



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE GRADUADOS
MAGÍSTER EN DERECHO

SUPLETORIEDAD DEL DERECHO PRIVADO EN LA APLICACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGULADOS POR LA LEY N° 19.886

Actividad Formativa Equivalente De Tesis para optar al grado de Magíster en
Derecho con Mención en Derecho Público

CLAUDIO ALEJANDRO ZAMBRANO RÍOS

Profesor Guía: Claudio Moraga Klenner

Santiago, Chile 2014

A mis padres, porque siempre han creído en mi

A Constanza y Claudia, por ser mi alegría

A Cristina, por la motivación y el amor entregado.

Abreviaturas

LBCASyPS	Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
LCE	Ley de Contratos de España.
RLBCSyPS	D.S. de Hacienda N° 250, de 2004, Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

	Página
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I	
HISTORIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	9
A. El Caso de Francia	10
B. El Caso de España	13
C. El Caso de Argentina	15
D. El Caso de Chile	17
CAPÍTULO II	
ANÁLISIS DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO	21
A. España	21
B. Argentina.....	24
C. Chile	27
CAPÍTULO III	
EL CONTRATO DE SUMINISTRO.....	33
A. Partes	41
B. Objeto	46
C. Plazos	47
D. Garantías	48
E. Causales de Término	50

CAPÍTULO IV

ESTATUTOS JURÍDICOS QUE SE APLICAN AL CONTRATO DE SUMINISTRO, SEGÚN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA	53
A. Derecho Público y Derecho Privado	55
1. El Principio de Legalidad	57
2. El Principio de Autonomía de la Voluntad	58
B. Integración de estos dos Sistemas: Revisión de Doctrina y Jurisprudencia	60
1. Formación del Consentimiento	62
2. Ejecución y Término del Contrato de Suministro	69
3. Interpretación del Contrato de Suministro	87
CONCLUSIONES	91
BIBLIOGRAFÍA	97

Introducción.

En el campo del Derecho Administrativo ha existido una fuerte discusión histórica relacionada con la concepción del contrato administrativo. Dentro de esa discusión, la mirada en torno a los elementos esenciales de dicho acto jurídico va de la mano con distintas interpretaciones que permitan dar una respuesta a ese planteamiento, lo que ha conllevado la elaboración de diversas teorías y posturas tanto en la doctrina comparada como en el derecho nacional.

Junto con lo anterior, se suma el escenario establecido en el artículo 1° de la LBCASyPS lo cual apareja una suerte de complejidad al establecer ámbitos de convivencia entre lo público y lo privado, tal como lo esgrime la citada norma.

En ese contexto es que la actividad jurisdiccional toma importancia vital en torno a entregar elementos interpretativos que permitan dar cabida o no a esa integración. Lo anterior significaría terminar con esta noción existente, en la cual cada estatuto jurídico obedece a reglas propias e interpretaciones propias. Quizá en otras materias que componen el Derecho Administrativo resulta más fácil delimitar el campo de aplicación de cada estatuto jurídico, simplificando el análisis en torno a su normativa aplicable.

Lo antes señalado tiene una excepción, cual es, el contrato administrativo. Indudable es señalar que éste presenta, en su esencia, elementos inherentes a todo contrato regulados ampliamente en el Derecho Privado, por lo que negar su composición con esos elementos resulta complejo. Pero también existe una particular característica. Una de las partes que comparece en suscribir esta clase de contratos es la Administración del Estado, la cual, dada la relevancia que las leyes le entregan por ser el garante de la satisfacción de necesidades públicas de todos y cada uno de los ciudadanos que lo componen, se le atribuyen potestades y atribuciones específicas que se escapan a lo que cualquier contratante pueda detentar. Esto al menos es sostenido por parte de la doctrina del Derecho Administrativo.

De estos contratos administrativos, los cuales en sí mismos presentan una regulación muy exigua que facilite su compleja aplicación, tiene cabida un contrato especial dentro de su composición a saber: el contrato de suministro.

Esta clase de contrato, si bien presenta una Ley y un Reglamento que lo regulan, establece un ámbito de estudio que se extiende no solo a la aplicación del principio de legalidad que rige en los actos de la Administración, sino que además incluye normas del Derecho Privado. Es en este punto donde el objetivo de ésta investigación es analizar en detalle la institución del contrato administrativo de suministro y revisar la interpretación dada por los entes encargados de conocer las contiendas que se suscitan a raíz de estos contratos, tomando en consideración la norma en estudio, para así, concluir si efectivamente la supletoriedad de normas mencionada en el artículo 1° de la LBCASyPS tiene aplicación dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

De esta forma es que en el capítulo I se revisará la historia del contrato administrativo a efectos de dilucidar cómo ha evolucionado históricamente, analizándolo no solo desde la perspectiva del Derecho Administrativo chileno, sino que también tomando en consideración algunos países que han servido como puntos de orientación para nuestro país en ésta materia.

Posteriormente en el capítulo II se analizará el contrato administrativo como tal, buscando sus diversas conceptualizaciones no solo a nivel interno, sino que a nivel comparado, y determinando algunas características que estos poseen y que lo identifican como tal.

Dentro del capítulo III se estudiará, ya en particular, el contrato de suministro, a efectos de determinar sus conceptos, tanto doctrinarios como el que nos entrega la Ley, con la finalidad de dar a conocer la particularidad de éste contrato, dentro de la gama de contratos administrativos existentes, como así también analizar determinados elementos que nos entrega la normativa regulatoria en la materia.

En lo relativo al capítulo IV, se pasará revisión a que debemos entender por estatutos de Derecho Público y Derecho Privado, con la finalidad de entender lo distinto y variado que son ambos sistemas jurídicos, frente a lo cual se analizarán

distintas jurisprudencias existentes, tanto a nivel administrativo como jurisdiccional, las cuales permitirán revisar de qué manera opera la señalada integración.

Sobre la base de estos puntos, es que se elaborarán conclusiones al final del presente trabajo.

Capítulo I: Historia del Contrato Administrativo.

El comienzo de todo análisis debe partir por recordar de algún modo lo que fue en el pasado aquel objeto donde se centra el estudio de que se trate. Las definiciones las dejamos para después, antes abordemos la significación que se le atribuyó al contrato administrativo en aquellos países que por primera vez reconocían dentro del círculo de doctrinarios del derecho, la existencia de acuerdos de voluntades donde las partes que lo conformaban no decían directa relación con las que integran una relación jurídica civil-contractual; sino que una de ellas se constituye en una persona con potestades exorbitantes de dirección a fin de llevar a los administrados a la materialización máxima de sus realidades y fines.

Lo antes señalado no fue algo automático que se origina por la sola existencia de un acuerdo entre un privado con el órgano Estatal. Es así que debemos hacer un vistazo a los países que orientaron – o que siguen orientando – la creación de este Instituto Jurídico a nivel nacional constituyéndose en los artífices de doctrinas y legislaciones que reconocen por primera vez la existencia de aquellas formas en que el Estado se relaciona con sus gobernados. Esta forma de relación ya no será en que el primero busca el bienestar o el bien común de los ciudadanos que lo componen, sino que mira a estos últimos como colaboradores en la gestión de los órganos que pertenezcan a la Administración Pública, a fin que satisfagan de mejor manera necesidades públicas. Es así que estos acuerdos se constituyen en una relación jurídica más compleja a la cual se le denomina *el contrato administrativo*.

No es algo nuevo de señalar que la fuente de inspiración de gran parte de nuestro ordenamiento jurídico lo constituye el Derecho Francés y el Derecho Español. En cuanto a la noción del contrato administrativo, es del caso señalar que existen países que lo circunscriben dentro de la figura del contrato celebrado

bajo el amparo de normas jurídico-civiles de carácter general aplicable a todos los contratos, sin que se realicen distinciones de ninguna clase. El Estado se constituye en una parte más como contratante dentro de una misma categoría de persona.

Además de lo anterior, podemos sumar a uno de los países que más tratativa y estudio le han dedicado a la disciplina del Derecho Administrativo en su completitud, incluyendo obviamente a la concepción y elementos del contrato administrativo. Este es el caso de Argentina.

