>778</sup> Respecto del contrato por concurso desde el punto de vista del Derecho Civil, cfr. LEÓN (1991) pág. 100; clasificación que es aplicable a los contratos de la Administración, para los que la ley (y no la voluntad de las partes) contemplan licitación pública o privada, que lo convierte en requisito esencial, a diferencia de las licitaciones en el ámbito privado.

<sup>779</sup> En el derecho comparado también se establece el procedimiento de negociación reglada, cfr. GIMENO, José María (2004) “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales” en GIMENO, José María (Coord.) (2004) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, pág. 80. En el derecho chileno, en la LOOPP se establecen procedimientos de negociación para otorgar “convenios complementarios”, a un contrato ya adjudicado. Se pueden consultar críticas al empleo de esta modalidad en ENGEL, Eduardo *et. al* (2009) “Renegociación de concesiones en Chile”, en *Estudios Públicos*, Verano, 2009, págs. 151 a 205.

reglamento, por citar los ámbitos de contratación pública mayor incidencia práctica. Según el art. 9° de la LOCBGAE la licitación pública es aplicable, se trate de contratos que se encuentren bajo el régimen general de derecho privado o bajo el régimen especial de Derecho Administrativo<sup>780</sup>. En este sentido la Contraloría General de la República ha dictaminado que las compras de bienes raíces por parte de la Administración del Estado, se rigen por el artículo 9° de la LOCBGAE<sup>781</sup>. De modo que, este es el procedimiento general y supletorio para los contratos de la Administración que no tengan establecido un procedimiento especial.

Ahora bien, en especial se tiende también a la licitación pública, en este sentido, en el mensaje del ejecutivo con que envió el proyecto de lo que ahora es la LCASYPS, se señala que en virtud de los principios de publicidad y transparencia “la regla general de contratación es la licitación pública, es decir, un procedimiento concursal en virtud del cual cualquier sujeto interesado puede participar de los procedimientos públicamente difundidos”<sup>782</sup>. En el mismo sentido la Ley de presupuestos<sup>783</sup> ha contemplado la exigencia de la propuesta pública para los contratos administrativos, desde determinado monto hacia arriba, art. 6°.

El procedimiento de licitación, es complejo pues se compone de una serie de diversos actos administrativos, que en su conjunto constituyen el *feri* administrativo contractual. Se presentan generalmente las siguientes etapas: (1) la decisión de contratar,

---

<sup>780</sup> El artículo 9° de la LOCBGAE dispone que “Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley.

El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.

La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”.

<sup>781</sup> Cfr. Contraloría General de la República, Dictámenes núm. 57.215/2006, núm. 6.204/2002, núm. 46.532/2000 y núm. 14.540/2000.

<sup>782</sup> Cfr. Mensaje, núm. 9-341, 27 de octubre de 1999.

<sup>783</sup> Cfr. *Ley de presupuestos del sector público para el año 2010*, en el art. 6° reza que “La propuesta o licitación pública será obligatoria respecto de los proyectos y programas de inversión y de los estudios básicos a realizar en el año 2010, cuando el monto total de éstos, contenido en el decreto o resolución de identificación, sea superior al equivalente en pesos de mil unidades tributarias mensuales respecto de los proyectos y programas de inversión, y de quinientas de dichas unidades en el caso de los estudios básicos, salvo las excepciones por situaciones de emergencia contempladas en la legislación correspondiente”.

(2) autorización del gasto<sup>784</sup>, (3) fijación de las bases administrativas y técnicas, (4) convocatoria o llamado (5) recepción de propuestas<sup>785</sup>, (6) evaluación de las mismas, de acuerdo con las bases administrativas y técnicas, y (7) finalmente, la adjudicación de contrato<sup>786</sup>.

---

<sup>784</sup> La Administración del Estado se encuentra afecta a actuar bajo presupuestos previamente fijados, aquí se manifiesta la tipicidad presupuestaria, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2004) pág. 62.

<sup>785</sup> Además, junto con la recepción de las ofertas se califica la idoneidad del contratante, aspecto considerado como “principio de la idoneidad” en el mensaje de la LCASYPS, que reza: “si bien es cierto que cualquier ciudadano o persona, nacional o extranjera, puede contratar con la Administración, ésta debe garantizar y velar porque los sujetos que contraten con ella, sean dignos de confianza y tengan la experiencia necesaria. En efecto, los contratantes de la Administración no son sólo sujetos que realicen una actividad económica lícita, son ante todo colaboradores directos o indirectos de la Administración. Cuando la Administración suscribe un contrato de suministro, cualquiera sea la naturaleza de los bienes incorporados, no sólo realiza una compra o arrendamiento de bienes; también adquiere insumos al Estado para su funcionamiento, insumos que finalmente tendrán impactos en la calidad de servicios que preste la Administración. Lo mismo sucede respecto de las asesorías que el Estado contrata, regularmente asociadas a la entrega de conocimiento o información. Estas sirven como fundamento técnico o generan alternativas de evaluación para una decisión final de la Administración. Por ello, no cualquier persona puede ser contratante de la Administración, sino sólo aquellos que cumplan con los requisitos de idoneidad profesional, técnica y financiera, que permitan garantizar el normal funcionamiento de los servicios públicos”. cfr. Mensaje núm. 9-341, 27 de octubre de 1999. Ciertos casos de inidoneidad del contratista llevan asociada una causa expresa de nulidad aplicable a toda la contratación del sector público, cfr. art. 4° incs. III a VI LCASYPS, que rezan “Ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la ley núm. 18.575, ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas.

Las mismas prohibiciones del inciso anterior se aplicarán a ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial y los Alcaldes y Concejales, según sea el caso.

Los contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en el inciso anterior serán nulos y los funcionarios que hayan participado en su celebración incurrirán en la contravención al principio de probidad administrativa descrito en el numeral 6 del inciso segundo del artículo 62 de la ley núm. 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que les corresponda”.

<sup>786</sup> Posteriormente se suscribe el contrato, una vez suscrito, además se encuentra el decreto o resolución administrativa de aprobación del contrato, que, si bien se trata de una actuación de la Administración de índole interna, se podría entender que completa la voluntad de la Administración del Estado. De ser así, recién allí tendría lugar el consentimiento. Este acto según ordena la Resolución núm. 1.600 de 2008 de la Contraloría General de la República, se encuentra sujeto al trámite de toma de razón.

Se destacan por su sustantividad, la etapa de la fijación de las bases y la adjudicación. La primera determina el objeto del contrato, la segunda determina el contratante seleccionado para prestar el objeto del contrato. En cuanto a la fijación de las bases del contrato, cabe señalar que antes de ello, se toma la decisión de contratar. Ahora bien, formalmente la fijación de las bases es el acto inicial del procedimiento contractual<sup>787</sup>, acto de suma relevancia, pues la determinación del objeto del contrato se encuentra en las bases de licitación, administrativas y técnicas<sup>788</sup>. En este sentido, en la doctrina comparada de referencia, se destaca el objeto del contrato público, en cuanto a la determinación, y fin

---

<sup>787</sup> Antes está la etapa política cfr. BERMÚDEZ (2010) pág.144.

<sup>788</sup> El artículo 22 del RLCASYPS, que establece el contenido mínimo de las bases, reza:

“Las Bases deberán contener, en lenguaje preciso y directo, a lo menos las siguientes materias:

1. Los requisitos y condiciones que deben cumplir los Oferentes para que sus ofertas sean aceptadas.
2. Las especificaciones de los bienes y/o servicios que se quieren contratar, las cuales deberán ser genéricas, sin hacer referencia a marcas específicas. En el caso que sea necesario hacer referencia a marcas específicas, deben admitirse, en todo caso, bienes o servicios equivalentes de otras marcas o genéricos agregándose a la marca sugerida la frase "o equivalente".
3. Las etapas y plazos de la licitación, los plazos y modalidades de aclaración de las bases, la entrega y la apertura de las ofertas, la evaluación de las ofertas, la adjudicación y la firma del Contrato de Suministro y Servicio respectivo y el plazo de duración de dicho contrato.
4. La condición, el plazo y el modo en que se compromete el o los pagos del Contrato de Suministro y Servicio, una vez recepcionados conforme los bienes o servicios de que se trate.
5. El plazo de entrega del bien y/o servicio adjudicado.
6. La naturaleza y el monto de las garantías que la entidad licitante estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, así como la forma y oportunidad en que se restituirán a los oferentes dichas garantías. Los montos de las garantías deberán ser suficientes, de manera de asegurar la seriedad de las ofertas y el cumplimiento del contrato definitivo, permitiendo hacer efectiva eventuales multas y sanciones, pero sin que desincentiven la participación al llamado de licitación o propuesta.  
Este requisito será obligatorio para las contrataciones que superen las 1.000 UTM.
7. Los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación, atendido la naturaleza de los bienes y servicios que se licitan, la idoneidad y calificación de los Oferentes y cualquier otro antecedente que sea relevante para efectos de la Adjudicación.
8. El nombre completo del funcionario de la Entidad Licitante encargado del Proceso de Compras y el medio de contacto, si fuese procedente”.

de servicio público; allí se señala que mediante las cosas que se tratan de dar hacer o no hacer, se debe satisfacer un fin público<sup>789</sup>.

Asimismo se apunta que la determinación del objeto exigida por la ley pública es en aplicación de la exigencia de la determinación del objeto del contrato “establecida con carácter general en el Código Civil”<sup>790</sup>. Así se señala que la indeterminación del objeto trae como consecuencia la invalidez del contrato<sup>791</sup>. Si bien es cierto, el objeto se determina por las bases administrativas y técnicas, sin perjuicio, que la convención se encuentre en diversos instrumentos, *e.g.* el contrato de concesión de obra pública<sup>792</sup>.

Ahora bien, el objeto del contrato, siempre, es en alguna medida determinable por la propuesta, en la que se establecen prestaciones técnicas y económicas que de acuerdo con las bases de licitación proponga el oferente. En casos como éste, el objeto de la prestación del contratista o concesionario, así como de la Administración del Estado, se encuentra en las bases de licitación y en los otros instrumentos que regulan el cómo se hará en detalle la prestación del objeto ya determinado, esto es las cosas que se tratan de dar, hacer o no hacer.

El respeto por las bases que rigen la licitación, se instaura en nuestro derecho por medio del principio de sujeción estricta a las bases. Al respecto, a nivel legislativo se ordena que “Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los

---

<sup>789</sup> Cfr. GALLEGO, Isabel (2007) “El objeto de los contratos administrativos” en *Contratación administrativa práctica*, núm. 69, noviembre 2007, págs. 48 a 52

<sup>790</sup> Cfr. GALLEGO (2007) págs. 48 a 52.

<sup>791</sup> El objeto del contrato de la Administración, se determina por las bases de licitación, cfr. GALLEGO (2007) págs. 48 a 52. Una ilegalidad en las bases, eventualmente viciaría el objeto, desde el origen del procedimiento contractual. En este contexto, cabe preguntarse por la posible comunicabilidad al contrato de algún vicio de que pueda adolecer el objeto de la licitación, *e.g.* si se ha establecido una marca determinada, lo que no procede de acuerdo con el art. 22 núm. 2 del RLCASYPS, sin perjuicio que el contrato, eventualmente, se podrá estipular o cumplir con una marca determinada, en el evento que el contrato se otorgue. Aquí cabe distinguir entre objeto de la licitación y objeto del contrato, el último es en alguna medida codeterminable por la oferta del contratista. Cabe preguntarse si a efectos de demandar la nulidad, se verifica una causa de nulidad por vicio objeto, o bien se verifica un vicio de procedimiento. Por la segunda alternativa se inclina la doctrina de la jurisprudencia española, cfr. STSJ. Castilla y León, 27 de octubre de 2006 “Determinación del objeto del contrato administrativo” en *Contratación administrativa práctica*, núm. 62, marzo 2007, págs. 23 a 26.

<sup>792</sup> Que en Chile tiene una estructura instrumental compleja, cfr. LOOPP y RLOOPP, en especial el art. 2 de este último.

participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente”, art. 10 LCASYPS, inc. III. Asimismo la LOCBGAE art. 9° inc. II, ordena que la contratación administrativa se rija bajo los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato<sup>793</sup>. Para asegurar que ello ocurra el art. 10 incs. 4° de la LCASYPS, dispone que “El reglamento determinará las características que deberán reunir las bases de las licitaciones”<sup>794</sup>.

En cuanto a la adjudicación, se halla definida en la LCASYPS como el acto administrativo terminal del procedimiento de contratación<sup>795</sup>, del que según el art. 14 de la LCASYPS, nacen derechos y obligaciones intransferibles<sup>796</sup>. Ahora bien, la adjudicación

---

<sup>793</sup> En el mensaje del ejecutivo al proyecto de la LCASYPS, respecto del principio de igualdad señala que “este principio se traduce en que frente a diferentes sujetos que se encuentren en idénticos supuestos de hecho, incluidos los requisitos para poder contratar, la Administración no puede discriminar en razón de ninguno de ellos. En efecto, la Administración debe decidir su contratación atendido el contenido de la propuesta más conveniente para el Estado, y no asignar a un sujeto particular como único mecanismo de selección. En virtud de este principio, cualquier persona es un contratante potencial del Estado. En síntesis, el principio exige que desde el comienzo del procedimiento de licitación hasta la formalización del contrato, todos los oferentes se encuentran en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas. Ello exige a la Administración un apego estricto a las bases y un conocimiento claro de los oferentes y del público en general, del cómo, cuándo y dónde la Administración decidirá la contratación y contratante”. cfr. Mensaje, núm. 9-341, 27 de octubre de 1999.

<sup>794</sup> Este es el Decreto Supremo núm. 250, de 2004, que establece el *Reglamento de la Ley n°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*. En el derecho comunitario europeo estos ordenamientos generales se complementan con los pliegos generales de contratación, cfr. TORNOS, Joaquín (1996) “Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la Administración” en GÓMEZ-FERRER, Rafael (dir), *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Editorial Civitas S.A, pág. 267.

<sup>795</sup> La adjudicación se define en nuestro derecho como “acto administrativo fundado, por medio del cual la autoridad competente selecciona a uno o más Oferentes para la suscripción de un Contrato de Suministro o Servicios”, cfr. art. 2 RLCASYPS. Cuestión muy discutida se refiere a la facultad de la Administración para invalidar la adjudicación, cfr. *CPA Auditores Consultores S.A con Subsecretaria de Transportes* (2010), *Constructora Asgard Limitada con Municipalidad de San Carlos* (2009), donde incluso se ha declarado el efecto consecuencial de la privación judicial de efectos de la invalidación de una adjudicación.

<sup>796</sup> La adjudicación, por regla general no se encuentra afecta al trámite de toma de razón, por el contrario sí se encuentra afecto el acto administrativo que aprueba el contrato, cfr. Dictamen núm. 33.956 de 2010 y Resolución núm. 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República. En el acto de término se puede declarar desierta la licitación, aspecto que no sería controlable en sede judicial, cfr. *Editorial Marenostrum Limitada con Ministerio de Educación* (2008), *Constructora Sierra Nevada S.A. con Director Regional de Vialidad de la IX Región* (2008), *Gárate con Municipalidad de Hualqui* (2005), dónde se ha fallado que el tribunal no adjudica, ni declara desierto, pues es competencia de la Administración.

no es fuente de las obligaciones contractuales del contratista y la Administración. Como en toda convención, en la contratación administrativa se requiere que la Administración del Estado concorra con la voluntad del contratista para perfeccionar el contrato<sup>797</sup>.

En cuanto a la relación de la adjudicación con las bases administrativas y técnicas, estas últimas indican los criterios para decidir a quien adjudicar el objeto del contrato, sobre las reglas administrativas y los requerimientos técnicos, allí fijados. En este sentido, La LCASYPS, en el art. 10 incs. II, prescribe que “El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento”.

El cumplimiento de los criterios legales, reglamentarios y especiales fijados en las bases son controlables administrativa y judicialmente, respectivamente, por medio de la toma de razón<sup>798</sup>, y judicialmente mediante la acción de impugnación establecida en el art. 26 de la LCASYPS.

En la fase de la adjudicación, la Administración del Estado, por medio de la entidad licitante<sup>799</sup>, no puede contratar con quien desee, sino con el vencedor en el procedimiento concursal. De este modo, siempre el contrato da cuenta de una relación jurídica soportada en un procedimiento administrativo, cuyo acto de término es la adjudicación. Por tanto, si falta una adjudicación (válida) faltaría un elemento de la estructura para construir el acuerdo de voluntades que da origen a la norma contractual, afectándose la validez del

---

<sup>797</sup> La importancia del procedimiento administrativo contractual o “zona común” radica en que, según se ha dictaminado “todo procedimiento de propuesta pública, que termina con el decreto de adjudicación, genera derechos y obligaciones para las partes, uno de estos precisamente es el derecho a suscribir el contrato adjudicado”, cfr. Dictamen núm 16.993 del año 2007 de la Contraloría General de la República, citado en *Frías con Alcalde de Arica* (2008), en un recurso de protección, que finalmente se rechaza. Ahora bien, según la Contraloría General de República, en el Dictamen núm. 50.455, de 2010, el contrato entrará en vigencia a contar de la total tramitación del acto administrativo que lo apruebe, objetando el plazo suspensivo establecido en el contrato. En el derecho español la situación es diversa, pues la adjudicación perfecciona el contrato cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 726. Para ABREU, Adilson (1979) “Vicios de la adjudicación en el procedimiento licitatorio” en *Revista de Derecho Público*, núm. 25 y 26 pág. 152, ni lo uno ni lo otro, sino que el adjudicatario sólo tiene derecho a no ser postergado, y además el derecho de exigir que la integración del procedimiento licitatorio.

<sup>798</sup> Ahora bien, indirectamente, pues en general la adjudicación, no se halla afecta al trámite de toma de razón, lo contrario ocurre con las bases de la licitación, y el acto que aprueba el contrato, cfr. Dictamen núm. 33.956 de 2010 y Resolución núm. 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República.

<sup>799</sup> Expresión de aplicación supletoria en virtud de la LCASYPS, arts. 1 y 5 inc. final.

contrato en tanto acto<sup>800</sup>. Así, la adjudicación, en tanto acto terminal de actualización de la fase administrativa, soporta al contrato<sup>801</sup>.

### 3.2.1. Régimen unitario de Derecho Administrativo

Las reglas de actualización de la competencia establecidas en el procedimiento administrativo contractual, deben ser observadas en todo contrato de la Administración, comprendiendo tanto los contratos administrativos *stricto sensu*, como los contratos privados de la Administración. El poder de contratar de la Administración del Estado necesariamente se presenta imbuido del núcleo público original (siendo recomendable espejo a la validez así concretada, un régimen de nulidad). De esta manera, toda actuación en que se utilice la técnica de competencia contractual administrativa (para obligar a la Administración para con el privado) debe su validez a las reglas administrativas de atribución y actualización del poder contractual. Todo ello es en virtud de la zona común, donde se constituye el núcleo público original del contrato.

El procedimiento administrativo contractual se sujeta a un régimen de principios, reglas y control, de acuerdo con el Derecho Administrativo. Como señalamos, los principios que rigen la contratación administrativa se establecen en la LOCBGAE, y LCASYPS, y consisten, básicamente en la igualdad ante las bases y la libre concurrencia de los oferentes (art 9º, LOCBGAE). El régimen que ordena en general los procedimientos de contratación, sobre la base de la licitación pública, se encuentra establecido en la LOCBGAE, art. 9º. En especial los procedimientos de contratación se regulan, por ejemplo, en la LCASYPS y en la LOOPP; determinados contratos que carecen de un régimen especial, se regulan supletoriamente por la LCASYPS<sup>802</sup>.

---

<sup>800</sup> En este sentido se afirma que puede existir una comunicabilidad de la invalidez de un acto preparatorio al contrato, puesto que éstos constituyen una parte esencial del mismo, como expresión de la voluntad de la Administración, que con la del contratista crea un núcleo de derechos y obligaciones, cfr. MEILÁN (2008) pág. 153.

<sup>801</sup> Acerca de la legitimación por procedimientos en Derecho Administrativo y la voluntad administrativa objetiva en materia de contratación administrativa, VILLAR (1977) págs. 268 y sgts.

<sup>802</sup> Cfr. art. 3º, e) LCASYPS.



Este procedimiento implica el respeto de la juridicidad, así el control será en general los que contempla el Derecho Administrativo. El carácter público se manifiesta, entre otros aspectos, en la competencia de la Contraloría General de la República. Así el acto administrativo que aprueba las bases administrativas, se encuentra afecto a la toma de razón<sup>803</sup>. Sin embargo, quedarán exentas las bases que se ajusten a un formato previo aprobado por la Contraloría General de la República, en cuyo caso quedará afecto al trámite de toma de razón el acto de adjudicación<sup>804</sup>. Posteriormente, la Administración dicta un acto administrativo aprobatorio del contrato, sujeto a trámite de toma de razón<sup>805</sup>.

Además, en especial, la LCASYPS, establece un sistema de impugnación aplicable especialmente a los contratos administrativos de suministros y prestación de servicios, de extensión a los contratos de obras públicas, tanto de concesión como de ejecución, y en general para la contratación administrativa municipal<sup>806</sup>. Para ello se estableció el Tribunal de Contratación Pública (v. *infra* IV.3.4.2).

En este contexto, la decisión administrativa de contratar, claramente se trata de un asunto público, con mayor intensidad en los contratos administrativos *stricto sensu*, pero también en los privados de la Administración<sup>807</sup>, lo que representa un límite a la aplicabilidad del Código Civil. La enunciada zona común, compuesta de un régimen de actualización, inspirados por principios, y sujetos a control administrativo, constituye un límite de aplicación para las reglas civiles, con respecto a los contratos administrativos y privados de la Administración. Zona común que siendo plenamente administrativa,

---

<sup>803</sup> Sin perjuicio de la excepción en materia de Administración Municipal.

<sup>804</sup> La adjudicación, por regla general no está sujeta a la toma de razón, sí corresponde para el acto administrativo que fija las bases de la licitación, cfr. Dictamen núm. 33.956 de 2010 y Resolución núm. 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República.

<sup>805</sup> Luego de la suscripción del contrato, la Administración dicta un acto administrativo aprobatorio del contrato, afecto a de toma de razón, cfr. Resolución núm. 1.600 de 2008, de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la excepción de toma de razón en materia municipal.

<sup>806</sup> Cfr. art. 3°, e) LCASYPS y art. 66 LOCM.

<sup>807</sup> En este sentido, DE LA CRUZ, Alicia (2008) "Público/Privado en la Contratación Administrativa", en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, págs. 57 a 76. Señala que no se vislumbra razón para que si se vicia el procedimiento administrativo previo a la venta de un inmueble, vaya a ser diferente a si sucede lo mismo en un contrato de concesión de obra pública.

constituiría un límite a la aplicabilidad del Código Civil, pues se regula específica y plenamente por el Derecho Administrativo, con sus criterios internos de integración.

De modo que, en principio, el núcleo público original representa un límite negativo a la aplicabilidad del Código Civil, que está en la “decisión pública originaria”, que siempre se regirá por el Derecho Administrativo, así éste determina sus requisitos de validez. Ahora bien, si no se respetan estos requisitos, en principio, el acto originario de decisión pública es inválido, pero ¿qué ocurre con el contrato? El problema surge, en parte, porque una influyente doctrina en el marco del derecho comparado de referencia, sostiene que la zona común, plenamente administrativa, sería separable del contrato.

### 3.3. Validez: vínculo procedimiento - contrato

El contrato de la Administración, como acto jurídico bilateral es fuente de norma jurídica particular, de carácter autónomo en su origen y heterónimo en su cumplimiento, soportado en el acto administrativo de adjudicación (que a su vez, se sostiene en el procedimiento administrativo). Esta circunstancia, conduce a tratar el problema del procedimiento administrativo contractual como requisito de validez del contrato. Cuestión relevante para determinar si es posible declarar la nulidad del contrato por algún vicio que ocurra con ocasión del *iter* contractual.

Se entiende que el derecho, como orden dinámico, regula su propia creación<sup>808</sup>. Para producir enunciados normativos válidos cabe observar las reglas que establecen la forma procedimiento y la forma solemnidad o forma exterior, esto es las reglas de actualización de la competencia<sup>809</sup>. Las reglas de actualización de la competencia usualmente conllevan una regla incompetencia, de modo que si no se realizan los actos de la forma y con el procedimiento establecido, el acto no se perfecciona de ninguna otra manera<sup>810</sup>.

---

<sup>808</sup> Cfr. *supra* III.1.

<sup>809</sup> Cfr. DELGADO (2005) págs. 24 a 28, en el contexto administrativo, para BELADIEZ (1994) pág. 56, la validez es la situación en que se encuentran los actos conformes a derecho.

<sup>810</sup> En este sentido, DELGADO (2005) pág. 38.

Entonces, para que un determinado contrato de la Administración se considere válido en el orden jurídico de referencia, antes que todo, se ha de observar por el sujeto público la forma procedimiento, esto es, el procedimiento de contratación establecido en la ley. De este modo, cada vez que la ley establezca un procedimiento de contratación, se requiere de observar dicha forma procedimiento para que el acto bilateral que soporta sea válido<sup>811</sup>. Así, más precisamente, cabe señalar que el procedimiento administrativo válido es exigencia de sistema para la validez del contrato que soporta. En este sentido, la manifestación de la voluntad administrativa en forma, mediante un procedimiento, que finalmente se concreta a través de la adjudicación, es requisito de validez del contrato.

Así, de acuerdo con los expuestos parámetros de validez en el derecho (*supra* III.1), soportada la validez en la competencia conferida a un sujeto para realizar un acto jurídico determinado, la validez del contrato depende necesariamente de la validez del procedimiento administrativo<sup>812</sup>. Por tanto, si el procedimiento es inválido, no será soporte para la validez del contrato, pues las reglas que lo rigen integran la norma de competencia completa del contrato de la Administración<sup>813</sup>.

En abstracto, para que sea posible hablar de consecuencias de los vicios de procedimiento en el contrato de la Administración se requiere de (1) un vicio de procedimiento, cuya calificación corresponde exclusivamente al Derecho Administrativo, (2) luego de establecido un vicio de procedimiento, se requiere determinar si se trata o no de un vicio invalidante, cuestión que nuevamente corresponde al Derecho Administrativo, y (3) en caso de tratarse de un vicio invalidante, corresponde determinar su consecuencia en

---

<sup>811</sup> Para los contratos privados de la Administración, se debe considerar que el art. 9º de la LOCBGAE dispone la propuesta pública para los contratos administrativos y privados de la Administración, según el citado criterio de la Contraloría General de la República (pues de todos modos se requiere de una manifestación de voluntad administrativa, la que debe formarse de acuerdo al acto o procedimiento administrativo que corresponda).

<sup>812</sup> En concreto, para referirse a la validez en términos ciertos necesariamente concierne tratar la invalidez, pues en el decir de Delgado, la validez de un acto no se conoce sino por la invalidez, como negación de la misma, cfr. DELGADO (2005) pág. 36.

<sup>813</sup> Cfr. *supra* II. El acto es válido sólo si se adecua a las normas de competencia, sino es inválido, y en cuanto tal deben contemplarse mecanismos institucionales de anulabilidad. El sistema jurídico ya está construido sobre la racionalidad del principio de jerarquía normativa, así que, dentro de ella, se tratan las consecuencias de aplicarla al régimen de validez de los contratos de la Administración.

el contrato, y si se trataba de un acto de trámite<sup>814</sup>, antes hay que determinar la consecuencia del mismo en la resolución o acto final: la adjudicación<sup>815</sup>, cuestión, que de nuevo corresponde al Derecho Administrativo, y finalmente, (4) la trascendencia del vicio al contrato, aspecto, que el Derecho Administrativo no regula, y en el que, a mi juicio, según se argumenta, sería aplicable el Código Civil.

Con respecto a los vicios de forma o procedimiento, se pueden presentar diversas hipótesis, (1) ser vicios de forma no invalidante de la actuación, (2) vicio de forma invalidante de la actuación, (3) vicio de forma invalidante que invalida otros actos de trámite, (4) vicio de forma invalidante (actuación viciada) independiente de otros actos de trámite, (5) además la actuación viciada (que adolece de un vicio de forma invalidante de la actuación) puede anular parcialmente el acto final, como anular totalmente el acto final<sup>816</sup>.

Cabe considerar que, no se puede sostener inmediatamente que un vicio de procedimiento puede conducir a la nulidad del contrato, pues se debe considerar la eventual separabilidad entre el procedimiento y el contrato. Específicamente en este tópico, en cuanto al panorama comparado, este es disímil: el derecho español, por norma expresa, resuelve el problema prescribiendo que la declaración de nulidad de los actos administrativos preparatorios o de la adjudicación conlleva en todo caso la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación<sup>817</sup>.

En el derecho francés la situación es algo más compleja, puesto que el tema se enlaza con la “teoría de los actos separables” que, básicamente, consiste en que los actos

---

<sup>814</sup> En el derecho español a nivel normativo se ha introducido la noción de acto preparatorio, y se señala que todo acto de trámite sería acto preparatorio del contrato, cfr. GALLEGO, Isabel, (2008) “Efectos de la declaración de invalidez del contrato público” en *Contratación administrativa práctica*, núm. 76, junio 2008. En este sentido, se sostiene que actos no preparatorios son aquellos posteriores a la celebración del contrato, los tendientes a su ejecución o resolución unilateral, cfr. SANTAMARÍA, Juan (2004) “La invalidez de los contratos públicos” en *Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, págs. 297 a 299. Sobre la noción de acto preparatorio, como acto de trámite que afecta la validez del contrato, cfr. BACA (2005) págs. 105 a 108.

<sup>815</sup> Sin perjuicio que sería perfectamente posible sostener la impugnación del contrato directamente sobre la invalidez del acto del procedimiento, sin tener que anular previamente la adjudicación.

<sup>816</sup> Con respecto a la nulidad parcial cfr. ELORRIAGA DE BONIS, Fabian (1998) “La nulidad parcial”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCV, núm. 3, 2ª parte, págs. 77 y sgts.

<sup>817</sup> Cfr. en el derecho de España, el art. 35.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, *de contratos del Sector Público*.

administrativos que constituyen el procedimiento administrativo contractual se entienden separados del contrato, y asimismo la declaración de nulidad del acto separable no importa la declaración de nulidad del contrato<sup>818</sup>. Para anular al contrato habrá que recurrir al juez del contrato, al que únicamente podrían acceder las partes<sup>819</sup>.

En el derecho de Francia, esta teoría se construyó para remediar la situación de los terceros eventualmente afectados por un contrato de la Administración, que no disponían de acción para hacer valer sus derechos, debido a que tanto el recurso por exceso de poder, como el de plena jurisdicción, no les estaba concedido. A saber, el contencioso por exceso de poder (recurso objetivo) procede en contra de actos administrativos (unilaterales), no es un mecanismo que habilite a los interesados para impugnar contratos. Además, en general, el recurso de plena jurisdicción, contencioso subjetivo en que se pretende la declaración de un derecho, no se concede a favor de terceros, por lo que, otros interesados, que no sean las partes, no pueden impugnar el contrato<sup>820</sup>. De este modo, con la teoría del acto separable se concedió acción para impugnar vía el recurso por exceso de poder, los actos que componen el procedimiento administrativo contractual, que de otro modo quedaban inimpugnables, para otros que no sean las partes.

Sin embargo, como consecuencia (perniciosa, a mi juicio) de la separabilidad, la declaración de nulidad de un acto que forme parte del procedimiento no conlleva la declaración de nulidad del contrato administrativo, el que permanece perfectamente válido, efecto que Macera llama el “carácter platónico de la anulación del acto separable”<sup>821</sup>.

---

<sup>818</sup> Cfr. MACERA, Bernad-Frank (2001), *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, Cedecs Editorial SL, Barcelona, pág. 69.

<sup>819</sup> Cfr. DE SOLAS (1993) págs. 235 y 236.

<sup>820</sup> Cfr. POUYAUD, Dominique (1991) *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, págs. 291 a 336. en cuanto a esto último recientemente en el *affaire société tropic travaux*, resuelto por el Consejo de Estado, se le concedió a los usuarios de un servicio público, sujeto a determinados requisitos, la acción de plena jurisdicción para impugnar el contrato. Disponible en <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=1&fond=DCE&texte=soci%E9t%E9+tropic+travaux+signalisation&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=4&Pluriels=True>. Un comentario sobre este fallo puede consultarse en VALDIVIA, José Miguel (2009), *Noticia atrasada acerca de la impugnación de contratos administrativos en derecho francés*, disponible en <http://decive.blogspot.com/2009/01/noticia-atrasada-acerca-de-la.html>.

<sup>821</sup> Cfr. MACERA (2001) pág. 69.

A la teoría de los actos separables, se opone tanto la teoría del acto coligado, así como la teoría incorporación, según las que (con matices) los actos contractuales pueden tener distinta causa, objeto y finalidad inmediata, pero mediatamente, todos ellos encuentran en el contrato administrativo la base de la valoración de la totalidad de los requisitos exigidos por la ley<sup>822</sup>.

En el marco del derecho comparado de referencia la recepción de la teoría de los actos separables es patente en el derecho español<sup>823</sup>, pues se ordena que “los actos preparatorios, y de adjudicación son separables del contrato privado mismo, que se perfecciona después de ellos, y por supuesto de su contenido”<sup>824</sup>. Ahora bien, es en diverso sentido que en el derecho francés, en cuanto a las consecuencias respecto de la eficacia del contrato, pues se dispone que “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”<sup>825</sup>.

Dadas las citadas reglas, García de Enterría y Fernández<sup>826</sup> ven con buenos ojos la separabilidad así entendida, pues sirve para mantener el control de la legalidad del procedimiento en sede administrativa y, además, en manos de la justicia administrativa, la legalidad pública original. Sin perjuicio de ello, la importación de la teoría de los actos

---

<sup>822</sup> Teoría expuesta por CASSAGNE, Juan Carlos (2005) *El contrato administrativo*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, pág. 310, y sustentada por BARRA, Rodolfo (1989) *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Ábaco, Buenos Aires, que consiste en sostener que en el procedimiento contractual se emiten actos administrativos que se coligan entre sí, transmitiendo, entre actos antecedentes y consecuentes, todos o algunos de sus elementos. Por otra parte la decimonónica teoría de la incorporación, desarrollada por el Consejo de Estado francés, antes que la teoría del acto separable, consiste en que los actos administrativos se entiende que forman parte del contrato, perdiendo su individualidad, cfr. MACERA (2001) págs. 62 a 65.

<sup>823</sup> Para su recepción en España, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 62. Se explica la aplicación a los casos de uso instrumental del derecho privado en materias administrativas, para salvaguardar el carácter público de la decisión.

<sup>824</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) págs. 61 y 62.

<sup>825</sup> Cfr. en el derecho de España, art. 35.1 Ley 30/2007, de 30 de octubre, *de contratos del Sector Público*.

<sup>826</sup> Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2004) pág. 61.

separables por el Derecho Administrativo español ha sido criticada por Macera<sup>827</sup>, sobre la base de que en el derecho español no existiría la necesidad que justificó su inclusión en el Derecho Administrativo francés, junto a que introduce soluciones inadecuadas para el derecho de España, que se relacionan con la “huida” del Derecho Administrativo<sup>828</sup>.

Referente al derecho chileno, en este tópico, atendido que el nivel legislativo no regula expresamente el problema, este trabajo propone que una infracción al principio de juridicidad en el procedimiento, sí se comunica al contrato, obstando a la validez del mismo, el que debe ser declarado nulo, todo ello en virtud de las reglas de nulidad del Código Civil, complementadas con la legalidad administrativa.

Como veremos, en Chile (al menos de lo que podría entenderse como su recepción implícita) la teoría de los actos separables, se utiliza para que, a pesar de hallarse un contrato soportado en un procedimiento irregular, éste siga teniéndose por válido. Así, por ejemplo, en el caso *Junta de Vecinos de Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007) se falló por denegar la nulidad del contrato, a pesar de estar éste soportado en actos administrativos que se declararon nulos<sup>829</sup>.

Sin perjuicio del estado de la jurisprudencia mayoritaria, existen razones para el descarte de la teoría del acto separable, que se refieren a (1) el contexto normativo y (2) a la distorsión que implica, de conferir eficacia a actos soportados en procedimientos viciados. Dentro del contexto normativo francés, en el origen, la teoría de los actos separables se concibe para dejar dentro del control administrativo (vale decir, jurisdicción administrativa) los actos que constituyen el procedimiento administrativo contractual, considerando que los terceros no eran legitimados activos para demandar la nulidad del contrato. A mi entender, esta es una razón para no incorporarla, pues en el momento de origen francés de esta teoría se entendía que en los contratos de la Administración se incorporaba el procedimiento

---

<sup>827</sup> Cfr. MACERA (2001) *passim*, MACERA, Bernad-Frank (2001b) “La sujeción a control contencioso administrativo del *feri* de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles publicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima” en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, mayo-agosto, 2001, págs. 237 y sgts.

<sup>828</sup> La huida del Derecho Administrativo consiste en el recurso ilegítimo al derecho privado, en este orden de ideas, cfr. MACERA (2001) 192 y 193.

<sup>829</sup> Cfr. *infra*. IV.3.4.2 y demás fallos allí citados.

administrativo, no procediendo la acción por exceso de poder, problemática ajena a nuestras reglas. Así extender la teoría a los contratos administrativos en Chile no es necesario.

Además, las consecuencias de su eventual aceptación generarían una distorsión de acuerdo con los parámetros de validez en el derecho, pues el procedimiento válido es condición necesaria de validez del contrato. A mi juicio, lo pernicioso de entender desvinculados al procedimiento del contrato, es que carecería de sentido toda la regulación administrativa el procedimiento contractual, si el contrato, a pesar de estar viciado el procedimiento, igualmente sería válido.

En Chile el modo en que se le ha aplicado implícitamente (o más bien la separabilidad construida entre nosotros) por la jurisprudencia (en especial el Tribunal de Contratación Pública), tiende a mantener la validez del contrato. Así se declara que determinado acto de procedimiento es invalidado, pero que ello no afecta la validez del contrato. Esto, a mi juicio es superable mediante una interpretación las reglas civiles de nulidad, que se encuentre de acuerdo con las características de la contratación administrativa.

### 3.4. *Nulidad o régimen de impugnación por vicios de forma*

#### 3.4.1. *Planteamiento teórico*

En general, de acuerdo con el inciso I del art. 7° de la Constitución, que en lo pertinente dispone que los órganos del Estado actúan válidamente *en la forma que prescriba la ley*, entrega precisamente a la ley que establezca las formas que se requieren observar en la actualización de la competencia administrativa. En relación con el inciso final de la misma regla<sup>830</sup>, si no se observan las formas exigidas por la ley, el acto es susceptible de declararse nulo. La ley que a estos efectos, y en este contexto cabe relacionar con dicha regla constitucional es el art. 13 de la LBPA. Este artículo señala que “El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades

---

<sup>830</sup> Sobre la que se ha construido la teoría de la nulidad de derecho público, cfr. *supra* III.3.



que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”.

Entre nosotros en materia de procedimientos y formalidades propiamente administrativas, es dable argumentar que la regla del art. 7° de la Constitución, se encuentra complementada por el art. 13 de la LBPA, que le añade, la condición, entre otras, de que el defecto formal debe causar perjuicio al interesado para que se verifique la invalidez de un acto determinado<sup>831</sup>.

Respecto del inciso segundo de la citada regla, Bermúdez señala que “la LBPA contiene un principio, no expresado, de permanencia o conservación de los actos jurídicos administrativos. Es decir, si bien para la ley no resulta indiferente la ilegalidad del acto administrativo, no permitirá la extinción del mismo por cualquier vicio, sino que es exigible la concurrencia de ciertos requisitos para afectar la validez del acto”<sup>832</sup>; y agrega que en consecuencia “desde la perspectiva formal o procedimental, la legalidad del acto administrativo se pone en entredicho cuando el requisito es esencial (ejemplo: la notificación del acto; la recepción de las pruebas; la emisión de un informe potestativo de otra Administración Pública) y siempre que dicha omisión le cause perjuicio al interesado [...] A ello se debe sumar la presunción de validez de la actuación, la cual debe ser derribada por el legitimado activo, convenciendo al juez de la ilegalidad de que adolece el acto, antes de anular el acto”<sup>833</sup>.

La determinación del sentido y alcance de esta regla, se trata de un tópico perteneciente al núcleo dogmático administrativo. Sin perjuicio de ello, se aprecia una

---

<sup>831</sup> En este orden de ideas, cfr. BERMÚDEZ (2010) pág. 99.

<sup>832</sup> BERMÚDEZ (2010) pág. 99.

<sup>833</sup> BERMÚDEZ (2010) pág. 99.

similitud y congruencia entre el artículo 1682 del Código Civil, y el artículo 13 de la LBPA. En efecto, lo dispuesto en el artículo 1682, en atención a que la nulidad se produce a base de la infracción de los requisitos que las leyes prescriben para el valor de un acto o contrato, permitiría incorporar, el principio de no formalización, en circunstancias que la ley (LBPA, artículo 13) establece que es lo que precisamente *vale* para los actos administrativos, de lo que se podría colegir que un mero requisito de procedimiento no importaría requisito de valor<sup>834</sup>, según el citado art. 1682.

En virtud del principio de conservación, que aquí se manifestaría en que no habría lugar a nulidad por vicio de forma, en el contexto comparado, en el derecho español, Nieto señala que cuando la forma mira a garantizar intereses externos a la mera burocracia administrativa, constituye una ilegalidad relevante, y se trata de una norma jurídica, no meramente administrativa<sup>835</sup>, y que por tanto importa la invalidez del acto. En este orden de ideas, Beladiez, en general, se refiere al principio de conservación de los actos administrativos. En este punto cabe considerar que se señala que la conservación del acto administrativo a pesar de los vicios de forma, no procede en el ejercicio de poderes discrecionales<sup>836</sup>. En este sentido, Beladiez, señala que la irrelevancia de la forma para la validez sólo corresponde a los actos reglados, mas no a los discrecionales, en que la forma es garantía y única posibilidad de control de la actuación de la Administración<sup>837</sup>.

Dentro de este último orden de casos se encuentra el poder contractual de la Administración. A mi juicio esto acontece con la generalidad de los actos o actuaciones decisivas en la contratación administrativa *e.g.* fijación de las bases y la adjudicación.

El seguimiento de las normas de procedimiento, tiende a garantizar el interés público, que en materia de contratos, su salvaguarda consiste básicamente en la observancia

---

<sup>834</sup> Por el principio de conservación, cfr. JARA (2004) págs. 125 a 176, con soporte en BELADIEZ (1994) págs. 161 a 186.