Finalmente, daremos una mirada a la historia de nuestro país en la materia, revisando los primeros exponentes en pronunciarse acerca del objeto de estudio del presente trabajo.

A. El caso de Francia.

En principio para los franceses la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración radicaba en un fundamento, si se quiere, exclusivo de derecho adjetivo. Así es que el conocimiento de las cuestiones ventiladas en un contrato privado de la Administración era de exclusivo dominio de la jurisdicción ordinaria, pasando a ser de conocimiento de la jurisdicción contenciosa – administrativa la encargada de resolver contiendas vinculadas con los contratos administrativos propiamente tales. Lo anterior debido a que en esta jurisdicción resalta el carácter de especialidad de quienes son llamados a impartirla, tomando en cuenta las cualidades propias que reviste el conocimiento del Derecho Administrativo y su aplicación ya no solo en aspectos intrínsecos de la especialidad, sino que además extrapolándolos a instituciones de corte eminentemente civil, como lo son los contratos.

Cada contrato será diferenciado por los tribunales que deben conocer de los problemas en su aplicación. Ahora cabe preguntarnos cómo podemos diferenciar el contrato civil que celebra la Administración de aquel que es

eminentemente administrativo. En tal sentido, los franceses tampoco se complicaron en demasía e hicieron la distinción sobre la base de un supuesto fáctico claro a saber: todo contrato que no se refiera a obras públicas o servicios públicos constituye un contrato civil, y a contrario sensu, los que si tengan las características antes señaladas forman el contrato administrativo.

La tesis anterior en el tiempo fue sustituida ya por un análisis más serio. El estudio de la distinción entre contratos administrativos y contratos civiles que participa la administración ya no se centró en un criterio puramente adjetivo, sino que se realiza partiendo del análisis de elementos preponderantes dentro del Derecho Administrativo. La distinción entre actos autoridad y actos gestión, realizada por la doctrina francesa, pasaría a ser reemplazada más tarde por la doctrina del *arret Terrier*, según la cual todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los Servicios Públicos propiamente dichos, ya actúe la Administración por la vía del contrato o lo realice por la vía de autoridad, constituye una operación administrativa, que es, por su naturaleza, del dominio de la jurisdicción administrativa¹.

En tal sentido, autores como Duguit y Gastón Jéze explicarán la figura del contrato administrativo bajo la nueva teoría que irrumpe en la Escuela Francesa. El primero, como fundador de la escuela del Servicio Público² dirá que el contrato administrativo pertenece a un instituto jurídico común independiente de la jurisdicción que sea llamada a hacerse cargo de los problemas de interpretación que estos puedan tener. Para Jéze, la distinción entre contratos civiles y administrativos tiene origen en las partes que lo integran³. En los primeros, las partes se miran como equivalentes, buscando éstas, por lo tanto, la igualdad en los derechos y obligaciones que nacen del contrato para cada una. En cambio, en el contrato administrativo, las partes son desiguales, en tanto existe una de ellas - la Administración- que presentaría un interés superior en desmedro de la otra que

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNANDEZ, TOMÁS, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Civitas S.A., año 1981, Madrid, pp 576.

² En CASSAGNE, JUAN CARLOS, “El Contrato Administrativo”, Editorial Abeledo-Perrot, 1999, Buenos Aires, pp 110, se sostiene que el verdadero padre de la teoría del Servicio Público correspondería a Hauriou, constituyendo un error el atribuir a Duguit tal calidad.

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNANDEZ, *Op. Cit.*, p. 577.

solo detentaría su interés propio. De ahí que la situación descrita autorizaría a la Administración a gozar de ciertos privilegios.

De acuerdo a lo anterior, existirán para ambas partes, dentro de un contrato administrativo, obligaciones recíprocas pero diversas a lo que naturalmente puede derivar de la suscripción de cualquier contrato civil. Para la parte privada del contrato, el contratar con la Administración lo transformaría inmediatamente en colaborador de ella, debiendo dar cumplimiento a las obligaciones impuestas en el instrumento suscrito en tal sentido. Para la Administración, en cambio, el contrato autoriza a ejercer potestades exorbitantes debiendo indemnizar en todo evento que estas sean llevadas a cabo en la medida que ocasionen perjuicios a su contraparte.

Más tarde, y siguiendo la misma tendencia doctrinaria, aparecerá Delbez⁴ explicando que si bien bajo las normas del Código Civil, el contrato es ley para las partes, esta norma no se aplicaría para la Administración sobre la base de dos razones: en primer lugar, porque generalmente la suscripción de estos contratos surten sus efectos sobre terceros; y en segundo lugar, porque la Administración puede quebrantar la ejecución del contrato ejecutando su potestad exorbitante del *ius variandi* cuando exista interés superior. Según Delbez, estas características diferenciarían al contrato administrativo de uno privado.

En opinión de García de Enterría, esta tesis se mantiene sin muchos cambios en Francia. Sostiene, también, que ésta sería la herencia recibida por España partiendo por el seguimiento de la doctrina del Servicio Público traída a colación por Fernández de Velasco (1927)⁵.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, *Op. Cit.*, p. 577.

⁵ *Ibid.*, p. 578.

B. El caso de España.

En España, dentro de la evolución de la actividad contractual, ésta sufre una creciente demanda tomando en cuenta las nociones más antiguas del Estado Español. Es así que en la existencia de la Corona Española ya podemos distinguir la presencia de contratos administrativos celebrados con particulares con fines militares, de recaudación tributaria, de servicios de correos y en relación con las expediciones al nuevo mundo, donde personas ajenas al Estado serán los encargados de descubrir, explorar y explotar nuevos territorios que pasarían a ser parte de la corona Española, extendiendo su soberanía a territorios alejados del centro del imperio (América de Colón)⁶.

Avanzando en el tiempo, ya en el periodo liberal, si bien el Estado adopta un rol más activo en lo relativo a la ejecución de acciones sin la ayuda de terceros concertados, de igual forma no deja de expandir su actividad contractual en tanto encomienda acciones relativas a la contratación de suministros militares (por el constante estado de guerra que vive España durante todo el siglo XIX). Con ello se suma la creciente realización de obras públicas en relación con la creación masiva de infraestructura en beneficio de los integrantes de la comunidad. Con esta realidad se muestra un atisbo de lo que serán las figuras contractuales administrativas pertenecientes al Derecho Administrativo a saber: el contrato de suministro (suministro de insumos militares) y el de ejecución de obras públicas.

En un plano más actual, la actividad administrativa generadora de contrataciones sufre un incremento importante, por la progresiva necesidad del Estado de solventar de forma más eficiente, en mayor número y tratando de ser más eficaz en la satisfacción de requerimientos públicos. En este aspecto destaca el suministro de bienes para el funcionamiento del aparato público (compraventa de papel, mobiliario, insumos entre otros) y la colaboración directa con personas ajenas al Estado, ya sea para la realización de labores propias del Servicio (servicio de aseo) o por lo económicamente rentable, en tanto el solventar los

⁶ SANTA MARÍA, JUAN., “*Principios de Derecho Administrativo*”, vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002, Madrid, pp 187.

costos por parte de la Administración en hacerse cargo de ciertos aspectos básicos que satisfacer, como la limpieza de vías públicas, seguridad, etc. Lo anterior se suma a la existencia del fenómeno de la descentralización de funciones como medida esgrimida para que el Estado se encuentre presente a la totalidad de los gobernados en la comunidad. Así se suscriben los denominados convenios interinstitucionales y la creación de determinados entes administrativos con personalidad jurídica de Derecho Privado, por ejemplo, la Fábrica Nacional de la Moneda y Timbre.

Las primeras nociones del contrato administrativo en España sufren posteriormente cambios, tomando en cuenta el decaimiento de la teoría del Servicio Público Francés, lo cual ocurrirá después de la Segunda Guerra Mundial. En esos términos, a contar del año 1965 aparecerá una legislación clarificadora del contrato administrativo en la cual, las potestades exorbitantes ya no son una facultad legal con que cuenta la Administración para invocarlas en cualquier tiempo, sino que formará parte del acuerdo de voluntades donde el contratante privado será el que se adhiera o no a esas condiciones en que se incluyen dichas potestades. Es a partir de éste hecho que se da inicio a una nueva postura del cómo entender el fenómeno jurídico del contrato administrativo. Sobre ésta legislación se inicia la idea de que es poco importante como fundamento de fondo, el realizar distinciones entre contratos de Derecho Común y contratos administrativos, ya sea por la existencia de competencias jurisdiccionales distintas o por la existencia de potestades exorbitantes. Será a partir de la LCE de 1965, donde se establece el carácter especial que detentan los contratos administrativos, que los hace distintos a los contratos civiles. Más tarde existirán tesis que se apartan de tal distinción⁷.

Por de pronto, García de Enterría⁸ señalará que establecer una autonomía del contrato administrativo partiría de un hecho falso, cual es, la autonomía institucional y científica del Derecho Administrativo. Esto, porque históricamente las instituciones básicas del derecho han sido formadas en el Derecho Civil. De

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, *Op. Cit.*, p. 578.

⁸ *Ibid.*, p. 579

ahí entonces que habría que buscar realmente los elementos diferenciadores entre este concepto abstracto, a los cuales el autor los clasifica tomando como criterios diferenciadores tanto las peculiaridades de la Administración como Organización Pública y en relación con contratos que por ser de su giro o tráfico son peculiares y propios. En cuanto a las peculiaridades de la Administración, éstas explican las reglas que tiene la Administración para el proceso de formación del contrato, las cuales se hacen extensivas a todos los contratos que celebra la Administración, independiente de la distinción entre contratos administrativos y civiles en que participa la Administración. En cuanto al concepto de contratos por el giro o tráfico de la Administración, en opinión del autor, vendría a constituir lo más característico de los contratos administrativos, en donde se manifiesta de forma más clara la ejecución de cláusulas exorbitantes tanto en la ejecución, cumplimiento y extinción de los contratos.

Por último para Cosculluela⁹, el concepto de contrato administrativo correspondería definirlo como todos aquellos expresamente incorporados por el legislador históricamente, como así mismo los que integran este concepto porque tengan como objeto actividades vinculadas al giro o tráfico específico de la administración contratante, o por satisfacer de forma directa e inmediata una finalidad pública de la específica competencia del órgano contratante. Al respecto, históricamente la jurisprudencia española ha señalado que la mera declaración de las partes del carácter administrativo o privado de un contrato, no es determinante para establecer su verdadera naturaleza, la cual debe deducirse de los criterios legales antes referidos.

C. El caso de Argentina.

La situación en Argentina es distinta a los otros países ya estudiados, donde la evolución conceptual del contrato administrativo se irá adaptando a las realidades empíricas del concepto de Estado Argentino.

⁹ COSCULLUELA, LUIS., “*Manual de Derecho Administrativo Parte General*”, Editorial Thomson Reuters, 2010, Pamplona, pp 377.

Es así que en una primera época, la cual abarca desde el siglo XIX y primeras décadas del siglo XX, el contrato más importante considerado dentro de la línea de contratos administrativos será la concesión de servicios públicos. Posteriormente en una época que Gordillo¹⁰ menciona como época de las nacionalizaciones, esto es, en las décadas del 40 y 50, concurre un aumento en los tipos de contratos administrativos, sumando a esta categoría al contrato de obra pública y suministro, desplazando la concesión de servicios públicos al olvido, por el resurgente concepto de Estado de Bienestar que tomó parte en Argentina. En opinión del citado autor, el contrato de concesión de servicios públicos dejó de ser el contrato administrativo por antonomasia dentro de la época del 30 al 90 del siglo XX. Esto, porque el Estado decide ejecutar por cuenta propia la prestación de servicios públicos, nacionalizando o estatizando los servicios prestados por particulares.

Posteriormente, tomando en consideración el crecimiento del Estado dentro de la economía del país, cobró suma importancia la celebración de contratos de suministro y obras públicas, los que formaron parte del núcleo contractual de los contratos administrativos. Por de pronto, a partir del año 1989, el Estado busca terminar con su posición monopólica, en donde éste trata de reducir los privilegios que se habría reservado para ahora tutelar los derechos de los usuarios. Este cambio de enfoque, que marcaría una suerte de huida de las prerrogativas de la Administración en la celebración de contratos, significó un cambio de encuadre en los problemas que los juristas debían analizar.

Es importante consignar la evolución conceptual que ha sufrido la teoría del Servicio Público en el país en estudio. Para Cassagne¹¹, la concepción de Servicio Público puede analizarse históricamente desde cuatro periodos, los cuales se dividen de la siguiente manera: 1. Entre 1880 y 1930, prácticamente todos los servicios públicos eran prestados por empresas privadas. 2. 1930 a 1943 constituye un periodo de estancamiento en lo económico y social, atendiendo al

¹⁰GORDILLO, AGUSTÍN., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Tomo I, Editorial Porrúa, 2004, México D.F., pp 348 y ss.

¹¹ CASSAGNE, *Op. Cit.*, p. 120-121.

aparecimiento de ideas intervencionistas. 3. A partir del año 1946 se da inicio al proceso de nacionalizaciones que, en opinión del citado autor, constituyen un desmedro al Servicio Público como tal, donde la mayoría de los servicios públicos son prestados por empresas estatales. En este periodo se sufren problemas de contar con servicios ineficientes y problemas económicos para la iniciativa de la gestión privada en materia económica. 4. En 1989 se da inicio a un proceso de reformas al Estado, el cual se apoya en la liberalización de la economía mediante las privatizaciones de empresas públicas, la desregulación y desmonopolización de actividades. A consecuencia de lo anterior, aparecen nuevos marcos regulatorios para los Servicios Públicos, dando inicio a las primeras manifestaciones de una jurisdicción administrativa primaria.

D. El caso de Chile.

Tal como lo hemos evidenciado en los otros sistemas jurídicos ya estudiados, el concepto y los componentes del contrato administrativo han sufrido variaciones en el tiempo, los que de todas formas tienen una fuerte inspiración en el derecho francés y español.

En todo caso, es importante pasar revista a las fuentes doctrinarias que pusieron en boga el problema jurídico que es precisamente el reconocimiento de un contrato administrativo, tomando en cuenta la nula intervención legislativa y judicial en esta materia. De todas formas, ese constituye precisamente un problema que se hace latente en la actualidad, donde en el Derecho Administrativo primero existe discusión doctrinaria, para luego, en una forma reactiva, crear una norma legal, que de todas maneras tampoco soluciona el problema.

Así las cosas, podemos establecer una primera corriente doctrinaria que da el punto de partida en la discusión, donde situamos a autores como Santiago

Prado, José Amunátegui y Valentín Letelier¹² los cuales abordaron de forma indirecta y residual el concepto de contrato administrativo, ya sea para tratar materias inherentes a atribuciones municipales, obras públicas y concesiones en general, sin que se adoptara un análisis sistemático que se abocara de lleno en la materia.

Posteriormente en la primera mitad del siglo XX, saldrán a la luz autores como Raúl Depassier, Germán Gasman, Ernesto Merino y Juan Antonio Iribarren, los cuales ya entregan elementos más cercanos a los que actualmente detenta la doctrina. En efecto, algunos postulados que desarrollan este grupo de autores, los paso a detallar a continuación, sin perjuicio que sean traídos a colación nuevamente cuando nos adentremos más pormenorizadamente en el objeto del contrato de suministro:

- Con mucha previsibilidad de lo que podía acontecer en el futuro, se analiza el problema de la distribución de los riesgos y se analiza una serie de tópicos inherentes al desarrollo en el tiempo del contrato administrativo. Sobre lo primero, se desarrolla, con una brillante exposición relacionada con la teoría de la imprevisión, para que en segundo lugar, se destaquen ciertos aspectos relacionados con la interpretatividad del contrato administrativo y los efectos tanto en su ejecución, como en su incumplimiento.
- Se desarrolla como elementos del contrato administrativo por una parte el concepto de “fin público”, en tanto lo anterior se relaciona directamente al buen funcionamiento de un servicio público o a la construcción de una obra pública; y por otra parte, el elemento “*prerrogativas públicas*”, las cuales van de la mano con la existencia de cláusulas exorbitantes.
- Se discute sobre un aspecto que ya nos hemos referido en relación con las realidades jurídicas de España, Francia y Argentina: La división o existencia de contratos administrativos propiamente tales y contratos privados de la administración.