<sup>835</sup> Cfr. NIETO, Alejandro (1994) “Estudio Preliminar” en *Validez y Eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, de Margarita Beladiez Rojo, págs. 9 a 28.

<sup>836</sup> BELADIEZ (1994) págs. 118 a 131. Cabe precisar que, la construcción de esta parte de su doctrina es desde el derecho español.

<sup>837</sup> Cfr. BELADIEZ (1994) págs. 122 y 123, en el mismo sentido JARA (2004) pág. 198.

de los principios o reglas<sup>838</sup> de sujeción estricta a las bases y de igualdad de los oferentes al llamado administrativo (es materia propia de la ciencia administrativa fijar el contenido de estas normas). En el procedimiento contractual, podemos entender como requisito esencial (de acuerdo con el art. 13 de la LBPA), la observancia de las reglas de igualdad ante el llamado administrativo y de estricta sujeción a las bases administrativas y técnicas<sup>839</sup>. En este sentido de seguir el principio de conservación, para Beladiez, el vicio de forma sí es invalidante en caso de ejercicio de facultades discrecionales<sup>840</sup>.

En los contratos públicos, al ejercer la facultad discrecional, lo mandado es que se haga en vistas al interés público<sup>841</sup>. Esta es una de las diferencias fundamentales respecto de la contratación privada, en donde la persona que contrata siempre lo hace en vista de su propio interés (privado o arbitrario, cfr. *supra* II.3.2.2). En este sentido Beladiez señala que en el Derecho Administrativo, la ley no habilita genéricamente a la Administración del Estado para que actúe cuando ella lo crea conveniente y del modo que le parezca más oportuno para el interés público, sino que es la propia ley la que determina cuando existe un fin público que legitime su actuación y el modo en que ésta debe satisfacerlo, al contrario de lo que ocurre en ámbito privado, donde los sujetos jurídicos pueden satisfacer sus intereses a través de la forma que consideren más conveniente<sup>842</sup>.

Así, el poder contractual de la Administración del Estado es formal, pues las formas de actualización son requisitos de validez. En este sentido, el mensaje con que el ejecutivo inició la tramitación de lo que hoy es la LCASYPS indica que la contratación

---

<sup>838</sup> Para un sector de la doctrina administrativa los principios formulados en la ley se entienden como reglas, cfr. VERGARA (2010) pág. 27.

<sup>839</sup> Estos principios cobran relevancia para la resolución de casos, por ejemplo, cómo calificar jurídicamente la exclusión de un proponente: lo que parece un vicio de forma, impide que la Administración valore las propuestas en juego, de acuerdo con los principios señalados, y estando la Administración obligada por dichos principios a evaluar todas las propuestas, el vicio de forma recae directamente en la vulneración de la legalidad material.

<sup>840</sup> Cfr. BELADIEZ (1994) págs. 161 a 186. Desde esta doctrina es considerado por JARA (2004) págs. 125 a 140.

<sup>841</sup> El órgano que decide elegir un contratante debe hacerlo en vista del interés público, ahora bien los que deciden, finalmente, son las personas naturales que sirven los cargos públicos, sobre quienes recae el mandato de salvaguardar el interés público.

<sup>842</sup> BELADIEZ (1994) pág. 316.

administrativa se rige por el *principio del formalismo* y reza “la Constitución establece que para que los actos de los órganos del Estado, entre ellos la Administración, sean válidos, deben realizarse “en la forma que prescriba la ley” (art. 7º). En efecto, con dicho término la Constitución expresa dos ideas sustantivas: que las actuaciones de la Administración deben someterse a determinados procedimientos (forma-procedimiento) y a determinadas formas en la expresión de su voluntad (forma-externalidad). El proyecto reconoce y desarrolla este principio, pues la Administración, para contratar, debe someterse a un procedimiento administrativo, según sea el sistema de contratación a realizar. Regularmente, serán procedimientos concursables. La forma externa, por su parte, se traducirá en un resolución aprobatoria que se remitirá a la Contraloría para su registro”<sup>843</sup>.

Ahora bien, entre nosotros, para determinar si el vicio de procedimiento tiene la entidad para operar como causal de nulidad, habría que considerar el principio de conservación, en virtud del cual los vicios irrelevantes no califican para configurar causal de nulidad, ya que los vicios formales de poca entidad, de acuerdo con nuestro Derecho Administrativo, no vician el acto<sup>844</sup>.

Así, se afirma la cualidad anulatoria del vicio de forma únicamente cuando, de acuerdo con las reglas y disciplina del Derecho Administrativo, se encuentre dotado de la suficiente relevancia como para afectar la validez del acto. Pero otra cosa es que un vicio de dicha entidad haga susceptible de anular el contrato. Nuestro sistema de nulidad no resuelve expresamente si el contrato, que soporta parte de su validez en el procedimiento

---

<sup>843</sup> Cfr. Mensaje núm. 9-341, 27 de octubre de 1999. Cabe señalar que la ley, en definitiva nada establece respecto del trámite de registro.

<sup>844</sup> En este sentido cfr. JARA (2004) págs. 126 y sgts. En virtud del indicado principio, a pesar de ser un determinado acto irregular, éste no se anula si se puede cumplir con el fin del acto, de modo que lo que determina la invalidez de un acto administrativo no es la mera ilegalidad, sino que dicha ilegalidad imposibilite obtener un fin que el ordenamiento jurídico considera objeto de protección. En sentido contrario, BARAONA (2007) pág. 75, señala que este planteamiento, de aceptarse, “supone desplazar el análisis de la nulidad de un acto desde la apreciación misma de la ilegalidad (juridicidad) y de la sanción a ella asociada, hacia la mayor o menor posibilidad de que esa ilegalidad ofrezca de alcanzar fines protegidos por el derecho. Ello implica [...] una incorrecta comprensión del artículo 7º de la Constitución, pues la nulidad allí sancionada no admite funcionalismo alguno”. Estos tópicos, un autor los ha denominado “ilegalidad tolerada”, cfr. BERMÚDEZ, Jorge (2010) “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la nulidad de derecho público” en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol. XXIII, núm. 1, págs. 107 a 112.

contractual, será nulo en virtud de un vicio que tenga lugar en el procedimiento administrativo contractual.

En este contexto, se expuso que la adjudicación, junto con la voluntad del contratista, conforman el consentimiento contractual. Así, la adjudicación soporta el contrato<sup>845</sup>, en consecuencia, si falta una adjudicación (válida) falta un elemento para construir la norma contractual, afectándose la validez del contrato en tanto acto. Pero otra cosa es predicar nulidad del contrato, para ello debe operar una causal de nulidad, y una acción que permita su declaración, en fin un régimen anulatorio.

Para la jurisprudencia mayoritaria, el contrato sería válido, a pesar de estar soportado en un procedimiento viciado, según los fallos del Tribunal de Contratación Pública y la jurisprudencia ordinaria, lo que constituye una distorsión de acuerdo con los parámetros de validez en el derecho. Por el contrario, estimo que dado que el procedimiento administrativo es requisito de validez del contrato, regido por el derecho público y exigido para formar la convención presente en todo contrato de la Administración, su inobservancia debería dar lugar a nulidad (siempre que no se trate de un vicio irrelevante).

En este orden de ideas, el art. 1462 del Código Civil establece una causal de nulidad ajustada al derecho público, que permite recoger el núcleo público original<sup>846</sup> (*supra* III.2.4.4. y IV.2), en relación con el art. 1682 del mismo código, determinando el régimen de nulidad, de acuerdo con el título XX del libro IV del Código Civil. Ahora bien, las consecuencias de un vicio de procedimiento en la nulidad del contrato, aunque nuestra jurisprudencia mayoritaria no reconozca el vínculo procedimiento - contrato, a mi entender

---

<sup>845</sup> En conjunto con la voluntad del contratista, pues la adjudicación, en cuanto tal, no produce norma jurídica convencional, a menos de entender que genera la obligación de contratar, ya sea para el ente administrativo, como para el contratista.

<sup>846</sup> Con respecto al art. 1462 del Código Civil, y la posibilidad de comprender vicios de forma, aquí radica la dificultad para extender la aplicación de la regla a toda vulneración del derecho público, ya que esa vulneración debería de encontrarse en el objeto del contrato, así la vulneración del procedimiento administrativo no conduciría a un objeto ilícito, ya que este se refiere a otro elemento, distinto del formal, y se debería buscar en otra parte la cabida del vicio de forma en el objeto del contrato. Sin embargo, se extiende esta causa de nulidad más allá de lo que es el objeto técnicamente cfr. *supra* III.2.4.4. Cabe dejar en claro que es la disciplina administrativa la que determina si un vicio afecta o no la validez, y según esto se configurará o no la vulneración al derecho público, que hará aplicable el art. 1462.

se pueden explicar o argüir mediante la nulidad refleja o derivada, como se expone más adelante.

### 3.4.2. *Vínculo procedimiento contrato ante la jurisprudencia*

Se señaló que, el problema del vínculo procedimiento- contrato, enfocado desde la perspectiva de la validez, no da lugar a dudas, pues si un poder no se actualiza correctamente, el acto es inválido. Sin embargo, enfocado el problema desde el punto de vista de la nulidad (que requiere de una declaración institucional), la situación en nuestra jurisprudencia no es tan clara<sup>847</sup>. Así, según la jurisprudencia mayoritaria, en el derecho chileno la adjudicación sería válida y el contrato también, a pesar de estar soportados en procedimientos viciados, según los fallos recaídos en la acción de impugnación establecida en la LCASYPS y en las acciones de nulidad pública o privada. Cabe distinguir eso si (1) la jurisprudencia ordinaria aplicando las reglas generales, (2) de la jurisprudencia especial aplicando reglas especiales.

En cuanto al primer punto, en una ocasión se falló por el efecto reflejo de la nulidad de los actos administrativos antecedentes, sobre el contrato mismo<sup>848</sup>. Así, se declaró la nulidad de derecho público de un contrato de compraventa, que en todo caso, se calificó de administrativo. En este caso se ha resuelto aludiendo a la teoría de los actos separables, pero cuando lo ha hecho, se ha considerado en el sentido de como se ha importado en el derecho español, de aceptar la separabilidad para los efectos de la impugnación, pero señalando, que el contrato es susceptible de ser declarado nulo<sup>849</sup> (en este fallo se reconoce la separabilidad, para precisamente dejar bajo el control de un contencioso administrativo el

---

<sup>847</sup> Aunque, a mi juicio, la solución debería ser congruente, pues según se ha dicho que validez y nulidad, representan diversos aspectos de un mismo problema, *infra* III.1.

<sup>848</sup> *Serviu Metropolitano con Morales* (2000).

<sup>849</sup> *Estrada con Alcalde de Pudahuel* (1993). En este sentido se falló que “el acto administrativo mediante el cual el Alcalde, en su carácter de tal, aprueba y celebra un contrato con un particular, puede considerarse como cuestión "separable" del fondo de ese acuerdo en todo lo relativo a la emisión (competencia, procedimiento, forma) y cabría, así considerado, impugnarlo por la vía prevista en el artículo 122 de la ley 18.695; como consecuencia, si el acto administrativo fuere anulado, la nulidad afectaría también al contrato que de aquél deriva”. Sin embargo se trata de una solución meramente hipotética, ya que no se resolvió un caso concreto sobre la base de dicho criterio.

procedimiento contractual). Ahora bien, la doctrina de estos fallos recién apuntados, no es la orientación mayoritaria seguida actualmente por la jurisprudencia, tanto de los tribunales ordinarios, como del Tribunal de Contratación Pública.

En este tópico resulta emblemático el fallo de la Corte Suprema en la causa *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar*, sentencia que rechazó la acción de nulidad de derecho público, deducida para impugnar un contrato de compraventa, respecto del que el sujeto público infringió el principio de juridicidad en la etapa del procedimiento administrativo. La Corte declaró *nulos de derecho público* una serie de actos administrativos evacuados en el procedimiento que soporta al contrato, no obstante ello, finalmente resolvió que no cabía declarar la nulidad del contrato mismo, ya que, al tratarse de una compraventa de un inmueble, se rige por la nulidad establecida en el Código Civil, que no habría sido alegada por el demandante<sup>850</sup>. En sede de casación, a pesar de que se declaró la nulidad de derecho público, de los actos administrativos antecedentes consistentes en acuerdos del Concejo Municipal y decretos alcaldicios que soportan al contrato (principalmente fijación de las bases, llamado a licitación y adjudicación), no se declaró la nulidad del contrato.

En este fallo, se descartó el efecto consecuencial o reflejo de la nulidad de los actos administrativos antecedentes, sobre el contrato mismo. De este modo, se aprecia el carácter “platónico” de la nulidad<sup>851</sup> de los actos de procedimiento contractual, al menos vía alegación de los artículos 6° y 7° de la Constitución, reglas con las que no se obtiene una declaración de nulidad del contrato. Así, en la jurisprudencia, se afirma la validez del contrato, aunque se anulen los actos administrativos que soportan la actualización del poder contractual de la Administración. Luego, para la Corte Suprema, no está definido el vínculo entre los actos del procedimiento administrativo que soporta al contrato y el contrato mismo, lo que se ve refrendado abrumadoramente por la jurisprudencia recaída en la acción establecida en la LCASYPS.

---

<sup>850</sup> *Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007). En este sentido el considerando séptimo del fallo reza “conforme a lo anterior su impugnación debe centrarse en la normativa del estatuto al cual pertenece, esto es el Derecho Privado, y así determinar si la convención en estudio es nula, ya sea en forma absoluta o relativa de acuerdo al vicio que le afecte y se alegue, conforme al Código Civil”

<sup>851</sup> Para el empleo de esta expresión cfr. MACERA (2001) pág. 69.

Por otro lado, el parámetro de la actuación de la Administración lo impone el interés general, que no sólo está presente en la actividad unilateral de la Administración, sino que también en la actividad contractual (*supra* II.3.2.2), manifestación de aquello es el establecimiento de un sistema de control del procedimiento administrativo contractual en la LCASYPS, cuyo ámbito de aplicación se extiende más allá de los contratos administrativos de suministros y prestación de servicios, a los contratos administrativos de ejecución y concesión de obra pública<sup>852</sup>, y en general a la contratación administrativa municipal<sup>853</sup>, en virtud del que la LCASYPS sería un régimen general de contratación para las municipalidades<sup>854</sup>.

La LCASYPS ha establecido un procedimiento especial que determina los actos precontractuales impugnables, la legitimación activa, y el tribunal competente, cual es el Tribunal de Contratación Pública, judicatura especializada establecida recientemente<sup>855</sup>, competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación, debiendo

---

<sup>852</sup> Se establece la aplicación de las reglas de impugnación de la LCASYPS respecto de ciertos contratos, que en principio, quedan excluidos. En este sentido, el art. 3°, e) señala que “Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley: e) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas. Asimismo, quedan excluidos de la aplicación de esta ley, los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, como asimismo los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley N° 19.865 que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido. No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley [Tribunal de Contratación Pública], como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria”. Además, de este modo, la LCASYPS es supletoria respecto de los contratos administrativos de concesión y ejecución de obra.

<sup>853</sup> Art. 66 LOCM, señala que “La regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y sus reglamentos”.

<sup>854</sup> Ha tenido la ocasión de pronunciarse la Contraloría General de la República respecto de los contratos de concesión de servicios municipales, cfr. Dictamen núm.45.297 de 2010. Ahora bien, en contrapartida en el ámbito municipal se verifica el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, por medio de la figura de las Corporaciones Municipales que administran y operan los servicios traspasados de las áreas de educación, salud y atención de menores, las que según se ha dictaminado son personas jurídicas de derecho privado, sin fines de lucro, que se rigen por el título XXXIII del Libro I del Código Civil, y por tanto no integran la Administración del Estado, cfr. Dictamen núm.49.890 de 2007, Contraloría General de la República, de modo que la LCASYPS no es aplicable a dichas corporaciones, cfr. Contraloría General de la República, dictámenes núm.48.065 de 2001 y 33.116 de 2010.

<sup>855</sup> Instalado el 27 de septiembre de 2005. Se establece a la Corte de Apelaciones de Santiago como único tribunal de segunda instancia.



pronunciarse sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, ordenando, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho<sup>856</sup> (dentro de las que, según sus fallos, el tribunal no contempla la nulidad).

En este contexto, cabe señalar que para Bernaschina el sistema de nulidad administrativa se constituye de (1) las nulidades administrativas como regla general (2) las anulabilidades administrativas, como “excepción”, pero que no excluye la regla general<sup>857</sup>. En este aspecto de las anulabilidades administrativas podría considerarse la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública (en adelante TCP), acción de ilegalidad, que también podría estar dotada de efecto retroactivo de ser exitosa, al igual que la nulidad de Derecho Civil. En este sentido, el TCP (la acción ante el TCP sería una acción anulabilidad especial, de seguir el esquema de Bernaschina, pero que no excluye a la acción constitucional de nulidad) podría declarar la nulidad de un acto administrativo. Sin embargo, como se verá, no se da tal, al menos respecto del contrato.

Así, en cuanto a esta judicatura, cabe preguntarse si en el ejercicio de sus facultades, puede declarar la nulidad de un acto o contrato. Así se sostuvo en doctrina<sup>858</sup>, pero los fallos del tribunal, en su tendencia mayoritaria, han estado lejos de tal posición.

Se observa que el Tribunal de Contratación Pública, frente a la constatación de ilegalidad, tiende a no privar de efectos el acto viciado. En este sentido, dicho tribunal ha fallado que la ilegalidad de un acto administrativo contractual, no trae como consecuencia necesaria la nulidad de una adjudicación. Así en un caso, se declaró que la ilegalidad de un acto no produce de por sí, el efecto anulatorio, radicando en el tribunal la facultad de

---

<sup>856</sup> Artículos 24 inciso I y 26 inciso I de la LCASYPS.

<sup>857</sup> Cfr. BERNASCHINA (1949) pág. 557.

<sup>858</sup> Cfr. MUÑOZ, Natalia (2004), “Contratación administrativa”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, núm. 12, pág. 14, a juicio de esta autora “la acción contemplada en el artículo 24 de la [LCASYPS], según se deduce de su redacción, tiene principalmente el carácter de acción contencioso-administrativa anulatoria, puesto que a través de ella se logrará que sea declarada la nulidad de algún acto administrativo por tener un carácter ilegal o arbitrario. Se trata, en este sentido, de una acción de las denominadas por exceso de poder, esto es, aquella en virtud de la cual se persigue la nulidad del acto administrativo. Sin perjuicio de lo anterior, se podrán perseguir pretensiones diversas a la ya mencionada como las indemnizatorias, en caso de ser procedente”.

ordenar las medidas que estime procedentes, según las circunstancias del caso, para el restablecimiento del orden jurídico<sup>859</sup>.

A mayor abundamiento, se ha fallado que el contrato sería válido, a pesar de declararse ilegal la adjudicación<sup>860</sup>. En el mismo sentido el TCP declara ilegal la adjudicación a oferente que incumplió requisitos establecidos en las bases, por haberse vulnerado el principio de estricta sujeción a las bases (art. 10 LCASYPS)<sup>861</sup>. Sin embargo, habiéndose ya ejecutado la obra, y en virtud del art. 26 de la LCASYPS, no se da lugar a la nulidad, ya que, según se resuelve, la declaración judicial de arbitrariedad e ilegalidad no conlleva un efecto anulatorio<sup>862</sup>.

A mi entender, por criterios pragmáticos, existe una correlación entre el hecho de la celebración del contrato y la resolución de dicho tribunal. En efecto, cuando el contrato se encuentra suscrito, las decisiones se encaminan meramente a establecer la ilegalidad del acto, con declaración de derecho a indemnización de perjuicios (más bien únicamente la declaración de demandar tal derecho). En cambio, cuando el contrato no se ha suscrito, la declaración del tribunal lleva aparejada la privación de efectos del acto ilegal. Aparentemente, el criterio de anulación, está determinado según si la adjudicación o contrato está o no produciendo efectos<sup>863</sup>. Posteriormente, este argumento evoluciona, y jurídicamente se fundamenta sobre la base de los derechos adquiridos del contratante privado. En este sentido, se ha declarado la ilegalidad y la privación de efectos de un acto administrativo, y de los derivados de éste, sin embargo se resuelve que si en la etapa de ejecución del fallo se acreditare el cumplimiento íntegro del contrato, se declara que sólo se reconoce el derecho de la demandante a interponer las acciones indemnizatorias que estime

---

<sup>859</sup> *Bestpharma S.A. con Cenabast* (2007).

<sup>860</sup> Cfr. *Aerocardal Limitada con Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena* (2010). Se declara ilegal la adjudicación, no obstante, no se declara la nulidad del contrato al hallarse cumplido.

<sup>861</sup> *Constructora Oscar Núñez y Cía. Ltda con Municipalidad de Peñaflor* (2010).

<sup>862</sup> Criterio, en virtud del que, en la eventualidad que se declarara la nulidad, sólo produciría efectos para lo futuro. Similar al criterio imperante en la prescripción de la nulidad administrativa. *supra* III.3.6 *in fine*. Al parecer, el derecho público es favorable al efecto *ex nunc* de la nulidad o, al menos de un efecto *ex tunc* atenuado, según el plazo de prescripción.