¹² MORAGA, CLAUDIO., “*Los Contratos Administrativos en la Doctrina Chilena (1859-2009)*” (1), en Pantoja, Rolando (coord.), *Derecho Administrativo 150 Años de Doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p 398.

- Se caracteriza al contrato administrativo como un contrato solemne, ya que se exigen para la Administración, la verificación de requisitos de la esencia para su validez.
- Los principales contratos que celebra la Administración son el de construcción de obras públicas y el de suministro y aprovisionamiento.
- El contrato administrativo es definido por Juan Antonio Iribarren¹³ como todo acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado por la Administración, con el fin de proveer directa e inmediatamente a la satisfacción de un interés público.

En los albores de los años 1940 en adelante, los autores que demostraron relevancia a la hora de tratar lo relacionado a los contratos administrativos, desde un punto de vista doctrinario, fueron los profesores Guillermo Varas, Manuel Jara Cristi, Patricio Aylwin y Enrique Silva Cimma¹⁴.

Las ideas que tratan estos autores de manera sucinta pueden ser desarrolladas de la siguiente manera:

- Se busca detallar aún más lo relacionado con las potestades exorbitantes y acreditar la existencia de cláusulas de progreso.
- Tomando en cuenta, además, la realidad jurisprudencial de la época, se busca justificar la aplicación a los contratos administrativos de un estatuto jurídico más apegado a normas del código civil, desconociendo la posibilidad del Estado de alterar lo pactado o dirigir el contrato, salvo que este punto estuviera explícitamente regulado en el mismo contrato o en una ley.
- Siguiendo los postulados de Gastón Jéze, se afirma sobre la posibilidad de que el Servicio Público diera a lugar a los contratos administrativos, constituyendo éste el elemento esencial de éstos, y que jamás se encontrará en los contratos privados.

¹³ IRIBARREN, JUAN ANTONIO (1936) *Lecciones de Derecho Administrativo*, Editorial Nacimiento, p. 66, citado en MORAGA (1), *Ibid*, p. 406.

¹⁴ *Ibid*, p 410.

- Se analiza los contratos administrativos desde una doble perspectiva: de una etapa de formación del contrato y de ejecución del mismo. En primer lugar, se reconoce al contrato administrativo la naturaleza jurídica de un contrato de adhesión, en los que predomina la Administración como parte que formula sus estipulaciones. En lo que respecta a la etapa de ejecución de contrato, ésta se encontraba supeditada a la existencia o no de potestades exorbitantes y al derecho a invocar la teoría de la imprevisión.
- Se tipifica al contrato administrativo como un acto administrativo bilateral, reconociendo en sí la facultad implícita de que la Administración pudiere obtener colaboración de los particulares en el ejercicio de la función pública. De acá se desvía el foco en relación con el estatuto jurídico aplicable, ya que dado este contexto no se puede sujetar a los contratos administrativos dentro del Derecho Privado.

Capítulo II: Análisis del Contrato Administrativo.

De manera de mantener un orden sistemático de las materias ya estudiadas anteriormente, para tales efectos, se dividirá la materia en los mismos grupos, vale decir, España, Argentina, para terminar con Chile.

A. España.

García de Enterría trata la figura del contrato administrativo dentro de un concepto que lo denominó como “*la intensidad del contrato administrativo*”¹⁵.

Esta intensidad tiene su punto de partida en la existencia de mayor cantidad de elementos jurídicos-administrativos que forman parte del contrato administrativo. Dentro de estos elementos encontramos la existencia de cláusulas exorbitantes, pactos encaminados dentro de un concepto de orden público (que de existir dentro de una relación contractual civil serían todos ilícitos) y la celebración de contratos “típicos” administrativos.

Por otra parte y en opinión del autor, lo relativo a la existencia de una legislación especial española que determine los elementos y la tipología de contratos administrativos, no sustrae el hecho de que el fondo obligacional del contrato siempre versará en un contenido eminentemente civil. En ese sentido debe entenderse lo preceptuado en la LCE del 8 de abril de 1965, al señalar en su artículo 4º, como mecanismo integrador al señalar que “supletoriamente se aplicarán las restantes normas del Derecho Administrativo. En defecto de éste último serán de aplicación las normas del derecho privado”¹⁶.

En ese contexto es que el contrato administrativo será aquel regulado por una ley administrativa, en donde más fuerza cobre la *intensidad* de elementos jurídico-administrativos y que por ende, el conocimiento de sus controversias sea de competencia de un Tribunal Contencioso Administrativo.

¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA.; FERNANDEZ, *Op cit.*, p 580

¹⁶ Actual artículo 19 N° 2 de la LCE de 14 de noviembre de 2011.

En España, la LCE de 17 de marzo de 1973, en su artículo 4º, establece que son contratos administrativos por antonomasia el contrato de obra pública, de gestión de Servicios Públicos y el de suministro¹⁷. El requisito que exige el mismo cuerpo legal para que algún tipo de contrato tenga el carácter de contrato administrativo, pasa por que sea la misma ley la que establezca esta situación. Lo anterior a juicio de García de Enterría¹⁸ excluye a otras fuentes de derecho como el caso del ejercicio empírico de la potestad reglamentaria o una disposición contractual en que las partes sean las que atribuyen a la contratación el carácter de contrato administrativo en uso de su autonomía de la voluntad. Sobre este punto, vale la pena precisar que para la doctrina española es de suma importancia que un contrato administrativo tenga ex – ante esa calidad, en tanto existen Tribunales Contencioso Administrativos especiales creados para el conocimiento de controversias que se generen en la ejecución de un contrato administrativo. En Chile, y siendo quizá bien pesimista, el realizar tal distinción no tiene mucho sentido práctico, sino más bien doctrinario.

En ese orden de ideas, el mismo artículo 4º de dicho cuerpo legal establece una regla peculiar para determinar otros supuestos casos de contratos administrativos ya no solo porque la ley administrativa la sindique como acreedor de tal calidad. La citada disposición establece que tendrán el carácter administrativo *“por declararlo así una ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato”*. Estos supuestos descritos no hacen otra cosa que llevar al papel la ya estudiada doctrina sustantivadora (teoría del servicio público), pero tomando en cuenta que el concepto “servicio público” debe entenderse como el giro o tráfico específico del órgano administrativo.

La LCE, tal como ya lo hemos estudiado, divide las aguas de los contratos que celebra la Administración Pública. Por una parte, existirán los contratos

¹⁷ Actual artículo 19 de la LCE de 14 de noviembre de 2011.

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, *Op cit.*, p 610.

administrativos propiamente tales y por otra parte, los contratos privados de la administración.

Para efectos de entender la distinción, la misma ley se encarga de establecer la doctrina de los *actos separables* para explicar la importancia de la distinción. En efecto, el artículo 4º, regla tercera dispone: “*Los contratos a que se refiere la regla anterior que no tengan carácter administrativo por no estar incluidos en los supuestos previstos en la misma, se regirán: a) En cuanto a su preparación y adjudicación, por sus normas administrativas especiales y, en su defecto, por las disposiciones de la presente Ley sobre preparación y adjudicación de los contratos de obras, gestión de servicios y suministros, que se aplicarán por analogía a la figura contractual de que se trate. B) En cuanto a sus efectos y extinción, por las normas del Derecho Privado que les sean aplicables en cada caso en defecto de sus normas especiales.*”¹⁹

Sobre el particular lo que hace la mencionada legislación no es otra cosa que realizar una distinción preliminar de la naturaleza jurídica del contrato, desde un punto de vista eminentemente adjetivo, estableciendo reglas de competencia jurisdiccional en cada caso. A esto García de Enterría lo denomina la *regulación de forma del contrato*²⁰.

Ahora, en cuanto a la distinción realizada por la LCE en que existen contratos administrativos por una parte y por la otra contratos privados que celebre la administración, la tesis de García de Enterría es criticar la mencionada distinción puesto que el régimen jurídico de los contratos administrativos no resulta ser unitario y puro (entendiendo la existencia divisoria de uno u otro régimen contractual establecido en la LCE), sino que cada contrato que celebre la Administración tendrá tantos elementos de uno u otro régimen contractual en tanto las partes acuerden esos elementos o inclusive otros elementos ajenos al encasillamiento que hace alusión la LCE. Lo anterior producto de la existencia del

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, *Op. Cit.*, p. 591.

²⁰ *Ibid.*, p. 592.

principio de libertad contractual establecido en el derecho civil²¹. El régimen jurídico por lo tanto será variable y mixto, mezclándose en distintas proporciones el Derecho Administrativo y el Derecho Privado.

La tesis anterior es criticada por Santa María Pastor²², puesto que el establecer inconvenientes de la legislación regulatoria de los contratos carece de interés. Al respecto el autor señala que distinguir entre uno u otro caso es una distinción tan relativa como discutir si un vaso que contiene solo la mitad de agua está medio lleno o medio vacío. Resulta ser una discrepancia que carece de consecuencias prácticas, puesto que lo que importa exclusivamente es saber a qué normas se sujetan uno y otro tipo de contratos, cuestión que sólo puede resolver el Derecho Positivo.

B. Argentina.

Para el derecho argentino la corriente doctrinaria arrastra lo ya estudiado en el caso Francés y Español. No hay que olvidar que el sistema jurídico argentino se sitúa en un escalón distinto al que impera en los otros ya mencionados países, pero que de todas formas mantiene una tesis doctrinaria a la par de lo que acabamos de revisar.

Al efecto, el profesor Juan Carlos Cassagne²³ señalará que el criterio imperante dentro de la doctrina Argentina, va de la mano con el establecimiento de características propias que tendrían que detentar los contratos administrativos para diferenciarlos de los contratos privados. En tal sentido, el citado autor señala que carece de sentido hacer la reseña de todas las concepciones que procuran tipificar los contratos administrativos. Bastaría con señalar que son aquellos que celebra la administración con un fin público, o aquellos que en su ejecución tienden a la satisfacción de una necesidad pública, o bien que, aun cuando no se

²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, *Op. Cit.*, p. 593.

²² SANTA MARÍA, *Op. Cit.*, p 196.

²³ CASSAGNE, *Op. Cit.*, p. 21.

dieren esos supuestos, el legislador hubiera sometido a reglas de Derecho Público, exorbitantes del Derecho Común.

Por otra parte, el mismo autor plantea otras concepciones del contrato administrativo tomando en cuenta un criterio diferenciador: “*la función administrativa y la causa fin del contrato*”.

En efecto, el contrato será administrativo cuando sea celebrado por un Órgano de la Administración del Estado en ejercicio de la función administrativa, lo cual engloba no solo la actividad de la administración como tal, sino que también abarca a los tres poderes del Estado: Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Este concepto, el cual resulta independiente de que el contrato contenga o no cláusulas exorbitantes, viene a constituir una secuencia de la doctrina del servicio público Francés, la cual ya fue abordada.

Una tesis final a destacar es la que plantea el profesor Cassagne²⁴ sobre el contrato administrativo como asociación de voluntades entre contratante y Administración, la cual descansa en tres pilares. En primer lugar el contrato constituye un instrumento que persigue el bien común, por lo que existiría un bien jurídico tutelado superior a la voluntad de las partes. En segundo lugar, el contrato es una muestra de colaboración de la parte privada, donde el Estado tiene un rol de subsanar o corregir anomalías que se produzcan. Finalmente, en tercer lugar, que el fin de colaboración implícito en el contrato, rebasa lo previsto por las partes al momento de celebrar la convención de que se trate.

A los aportes entregados por el profesor Cassagne debemos sumar algunos de los elementos que aportan otros sectores de la doctrina iusadministrativista de Argentina. Al respecto, para Dromi²⁵ el contrato administrativo constituye una técnica de colaboración voluntaria de particulares en el ejercicio de la función administrativa. En tal sentido, los múltiples y complejos fines del Estado lo obligan a la celebración de numerosos actos jurídicos, solicitando la participación de los

²⁴ CASSAGNE, *Op. Cit.*, p. 24.

²⁵ DROMI, JOSÉ., “*La Licitación Pública*”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L, 1980, Buenos Aires, p 2-6.

particulares y aún de otros entes públicos, de manera de hacer más eficiente su acción en la función administrativa. Ahora, esta relación de colaboración se materializa empíricamente en un contrato.

Para el citado autor el contrato es un instituto jurídico que para todos los efectos, dentro de una relación de género a especie, constituiría el género, siendo la especie la serie de contratos según la materia que versen, como por ejemplo, contratos civiles, mercantiles, administrativos, innominados, etc. En tal sentido, pone énfasis en que existe la institución jurídica del contrato en forma genérica, que escapa de la regulación del código civil, en el que se lo pretende encuadrar para entrar dentro del campo del Derecho Público. El contrato no es una institución jurídica exclusiva del Derecho Privado, existen también los contratos de la Administración o en la actividad administrativa, con elementos comunes al contrato de Derecho Privado, pero con variantes que derivan de su contenido, de su fin, de los distintos intereses que afecta y de su régimen jurídico propio.

Conforme esta interpretación, el autor de por superada la clásica distinción realizada entre contratos administrativos y contratos civiles de la Administración propugnando un régimen jurídico unitario regulador de todos los contratos que celebren los órganos Estatales en ejercicio de la función administrativa.

Finalmente el autor señala que la igualdad y libertad de las partes en la formulación, ejecución y resolución del contrato administrativo, inmutabilidad de sus cláusulas y limitación de sus efectos a quienes lo han celebrado, como características excluyentes del contrato administrativo, han dejado ya de existir, pues decir que ellas son las notas esenciales y específicas del contrato, significa, sin más, negarle existencia a esa forma jurídica.

Otro autor que se ha pronunciado latamente sobre el objeto de estudio corresponde al profesor Marienhoff²⁶. Al respecto el mencionado autor establece una definición genérica del contrato administrativo, tomando en cuenta la complejidad que detenta el restringir un concepto a una materia que tanto por los

²⁶ MARIENHOFF, MIGUEL., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, tomo III-A, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, Buenos Aires, pp 34.

sujetos intervinientes, el objeto sobre el cual pueden versar dichos contratos y los fines inmediatos que se persigan (ya sean generales o privados) dificultan tal cometido.

De ahí entonces que el autor define al contrato administrativo como el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas. Dentro de ésta concepción también clasifica los contratos en administrativos propiamente tales y aquellos contratos civiles que celebra la administración, surgiendo la problemática en cuanto a establecer un criterio diferenciador que hace la distinción entre uno u otro contrato.

Para el autor, los contratos de la Administración pueden ser administrativos en estricto sensu cuando aparejan cláusulas virtuales o implícitas exorbitantes del Derecho Privado en razón de su objeto y cuando contengan cláusulas expresas exorbitantes del Derecho Privado.

C. Chile.

Dentro de la doctrina chilena actual, podemos encontrar un avance cualitativo en la búsqueda de criterios que permitan esclarecer la concepción del contrato administrativo. Lo anterior, por lo demás, ha permitido elevar la discusión a puntos más profundos de la doctrina, los cuales ya no analizan la concepción intrínseca del mismo, concepto donde hay más o menos una idea clara de cómo abordarlo. En tal sentido se sitúa en problemas jurídicos actuales de discusión aparejados por la exigua y deficiente regulación existente que va muy por debajo de los estándares de las legislaciones de países de los cuales ya abordamos sus postulados básicos.