<sup>863</sup> En el derecho francés se hace una observación similar, cfr. POUYAUD (1991) págs. 550 y 551.

pertinentes<sup>864</sup>. En este orden de ideas, el TCP se ha asentado en no otorgar efecto anulatorio a la declaración de ilegalidad, sobre la base de que la declaración de nulidad podría lesionar los derechos adquiridos por quien se ha adjudicado el contrato<sup>865</sup>.

Asimismo en otro caso<sup>866</sup>, se declaró ilegal el acto administrativo “acta de apertura”, por excluir indebidamente a un proponente. La demandante solicitó que se declare la nulidad del procedimiento licitatorio, al respecto el tribunal declaró ilegal el acto administrativo en que consta la exclusión (no la adjudicación). Sin embargo no declaró la nulidad del procedimiento de licitación, según el siguiente argumento: se señala que en cuanto a las consecuencias de la vulneración de la legalidad hay un vacío en el art. 26 de la LCASYPS, silencio que el tribunal resuelve a base de ciertos criterios sustantivos, consistentes en que la declaración de nulidad (1) vulneraría derechos adquiridos por un tercero, y (2) se vería perturbado el interés público<sup>867</sup>.

En este orden de pronunciamientos, a mi entender, se manifiesta expresamente que el sistema de impugnación claudica cuando se haya cumplido el contrato. Así expresamente se resuelve considerando que el contrato, al encontrarse cumplido, no es posible retrotraer el procedimiento licitatorio a la etapa del acto viciado<sup>868</sup>.

Respecto de la aplicabilidad del Código Civil en esta sede, con respecto al vacío acusado, se ha resuelto que no es posible la aplicación “lisa y llana” de las reglas de nulidad de derecho privado, en el campo de “situaciones reguladas por el derecho público”<sup>869</sup>. Se señala que las reglas de derecho privado no se han de aplicar a esta clase contratos (a mi

---

<sup>864</sup> *Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile* (2009).

<sup>865</sup> En este sentido: *RD constructora S.A. con Municipalidad de Peñalolén* (2009) *Constructora Sierra Nevada S.A. con Director Regional de Vialidad de la Araucanía* (2008).

<sup>866</sup> *Ingeniería Maquinaria y Construcción Limitada con Dirección Regional de Aeropuertos de la X Región de Los Lagos* (2010).

<sup>867</sup> En el mismo sentido, se falló que en el silencio de la ley, al tribunal corresponde determinar las medidas para restablecimiento del imperio del derecho, lo que no conlleva necesariamente el efecto anulatorio, cfr. *Cancino con Municipalidad de Nancagua* (2010).

<sup>868</sup> e.g. *Aerocardal Limitada con Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena* (2010).

<sup>869</sup> Cfr. *Aerocardal Limitada con Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena* (2010), se agrega que “en efecto, en el caso sublite ha sido un órgano de la Administración del Estado, el que ha intervenido como parte en los contratos de servicios, y aparece de manifiesto que la necesidad pública que se pretendía satisfacer estuvo referida a un período ya vencido o bien, en vías de terminar a la fecha de esta sentencia”.

entender, quizás no en este procedimiento especial, pero no se descartaría para esta clase de contratos).

La técnica con que el TCP<sup>870</sup> integra el vacío normativo, aplicando los indicados criterios, a mi entender no es lo que corresponde, pues debería operar la supletoriedad que ordena el art. 1° de la LCASYPS. Así, primero, por preferencia ordenada, una vez descartada la LCASYPS y su reglamento, hay que acudir al derecho público, específicamente a las reglas de nulidad de derecho público. Sin embargo, nos encontramos con las dificultades, que tales reglas, por una parte, no regulan expresamente el efecto anulatorio y, por otra, según lo señalamos, estas reglas no serían aplicables o adecuadas a contratos (cfr. *supra* III.3.5).

Entonces, siguiendo el orden que establece el art. 1° LCASYPS, nos resta el derecho privado, ordenamiento en que por una parte, en el Código Civil se regula expresamente el efecto anulatorio (arts. 1687 y 1689) y, por otra, según se ha sostenido en este trabajo, es aplicable y ajustable en materia de contratos de la Administración<sup>871</sup>. En este orden de casos, las reglas civiles no contemplan una solución directa y expresa, sino que de la determinación de su sentido y alcance, contemplando aspectos propios de la contratación administrativa, se resuelve extensivamente una cuestión neta de Derecho Administrativo, que éste no regula<sup>872</sup>.

Por lo demás, en este tópico las reglas civiles podrían lograr un rendimiento adecuado. A mi entender, una medida apropiada para restablecer el imperio del derecho es la nulidad, la que precisamente se ha establecido para el resguardo de la legalidad

---

<sup>870</sup>Cfr. entre otras, *Cancino con Municipalidad de Nancagua* (2010), *Ingeniería Maquinaria y Construcción Limitada con Dirección Regional de Aeropuertos de la X Región de Los Lagos* (2010).

<sup>871</sup> Por lo que igualmente se debería recurrir al Derecho Civil, incluso con respecto al núcleo público adjetivo o nexo procedimiento – contrato. Este punto se relaciona con lo tratado en el apartado I.3, esto es, que en el campo de aplicación propio del Derecho Administrativo (que excluye al derecho privado), puede ocurrir que éste presente un vacío, como es del caso.

<sup>872</sup> Aquí entonces el papel de las reglas civiles, es más complejo. Rol que no se ha dado por la jurisprudencia, e implica los siguientes aspectos: (1) aplicabilidad de las reglas civiles a una materia administrativa, (2) un pronunciamiento sobre el vínculo entre el procedimiento y el contrato.

objetiva<sup>873</sup>. Ahora bien, a mi entender, el tribunal perfectamente podría aplicar los citados criterios, entendiéndolos como principios de la LCASYPS. Pero si se señala que hay un vacío, esto es, que no hay reglas, ni principios ni en la ley, ni en el derecho público, el art. 1º señala precisamente que se debe integrar con el derecho privado, rama dentro de la que el Código Civil contempla justamente las consecuencias de la inobservancia de los requisitos que exige la ley para el valor del acto o contrato. Precisamente, las reglas de procedimiento se exigen para el valor actual del poder contractual de la Administración del Estado, y el Código Civil establece las consecuencias de su infracción, ya sea por medio del art. 1682, o en especial para el derecho público, por medio del art. 1462.

No obstante, la jurisprudencia se ha asentado en declarar que un vicio de procedimiento (como la exclusión de indebida de un proponente en la etapa de evaluación) afecta la legalidad de la adjudicación<sup>874</sup>. No obstante ello, a pesar de la ilegalidad de la adjudicación, no se declara la nulidad del contrato. De este modo, la situación consiste en que a pesar de que no se observen la normas de actualización de la competencia en la fase precontractual (procedimiento administrativo contractual, y sus principios básicos de concurrencia e igualdad), de todas maneras, este procedimiento ilegal, y su acto de termino (la adjudicación) soportan la eficacia del contrato.

Ahora bien, en algunos casos se ha declarado la ilegalidad del acto de adjudicación, más la privación de los efectos del mismo, sin remisión considerativa o resolutive a algún régimen de nulidad<sup>875</sup>. Si tal declaración es anulatoria (declaración de ilegalidad de un acto, más privación de efectos), se debe determinar su régimen y consecuencias, por ejemplo, respecto de la situación del licitante que se haya adjudicado el contrato, en cuanto, a si consecuentemente tal declaración le perjudica (fallo, en todo caso contrario a la tendencia del tribunal mayoritaria del tribunal que se muestra reacio a privar de efectos a los actos

---

<sup>873</sup> Precisamente, en el mensaje del ejecutivo a la LCASYPS, se argumenta con el principio de legalidad para proponer la aplicación “subsidiaria” de reglas de derecho privado, cfr. Mensaje, núm. 9-341, 27 de octubre de 1999.

<sup>874</sup> Cfr. *Aerocardal Limitada con Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena* (2010).

<sup>875</sup> Cfr. *Polaris Limitada con Servicio de Salud Llanquihue Chiloé y Palena* (2007) en similar sentido, *Universidad de la Frontera con Seremi de Justicia de la Araucanía* (2007).

declarados ilegales)<sup>876</sup>. Así, en el caso que las sentencias del TCP (más propiamente las recaídas en el procedimiento de impugnación establecido en la LCASYPS) podrían declarar la nulidad del contrato, habría que asegurar la oponibilidad de la decisión<sup>877</sup>.

Como decíamos una medida apropiada para restablecer el imperio del derecho es la nulidad, la que precisamente se ha establecido para el resguardo de la legalidad objetiva. Sin embargo, la sede y el procedimiento establecido en el art. 26 y sgts. LCASYPS, no parecen ser los apropiados a un juicio de nulidad. De este modo, aun considerando el procedimiento especial de impugnación establecido en la LCASYPS, el Derecho Administrativo no provee de un sistema de nulidad de los contratos completo y ajustado a la institución, que reconozca el vínculo procedimiento- contrato. Así el problema planteado por la interpretación de efectos claudicantes del sistema de nulidad que impera en la jurisprudencia, no se soluciona en el ámbito de la LCASYPS, y por tanto, en lo que a nulidad se refiere, a mi entender, claudica el régimen especial de impugnación establecido expresamente para contratos.

Surge entonces la necesidad de encontrar una solución integrada dentro del ordenamiento jurídico, por medio de las reglas civiles de nulidad (que en general su sistema se enuncia en *supra* III.2, y su adecuación en *supra* IV.1 y IV.2), ajustada por consideraciones formuladas en el Derecho Administrativo, esto es la nulidad administrativa (que en general se trata en III.3), y la acción de impugnación establecida en la LCASYPS. Considerando que, lo apropiado al contrato de la Administración es la convergencia, en consecuencia, cabe rescatar elementos de (1) la nulidad de derecho privado, (2) la nulidad administrativa, y (3) la acción de impugnación establecida en la LCASYPS.

---

<sup>876</sup> Cabe recordar que, en todo caso, el tribunal no dota de efecto anulatorio a la declaración de ilegalidad, entre otros aspectos a base de que la declaración de nulidad podría lesionar derechos adquiridos por el licitante vencedor, cfr. *RD constructora S.A. con Municipalidad de Peñalolén* (2009) *Constructora Sierra Nevada S.A. con Director Regional de Vialidad de la Araucanía* (2008).

<sup>877</sup> De no ser así, estaríamos en presencia de la inoponibilidad de la nulidad del contrato, sobre este tópico, cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 262. La acción de nulidad debe dirigirse en contra de las partes del contrato, y únicamente produce efectos respecto de quienes han sido parte en el juicio, cfr. art. 1690 Código Civil y ALESSANDRI BESA (2008) t. I, págs. 582 a 584. Así entonces, habría que emplazar al tercero, en virtud de la intangibilidad del contrato, aspecto contemplado también en las reglas civiles de nulidad, art. 1689. Ahora, de acuerdo con nuestro orden jurídico para hacer oponible la declaración de ilegalidad al adjudicatario habría que demandar la nulidad en sede ordinaria. Aquí cabe preguntarse por la suerte que la declaración de ilegalidad hecha por el TCP, correrá en sede ordinaria.

### 3.4.3. *Convergencia Derecho Civil y Administrativo: nulidad refleja - derivada*

Para hacer valer la invalidez de un acto jurídico ante los tribunales, se disponen de diversos mecanismos. Uno es la acción constitucional de nulidad, otra la acción civil de nulidad, y en materia de contratos administrativos, encontramos la acción de impugnación especial de la LCASYPS. Si se ejerce la acción constitucional de nulidad, la nulidad de derecho público, en tribunales ordinarios, la declaración de la misma tendrá sus efectos propios, dado por la competencia del tribunal; si se ejerce la acción de impugnación ante el TCP (acción de ilegalidad), también tendrá sus efectos propios, dados por la competencia del tribunal, limitada en el propio entender del tribunal (que salvaguarda la eficacia del contrato); y si se ejerce la acción de nulidad absoluta o relativa, sus efectos serán los propios también. Luego para cada acción sus propios efectos; y distinguiendo de este modo, se mantiene el orden del sistema de acciones, para cada acción su propio régimen y efectos.

Entonces, al accionar de nulidad frente a un contrato de la Administración, cabe preguntarse qué medio será el adecuado o aplicable. La acción ante el TCP es restringida en cuanto a sus efectos anulatorios respecto del contrato, por ello se descarta. La acción constitucional de nulidad (o nulidad administrativa) parece, en especial inadecuada, pues claudica frente a la lógica contractual (aparte de carecer un régimen reglamentado, *supra* III.3). Las acciones de nulidad absoluta y relativa parecen en general adecuadas a los contratos. Sin embargo, en principio, desconocerían el procedimiento administrativo (cadena de actos) y el contrato como producto material de una decisión general o especial que tiende a satisfacer el interés público.

Ahora bien, ya se ha expuesto en este trabajo que el Código Civil resulta aplicable a la nulidad del contrato de la Administración; y del carácter de éste, es necesario complementar estas últimas reglas con soluciones dadas en el marco dogmático de la acción de nulidad de derecho público, para obtener una solución adecuada a la zona común en estudio. Ya en el capítulo III se trató de la nulidad administrativa y civil, y en éste se planteó como pueden vincularse por medio de las reglas, queda tratar como se

complementan en este tópico específico del contrato de la Administración, considerando la jurisprudencia recaída en la legislación especial establecida en la LCASYPS.

A pesar de ciertos fallos citados de corriente minoritaria<sup>878</sup>, el sistema de nulidades civil y administrativo, no provee de un sistema ajustado, que reconozca el vínculo procedimiento- contrato, y por tanto, claudica en cuanto a reconocer en nulidad el vínculo de validez presente entre el procedimiento y el contrato. En este contexto, a mi entender, la solución pasa por la convergencia de la nulidad civil y administrativa (a través del art. 1462 o bien mediante la cláusula general de nulidad del art. 1682), y manifestándose en el contrato por medio de la nulidad consecuencial, refleja o derivada (que también tiene sustento en cierta jurisprudencia minoritaria y en ciertos fallos del TCP, pero en este último caso, sólo dentro de los límites del procedimiento), reconociendo elementos de nulidad derivada contemplados desde el origen de la dogmática de la nulidad de derecho público<sup>879</sup>.

A mi juicio, si hay un vicio de invalidez en el procedimiento contractual, la invalidez del contrato viene exigida por propia lógica del sistema, entendiendo que el poder no se ha actualizado correctamente. Así, el problema enfocado desde el punto de vista de la validez, no daría lugar a dudas, pues si un poder no se actualiza correctamente, el acto es inválido. Ahora bien, en cuanto a la nulidad, la solución debiera ser congruente, pues según se ha dicho validez y nulidad, representan diversos aspectos de un mismo problema (*supra* III.1).

En este contexto cabe considerar que la institución de la nulidad refleja o consecuencial es aceptada en la disciplina del Derecho Civil<sup>880</sup>. Asimismo la nulidad derivada, en general es aceptada por la doctrina de la nulidad en el Derecho Administrativo<sup>881</sup>, y en especial por la jurisprudencia recaída en la acción de impugnación contemplada en el art. 26 de la LCASYPS (dentro de los límites del procedimiento). En este sentido, el efecto de la nulidad del contrato, en virtud de la invalidez de un acto dictado

---

<sup>878</sup> Cfr. *Estrada con Alcalde de Pudahuel* (1993), *Serviu Metropolitano con Morales* (2000).

<sup>879</sup> Cfr. BERNASCHINA (1949) págs. 558 y sgts.

<sup>880</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) pág. 216 y sgts.

<sup>881</sup> Cfr. BERNASCHINA (1949) págs. 558 y sgts.



en el marco del procedimiento administrativo contractual, se puede explicar o fundamentar mediante la nulidad refleja o derivada.

Con respecto a este último tópico, cabe considerar que las nociones de nulidad refleja y nulidad derivada se refieren ambas a no haber seguido las normas de actualización de la competencia, la primera referida a la forma solemnidad externa, y la segunda referida a la forma procedimiento. La nulidad refleja consiste, básicamente en que si una formalidad es exigida *ad solemnitatem*, un vicio de invalidez que recaiga en la solemnidad (*i.e.* que no se observe) trae como consecuencia la nulidad del acto que contiene<sup>882</sup> o actualiza (diríamos nosotros de seguir el concepto de normas de competencia, *supra* III.1). La nulidad refleja presenta un criterio que se considera, respecto de la forma solemnidad, y esto último es porque, como se señaló (*supra* III.3) la nulidad civil no se ha construido para negocios que sean la consecuencia de un procedimiento previo<sup>883</sup>, por ello es que atiende a actos, en vez de procedimientos. Ahora bien, este criterio construido para la forma solemnidad, perfectamente podría considerarse respecto de la forma procedimiento, en concordancia con la nulidad derivada.

En este orden de ideas, dentro de la teoría clásica de la nulidad administrativa, Bernaschina se refiere, que podríamos entender como nulidad derivada. Se señala, que el acto declarado nulo acarrea asimismo la nulidad de los actos derivados de él, de modo que los actos que se hubieren dictado como consecuencia del acto nulo no pueden producir efectos jurídicos<sup>884</sup>. Este aspecto de la nulidad administrativa permite reponer efectivamente las cosas en el estado en que se encontraban antes del primer acto nulo, en una cadena de actos<sup>885</sup>. Así, se presenta como una construcción análoga a la nulidad refleja, que, a mi entender, es posible que se ajuste a los requerimientos de la nulidad del contrato de la Administración.

---

<sup>882</sup> Cfr. DOMÍNGUEZ (1977) págs. 216 a 218.

<sup>883</sup> En general la dogmática civil nacional no ha reparado en este punto, salvo por LEÓN, Avelino (1991) *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pág. 100, en que se plantea la formación de la voluntad por concurso, bajo el concepto del consentimiento en los contratos de naturaleza especial.

<sup>884</sup> Cfr. BERNASCHINA, (1949) pág. 558.

<sup>885</sup> Cfr. BERNASCHINA (1949) pág. 559.

En este respecto, se responde a la pregunta en orden a que si se anula un acto, se deben o no anular todos los efectos producidos durante su vigencia<sup>886</sup>. En principio cabe señalar que la nulidad del contrato por vicios de procedimiento, debería pasar previamente por la anulación de la adjudicación. Ahora bien, que la invalidez en una etapa del procedimiento lleve la nulidad de la adjudicación, y luego del contrato, puede parecer una obviedad, en realidad no lo es, en nuestro derecho. El asunto radica en determinar, si declarado ilegal en grado de invalidez un acto del procedimiento corresponde anular los posteriores; tópico que, estimo, se puede resolver mediante la nulidad derivada o refleja.

El Derecho Administrativo, en especial por medio de la jurisprudencia recaída en la acción de impugnación contemplada en el art. 26 de la LCASYPS, es proclive a aceptar la nulidad derivada o consecuencial, pero sólo respecto de los actos de procedimiento, dentro de los límites de *iter* administrativo, sin incluir al contrato en la declaración de nulidad<sup>887</sup>, limitado por el argumento “pragmático”<sup>888</sup>, o bien por el argumento de los derechos adquiridos por quien finalmente se adjudicó el contrato, habiéndose éste celebrado<sup>889</sup>.

En este sentido, por el efecto anulatorio derivado (pero sólo dentro de los límites del procedimiento administrativo contractual) se ha fallado<sup>890</sup> declarando sin efecto una resolución administrativa emanada en el marco de un procedimiento de contratación, debiendo retrotraerse el procedimiento administrativo al estado en que se hallaba antes de dicha resolución impugnada. Se aprecia que el efecto anulatorio de un acto está dotado de consecuencias en actos posteriores, lo que es posible asimilar a la nulidad derivada.

En el mismo sentido, en un caso, se consagra el efecto anulatorio consecuencial, ordenándose que el proceso licitatorio se retrotraiga al estado de efectuarse un nuevo

---

<sup>886</sup> En otras palabras, la cuestión es si son efectos del acto viciado, los actos que le siguen, incluidas la adjudicación y el contrato. Beladiez se representa un tópico similar, propósito de los efectos de actos dictados al amparo de reglamentos anulados, donde el problema consiste en que desaparece el presupuesto normativo que los habilita, cfr. BELADIEZ (1994) pág. 332 y sgts.

<sup>887</sup> *Cpa auditores consultores S.A con Subsecretaria de Transportes (2010)*, *Circulo Asesorías Profesionales E.I.R.L con Municipalidad de Concón (2009)*.

<sup>888</sup> *Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile (2009)*.

<sup>889</sup> *E.g. Constructora Sierra Nevada S.A. con Director Regional de Vialidad de la IX Región (2008)*.

<sup>890</sup> *Cpa auditores consultores S.A con Subsecretaria de Transportes (2010)*.

análisis y evaluación de la oferta presentada por la demandante, ilegalmente excluida, pero sólo dentro de los límites del procedimiento<sup>891</sup>. Así, en ciertos casos se ha fallado dotando de efecto consecencial a la privación de efectos de un acto viciado, por no haberse suscrito el contrato, claro que en éstos se había suspendido el procedimiento de licitación, mientras se tramitaba la causa<sup>892</sup>.

A mayor abundamiento, se reafirma expresamente que se declara la nulidad derivada, solamente dentro de los límites del procedimiento administrativo contractual. Se declara ilegal un acto emitido por la entidad licitante, así como los demás actos administrativos otorgados con posterioridad, incluido el acto administrativo de adjudicación. En una primera lectura, al parecer, en esta causa se sigue la regla de la nulidad derivada; incluso afectando al contrato, sin embargo luego se resuelve condicionalmente según el criterio pragmático, que si a la fecha de ejecución del fallo, se ha cumplido el contrato, únicamente se reconoce a la demandante el derecho de interponer las acciones indemnizatorias que le correspondan<sup>893</sup>.