Pero antes del pesimismo, es conveniente hacer un examen de lo que nos convoca.

Para el profesor Claudio Moraga²⁷, la concepción de contrato administrativo va de la mano con la forma negociada de administrar funcional, tomando en cuenta que el contrato es hoy en día un verdadero y muy necesario intermediario entre las exigencias de la función administrativa y de los intereses.

Más adelante el autor dirá que para entrar en la definición de contrato administrativo primero es preciso señalar una realidad innegable: se trata de una institución jurídica que se subsume perfectamente en el contrato del código civil, en su artículo 1.438²⁸. Importante idea de rescatar del autor es lo relativo a la libertad de la Administración para pactar cláusulas contractuales.

En efecto, la libertad decisoria contractual de la Administración se extiende a la elaboración del texto de estipulaciones y cláusulas del contrato, tomando en cuenta que, aplicándose el principio de juridicidad, el contrato sea un documento prefijado e inmutable, al que la Administración no pueda echarle mano en cada procedimiento contractual, de forma de preparar el más adecuado y meritorio contrato que desea perfeccionar, ejerciendo un margen de libertad dispositiva. Además es posible de incluir en su texto las modalidades, condiciones y en general, las cláusulas o estipulaciones que se consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de las leyes de contratación administrativa, en general, y a la buena administración²⁹.

Más adelante y en éste tenor de ideas, el autor señalará que tanto el afirmar como el negar la libertad de pactar de la Administración, trae de todas formas aparejada la existencia, en forma subyacente en el ordenamiento jurídico, el deber del Estado de pactar. En otras palabras, el derecho tiene para la Administración un “*potencial conminativo y de negociación innegable*”³⁰.

²⁷ MORAGA CLAUDIO., “*Contratación Administrativa*” (2), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p.15.

²⁸ Art. 1438. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.

²⁹ MORAGA, *Op. Cit.*, p. 32. (2)

³⁰ MORAGA, *Op. Cit.*, p 34. (2) Si bien se concuerda con que el Estado tiene libertad de pactar atendiendo a las razones aducidas y a que en la legislación chilena subyace esa idea tal como lo recoge el artículo 1° de la ley N° 19.886, no ha sido del todo acogido ese razonamiento tomando en cuenta la tesis jurisprudencial de la Contraloría General de la

Siguiendo el análisis doctrinario de nuestro objeto de estudio, es dable destacar lo expuesto por Alicia de la Cruz Millar, quien estudia lo público y lo privado en la contratación administrativa. Al respecto y mostrando una mirada un poco separada a la perspectiva que revisamos del profesor Moraga, la autora plantea que cuando la Administración contrata, su voluntad es reglada, es la ley la que establece la forma y procedimientos en que ésta puede expresar su voluntad, que en definitiva constituye la causa del contrato³¹, lo cual ha conllevado interpretar que todos los contratos que celebre la Administración son administrativos sin importar los fines que hay atrás³².

Lo anterior toma sustento para la citada autora, en tanto que en Chile no existiría una Ley General de Contratos a la usanza española, por lo que la existencia de vacíos legales frente a la coexistencia de contratos no regulados por la exigua legislación chilena, apareja problemas sobre los cuales la jurisprudencia ha dado soluciones poco viables y de difícil aceptación³³.

República. En dictamen N° 10.869 del año 2006 se establece la imposibilidad de la Administración de transigir extrajudicialmente, y más allá, de renunciar a las acciones y derechos que les corresponden, a menos que una norma legal los faculte para ello. Dada esta interpretación cabe preguntarnos entonces donde se sitúa empíricamente la facultad de la Administración de pactar, si para ello, tal como lo exige el órgano Contralor, es necesaria autorización legal que permita la realización del acto jurídico de que se trate. Quizá la respuesta estaría dada en que solo se puede pactar, en ausencia de autorización legal, todo aquello que no sea contrario a una correcta administración. En el caso traído a colación, la renuncia de acciones y derechos podría atentar contra ese concepto.

³¹ DE LA CRUZ, ALICIA, “Público/Privado en la Contratación Administrativa”, en Revista de Derecho Administrativo N° 2, Santiago, 2008, p 73.

³² Siguiendo esta tesis, la Contraloría General de la República mediante dictamen N° 46.532 de 2000 ha sostenido que la expresión *contrato administrativo* se entiende con un alcance amplio, en el sentido de que abarca los diversos tipos de contrato que celebren los entes de la Administración, tanto en el ámbito de sus potestades exorbitantes como en el de su actuación en un plano de igualdad con los particulares. El problema de interpretar la definición de contrato administrativo de ésta forma radica precisamente en la libertad de fijar cláusulas por parte de la Administración, teniendo presente que las únicas normas en Chile que regulan este asunto solo la hacen con contratos típicos que como ya hemos revisado constituyen el núcleo de los contratos administrativos. Adoptar esa tesis es entregar exigencias no previstas por legislador alguno en materias que libremente pueden las partes establecer o no la inclusión de cláusulas, en donde la Administración deberá velar que la intromisión o la eliminación de las mismas tenga un fin público o de conveniencia pública.

³³ DE LA CRUZ, *Op. Cit.*, pp 65-69. No siempre la teoría de los actos separables ha sido errónea de aplicar en el derecho administrativo. Tal como lo señala la Contraloría General de la República en relación con el dictamen 32.424 de 2004 es correcto que la preparación de la voluntad contractual de la Administración mediante el procedimiento licitatorio de que se trate esté compuesto por una sucesión de actos trámites entre sí, lo cual puede presentar efectos jurídicos correlativos en otras instancias. Como ejemplo de lo acá manifestado, se puede traer a colación la sentencia del Tribunal de Contratación Pública – el nombre constituye un completo error puesto que no se aboca éste tribunal al conocimiento de la ejecución propiamente del contrato, sino a una etapa pre contractual o de formación de voluntad por parte de la Administración, y no de todos los contratos, sino solo de aquellos regulados por la ley N° 19.886 – Rol N° 7755/2006 de fecha 1° de junio de 2007, donde el sentenciador consideró como idónea para desestimar la acción por vencimiento del plazo para incoarla, el no haber alegado el vicio dentro del procedimiento desde la notificación del acto trámite de que se trate, y no solamente en contra del acto adjudicatario, entendiendo que éste debiera ser el acto terminal o al menos aquel acto que hace cesar la jurisdicción del Tribunal comentado.

Al respecto la citada autora entabla como vías de solución a la unificación de normas que permitan regular la mayoría de los contratos administrativos, lo relativo a la auto integración, en el sentido que por vía de aplicación supletoria se pudieran no aplicar normas de Derecho Privado, sino que llenar ese vacío con los principios orientadores de esa rama del Derecho.

En tal sentido, será Lara y Helfmann³⁴ quienes darán algunas ideas de qué principios aplicar, los cuales tomarán como parámetro de solución el empleo de *principios generales del derecho*. Los autores establecen como primeros principios a aplicar los consagrados en la historia fidedigna de la ley N° 19.886, dentro de los cuales se destacan: principio de legalidad, principio de formalismo – entendiendo que los actos de la Administración deben realizarse en la forma que prescribe la ley -, principio de publicidad y transparencia, principio de igualdad y libre concurrencia – referente a erradicar arbitrariedades por parte de la Administración -, principio de la idoneidad del contratante y principio de control. Este control se da en doble oportunidad, tanto del Tribunal de Contratación Pública como de la Contraloría General de la República, siendo el primero una instancia precontractual y el segundo, una instancia en la cual no existen inconvenientes para que sea recurrida tanto en una etapa precontractual como de ejecución del contrato, aun cuando se trate de asuntos de carácter litigioso.³⁵

Posteriormente los autores reconocen a la luz de la jurisprudencia del Órgano Contralor³⁶ que se establecen como principios generales o informadores del ordenamiento jurídico el de buena fe, la seguridad jurídica y certeza jurídica.