En otros casos el Tribunal de Contratación Pública<sup>894</sup>, considera la necesidad pública que satisface el contrato, para no dejarlo sin efecto; asimismo se ha tenido en cuenta que una declaración de nulidad vulneraría los derechos adquiridos por un tercero que no ha sido parte en el juicio<sup>895</sup>. De este orden de fallos se aprecia la heterogeneidad de intereses presentes en contrato, que apuntan a que el tribunal falle una misma manera, así tanto la consideración del interés público, como el interés del privado que contrata, conducen, en la argumentación de estos fallos, a la misma solución de no anular el contrato, y dejar el efecto consecencial o derivado restringido al procedimiento administrativo.

---

<sup>891</sup> *Circulo Asesorías Profesionales E.I.R.L con Municipalidad de Concón* (2009).

<sup>892</sup> *Editorial Mare Nostrum Limitada con Ministerio de Educación* (2008), *Sociedad Juan González M. Limitada con Instituto Nacional de Estadísticas* (2008), *Mago Chic Aseo Industrial S.A. con Municipalidad de Las Condes* (2008).

<sup>893</sup> *Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile* (2009).

<sup>894</sup> *Oftomed Limitada con Servicio de Salud Araucanía Sur y otro* (2008).

<sup>895</sup> *Constructora Sierra Nevada S.A. con Director Regional de Vialidad de la IX Región* (2008).

En las sentencias anteriores, se reafirma la concepción de los efectos derivados de la declaración de nulidad de un acto, pero sólo dentro de los límites del procedimiento administrativo contractual. A mi entender, los fallos citados implícitamente consideran *separable* la impugnación del acto del contrato, declarando sólo el derecho a demandar la indemnización de perjuicios, verificándose el “efecto platónico” de la declaración de ilegalidad (junto a una declaración retórica respecto a la indemnización de perjuicios), que sin la privación de efectos sobre el contrato, a mi entender, carece de propósito.

Frente a este estado de la jurisprudencia (nulidad consecuencial sólo dentro de los límites del procedimiento) a mi entender las reglas civiles, presentan potencialidades de modulación o ajuste a una solución adecuada a la institución, de acuerdo a su complejidad y heterogeneidad, que permitirían extender el efecto anulatorio abarcando incluso al contrato. En razón de ello, un vicio que ocurra en la conformación de la decisión pública de contratar es un vicio originario que da lugar a causal de nulidad, para cuya determinación es necesario recurrir al Derecho Administrativo. En este sentido, el sistema civil de nulidad, presenta la potencialidad de ajustarse a la actuación de la Administración como sujeto público reglado, ya que este sistema de reglas, establecido en general en el título XX del libro IV del Código Civil, contempla elementos que permiten reconocer el núcleo público presente en el contrato de la Administración. En otras palabras, el Derecho Administrativo determina si un vicio afecta o no la validez, y según esto se configurará o no la vulneración al derecho público, que conforma o no la causa de nulidad absoluta por contravención al derecho público, o bien la falta de los requisitos exigidos por las leyes para el valor del contrato de la Administración<sup>896</sup>.

En cuanto al tópico del procedimiento administrativo contractual y los efectos que en el contrato pueda tener la invalidez de aquél, cabe señalar que en Derecho Civil no se ha desarrollado una construcción dogmática que atienda al efecto de la nulidad de un acto en el contexto de un procedimiento. No se encuentra una solución para la validez del contrato dada para el caso, en que se declare nulo un acto del procedimiento administrativo de contratación. En este respecto, las reglas civiles presentan soluciones potenciales, aunque se

---

<sup>896</sup> En este sentido, del artículo 11 del Código Civil se colige que la nulidad puede proveer a un objeto de conveniencia pública, asimismo se puede comprender el art. 1462 del mismo Código.

requiere del complemento administrativo. En este orden de ideas, la nulidad de derecho público, es congruente con la idea del efecto extensivo, consecuencial o derivado de la nulidad cuando se señala que el “efecto jurídico *ab initio* que produce una sentencia judicial que reconoce la ilegalidad o arbitrariedad de un acto administrativo [...] llevará como medida de protección a dejar sin efecto dicha decisión”<sup>897</sup>.

En este sentido, el artículo 53 de la LBPA, establece la dependencia de la parte “sana” de un acto sobre de la parte de la inválida para obstar la validez del acto en su totalidad<sup>898</sup>. Por analogía, trayendo esta razón a los actos de procedimiento y su relación con la resolución final, lo podríamos estimar así también.

En este tópico, Moraga señala que si la Administración no se sujeta al procedimiento administrativo contractual, que en cada caso exige la ley, se verifica un vicio de nulidad de derecho público, por lo que el contrato en su totalidad debe ser anulado<sup>899</sup>. Así la jurisprudencia, en un caso<sup>900</sup>, tuvo por sentado que un contrato de compraventa en que el sujeto público actúo como vendedor, es “inseparable de la licitación que la precedió”, declarándose la nulidad de derecho público de tal contrato. Cabe señalar que este fallo da cuenta de una postura excepcional, de escasa aplicación, que no obstante, puede demostrar la plausibilidad del argumento que sustenta este trabajo. En este sentido, incluso en la ya citada causa *Junta de Vecinos de Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar*<sup>901</sup>, el considerando 25° de primera instancia (revocado), así como el voto disidente de segunda instancia, se refiere a la “extensión de efectos” de la nulidad; y si bien, no habla de efecto reflejo, señala que no resulta lícito escindir el acto y el contrato, que lo entiende configurado como una unidad<sup>902</sup>. A mi entender, lo último es lo adecuado a la institución.

---

<sup>897</sup> Cfr. SOTO (1991-1992) pág. 424.

<sup>898</sup> Aunque propiamente se trata de una regla establecida para invalidación administrativa. Respecto de la nulidad parcial en Derecho Civil, cfr. ELORRIAGA (1998) *passim*.

<sup>899</sup> Cfr. MORAGA (2007) pág. 277.

<sup>900</sup> *Serviu metropolitano con Morales* (2000).

<sup>901</sup> *Junta de Vecinos de Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007).

<sup>902</sup> Finalmente, en esta causa, se falla por la Corte Suprema que el contrato es consecuencia de actos administrativos, pero que el régimen es derecho privado, sin dejar lugar a modulación de derecho público.

De lo expuesto, cabe rescatar de la nulidad administrativa, que es más adecuada a procedimientos que a actos; por ello es que en este tópico cabe reconocer que la teoría clásica de la nulidad de derecho público, introduce un matiz del todo necesario (en un espacio que las reglas de nulidad del Código Civil dejan abierto) para interpretar un régimen de nulidad adecuado a los contratos de la Administración; con consecuencias, del todo adecuadas para la nulidad del contrato de la Administración, pues permite impugnar la validez de un contrato que no se ha actualizado en la forma establecida (por las normas de competencia que confieren el poder contractual a la Administración del Estado).

A mi entender, de aplicarse la nulidad refleja, derivada o consecuencial, resultaría una solución que, tomando los elementos disponibles en nuestro derecho, se ajusta a la complejidad y heterogeneidad de la institución, pues de este modo se reconoce que un vicio de invalidez en el procedimiento administrativo contractual, da lugar a la declaración de nulidad del contrato. Asimismo resulta adecuado de considerar en conjunto con la eficacia *ex tunc* de la nulidad administrativa, que en sus efectos patrimoniales se limita a los plazos civiles de prescripción<sup>903</sup>. En este sentido, cabe señalar que en los contratos administrativos de tracto sucesivo parece adecuada la formulación que Elorriaga señala respecto de los contratos de tracto sucesivo en el Derecho Civil, como nulidad parcial, en que la nulidad sólo afecta a las obligaciones que se devengarían en el futuro y no a las ya extinguidas por el pago<sup>904</sup>.

### 3.5. Corolario

El vacío en la normativa administrativa, genera una distorsión consistente en que contratos de la Administración encuentran soportada su eficacia sobre procedimientos viciados. Para solucionar tal distorsión, la nulidad civil se presenta adecuada (cuya potencialidad se encuentra dada tanto por el carácter creativo de sus reglas, como por contemplar expresamente elementos públicos), en el sentido de que la aplicación de las reglas civiles ajustadas impactan apropiadamente en el contrato de la Administración, al

---

<sup>903</sup> Cfr. *supra* III.3.6 *in fine*.

<sup>904</sup> Cfr. ELORRIAGA (1998) pág. 98.

presentar un efecto aceptable de acuerdo con parámetros normativos de coherencia en el sistema, esto es, que únicamente actos válidos deben de soportar la eficacia de actos jurídicos.

## CONCLUSIONES

En el lugar en que se trató cada uno de los tópicos que comprende este trabajo se argumentó y consignaron las conclusiones pertinentes, por lo que no se reiteran en su totalidad, sino que aquí únicamente se exponen las principales.

1. Se verifica una zona de fricción, civil - administrativa, donde el Código Civil es el régimen propio, de algunas instituciones en que participa la Administración del Estado.

2. El Derecho Administrativo regula el ejercicio de las potestades administrativas, con carácter de derecho común y excluyente. No procede la supletoriedad general del Código Civil. Sin embargo, éste puede integrar, en el campo de regulación propio del Derecho Administrativo, en caso de vacío de éste, en determinadas instituciones, bajo ciertas condiciones, según el contenido de la norma.

3. Es sustentable la aplicabilidad, dependiendo de si el sentido de una determinada regla civil se adecua y admite reconocer las características de cada contexto normativo administrativo en particular. Como criterio de aplicabilidad del Código Civil en materias administrativas, prima la aplicación de las reglas civiles cuando la naturaleza de la institución lo permita. Según se ha fallado, se entiende que ello es así cuando la materia es patrimonial.

4. Los contratos de la Administración pertenecen al género de los contratos, tanto para los contratos que celebra la Administración sobre la base del régimen general del derecho privado, como para los contratos administrativos con régimen especial de derecho público, del que, sin embargo, es una especie con características propias.

5. En relación con la noción y estructura lógica del contrato de la Administración, se obtiene su propia concepción contractual, modulada administrativamente. En definitiva si bien, por una parte, la Administración del Estado se constituye en deudor y acreedor, en términos comprensibles sobre la base del derecho privado de las obligaciones, por otra parte, la voluntad administrativa en cuanto a los



fundamentos, requisitos y elementos concurrentes en la formación de la misma, en su carácter unilateral, únicamente es comprensible en términos de Derecho Administrativo.

6. A efectos del poder contractual, lo relevante es que se ha configurado un régimen especial de formación del contrato, determinándose como institución compleja (que se compone de varias partes) y heterogénea (estas partes son de diversa naturaleza). El sujeto habilitado, el interés que está llamado a realizar, el grado de libertad con que actúa, en cuanto a responder al qué, cómo, cuándo y con quién contratar, se determina preponderantemente por el Derecho Administrativo. La lógica contractual predomina en la técnica del contrato de la Administración, en cuanto al carácter de autónomo de la norma jurídica particular.

7. El poder contractual de la Administración siempre se rige en convergencia por el derecho público y por el derecho privado. De esta manera, se obtiene una noción contractual heterogénea, por lo que una mirada exclusivamente privatista o administrativista no daría cuenta de la complejidad de la institución.

8. La aplicabilidad de reglas civiles procede según el criterio de la naturaleza de la institución, reforzado por el carácter autónomo referido. Empero, ello no implica una aplicación lisa y llana de las reglas civiles. Precisamente, si bien el contrato de la Administración, en cuanto a la técnica de su entidad como acto jurídico presenta tendencias fuertes, al derecho privado de contratos se modifica en cuanto formal y al fondo en la exigencia de un procedimiento administrativo contractual previo, que se rige por ciertas reglas y principios, que resultan ajenos al derecho privado de contratos.

9. En congruencia con el carácter del poder contractual, la validez se presenta compleja, lo que determina la necesidad de la formulación de un régimen de nulidad complejo. Un régimen adecuado de nulidad, congruente y exhaustivo, debe reconocer las características heterogéneas de la validez del contrato de la Administración. Es necesaria una interpretación de las reglas de nulidad en orden a que se reconozca la presencia de normas de competencia privadas y públicas en la validez del contrato de la Administración.

10. Los regímenes disponibles se han construido para instituciones diversas y ninguno para instituciones heterogéneas, como el contrato de la Administración. Cada uno

por separado claudicarían en él.

11. La nulidad de Derecho Civil, por aptitud y régimen, reconoce el elemento bilateral y de autonomía normativa presente en los contratos de la Administración. Según que el contrato de la Administración es fuente convencional de normas jurídicas particulares cuyo objeto son obligaciones patrimoniales, se afirmaría la aplicabilidad del Derecho Civil.

12. La actual interpretación de las reglas civiles disponibles, restringida al extremo por nuestra jurisprudencia, implica que no se aplican considerando los poderes públicos involucrados, a pesar de estar dotadas de la potencialidad para ello.

13. Modular un régimen de nulidad para el contrato de la Administración, sobre la base del Derecho Administrativo, se halla dificultado, porque se ha construido para regir en materia de validez de los actos del poder público heterónimo, y en la materia la Administración del Estado no ejerce un poder heterónimo.

14. Del estado de la jurisprudencia se verifica que los regímenes de nulidad se plantean en bloque, y aislados el uno a la influencia del otro. Precisamente se constata que (1) no es aplicable la regla de nulidad por vicio del objeto a actos administrativos. Asimismo que no se aplica la nulidad administrativa a contratos privados de la Administración, sino que las reglas civiles, (2) se ha trazado un límite entre una y otra nulidad, en particular no se vincula el art. 1462 con la nulidad de derecho público, (3) no se extiende la interpretación del efecto anulatorio, de manera de consagrar una consecuencia relevante en el vínculo procedimiento - contrato.

15. La necesidad de contar con un régimen de nulidad complejo o integrado, para la contratación administrativa, nos conduce a superar la referida situación del sistema de nulidad (en su conjunto público y privado), constituida sobre la base de la escisión absoluta de los mismos.

16. Es posible superar la dicotomía del contrato y la escisión de regímenes, formulando un argumento en pro de un régimen apropiado para el contrato de la Administración, que permita resolver adecuadamente la heterogeneidad de la institución, por medio del reconocimiento y vinculación del Derecho Civil y el Derecho

Administrativo. Es factible interpretar dicho régimen adecuado sobre la base de la aplicabilidad de las reglas civiles.

17. Sin embargo, se trata de una aplicabilidad modulada. La modulación es necesaria, pues la nulidad civil, por aptitud y régimen reconoce el elemento privado presente en los contratos de la Administración, especialmente la relación contractual, en cuanto a la bilateralidad y a la autonomía normativa. Sin embargo, debe también adecuarse a los aspectos de Derecho Administrativo.

18. Esta modulación, se concreta, en general de acuerdo con el carácter creativo de las reglas civiles, y en lo especial, por dos aspectos. El primero se refiere a la potencial aplicabilidad de la regla de vicio de nulidad por contravención al derecho público. El segundo se refiere al complemento necesario con respecto a la zona común.

19. Una infracción al principio de juridicidad en el procedimiento, se comunica al contrato, obstando a la validez del mismo, el que, en congruencia, institucionalmente se debe declarar nulo.

20. El sistema de dos regímenes disponibles de nulidad escindidos claudica, vulnerándose la cautela del interés público que implica el respeto por la legalidad material y formal en la actividad contractual de la Administración del Estado, encontrándose contratos que soportan su eficacia en procedimientos viciados así declarados por los tribunales.

21. La especificidad del contrato de la Administración, junto con determinar la necesidad de tratar con una lógica contractual la nulidad del contrato, determina la necesidad de considerar el núcleo público del contrato, y en especial un procedimiento administrativo válido previo, como exigencia del ordenamiento jurídico, y la correspondiente consideración de éste en el régimen de nulidad, vía la comunicabilidad de los vicios administrativos (materiales y formales) al contrato.

22. Ahora bien, se puede interpretar una solución por medio de las reglas civiles de nulidad que considere tanto aspectos propios de la nulidad administrativa, como la nulidad derivada y otros recaídos en fallos relativos a la acción de impugnación establecida en la LCASYPS. En consecuencia, la legalidad administrativa, se considera en virtud del reenvío al derecho público, que opera por medio de las reglas civiles.

23. El régimen de nulidad aplicable para los contratos de la Administración es, básicamente, la nulidad del Código Civil. Opera sobre la base de: (1) el criterio de aplicabilidad del Código Civil en Derecho Administrativo, (2) el carácter contractual de la institución, (3) el carácter de regla creativa, establecida especialmente para la nulidad de contratos, que en contexto, determina un régimen completo, adecuado y construido para la nulidad de las obligaciones, (4) en el evento de su aplicación, correctamente interpretado y armonizado le caben consideraciones de derecho público, y (5) se conduce a resultados coherentes, de acuerdo con la validez en el derecho, respecto de la zona común del contrato.

24. Las reglas de nulidad del Código Civil, principal y parcialmente moduladas y complementadas con la dogmática de la validez y nulidad administrativa, serían las que mejor permitirían, interpretar un régimen ajustado a la complejidad, exhaustivo y unitario para la nulidad del contrato de la Administración.

## BIBLIOGRAFÍA

AMUNÁTEGUI, José Domingo (1894) *Administración política i Derecho Administrativo*, Imprenta Cervantes, Santiago.

A.A.V.V. (2002) *Contratos, adjudicaciones y concesiones de la administración pública*, IV Coloquio italo-español, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

A.A.V.V. (1998) “Licitaciones y contratos: negocios entre el sector público y el privado” en LOZANO, Juan y MERINO, Valeria (comp.) *La hora de la transparencia en América Latina*, Granica – Ciedla, Buenos Aires, 1998.

ABREU, Adilson (1979) “Vicios de la adjudicación en el procedimiento licitatorio” en *Revista de Derecho Público* núms. 25 – 26, págs. 145 a 155.

ACUÑA, Marcelo (2002), “La naturaleza de la nulidad de derecho público”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 212, págs. 373 a 390.

ADAMS, John Clarke (1964) *El Derecho Administrativo norteamericano: nociones institucionales de Derecho Administrativo comparado* (1964), Eudeba, Buenos Aires.

ALARCÓN, Pablo (2000) *Discrecionalidad administrativa. Un estudio de la jurisprudencia chilena*, Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago.

ALBALADEJO, Manuel (1957) “La invalidez de la declaración de voluntad” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 10. págs.985 a 1038.

- (1958) “Ineficacia e invalidez del negocio jurídico” en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1958, págs. 600 a 616.

ALCALDE, Enrique (2000) “La resolución y la nulidad y el ejercicio de la acción reivindicatoria por terceros: dos hipótesis de subrogación” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27, núm. 3, págs. 461 a 467.

ALCHOURRÓN Carlos y BULYGIN, Eugenio (1985) “Libertad y autoridad normativa” en *Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, año 3, núm. 26, pág. 244.

- (1991) *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ALEGRE, Juan (1971) “La extracomercialidad y sus consecuencias jurídicas” en *Revista de Derecho Privado*, febrero 1971, págs. 139 a 148.

ALESSANDRI, Arturo (1936) *De los contratos*, Editorial Zamorano y Caperan, Santiago.

ALESSANDRI B., Arturo (s/f), *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno*, Ediciones Ediar, Santiago. [reimpresión de la primera edición de 1949]

ALESSANDRI B., Arturo, WAHL, Jorge (col.) (2008) *La nulidad y la rescisión en el Derecho civil chileno t. I*, (3ª edición actualizada) Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio (2005) *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*, t.1., [apuntes de clase], Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

ANTONELLI, V, “Contatto e rapporto nell’ agire amministrativo”, en *Diritto Processuale amministrativo*, (resención de D’ Orsoña, Domenico), año XXVII, núm.1, marzo 2009., págs. 226- 235.

ARIÑO, Gaspar (1977) “Contrato del Estado y common law” (prólogo - estudio) en Monedero, José, *Doctrina del contrato del Estado*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1977.

- (2007) “El enigma del contrato administrativo” en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, págs. 79 a 102.

ARÓSTICA, Ivan (2001) “Estado de Derecho y nulidad de derecho público” en *20 años de la Constitución chilena 1981- 2001*. (ed. Navarro, Enrique), Universidad Finis Terrae, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago, págs. 129 a 139.

- (2006) “Licitación Pública: concepto, principios y tramitación” en *Revista Actualidad Jurídica*, núm. 13, enero 2006, págs. 291 a 313.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (2003) “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”, en *Doxa*, núm. 26, págs. 719 a 735.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan (1996) *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.

- (2004) *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel S.A., Barcelona.

AUBY, Jean Bernard (2007) “Comparative Approaches to the Rise of Contract in the Public Sphere” en *Public Law*, Spring 2007, págs. 40 a 57.

AYLWIN, Patricio y AZOCAR, Eduardo (1996), *Derecho Administrativo*, Universidad Andrés Bello, Santiago.

BACA, Víctor (2005) *La invalidez de los contratos públicos*, Editorial Aranzandi S.A., Navarra.

BACHOF, Otto (1958) *La jurisdicción administrativa en la República Federal Alemana*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 25, 1958, págs. 289 a 316

BALLESTEROS (1997) *La invalidez de los contratos*, en V.V.A.A. *Contratos de las administraciones públicas*, Abella, Madrid.

BAÑO LEÓN, José (2004) “El contencioso precontractual: las insuficiencias de la tutela jurisdiccional” en *Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid., págs. 349 a 363.

BARAONA, Jorge (2005) “La inexistencia de los actos jurídicos: algunas consideraciones dogmáticas” en *Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en sesquicentenario de la promulgación del Código Civil. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valdivia*, 2005, Editorial Lexisnexis, Santiago, págs. 61 a 70.

- (2005b) “La nulidad absoluta en el Código Civil: ¿opera de pleno derecho?” en Martinic, María y Tapia, Mauricio (dir.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado presente y futuro de la codificación*, Santiago, Lexis-nexis, 2005, tomo I, págs. 789 a 802.

- (2006) “Nulidad: ¿por qué relativa?” en *Estudios de Derecho Civil II. Código Civil y principios generales: nuevos problemas, nuevas soluciones. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006*, Editorial Lexisnexis, Santiago, págs. 539 a 548.

- (2007) “La nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos del Código Civil: ¿Son tan distintas?” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 8, págs. 59 a 106.

- (2007b), “La acción redhibitoria como acción de nulidad” en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007*, Editorial Legalpublishing, Santiago.

- (2007c) “Nulidad e indemnización de daños y perjuicios” en *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fueyo, León, Merino, Mujica, Rosende*, Universidad del Desarrollo, Santiago, págs. 59 a 77.

BARAONA, Jorge y FERMANDOIS, Arturo (2003) “La inexistencia de los hechos que fundamentan un acto administrativo, ¿constituye un vicio de nulidad?” en *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, año 7, núm. 7, págs. 79 a 103.

BARCIA, Rodrigo (2007), *Lecciones de Derecho Civil chileno. Del acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

BARBIERI, Enzo (2008) “Giurisdizione, procedimenti contrattuali e contratti delle pubbliche amministrazioni” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXVI, núm.1, marzo 2008., págs. 309- 318.

BARRA, Rodolfo (1989), *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*, Ábaco, Buenos Aires.

BARROILHET, Agustín (2009) “Derechos nuevos: las concesiones de acuicultura”, [ensayo] en *Ciclo de discusión de investigaciones en curso*, Universidad de Chile, disponible en



[http://www.derecho.uchile.cl/?\\_nfpb=true&\\_pagelabel=agendaderecho&url=55171](http://www.derecho.uchile.cl/?_nfpb=true&_pagelabel=agendaderecho&url=55171)  
+ [Leído 6.10.09. 16:00]

BARROS, Enrique (2001), “Lo público y lo privado en el derecho”, en *Estudios Públicos*, núm. 81, págs. 5 a 37.

- (2004) “Codificación civil y administrativa” en Larroumet, Christian (dir.) y Tapia, Mauricio (coord.), *L’avenir de la codification en France et en Amérique latine*, París, Les colloques du sénat, 2004 (trad. cast. de Mauricio Tapia)  
Disponible en:  
[http://www.senat.fr/colloque\\_codification/colloque\\_codification\\_mono.html#toc7](http://www.senat.fr/colloque_codification/colloque_codification_mono.html#toc7).

- (2005) “Sentidos y métodos de la codificación en el Derecho”, *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado II, De la codificación a la descodificación*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago.

- (2006), *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

BELADIEZ, Margarita (1994) *Validez y Eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid.

BENEDETTI, Aurette - ROSSI, Giampaolo (1997) *La actividad contractual de la Administración Pública en Italia*, en *Documentación Administrativa*, (trad. cast. de Jesús Fuentetaja) núms. 248 - 249, págs. 407 a 428.

BENOIT, Francis Paul (1977), *El Derecho Administrativo francés* [traducción de Rafael Gil Cremades] Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

BERMEJO, José (2008) “Régimen de la invalidez (nulidad y anulabilidad) en Derecho Administrativo (extracto) en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=599>.

- (2008b) “Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público” en GIMENO, José María (Ed.) (2008), *El derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza.

- (dir) (2009) *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid.

BERMÚDEZ, Jorge (2007), “Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos ¿Qué queda de la nulidad de Derecho Público?”, ponencia presentada en las *Trigésimo séptimas jornadas chilenas de derecho público*, Valparaíso 8 y 9 de noviembre de 2007. [en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol. XXIII, núm. 1, julio 2010, págs. 103 a 123.]

- (2008) “El principio de legalidad y la nulidad de derecho público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 70, págs. 273 a 285.

- (2010) *Derecho Administrativo General*, Abeledo-Perrot, Santiago.

BERNAL, Miguel (2007) “Crónica del seminario sobre *O novo Código dos contratos públicos*” en *Revista de Administración Pública*, núm. 175, págs. 515-520.

BERNASCHINA, Mario (1949), “*Bases Jurisprudenciales para una teoría de las nulidades administrativas*”, en *Boletín del seminario de Derecho público*, Universidad de Chile, N°s 45-48, págs. 549 a 559.

BETTI, Emilio, [s/f] *Teoría General del Negocio Jurídico*, [trad. cast. de Martín Pérez] Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

BEUDEANT, C., (1936) *Cours de droit civil français* t. VIII, Librairie Arthur Rousseau, París.

BOBBIO, Norberto (1956) *Teoría General del Derecho*, Editorial Debate S.A., Madrid (trad. cast. de Eduardo Rozo, 1995).

- (2004) *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política* (trad. cast. de José Fernández Santillán), Fondo de Cultura Económica, México.

BOCANEGRA, Raúl Y GARCÍA, Javier (2008) “Los actos administrativos transnacionales” en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, págs. 9-29.

BOCANEGRA, Raúl, (2005) *La teoría del acto administrativo*, Iustel, Madrid.

BOCKSANG, Gabriel (2006), “De la nulidad de derecho público como inexistencia” en *Ius Publicum*, núm. 16, págs. 91 a 116.

BOLOÑA, Germán (2007) *El acto administrativo*, Editorial Lexisnexis, Santiago.

BONET, José (1976) “Los actos contrarios a las normas y sus sanciones” en *Anuario de Derecho civil*, t. XXXIX, fascículo II, abril-junio, 1976. págs. 309- 336.

BOQUERA, José María (1957) “Las características del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española” en *Revista de Administración Pública*, núm. 23, págs. 193 a 210.

- (1963) *La selección de contratistas. Procedimiento de selección y contrato*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

- (1999) “Los contratos de la administración desde 1950 hasta hoy” en *Revista de Administración Pública*, núm. 150, págs. 13 a 32.

BORDALÍ, Andrés y FERRADA, Juan Carlos (2008) *Estudios de Justicia Administrativa*, Legal publishing, Santiago.

BORRAJO, Ignacio (1993) “El intento de huir del Derecho Administrativo”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 78, abril-junio, 1993, págs. 233 a 249.

BUSCEMA, Salvatore y Buscema, Angelo (1987) “I contratti della pubblica amministrazione”, Cedam, Padova.

CABALLERO, Jesús (2003) “¿Deben subsistir los contratos administrativos en una futura legislación” en *El Derecho Público a comienzos del siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Allan. R. Brewer Carías*, t. II, Civitas Ediciones, S.L. Madrid, págs. 1765 a 1778.

CALDERA, Hugo (1982), *Sistema de la Responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (1988) “La nulidad del acto expropiatorio” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LXXXV, núm. 1, págs. 8 a 25.

(2001), *Tratado de Derecho Administrativo*, Ediciones Parlamento, Santiago.

CAMACHO, Gladys (2002) *Bases conceptuales del Derecho Administrativo*, apuntes de clases, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

CAMPILLO, Carlos (2006) *Celebración y ejecución de contratos estatales*, Colombia (s/l) Editorial Ecoe.

CANO, Tomás (2004) *La invalidez sobrevinida de los actos administrativos*, Civitas, Madrid.

- (2005) “La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias”, en *Revista general de Derecho Administrativo*, núm. 8, marzo 2005.

CARIOTA, Luigi (1956), *El negocio jurídico*, Aguilar, Madrid. (traducción de Manuel Albaladejo).

CARRETERO, Santiago (2004) “El recurso de amparo mixto y la nulidad de actuaciones: cara o cruz para el abogado. A propósito de la STC 97/2003, 2 junio”, en *Actualidad Administrativa* núm. 22, diciembre 2004, págs. 2686-2698.

CASSAGNE, Juan Carlos, (1976), “Los contratos de la Administración Pública, distintas categorías y regímenes jurídicos”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, 1975-1976, Ediciones Revista de Derecho Público, Santiago, págs. 306 a 347.

- (2005), *El contrato administrativo*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires.

CASTILLO, Javier y ROMERO, Eduardo (2000), *La nulidad de Derecho público: análisis de la jurisprudencia entre los años 1990 y 1999*, memoria de prueba, Universidad de Chile.

CEA, José Luis (1997) “Flujo y reflujo público – privado” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 18, págs. 31 a 38.

- (2002), *Derecho constitucional chileno*, t. I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago.

CHAPUS, Réne (2001) *Droit Administratif general*, , Montchretien, París

CLARO SOLAR, Luis (1979) *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, t. volumen VI, t.XI, Imprenta Cervantes, Santiago.

- (1979) *Explicaciones de Derecho civil chileno y Comparado*, volumen VI, t. XII, Editorial Jurídica de Chile.

- (1979) *Explicaciones de Derecho civil chileno y Comparado*, volumen II, t. V, Editorial Jurídica de Chile.

COHENDY, Georges (1914), “Interés de la distinción entre la inexistencia y la nulidad de orden público”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, año XI, núm. 8, págs. 191 a 214.

CORAGGIO, Giancarlo, “Annullamento dell’ aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXI, núm.3, septiembre, 2003, págs. 776- 791.

CORDERO, Luis (2002) “Los particulares como sujetos de Derecho en el Derecho Administrativo. Bases para una sistematización”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 64, págs. 213 a 236.

- (2005) “La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo” [ponencia] *II Jornadas de Derecho Administrativo*, Universidad Católica de Valparaíso, noviembre 2005, disponible en <http://www.derecho.uchile.cl/cda/cda/dialogos/archivos/4>.

- (2006), “Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal”, en *Revista de Derecho Administrativo económico*, núm. 17, págs. 31 a 46.

CORRAL, Hernán (2007), “El ejercicio de la acción de nulidad por un tercero no contratante” en *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de Derecho Civil, Valparaiso*, 2007, Editorial Legalpublishing, Santiago.

DE CASTRO, Federico (1967) *Tratado práctico y crítico del Código Civil. t. X El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid.

-(1985) *El negocio jurídico*, Editorial Civitas S.A., Madrid.

DE LA CRUZ, Alicia (2008) “Público/Privado en la Contratación Administrativa”, en *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 2, págs. 57 a 76.

DE LA CUÉTARA, Juan (1986) *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid.

DE SOLAS, José María (1990) *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*, Tecnos, Madrid.

- (2003) “De la invalidez de los contratos” en *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas, t. II, La gestación del contrato*, Ariño y asociados Ed., Granada.

DELGADO, Jesús (1976) “La anulabilidad” en *Anuario de Derecho Civil, t. XXIX*, págs. 1023 a 1045.

- (1983) “Comentarios de jurisprudencia” en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, núm. 42, 1983, págs. 465 a 472.

- (2003) “Las normas derogadas. Validez, vigencia, aplicabilidad” en *Seminario de Nulidad*, 24 de noviembre de 2003, Zaragoza.

- (2005) “El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado”, en *Anuario de Derecho Civil, t. LVIII*, fascículo I, enero – marzo, 2005, págs. 9 a 74.

- (2005b) “Las *leges irritantes* en *De legibus* de Francisco Suárez como normas de competencia” en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=101>.

- (2007) ¿“Sanción de invalidez”? *Los conceptos de invalidez y de sanción*, en *id. Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Editorial Aranzadi, Navarra, págs. 189 a 136.

- (2007b) “Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles” en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=380>

(- 2007c) “División de concesión administrativa de tierras con acceso a la propiedad (legalmente indivisible). Nulidad parcial”, en *NUL. Comentarios de Sentencias*, disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=436>

- (2009) “Validación: construcción de un concepto de teoría general del derecho” en *Doxa*, núm. 31, 2008, págs. 643 a 660.

DELGADO, Jesús (coord.) (2007) *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Editorial Aranzadi, Navarra.

DELGADO Echeverría, Jesús y Parra Lucan, M<sup>a</sup> Angeles (2005) *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid.

DIMATTEO, Larry (1998) *Contract theory. The evolution of contractual intent*, Michigan State University Press.

DÍAZ, José (2003) “De la invalidez de los contratos” en García, Ricardo (dir), *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y la ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

DÍEZ – PICAZO, Luis (1961), *Eficacia e ineficacia del negocio jurídico*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1961.

- (1997), *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid.

- (1997) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid

DOMENECH, Gabriel (2001) “La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales” en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, págs. 59 a 106.

- (2002) *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo blanch, Valencia.

- (2005b), “El seguimiento de normas y actos jurídicos” en *Revista de Administración Pública*, núm. 167, págs. 97-145.

DOMÍNGUEZ, Ramón (1977), *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (2004) *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (2008), “Todo el que tenga interés en ello... (sobre el art. 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta” en *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*”, Ediciones Fundación Fernando Fueyo, Santiago, págs. 541 a 559.

DROMI, José (1978) *Instituciones de Derecho Administrativo*, Editorial Astrea, Buenos Aires.

- (1985) *El acto administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid

DURANTE, Nicola (2008) “Gli effetti giuridici dell’annullamento dell’aggiudicazione sul contratto, nell’evoluzione della giurisprudenza e del diritto, interno e comunitario”, en [http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi\\_contributi/DuranteAnnullamentoAggiudicazione.htm](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/DuranteAnnullamentoAggiudicazione.htm). [Leído 14.05.2009. 16:00 hrs.]

EISENMMAN, Charles (1982) *Cours de droit administratif, t.I.* L.G.D.J. Paris.

- (1983) *Cours de droit administratif, t.II.* L.G.D.J. Paris.

ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (1998) “La nulidad parcial” en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCV, n° 3, 2ª, parte, págs. 77 y sgts.

- (2009) “Las dos hipótesis de objeto ilícito contenidas en el artículo 1465 del Código Civil” en *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 12, págs. 135 a 166.

ENGEL, Eduardo, FISCHER, R., GALETOVIC, A., y HERMOSILLA, M., (2009) “Renegociación de concesiones en Chile”, en *Estudios Públicos*, Verano, 2009, págs. 151 a 205.



EYZAGUIRRE, José María (2007) “El error y el dolo como vicios del consentimiento en el Código Civil y en el Derecho Comparado” en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Editorial Lexisnexis, Santiago, págs. 599 a 617.

FABRES, José Clemente (1908) *Examen crítico y jurídico de la nulidad y de la rescisión según el Código Civil, considerada la primera como medio de extinguir obligaciones y como pena de la violación de la ley*” en *Obras completas, t. III*

FARRANDO, Ismael (2004) “La contratación administrativa: normas y principios” en *Documentación Administrativa*, núm. 267-268, septiembre 2003-abril 2004) págs. 313 a 324.

FERNÁNDEZ, Carmen (1997) “La administración pública de derecho privado y los actos administrativos que inciden en las relaciones jurídico privadas”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 143, mayo – agosto 1997, págs. 211 a 228.

FERNÁNDEZ, José María (2003) *Contratación administrativa*, Editorial Bosch, S.A. Barcelona.

FERNÁNDEZ, Tomas-Ramón (1979), *La nulidad de los actos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

FERRADA, Juan Carlos (2005), “El sistema de Derecho Administrativo chileno: Una revisión crítica desde una perspectiva histórica”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 217-218.

- (2007) “Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XX, n° 2, págs. 69-94.

- (2007b) “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo” en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 221-222, págs. 99 a 136, Julio-Diciembre, 2007, (pero 2008).

- (2010) “Nuevas restricciones a la nulidad de derecho público como proceso administrativo: una jurisprudencia interesante, pero inconsistente”, en

*Anuario de derecho público*, 2010, Universidad Diego Portales, págs. 189 a 203.

FERRER, Jordi (2000) *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. B.O.E. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- (2001) “De nuevo sobre las normas de competencia: una réplica a Antonio Manuel Peña”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVIII, págs. 413 a 422.

FIAMMA, Gustavo (1986) “El régimen administrativo tutelado” en *Gaceta Jurídica*, núm. 71, págs. 7 a 10.

- (1987), “La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 83, págs. 123 a 156.

- (1989), “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 16, pp. 429-440.

- (1991), “Acción constitucional de nulidad y legitimación activa objetiva”, en *Revista de Derecho Público*, núm. 49, págs. 91 a 98.

FLUME, Werner (1998) *El negocio jurídico. Parte general del Derecho Civil* (trad. cast. de la 4ª edición alemana por José Miquel y Esther Gómez), Fundación Cultural del Notariado, Madrid.

FRIED, Charles (1981) *La obligación contractual. El contrato como promesa* (trad. cast. de Pablo Ruiz – Tagle y Rodrigo Correa), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981.

FUEYO, Jesús (1951) “Legitimidad, validez y eficacia. La significación jurídica y política del sistema de producción de normas” en *Revista de Administración Pública*, núm. 6, págs. 35 a 88.

GALLARDO, María Jesús (2006) “Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto administrativo: doctrina jurisprudencial” en *Revista de Administración Pública* núm. 171, págs. 217 a 247.

GALLEGO, Isabel (2007) “El objeto de los contratos administrativos” en *Contratación administrativa práctica*, núm. 69, noviembre 2007, págs. 48 a 57.

- (2008) “Efectos de la declaración de invalidez del contrato público” en *Contratación administrativa práctica*, núm. 76, págs. 43 a 53.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1950) “Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo” en *Revista de Administración Pública*, núm. 2, págs. 83 a 108.

- (1963) “La figura del contrato administrativo” en *Revista de Administración Pública*, núm. 41, págs. 99 a 128.

- (2007) *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Editorial Aranzadi, Navarra.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004), *Curso de Derecho Administrativo I*, Thomson-Civitas, Madrid.

- (2004), *Curso de Derecho Administrativo II*, Thomson-Civitas, Madrid.

GARCÍA, Javier (2002) *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, Madrid.

GARCÍA, Juan (2007) “Validez del contrato por el que se transmite una concesión administrativa de emisora de radio sin la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa” en *NUL. Comentarios de Sentencias*, disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=537>.

GAROFALO, Luigi, (2008) “Annullamento dell’ aggiudicazione e caducazione del contratto: innovazioni legislative e svolgimenti sistematici” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXVI, núm.1, marzo 2008., págs. 138 a 172.

GARRIDO FALLA, Fernando (1952) *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales*, en *Revista de Administración Pública*, núm. 7, 1952, págs. 11 a 50.

- (2002) *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, 13ª edición, Tecnos, Madrid.

GIAMPAOLINO, Luigi, “La prevenzione del contenzioso e la tutela alternativa alla giurisdizione negli appalti pubblici: il ruolo dell’ autorità per la vigilanza sui contratti pubblici”, en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXVII, núm.1, marzo 2009., págs. 101- 111.

GIMENO, José María (1995) *El control de la contratación pública (las normas comunitarias y su adaptación en España)* Civitas, Madrid.

- (1997) “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública” en *Revista de Administración Pública*, núm. 144, págs. 129 a 168.

- (2000) “La necesaria interpretación subjetivo funcional del concepto de poder adjudicador en la contratación pública” en *Revista de Administración Pública*, núm. 151, págs. 425 a 439.

- (2004) “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales” págs. 61 a 94, en GIMENO, José María (Coord.) (2004) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona.

- (2006) “El recurso especial en la LCSP ¿adecuación a su finalidad?” en *Documentación administrativa*, núm. 274-275, enero- agosto, págs. 381ª 405.

- (2006b) *Contratos públicos: ámbito de aplicación y procedimiento de adjudicación. La incidencia de las directivas comunitarias en el ordenamiento jurídico español*, Civitas, Madrid.

- (2008) “El nuevo ámbito de subjetivo de aplicación de la ley de contratos del sector público: luces y sombras” en *Revista de Administración Pública*, núm. 176, págs. 9 a 54.

- (2008b), “La adjudicación de los contratos: la oferta económicamente más ventajosa” en *id. El derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza.

- (2009) “Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la validez e invalidez y su control en los contratos del sector público” ponencia presentada en *Seminario de Nulidad*, 7 de abril de 2009, Zaragoza s/e.

GIMENO, José María (Coord.) (2004) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona.

GIMENO, José María (Ed.) (2008), *El derecho de los contratos del sector público*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza.

GOISIS, Francesco (2004) “Conseguenze sul contratto” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXII, núm.1, marzo 2004., págs. 177- 265.

- (2009) “Ordinamento comunitario e sorte del contratto” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXVII, núm.1, marzo 2009., págs. 113- 145.

GONZÁLEZ, Marta (1996) “La protección del administrado en la contratación administrativa” en AA.VV. *Protección del Administrado*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, págs. 271 a 308.

GONZÁLEZ- VARAS, Santiago (2003) “El debate sobre la figura del contrato administrativo” en Montoro, María Jesús (coord.) *La justicia administrativa*, Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta, Atelier, Barcelona.

- (2003b) *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid.

- (2009) “Los efectos de las sentencias anulatorias de los tribunales constitucionales”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 178, enero abril 2009, págs. 361 a 367.

VÍCTOR GUARINONI, Ricardo (2002), “De lo que no hay. La inexistencia jurídica”, en *Doxa* núm. 25, págs. 637 a 656.

GUASTINI, Riccardo (1999), “Normas, juicio de validez, y ciencia jurídica en el último Kelsen” en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Trad. cast. de Jordi Ferrer), Gedisa, Barcelona.