En estricto rigor, se puede avizorar que la aplicabilidad de determinados principios formadores de nuestro ordenamiento jurídico, independiente de la fuente del derecho que provengan, o de la rama del derecho a la que pertenecen, son aplicables caso a caso tomando en cuenta esta suerte de *vacío legal* que nos dejó

³⁴ LARA, JOSE; HELFMANN, CAROLINA, “*Principios Generales del Derecho Aplicables a la Contratación Pública*”, en Revista de Derecho Administrativo N° 3, Santiago, 2009, p 75 y ss.

³⁵ En dictamen N° 12185 de 2013, Contraloría General de la República se pronuncia sobre materias de interpretación de un Tribunal de Justicia, en circunstancias que existe mandato legal y jurisprudencial del mismo ente de control en orden a la abstención.

³⁶ Dictámenes N°s 32.357 de 2006, 8.360 de 2007, 16.238 de 2007, 2.965 de 2008 y 7.348 de 2008.

como herencia el legislador positivo. Por otra parte, no constituiría una infracción al estricto apego a la juridicidad, el orientarse por principios de corte civilista, teniendo además presente que la materia en estudio pertenece eminentemente al Derecho Civil. Lo que es preocupante de todas formas, es que se deja al arbitrio del interpretador o sentenciador que principios aplicar en cada caso, mermando la aplicación de otro principio ya citado más arriba: *la certeza jurídica*.

Un aporte innegable a la materia y en general a toda la disciplina del Derecho Administrativo la constituye el profesor Eduardo Soto Kloss³⁷ quién frente al contrato administrativo dirá que sea la herramienta que sea, el Estado siempre está actuando para conseguir el bien común (satisfacer necesidades públicas), y por tanto, bajo relaciones jurídicas de distribución (ya mediata, ya inmediata). Si utiliza la técnica contractual, el contrato que celebre estará igualmente marcado por esa finalidad pública, del interés colectivo, del bien común, pero no por eso dejará de ser contrato, es decir, intercambio de bienes, intercambio de prestaciones, acordado voluntariamente por ambas partes, y sobre bases de justicia. El autor recalca algo que ya hemos analizado antes, en el sentido que el contrato administrativo es desigual, ya que éste se refiere mientras la Administración persigue necesariamente un interés público, comunitario, el contratante particular persigue directamente un interés privado, particular.

El autor, ante el problema de la aplicación legal en el contrato administrativo, plantea que las instituciones que componen el Derecho Público deben ser dinámicas, de manera tal que éste resuelva problemas concretos de los ciudadanos, situación que es difícil de vislumbrar en nuestra actual legislación, toda vez que no contamos con una regulación adecuada.

Finalmente dirá que el ámbito regulatorio de toda contratación administrativa radicará per se en el Derecho Público, haciendo la distinción entre

³⁷ SOTO KLOSS, EDUARDO “La Contratación Administrativa. Un Retorno a las Fuentes Clásicas del Contrato” en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, LegalPublishing, 2010, Santiago, p. 492.

contrato administrativo y contratos privados de la administración en algo inútil³⁸. Se fundamenta en que si los contratantes son dos partes iguales, con mismos intereses comunes (intereses privados) es de suyo lógico que la regulación aplicable será la relativa a aquellos intereses privados. Ahora, trasladar el ámbito regulatorio a esa esfera, en circunstancias que una de las partes es la Administración, cuyo interés es eminentemente público, no parecería justo, ya que no se puede tratar de iguales a quienes no lo son.

Lo complejo de la tesis del profesor Soto Kloss es que no soluciona el problema actual que tenemos con el vacío legal frente a aquellos contratos que no sean de suministro o prestación de servicios o de Obras Públicas; quizá se trata de un llamado urgente a que el Congreso Nacional se haga cargo de una ley completa como la Ley General de Contratos de España.

Pero en este trabajo no me haré cargo de esa problemática, sino que de analizar los aspectos más civilistas que podamos encontrar en el contrato de suministro y prestación de servicios, con la finalidad de demostrar si es el artículo 1° de la ley que los regula, un artículo que en realidad se aplica.

³⁸ Esta línea interpretativa descansa la tesis jurisprudencial de la Contraloría General de la República, como por ejemplo dictamen N° 46.532 de 2000

Capítulo III: El Contrato de Suministro.

Después de hacer una revisión al concepto del contrato administrativo y su evolución histórica, debemos aterrizar el tema para circunscribirlo dentro del radio de estudio del presente trabajo.

De tal forma que en el presente capítulo estudiaremos el concepto del contrato de suministro y sus elementos, a fin de acercarnos a su análisis más pormenorizado que será desarrollado in extenso dentro de los capítulos venideros.

La definición del contrato de suministro es tratada en la creación de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y su Reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 250 del 2004, del Ministerio de Hacienda. Lo anterior, no exento de algunos problemas de tratativa en el cuerpo legal el cual será enunciado más adelante, sin que antes no pasemos revista a lo que la doctrina ha entendido por éste concepto, en tanto la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República replica las definiciones normativas y la Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia no entrega definiciones sobre la materia, sin perjuicio de algunos elementos que serán abordados más adelante.

Así las cosas, los tratadistas han entregado conceptos con ribetes comunes en cuanto a aspectos congruentes a la hora de definir el contrato de suministro, dentro del espectro de tipología de contrato que compone el concepto genérico de contrato administrativo.

Para Cosculluela³⁹ el contrato de suministro será el que tiene por objeto la adquisición, el arrendamiento con o sin opción de compra, o el arrendamiento financiero de productos o bienes muebles. Considera el citado autor como contrato de suministro a su vez a aquellos en los que el contratista se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por un precio unitario sin que se defina

³⁹ COSCULLUELA, *Op. Cit.*, p. 385.

previamente la cuantía total; lo que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de información , sus dispositivos y programas y la cesión del derecho de uso de éstos; y los de fabricación que deban realizarse con arreglo a características previamente definidas por la entidad contratante.

Para García de Enterría y Fernández⁴⁰, toman del espíritu de la LCE, dirán que el contrato de suministro tiene un contenido netamente instrumental, donde su objeto será el proveer a la Administración de los productos, utensilios e incluso servicios relativo a dichos bienes, que necesita para el cumplimiento de sus funciones. Es importante destacar que los autores citados engloban dentro de éste concepto el contrato de servicios, cuestión que no es del todo clara en la LBCSyPS como veremos más adelante. De todas formas en España será la propia LCE la que defina el contrato de suministro como una compra de bienes muebles modalizada por la concurrencia de alguna de las siguientes características: que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes, de forma sucesiva y por precio unitario, sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el negocio por estar subordinadas las entregas a las necesidades de la Administración; que se refiera a bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso; que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas de manera especial con arreglo a las características peculiares fijadas previamente por la Administración; las restantes compraventas de bienes muebles en que no se predeterminen en la oferta administrativa las características de los mismos.

Ahora no solo lo descrito anteriormente será constitutivo de contrato de suministro, ya que la misma ley establece como de la misma categoría la propia elaboración y fabricación de los bienes muebles suministrados, aunque la Administración se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales; e igualmente los de adquisición de semovientes, e incluso fuera ya del ámbito de la compraventa especial de muebles, que es el tipo básico, aquellos mediante los

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, *Op Cit.*, p 615.

cuales la Administración se procura ciertos servicios, como los de conservación o reparación de bienes muebles en general.

Concluye García de Enterría y Fernández que el contrato de suministro para la LCE constituye una figura compleja no identificable de modo alguno con lo que en el derecho civil se conoce con el mismo nombre, sino capaz de adoptar modalidades contractuales muy diferentes (compraventa, suministro en sentido civil, arrendamiento de servicios, incluso de obra, etc.), dentro de una común finalidad típicamente instrumental y referida siempre, en todo caso, a bienes muebles cual es el dato último de caracterización⁴¹.

Para Marienhoff⁴² el contrato de suministro existe cuando la prestación a cargo del co-contratante se relacione o vincule directa e inmediatamente a las funciones esenciales o específicas del Estado, a los fines propios públicos de éste. El mencionado autor detalla una serie de ejemplos que constituyen contrato de suministro, que en nada distan a los casos de los autores citados más arriba.