- (2000) (prólogo) a *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*. B.O.E. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, de Jordi Ferrer, pp. XIII – XVII.

GUIBOURG, Ricardo (1973) *La nulidad y su definición*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires.

- (1997) “Formalization of competence”, en GARZÓN, E., KRAWIETZ, W, VON WRIGHT, G. H., y ZIMMERLING, R. (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Festschrift for Carlos Alchourrón and Eugenio Bulygin*, Dunken & Hunblot, Berlín, 1997.

GUGGENHEIM, Daniel (1970) *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et compare*, L.G.D.J. Paris.

GUTIERREZ, María y RINCÓN, Ana (2005), “Viabilidad de la impugnación indirecta de los planes de ordenación urbana: no nulidad por simple error mecanográfico en la publicación del plan”, en *Actualidad administrativa* núm. 9, mayo 2005, págs. 1112-1116.

GUZMÁN, Alejandro *et al.* (1999), “Modificaciones al título preliminar del Código Civil”, en *Estudios sobre reformas al Código Civil y Código de Comercio*, Fundación Fernando Fueyo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GUZMÁN, Alejandro (2001) *El derecho privado constitucional de Chile*, Ediciones Universitarias de Valparaíso de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso

- (2005) *Acto, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Editorial Aranzadi, Navarra.

HART, Herbert (1963) *El concepto de Derecho*, [trad. cast. de Genaro Carrió] Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

- (1994) *The concept of law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford.

HAURIOU, Maurice (2002) *Précis de droit administratif et de droit public*, Editions Dalloz, París.

HERNÁNDEZ, José (2008) “El contrato administrativo en la ley de contrataciones públicas venezolana” en *Revista de Administración Pública*, núm. 176, págs. 363-381.

Hunneus, Jorge (1879) *La constitución ante el Congreso*, t. II, Imprenta de Los Tiempos, Santiago.

IBACETA, David (2002) “La nulidad de los actos administrativos. Breve noticia sobre dos sistemas” en *Revista de Derecho Público*, núm. 64, págs. 311 a 318.

INIESTA, Juan y FERNÁNDEZ, Manuel, “Naturaleza y efectos de las sentencias de anulación recaídas en procesos contra normas: la invalidez en el sistema normativo y su actuación jurisdiccional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20. Núm. 59. Mayo-agosto 2000, págs.139 a 175.

IRTI, Natalino (1992) *La edad de la descodificación*, Bosch, Barcelona (trad. cast. Luis Rojo Ajuria)

JARA, Manuel (1943) *Derecho Administrativo*, Impresores N. Avaria e Hijo, Ltda, Santiago.

JARA, Jaime (2004), *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Editorial Libromar, Santiago.

JARAMILLO, Lucrecio (1943) *La nulidad en derecho privado*, Editorial Siglo XX Ltda., Medellín.

JÈZE, Gaston (1928) *Los principios generales del Derecho Administrativo*, (trad.cast de Carlos García Oviedo), Editorial Reus, Madrid.

JORDANO, Jesús (1997) *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid.

KELSEN, Hans (1960) *Teoría pura del Derecho* (trad. cast. de Roberto Vernengo) Porrúa, México, 1991, pág. 584.

KELSEN, Hans (1960) *Teoría pura del Derecho*, 2ª edición (trad. del original en alemán por R. J. Vernengo), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.

KLASS, Gregory (2008) “Three pictures of contract: duty, power, and compound rule” en *New York University Law Review*, Vol. 83, diciembre 2008, págs. 1726 a 1783.

LAMARQUE, J. (1961), “Les difficultés présentes et les perspectives d’avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé” en *L’Actualité juridique. Droit Administratif*, núm. 3, año XVII, marzo 1961, págs. 123- 13.

LARROUMET, Christian (1993) *Teoría general del contrato*, v. I, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá.

LAUBADERE, André; Moderne, Franck; Devolvé, Pierre, (1984): *Traité des contrats administratifs, t. II*. L.G.D.J. Paris.

- (1985) *Traité des contrats administratifs, t. I*. L.G.D.J. Paris.

LEÓN, Avelino (1983) *El objeto de los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (1991) *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (1990), *La causa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.



LETELIER, Raúl (2002), “Un mal día no es eterno: Seis alcances en materia de invalidación y nulidad de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 212, págs. 691 a 728.

LETELIER, Raúl y NICOLINI, Matteo (2004), “Nulidad y democracia en la justicia constitucional”, en *Revista de Derecho*, Consejo de Defensa del Estado, núm. 11, págs 55 a 103.

LIPARI, Marco (2008) “Annullamento dell’ aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario” en *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, núm. 9, 2008, disponible en <http://www.federalismi.it/AppOpenFilePDF.cfm?dpath=document&dfile=24042008173742.pdf&content=Annullamento+dell'aggiudicazione+ed+effetti+del+contratto:+la+parola+al+diritto+comunitario+--+stato+--+dottrina+--+>. Leído: 14.05.09. 16:00 pm

LLISET, Annabel y LLISET, Franciso (2002) *Manual de los contratos públicos*, Bayer Hermanos S.A. Barcelona.

LLOVERAS DE RESK, María (1985) *Tratado teórico - práctico de las nulidades*, Editorial Depalma, Buenos Aires.

LÓPEZ, Jorge (2005) *Los contratos. Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, Santiago.

LÓPEZ, Mariano (1996) “Los poderes adjudicatarios en el Derecho Comunitario y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, mayo de 1996, año XII, págs. 49 a 67.

LÓPEZ, Carmen (1995) *La nulidad contractual. Consecuencias*. Tirant Lo Blanch, Valencia.

LÓPEZ, Francisco, (1992) “Autoridad normativa y normas de competencia”, en *Anales de la Universidad de Alicante, Facultad de Derecho*, núm. 7, 1992, p. 107- 123.

LUTZESCO, Georges (1939) *Théorie et Pratiques des nullités*, t. I, Librairie du Recueil Sirey, París.

MACCORMICK, Neil (2007) *Institution of law. An essay in legal theory*, Oxford University Press.

MACERA, Bernad-Frank (2001), *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, Cedecs Editorial SL, Barcelona.

- (2001b), “La sujeción a control contencioso administrativo del *feri* de los contratos celebrados por ciertas sociedades mercantiles publicas: un remedio improcedente a una tendencia privatizadora ilegítima” en *Revista de Administración Pública*, núm. 155, mayo-agosto, 2001, p. 237.

MADARIAGA, Mónica, (1993) *Seguridad jurídica y administración pública en siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

MARCHETTI, Barbara, “Annullamento dell’ aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXVI, núm.1, marzo 2008., págs. 95- 137.

MARTÍN- RETORTILLO, Sebastián (1996) *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, segunda edición ampliada, Editorial Civitas, S.A, Madrid.

- (2007) *Instituciones de Derecho Administrativo*, Thomson- Civitas, Navarra

MARTÍNEZ, María (2007) “Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público: validez, eficacia y resolución de los contrato” en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=529>.

MARTÍNEZ, José Luis (1998) “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español (su fundamento y consecuencias)” en CASSAGNE, Juan Carlos *Derecho Administrativo*, [Homenaje M. Marienhoff] Buenos Aires, Abeledo – Perrot, págs. 947 a 970.

MAYER, Otto (1982) *Derecho Administrativo Alemán* (trad. cast. de Horacio Heredia y Ernesto Krotoschin), t. I, Depalma, Buenos Aires.

MEILÁN, José Luis (2008) *La estructura de los contratos públicos. Norma acto y contrato*. Iustel. Madrid.

MENÉNDEZ, Cristina (2007) “Modelos contractuales del ámbito privado y su traslación al ámbito público: el leasing y el factoring”, en *Actualidad administrativa* núm. 12, mayo 2007, págs. 1438-1443.

MENÉNDEZ, Eva (2002) “El nuevo sistema legal francés de contratación de las administraciones públicas. Hacia la unidad de jurisdicción” en *Revista de Administración Pública*, núm. 158, págs. 449 a 475.

MERRYMAN, John (1995) *Sistemas legales en América latina y Europa. Tradición y modernidad* (trad.cast. de Eduardo Suárez), Fondo de Cultura Económica, Santiago.

MERTEHIKIAN, Eduardo (2004) “Nuevas alternativas de financiación de la contratación administrativa (acerca de la utilización de fideicomisos por el sector público)” en *Documentación Administrativa*, núm. 267-268, septiembre 2003- abril 2004) págs. 325 a 335.

MILLAR, Javier (2003), “La potestad invalidatoria en la jurisprudencia nacional. Procedencia, alcance y limitaciones”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral, N° 14, pp. 83-97.

MODERNE, Frank (2005), *Principios generales del derecho público*, [comp., trad. cast. de Alejandro Vergara] Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

MORAGA, Claudio (2007), *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (2008) “Marco jurídico general de los contratos administrativos en Chile” en *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina*, AAVV, Editorial Difusión Jurídica, Madrid.

- (2008) “Derecho público chileno y los principios de legalidad administrativa y de juridicidad” en PANTOJA, Rolando (coord.) *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 277 a 323.

MORALES, Antonio y MEDINA, Enrique, (coord), (2002) *Comentarios al texto refundido de la ley de contratos de las administraciones públicas*. B.O.E. Madrid.

MORALES, Baltazar (2002), “Nuevos aspectos de la nulidad de derecho público”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 212, pp. 533-544.

MORENO, René (2007) “Antecedentes y proyecciones del régimen de la inexistencia y la nulidad en el Código Civil Chileno” en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Editorial Lexisnexis, Santiago.

MORALES, Rómulo (2007) “Inexistencia y nulidad analizadas desde el punto de vista de los derechos italiano, español y peruano” en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=129>.

- (2007b) “Contrato invalido” en *NUL. Estudios sobre invalidez e ineficacia*, disponible en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=416>.

MORENO, Oscar (2004) *Contratos administrativos. Legislación y jurisprudencia*. Civitas, Madrid.

MORENO, José Antonio, (coord.) (2008), *Contratos públicos en España, Portugal y América Latina*, Editorial Difusión Jurídica, Madrid.

MORENO, José y PLEITE, Francisco (2003) *Nuevo régimen de contratación administrativa*, La Ley, Madrid.

MOSCARINI, Lucio, “Vizi del procedimento en invalidità o ineficacia del contratto” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXII, núm. 3, septiembre, 2004, págs. 597- 616.

MUÑOZ, Natalia (2004), “Contratación administrativa”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 12, pp. 13- 40.

NIETO, Alejandro (1994) en “Estudio Preliminar” a *Validez y Eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, de Margarita Beladiez Rojo.

NINO, Carlos (1980) *Introducción al análisis del derecho* [12° reimpresión 2003], Editorial Astrea, Buenos Aires.

- (1984) *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

- (1985), *La validez del Derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires.

OELCKERS, Osvaldo (1979), “En torno al concepto de contrato administrativo”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. III., pp. 135-160.

- (1983) “Los principios informadores de la contratación administrativa” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 7, págs. 151 a 164.

ORTEGA, Julia y DOMÍNGUEZ, Mónica (2001) “Actos, procedimientos y contratos (cronicas de jurisprudencia)” en *Revista Justicia Administrativa*, núm. 10, enero 2001.

OSPINA, Rosa (2008) “Experiencia de implementación sistemática de Pactos de Integridad para la contratación pública en Colombia” en ZALAUQUETT, José y MUÑOZ, Alex, *Transparencia y probidad pública. Estudios de Caso de América Latina*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2008.

OTERO, Miguel (2010) *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, págs. 269 y 270.

PALMA, José (2006), “El contrato de transacción y las administraciones públicas. La doctrina del Consejo de Estado” en *Revista de Administración Pública* núm. 169, págs. 337-351.

PALOMAR, Alberto (2002) “La invalidez de los contratos” en Jiménez, Emilio (coord.) *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas*, Editorial Aranzadi, Navarra.

PANTOJA, Rolando (1994), *Derecho Administrativo. Clasicismo y modernidad*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (2000), “El principio de la juridicidad”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, núm. 62, págs. 156 a 168.

- (2007) *El Derecho Administrativo, concepto características, sistematización prospección*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

PANTOJA, Rolando (coord.) (2008) *Derecho Administrativo. 120 años de cátedra*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago

PARADA, José Ramon (1963) *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla.

PAREJO, Luciano (1984) *El concepto de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas.

- (2003) *Derecho Administrativo*, Ariel Derecho, Barcelona.

PARRA, María de los Ángeles (2004) “Las anomalías del contrato: invalidez e ineficacia en el anteproyecto de Código Europeo de Contratos. Estudio comparado con el Derecho español (Aproximación a la Sección 1 del Título XI de la Parte General del Código Europeo de Contratos)” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 57, núm. 2, págs. 549 a 638.

PASQUAU, Miguel (1997) *Nulidad y anulabilidad del contrato*, Civitas, Madrid.

- (2007) “La acción de nulidad sí prescribe” en DELGADO, Jesús (coord.) *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Editorial Aranzadi, Navarra, págs. 225 a 246.

PENA, José (1995) “Derecho civil, derecho común y derecho especial”, en *Actualidad Civil*, núm. 41, noviembre, 1995, págs. 831 a 846.

PEÑA, Antonio (1999) “Validez y vigencia de las normas: algunas precisiones conceptuales”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVI, págs. 99 a 119.

- (2001) “Sobre las normas de competencia: algunas observaciones a la tesis de Jordi Ferrer”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVIII, págs. 399 a 412.

- (2002) “Sobre las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica de Jordi Ferrer”, en *Isonomía* núm. 16, págs. 215 a 216.

PEÑA, Carlos (1996) “El Derecho Civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos” en *Cuadernos de análisis jurídicos 6. Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, págs. 545 a 603.

PEÑAILLO, Daniel (1989) *La prueba en materia sustantiva civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (1995) *La expropiación ante el Derecho Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (1997) *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (2000) *La revisión judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil* en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, núm. 208, julio-diciembre 2000, págs. 209 a 237.

- (2003) *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago

PÉREZ, José Luis (1999), “Validez, aplicabilidad y nulidad. Un análisis comparativo de la teoría del derecho y la dogmática jurídica”, en *Doxa* núm. 22, págs. 263 a 283.

PFEFFER, Emilio (2005), “La nulidad de derecho público: tendencias jurisprudenciales”, en *Revista de Derecho Público*, N° 67, pp. 129-144.

PIERRY, Pedro (1994) “La nulidad en Derecho Administrativo” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, núm. XV, 1993- 1994, págs. 79 a 100.

- (2001), “Nulidad de derecho público: Comentario a un comentario”, en *La semana jurídica*, N° 11, págs. 5 y 6.

- (2003), “Prescripción de la Responsabilidad Extracontractual del Estado. Situación actual de la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 10, págs. 9 a 23.

PIZARRO, Carlos (2004) “Notas críticas sobre el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato. Fuentes e interpretación del 1545 del Código Civil chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, n° 2, págs. 225 a 237.

PLANIOL y RIPERT (1930) *Traité Practique de droit civil français*, t. VI, L.G.D.J., París.

PLESSIX, Benoit (2003), *L'utilisation du droit civil dans l'elaboration du droit administratif*, Editions Panthéon – Assas, París.

POUYAUD, Dominique (1991), *La nullité des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris.

PRECHT, Jorge (2000) “El premio del postulante en el contrato de concesión de obra pública” en *Revista de Derecho Administrativo Económico* vol. II, núm. 2, julio – diciembre 2000, págs. 311 a 333.

QUINTANA, Fernando (2006) *Interpretación y argumentación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

RADBRUCH, Gustav (1999) *Filosofía del Derecho* [trad. cast. de José Luis Monereo], Editorial Comares, Granada.



RAMAJOLI, Marguerita, “Giurisdizione ordinaria sul rapporto tra amministrazione e aggiudicatario” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXVI, núm.2, julio 2008., págs. 513- 553.

RAMS, Joaquín (2007) *El objeto ilícito en los contratos*, en DELGADO, Jesús (coord.) *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Editorial Aranzadi, Navarra, págs. 139 a 162.

REBELO DE SOUSA, Marcelo (1994), *O concurso público na formação do acto administrativo*, Lex Edições Jurídicas, Lisboa.

REBOLLO, Manuel (1996) “La invalidez de los contratos administrativos” en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 136, mayo de 1996, año XII, págs. 95 a 115.

- (1996) en CASTILLO, Federico (coord.) *Estudios sobre la contratación en las administraciones públicas*, Granada.

- (2005), “La presunción de validez” en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 128, págs. 587 a 638.

REYES, Jorge (1997), “Reflexiones y bases acerca de la nulidad de Derecho público”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII, págs. 383 a 405.

- (1998), *La nulidad de derecho público*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago.

- (2004), *Invalidación y nulidad de los actos administrativos y otros estudios*, Editorial Lexis-Nexis Santiago.

RIOSECO, Emilio (1994), *La prescripción extintiva ante la jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

RIVERO, Enrique (1971) *La interpretación del contrato administrativo*, Instituto García Oviedo, Sevilla.

RIVERO, Ricardo (1998) *Administraciones públicas y derecho privado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

ROCA, Victoria (2002), *Derecho y razonamiento práctico en C.S. Nino*, tesis de doctorado, Universidad de Alicante.

RODRÍGUEZ, Jaime (2008) “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas”, en *Revista de Derecho Público*, vol. 70, págs. 273 a 285.

RODRÍGUEZ, Pablo (1995), *Inexistencia y nulidad en el Código Civil chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

ROMERO, Aurelia (2004), “Libertad de expresión, buena fe contractual y límites constitucionales” en *Actualidad administrativa*, núm. 7, abril 2004, págs. 784- 792.

ROSS, Alf (1969) *El concepto de validez y otros ensayos*, Centro editor de América Latina, Buenos Aires

ROSSI, Giampaolo (1998) “Diritto pubblico e diritto privato nell’ attivita della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interesii”, en *Diritto Pubblico*, Cedam, núm. 3., págs. 661- 695.

RUIZ, Alberto, (dir.) (2004) *Derecho de la contratación pública y regulada*, V.V.A.A. Civitas, Madrid.

SAINZ, Fernando (1995) “Invalidez de los contratos de la administración” en Pendás, Benigno (coord.) *Derecho de los contratos públicos*, Editorial Praxis, Barcelona.

SAN JULIÁN, Verónica (1996) *El objeto del contrato*, Editorial Aranzadi, Pamplona.

SÁNCHEZ, Zulima (2005), “II congreso iberoamericano de Derecho Administrativo: crónica” en *Revista de Administración Pública*, núm. 168, págs. 479-491.

SANDULLI, Maria (2009) “Ancora un passo (indietro) nel gioco dell’ oca sulla pregiudiziale di annullamento” en *Federalismi.it. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario comparato*, núm. 8 disponible en

[http://www.federalismi.it/applMostraDoc.cfm?Artid=12801&edoc=28042009121437.pdf&tit=Ancora%20un%20passo%20\(indietro\)%20nel%20gioco%20dell%E2%80%99oca%20sulla%20pregiudiziale%20di%20annullamento.](http://www.federalismi.it/applMostraDoc.cfm?Artid=12801&edoc=28042009121437.pdf&tit=Ancora%20un%20passo%20(indietro)%20nel%20gioco%20dell%E2%80%99oca%20sulla%20pregiudiziale%20di%20annullamento.)

SANTAMARÍA, Juan (1975), *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

- (1996) “La invalidez de los contratos públicos” en Gómez-Ferrer, Rafael (dir), *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Editorial Civitas S.A.

- (2004) “La invalidez de los contratos públicos” en *Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid., págs. 291 a 322.

SHMIDT-ASMANN, Heberhard (2006) “La ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas” en *Revista de Administración Pública* núm. 171, págs. 7 a 34.

SANTORO, Francesco (1964) *Doctrinas generales del Derecho Civil* (trad. cast. de Agustín Luna Serrano), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid

SILVA, Enrique (1995) *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

SINKONDO, Marcel (1993) “La notion de contrat administratif: acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l’Administration?” en *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 2, abril-junio, 1993, págs. 239- 262.

SORIANO, José (1990) *El concepto de Derecho Administrativo y de la administración pública en el estado social y democrático de derecho* en *Revista de Administración Pública*, núm. 121, págs. 149 a 156.

SOTO, Eduardo (1978) “La contratación administrativa. Un retorno a las fuentes clásicas del contrato” en *Anuario de Derecho Administrativo II, 1977- 1978*, Ediciones Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, págs. 93 a 110.

- (1990), “La nulidad de derecho público en el derecho chileno” en *Revista de Derecho Público* núms. 47- 48, págs. 11 a 25.

- (1992), “La nulidad de derecho público referida a los actos de la administración”, en *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XIV, (1991-1992), pp. 417- 431.

- (1993) “La regla de oro del derecho público chileno. Sobre los orígenes históricos del artículo 160 de la Constitución de 1833”, en *Revista de Estudios Histórico- Jurídicos*, XV 1992- 1993, págs. 333 a 358

- (1996), *Derecho Administrativo, t. I. Bases Fundamentales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (1996b), *Derecho Administrativo, t. II. El principio de juridicidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (1997), “La nulidad de derecho público: su actualidad”, en *Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XVIII, págs. 347 a 355.

- (2000), “La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en derecho chileno”, en *Ius publicum*, núm. 4, págs. 55 a 62.

- (2001) “La fundamentación del acto administrativo y vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial” En *Actualidad Jurídica*, año II, n° 3, págs. 303 a 307.

- (2003) “La noción de acto administrativo en el derecho chileno. Una perspectiva sustancial” en AA.VV *Ley 19.880, sobre procedimiento administrativo. Conferencias Santo Tomás de Aquino*, Universidad Santo Tomás, págs. 33 a 44.

- (2004) “La responsabilidad del Estado-Administración y su imprescriptibilidad en el derecho chileno”, en *Revista Ius Publicum*, N° 13, pp. 127-138.

SQUELLA, Agustín (2000) *Introducción al Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

- (2001), *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

TAPIA, Mauricio (2005) *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago

TESO, Pilar (1997) “La invalidez de los contratos en la Ley 13/95 de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas” en *Actualidad administrativa*, núm. 36, 1997.

THIBIERGE, Catherine (2010) *Nulidad, restituciones y responsabilidad*, [trad. cast. de Gustavo de Greiff], Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

TORNOS, Joaquín (1996) “Actuaciones relativas a la contratación: pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, perfección y formalización de los contratos, prerrogativas de la administración” en Gómez-Ferrer, Rafael (dir), *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Editorial Civitas S.A.

TRILLO, Ramón (2001) “El control judicial de la contratación administrativa” en *Revista Justicia Administrativa*, núm. 10, enero 2001.

TRIMARCHI, Francesca (1998) “I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione”, en *Diritto Pubblico*, Cedam, núm. 1, págs. 35-71.

VALAGUZZA, Sara “Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto” en *Diritto Processuale amministrativo*, año XXII, núm.1, marzo 2004, págs. 284 a 313.

VALDIVIA José Miguel (2009), *Noticia atrasada acerca de la impugnación de contratos administrativos en derecho francés*, disponible en <http://decive.blogspot.com/2009/01/noticia-atrasada-acerca-de-la.html>.

VALLE, Lucia (1979) “Licitación pública y administración indirecta” en *Revista de Derecho Público* núms. 25 – 26, págs. 133 a 144.

VARGAS, Iris (2000) “El decreto de insistencia y la doctrina Mewes: límites del decreto supremo y la nulidad de derecho público ipso jure en la Constitución de 1925”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 27 núm. 2, pág. 349 a 444.

VÁSQUEZ, Andrés (1999), *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago.

VATTIER, Carlos (2007) “Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de contratos” en DELGADO, Jesús (coord.) *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*, Editorial Aranzadi, Navarra, págs. 13 a 58.

VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo (2002) “Los contratos ilegales en el Common Law” en *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, núm. 1, págs. 115 a 165.

VÁZQUEZ, José (1995) “Algunas cuestiones sobre invalidez de los contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo” en Gil, José Luis (dir.) *Contratación administrativa*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

VEDEL, Georges (1980) *Derecho Administrativo* (trad. cast. de Juan Ricon Jurado), Aguilar, Madrid.

VELASCO, Eugenio (1941) *El objeto ante la jurisprudencia*, Escuela Nacional de Artes Gráficas, Santiago.

VENOSTA, Francesco (2004) *Le nullità contrattuali nell' evoluzione del sistema, v.I. Nullità e inesistenza del contratto*, Giuffè Editore, Milan.

VERGARA, Alejandro (2007), “El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva”, en *La semana Jurídica*, núm. 359, págs. 6 y 7.

- (2010) *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “derecho común”*, Abeledo Perrot, Santiago

VIAL, Víctor (2003), *Teoría general del acto jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

VILLAR, José Luis (1969) *Lecciones sobre contratación administrativa*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid.

- (1977) *Apuntes de Derecho Administrativo*, t. II, Madrid.

VIÑUELA, Mauricio (2002) “Acerca de la competencia de los jueces civiles para conocer demandas de nulidad derecho público. Consideraciones en relación a

los actos de la administración aduanera” en *Revista de Derecho Público*, núm. 63, págs. 217 a 222.

- (2007) “El contrato de concesión de obra pública. Una ratificación legislativa de las categorías conceptuales del contrato administrativo” *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1, págs. 39 a 70.

WEIL, Prosper (1986) “La crisis del criterio del contrato administrativo” (trad. cast. de Eduardo Soto) en *Revista de Derecho Público* núms. 39– 40, págs. 163 a 184.

VON WRIGHT, Georg Henrik (1970) *Norma y acción. Una investigación lógica*; Editorial Tecnos, Madrid.

## JURISPRUDENCIA CITADA

*Abumohor con Fisco* (1999): Corte Suprema, 17 de junio (acción de nulidad de derecho público) en: Gaceta Jurídica, núm.228, págs. 68 y sgts.

*Aedo con Fisco* (2000): Corte Suprema, 7 de noviembre (acción de nulidad de derecho público), en: Gaceta Jurídica núm. 245, pág. 17.

*Aerocardal Limitada con Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena* (2010): Tribunal de Contratación Pública, 3 de junio (acción de impugnación Ley núm. 19.886), rol núm. 92- 2009; y Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de septiembre de 2010 (recurso de reclamación LCASYPS), rol núm. 3391-2010.

*Araya con Sociedad de Inversiones y Administraciones San Gabriel Limitada* (2007): Corte Suprema 6 de septiembre (acción ordinaria de nulidad) rol núm.: 108-2006.

*Arrieta con Banco Popular* (1921): Corte Suprema, 7 de mayo (acción de nulidad), Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 20, 2º parte, sec. 1º, pág. 305.

*Bellolio con Distribuidora Chilectra Metropolitana S.A.* (1998): Corte Suprema 24 de marzo (acción de nulidad de derecho público) en: Revista de derecho y jurisprudencia, t. 95, sec.1, págs. 23-26.

*Bestpharma S.A. con Cenabast* (2007): Tribunal de Contratación Pública, 22 de marzo (acción de impugnación Ley núm.19.886), rol núm. 20- 2005.

*Broom y Compañía con Exportadora Frutícola Antumalal S.A* (1999): Corte Suprema, 25 de enero (acción de cobro de honorarios) rol núm.: 683-1998.

*Bustos con Municipalidad de Viña del Mar* (2004): Corte Suprema, 26 de octubre (acción de nulidad de derecho público de acto expropiatorio) rol núm.: 32-2004.

*Camacho con Fisco de Chile* (2006): Corte Suprema, 28 de junio (acción de nulidad de derecho público), en Legalpublishing núm.: 34985.

*Cancino con Municipalidad de Nancagua* (2010), Tribunal de Contratación Pública, 27 de mayo (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm. 90-2009.



*Carrasco con Cooperativa Remolachera Ñuble* (2001): Corte Suprema, 15 de noviembre (acción ordinaria de nulidad), rol núm.: 3664-2000.

*Castillo con Bustos* (2009): Corte de Apelaciones de Chillán, 25 de noviembre (acción ordinaria de nulidad e inexistencia), rol 459- 2008, en *Legalpublishing* núm. 43532.

*Circulo Asesorías Profesionales E.I.R.L con Municipalidad de Concón* (2009). Tribunal de Contratación Pública, 15 de septiembre (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm. 98-2008.

*Constructora Asgard Limitada con Municipalidad de San Carlos* (2009) Tribunal de Contratación Pública, 27 de marzo, (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm.: 59-2008.

*Constructora Oscar Núñez y Cía. Ltda con Municipalidad de Peñaflor* (2010): Tribunal de Contratación Pública, 22 de junio de 2010, rol núm. 13-2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de septiembre de 2010, rol núm. 3628 (confirma).

*Constructora Sierra Nevada S.A. con Director Regional de Vialidad de la Araucanía* (2008): Tribunal de Contratación Pública, 20 de junio, (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm.: 40-2007.

*Cpa auditores consultores S.A con Subsecretaria de Transportes* (2010), Tribunal de Contratación Pública, 22 de junio (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm. 139-2009.

*Crispin con Municipalidad de Arica* (2008), Corte Suprema, 6 de marzo (acción de responsabilidad contractual) en: *Legalpublishing*, identificador núm.: 384204.

*De Baeremaecker con Fisco de Chile* (1999): Corte Suprema, de abril (acción ordinaria de nulidad) rol núm.: 1867-1996.

*Domic Bezic y otros con Fisco de Chile* (2002): Corte Suprema 15 de Mayo (acción de responsabilidad en contra del Estado) en: Fallos del Mes, N° 499, págs. 1146-1153.

*Editorial Marenstrum Limitada con Ministerio de Educación* (2008), Tribunal de Contratación Pública, 18 de noviembre, (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm.: 76-2008.

*Estrada con Alcalde de la I. Municipalidad de Pudahuel* (1993): Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de julio, (acción de reclamo de ilegalidad municipal) en *Gaceta Jurídica* núm. 157, pág. 73.

*Folch con Fisco* (1909): Corte Suprema, 11 de octubre (acción de cobro de pesos) en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 7, 2º parte, sec. 1, pág. 287.

*Frías con Alcalde de Arica* (2008), Corte Suprema, 13 de agosto (recurso de protección), rol núm.:3204-2008, Legalpublishing, identificador núm. 39633.

*Gárate con Municipalidad de Hualqui* (2006) Tribunal de Contratación Pública, 10 de enero (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm. 07-2005.

*Godoy y otros con Municipalidad de La Cisterna* (1999): Corte Suprema, 28 de diciembre (acción ordinaria de declaración de derechos), rol núm.: 1657-99

*Guastavino con Fisco* (1999): Corte Suprema, 27 de mayo (acción de nulidad de derecho público) en: Legalpublishing, identificador núm.: 15972.

*Harb con Servicio de Impuesto Internos* (2000): Corte Suprema, 24 de octubre (acción de reclamación tributaria), rol núm.: 1575-2000.

*Ingeniería Maquinaria y Construcción Limitada (IMACO) con Dirección Regional de Aeropuertos de la X Región de Los Lagos* (2010): Tribunal de Contratación Pública, 22 de enero de 2010 (acción de impugnación Ley núm. 19.886) rol núm. 77-2008.

*Instituto de Normalización Previsional con Chavarini* (2008): Corte Suprema, 23 de junio (acción de nulidad de derecho público) en: Legalpublishing, identificador núm.: 39205.

*Instituto de Normalización Previsional con Coletti* (2008): Corte Suprema, 31 de marzo de 2008, (acción de nulidad de derecho público) Legalpublishing, identificador núm.: 38539

*Instituto de Normalización Previsional con Gómez* (2008): Corte Suprema, 26 de junio de 2008, (acción de nulidad de derecho público) Legalpublishing, identificador núm.: 39383.

*Instituto de Normalización Previsional con Solís* (2008): Corte Suprema, 30 de junio de 2008, (acción de nulidad de derecho público) Legalpublishing, identificador núm.: 39239.

*Junta de Vecinos Bosques de Montemar con Municipalidad de Viña del Mar* (2007): Corte Suprema, 30 de julio (acción de nulidad de derecho público), rol núm. 1720 - 2006.

*La voz del sur y otros con Fisco* (2004): Corte Suprema, 21 de enero (acción de nulidad de derecho público) rol núm. 1458-03.

*Mago Chic Aseo Industrial S.A. con Municipalidad de Las Condes* (2008). Tribunal de Contratación Pública, 24 de octubre, (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm.: 34-2008.

*Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile* (2009) Tribunal de Contratación Pública, 29 de mayo, (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm.: 61-2008.

*Martínez y otros con Fisco de Chile* (2006): Corte Suprema 27 de Diciembre (acción de responsabilidad en contra del Estado) en: Legalpublishing, identificador núm. 35801.

*Meyes y otros con Municipalidad de La Cisterna* (2002): Corte Suprema, 23 de abril (acción ordinaria de declaración de derechos) rol núm.: 4991-2001.

*Morales con Fisco de Chile* (1994): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de julio (acción de nulidad de derecho público) en: *Gaceta Jurídica* núm. 169, págs. 68 y sgts.

*Neira con Fisco de Chile* (2007): Corte Suprema 24 de Julio (acción de responsabilidad en contra del Estado) en: Legalpublishing, identificador núm. 36691.

*Oftomed Limitada con Servicio de Salud Araucanía Sur y otro* (2008), Tribunal de Contratación Pública, 10 de julio, (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm.: 37-2007.

*Ortega con Banco Hipotecario de Chile* (1922): Corte Suprema, 2 de septiembre (acción de nulidad) en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, v. 21, 2º parte, sec. 1º, pág. 802.

*Ortega con Fisco* (1920): Corte Suprema, 17 de septiembre (acción de cobro de pesos) en: Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 19, 2 parte, sec. 1, pág. 310.

*Pérsico Paris con Fisco* (1997): Corte Suprema, 20 de noviembre (acción de nulidad de derecho público) en: Gaceta Jurídica, núm.182, págs. 67 y sgts.

*Pey Casado con Fisco* (2002): Corte Suprema, 14 de mayo (acción de nulidad de derecho público) rol núm. 4469-00.

*Polaris Limitada con Servicio de Salud Llanquihue Chiloé y Palena* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago, (reclamación en acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm. 5506-2007, 29 de noviembre, en Legalpublishing núm. 37844.

*Radio Nacional de Chile S.A con Sociedad de Inversiones Colliguay S.A* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de enero de 2009, en Legalpublishing núm: 42642 01/09/2009 (acción de nulidad de derecho público).

*Radio Nacional de Chile S.A con Sociedad de Inversiones Colliguay S.A* (2009): Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de septiembre (acción de nulidad de derecho público) rol núm. 8.704–07, en Legalpublishing núm. 42642.

*RD constructora S.A. con Municipalidad de Peñalolén* (2009): Tribunal de Contratación Pública, 15 de abril (acción de impugnación Ley núm. 19.886) rol núm.: 52-2008.

*Reyes con Empresa Minera Mantos Blancos S.A.* (1998): Corte Suprema, 27 de octubre (acción de nulidad de derecho público), en Gaceta Jurídica, núm. 220, págs. 70.

*Ruz Castillo con Fisco de Chile* (2006): Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de Noviembre de 2006 (acción de responsabilidad en contra del Estado) en: Legalpublishing, identificador núm. 35653.

*Servicios eléctricos del Norte Limitada con Municipalidad de Freirina* (2008), Tribunal de Contratación Pública, 8 de agosto (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm.: 66-2007.

*Serviu Metropolitano con Morales* (2000): Corte Suprema, 5 de diciembre (acción de nulidad de derecho público) en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t.97, sec. 1, págs. 226-229.

*Sociedad Juan González M. Limitada con Instituto Nacional de Estadísticas* (2008), Tribunal de Contratación Pública, 11 de noviembre, (acción de impugnación Ley núm.19.886) rol núm.: 7-2008.

*Universidad de la Frontera con Seremi de Justicia de la Araucanía* (2007): Tribunal de Contratación Pública, 11 de abril (acción de impugnación Ley núm.19.886), rol núm. 11-2006.

*Vejar y otra con Fisco de Chile* (2007): Corte de Apelaciones de Santiago 10 de Julio de 2007 (acción de responsabilidad en contra del Estado), en: Legalpublishing, identificador núm. 36614.

*Vergara con Municipalidad de Vichuquén* (2001): Corte Suprema (acción ordinaria de nulidad) 10 de mayo de 2001, rol núm.: 4703-99.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
Capítulo I. Relación normativa Código Civil - Derecho Administrativo .....	9
1. <i>Problemática</i> .....	10
2. <i>El Derecho Administrativo como estatuto de las relaciones jurídicas de la Administración</i> .....	10
3. <i>Delimitación de alcance del Código Civil como régimen jurídico de actuaciones de la Administración frente al Derecho Administrativo</i> .....	17
4. <i>Supletoriedad del Código Civil en Derecho Administrativo</i> .....	23
5. <i>Criterio de aplicabilidad</i> .....	32
Capítulo II. El contrato de la Administración y el poder contractual .....	34
1. <i>Noción de contrato de la Administración</i> .....	35
1.1. <i>Existencia del contrato de la Administración</i> .....	35
1.2. <i>Clasificación del contrato de la Administración</i> .....	37
2. <i>Lógica contractual</i> .....	48
3. <i>Poder contractual de la Administración del Estado</i> .....	57
3.1. <i>Poder contractual complejo</i> .....	57
3.2. <i>Configuración del poder contractual de la Administración del Estado</i> .....	61
3.2.1. <i>El poder de contratar de la Administración se ejerce por sujetos calificados</i> .....	62
3.2.2. <i>El poder de contratar de la Administración se confiere en interés público</i> .....	65
3.2.3. <i>El poder de contratar de la Administración no se confiere en carácter libre, sino que en ejecución de norma</i> .....	68
3.2.4. <i>La competencia conferida a la Administración es autónoma</i> .....	73

4.	<i>Singularidad del contrato de la Administración</i> .....	78
5.	<i>Habilitación y actualización del poder contractual</i> .....	80
6.	<i>Colofón</i> .....	89
Capítulo III. Validez y nulidad en general respecto del contrato de la Administración ...		92
1.	<i>Validez y contrato de la Administración del Estado</i> .....	93
1.1.	<i>Noción de validez</i> .....	93
1.2.	<i>Validez e invalidez</i> .....	96
1.3.	<i>Validez compleja</i> .....	98
1.4.	<i>Relación invalidez - nulidad</i> .....	99
1.5.	<i>Caracteres de la validez del contrato de la Administración relevantes en materia de nulidad</i> .....	101
2.	<i>Las reglas de nulidad del Código Civil y su aplicación al ámbito de la actividad contractual administrativa</i> .....	107
2.1.	<i>El ámbito y los tipos de nulidad civil</i> .....	107
2.2.	<i>Concepto y alcances de la nulidad en el Código Civil chileno (título XX libro IV)</i> .....	109
2.3.	<i>Carácter contractual de las reglas de nulidad civil y su aplicabilidad a otros ámbitos</i> .....	119
2.4.	<i>Adecuación y límites del sistema civil de causales de nulidad frente al contrato de la Administración</i> .....	129
2.4.1.	<i>Régimen jurídico de las causales de nulidad civil</i> .....	129
2.4.2.	<i>Causales de nulidad relativa</i> .....	133
2.4.3.	<i>Causales de nulidad absoluta</i> .....	135
2.4.4.	<i>Los problemas del objeto ilícito como causal de nulidad, y en especial del art. 1462</i> .....	137

2.4.4.1. <i>El objeto ilícito como causal de nulidad</i> .....	137
2.4.4.2. <i>El vicio de objeto ilícito contrario al derecho público (causal de nulidad civil por contravención al derecho público)</i> .....	140
2.4.4.3. <i>La contravención al derecho público ante la jurisprudencia</i> .....	144
2.4.4.4. <i>Relación con la nulidad de derecho público</i> .....	146
2.4.5. <i>Adecuación y límites de las causales civiles</i> .....	149
3. <i>La nulidad de derecho público y su aplicabilidad a la actividad administrativa contractual</i> .....	153
3.1. <i>Reglas de la nulidad de derecho público</i> .....	153
3.2. <i>Las causales de nulidad administrativa ante las normas de competencia</i> .....	159
3.3. <i>Legalidad material y nulidad de derecho público</i> .....	161
3.4. <i>Campo de aplicación de la nulidad administrativa</i> .....	163
3.5. <i>Carencias o vacíos de la nulidad de derecho público, en especial respecto de contratos</i> .....	165
3.6. <i>Discusión: la nulidad administrativa excluye a las reglas de la acción civil de nulidad</i> .....	168
4. <i>Corolario</i> .....	176
Capítulo IV. <i>Régimen adecuado de nulidad para el contrato de la Administración</i> .....	178
1. <i>Regímenes de nulidad en el contrato de la Administración del Estado</i> .....	179
1.1. <i>Estado de la nulidad del contrato de la Administración del Estado</i> .....	179
1.2. <i>Validez compleja y nulidad en la relación jurídica contractual de la Administración</i> .....	184
1.3. <i>Nulidad adecuada a la validez del contrato de la Administración: convergente</i> .....	186
1.4. <i>Sistema dual de nulidad claudica en los contratos de la Administración</i> .....	187



1.5. <i>Convergencia mediante la aplicabilidad de las reglas civiles</i> .....	190
2. <i>Alcance de la invalidez por vicio de objeto contrario al derecho público en materia contractual</i> .....	197
2.1. <i>Formulación general</i> .....	198
2.2. <i>Ajustabilidad del régimen de nulidad civil a base de la regla del objeto ilícito contrario al derecho público</i> .....	201
2.3. <i>El objeto ilícito en la nulidad del contrato de la Administración</i> .....	201
2.4. <i>El objeto ilícito contrario al derecho público en la nulidad del contrato de la Administración</i> .....	203
2.4.1. <i>Problemática</i> .....	203
2.4.2. <i>Una alternativa dogmática para la nulidad del contrato de la Administración</i> .....	209
3. <i>Nulidad en la “zona común” del contrato de la Administración</i> .....	213
3.1. <i>Problemática</i> .....	213
3.2. <i>Actualización: zona común del poder contractual de la Administración</i> .....	214
3.2.1. <i>Régimen unitario de Derecho Administrativo</i> .....	223
3.3. <i>Validez: vínculo procedimiento - contrato</i> .....	225
3.4. <i>Nulidad o régimen de impugnación por vicios de forma</i> .....	231
3.4.1. <i>Planteamiento teórico</i> .....	231
3.4.2. <i>Vínculo procedimiento contrato ante la jurisprudencia</i> .....	237
3.4.3. <i>Convergencia Derecho Civil y Administrativo: nulidad refleja – derivada</i> .....	246
3.5. <i>Corolario</i> .....	253
CONCLUSIONES .....	255
BIBLIOGRAFÍA.....	260

JURISPRUDENCIA CITADA .....	295
ÍNDICE.....	301