Dentro de la literatura nacional también encontramos fuentes de definiciones y alcances dentro del contrato de suministro. Así antes de la entrada en vigencia de la LBCSyPS encontramos al profesor Silva Cimma⁴³ el cual lo definirá señalando que es aquel que tiene por objeto la provisión de cosas muebles para el abastecimiento de los servicios del Estado. El señalado autor establece como elementos doctrinarios del citado concepto los siguientes a saber: En primer lugar, el suministro es un contrato administrativo. En segundo lugar, persigue la provisión o abastecimiento de cosas muebles; y en tercer lugar, el suministro se hace a costa y riesgo del proveedor, el cual recibirá a cambio del suministro una remuneración en dinero.

Para Julia Poblete⁴⁴ la definición de contrato de suministro viene dada por la Contraloría General de la República⁴⁵ sobre el cual se señala que es aquel que

⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, *Op Cit.*, p. 618.

⁴² MARIENHOFF, *Op Cit.*, p. 95.

⁴³ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Hechos, Actos, Contratos y Bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 179

⁴⁴ POBLETE JULIA., *Actos y Contratos Administrativos*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2010, p 175.

celebra un órgano de la Administración del Estado, con exclusión de las empresas públicas creadas por ley, para desarrollar sus funciones, y que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles.

Gabriel Celis y Nancy Barra⁴⁶ por su parte también conceptualizan el contrato de suministro parafraseando lo ya señalado en relación con García de Enterría y Fernández, donde identifican que dicho instrumento no tiene un contenido obligacional predeterminado sino que solo debe tratarse de insumos. No obstante y trayendo a colación lo señalado en la normativa chilena vigente relativa al contrato administrativo en estudio, sostienen dos hipótesis de prestaciones que vendrían en constituir contrato de suministro a saber: Por una parte, el suministro de bienes corporales muebles en todas sus manifestaciones; y por la otra, el suministro de servicios, constituyéndose bajo ésta hipótesis la obligación de hacer un bien, sea de tipo material o inmaterial.

Dentro de ésta línea de estudio se trae a colación al profesor Claudio Moraga⁴⁷, el que de acuerdo a lo prescrito en la LBCSyPS distinguirá entre varias modalidades el contrato de suministro, ya sea el *suministro propio*, en donde el contratante se obliga a asegurar la satisfacción de una necesidad duradera o permanente de la Administración, mediante entregas sucesivas y periódicas del bien objeto del contrato, en función de las necesidades que sobrevengan a la Administración; *el suministro de bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso*, y *el contrato de fabricación* por el que se contrata la confección de una obra mueble, circunstancia que lo hace distinto del contrato de obra pública, que recae en un bien inmueble. El citado autor se descuelga en buena forma de lo establecido por Nancy Barra y Gabriel Celis, ya que no confunde el contrato de suministro con el de prestación de servicios, lo que de todas formas no queda del todo zanjado en la LBCSyPS como veremos a continuación.

⁴⁵ Dictamen N° 3.888 del año 2004.

⁴⁶ BARRA NANCY., CELIS GABRIEL., *Contratación Administrativa Bajo la Ley de Compras*, Editorial Legal Publishing Chile, 2008, Santiago, p. 19

⁴⁷ MORAGA, *Op. Cit.*, p. 38. (2)

En efecto, dada la simple lectura del artículo 2° de la LBCSyPS⁴⁸, es necesario realizar algunos alcances que nos planteamos en torno a la conceptualización y radio que abarca éste concepto, donde no es objeto de ésta investigación replicar lo ya descubierto por la doctrina citada, sino por el contrario, reparar en aquellos puntos que llaman la atención en la norma.

El primer análisis que se puede realizar es que dentro del concepto de suministro propiamente tal, éste se radicaría en el primer inciso del artículo 2° de la LBCSyPS, configurando su inciso segundo algunos casos de contratos que si bien no se refieren a suministro de cosas muebles en forma pura y simple, es la ley la que le da ese carácter.

Ahora, dentro de un análisis ulterior de la norma, cabe preguntarnos ¿Qué sucede con el contrato de prestación de servicios?, ¿se puede desprender dentro del contrato de suministro o de fraccionamiento la ley no contempló su concepto pero sí que las normas de la LBCSyPS de igual forma le son aplicables?.

En un primer análisis, el artículo 2° de la citada ley, dentro de la enunciación de que contratos se entienden dentro del concepto de contrato de suministro, en la letra c) se refiere a la fabricación de un bien mueble, contrato por el cual tomando la extensión que realiza el profesor Moraga, es necesario encasillarlo dentro del artículo 1.996 del Código Civil⁴⁹, para determinar el verdadero sentido y alcance

⁴⁸ Artículo 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.

Se comprenderán dentro del concepto de contrato de suministro, entre otros, los siguientes contratos:

a) La adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión de derecho de uso de estos últimos.

No obstante lo expresado, la adquisición de programas de computación a medida se considerará contratos de servicios;

b) Los de mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o arrendamiento, y

c) Los de fabricación, por lo que las cosas que hayan de ser entregadas por el contratista deben ser elaboradas con arreglo a las características fijadas previamente por la Administración, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales.

⁴⁹ Artículo 1996. Si el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta; pero no se perfecciona sino por la aprobación del que ordenó la obra.

Por consiguiente, el peligro de la cosa no pertenece al que ordenó la obra sino desde su aprobación, salvo que se haya constituido en mora de declarar si la aprueba o no.

Si la materia es suministrada por la persona que encargó la obra, el contrato es de arrendamiento.

del mismo y de tal manera vislumbrar una posible respuesta a nuestra pregunta inicial.

De acuerdo a lo ya expuesto, la entrega o no de materiales por parte de la Administración para la realización del bien mueble encomendado, va a depender exclusivamente de la misma, pero tal figura toma suma importancia en la definición de si se trata de una compraventa de un bien mueble (suministro) o de un arrendamiento (contrato de servicio). Siguiendo ésta idea es que de la citada norma en estudio de la LBCSyPS, la única figura posible de vislumbrar como un servicio vendría a constituir la fabricación de un bien mueble cuando la Administración sea la que entregue los materiales para su realización.

De tal forma, si bien la ley no es la llamada a entregar definiciones con respecto a la otra figura contractual que regula (contrato de prestación de servicios), es el reglamento de dicha ley el encargado de definir lo que se entiende por tal contrato:

Artículo 2.- Definiciones:

Para los efectos del presente Reglamento los siguientes conceptos tienen el significado que se indica a continuación, ya sea en plural o singular:

10. Contrato de Servicios: Aquél mediante el cual las entidades de la Administración del Estado encomiendan a una persona natural o jurídica la ejecución de tareas, actividades o la elaboración de productos intangibles. Un contrato será considerado igualmente de servicios cuando el valor de los bienes que pudiese contener sean inferiores al cincuenta por ciento del valor total o estimado del contrato.

Para efectos del presente reglamento, los servicios se clasificarán en generales y personales, los que a su vez podrán tener el carácter de servicios personales propiamente tal y personales especializados según lo señalado en el capítulo XII.

Inclusive, es el mismo artículo 2° ya reproducido, que en sus numerales 11, 12 y 13 entrega definiciones más precisas frente a figuras específicas del contrato

Si la materia principal es suministrada por el que ha ordenado la obra, poniendo el artífice lo demás, el contrato es de arrendamiento; en el caso contrario, de venta.

El arrendamiento de obra se sujeta a las reglas generales del contrato de arrendamiento, sin perjuicio de las especiales que siguen.

de prestación de servicios tal como lo constituyen los servicios generales, servicios personales y servicios habituales⁵⁰.

Sobre este punto es que se presenta un problema de legalidad del reglamento. En efecto la propia ley no estableció definiciones en relación al contrato de prestación de servicios, sin perjuicio que en su historia fidedigna se planteó tal definición⁵¹.

Al no establecer la ley tal concepto, es dable estimar que para la potestad reglamentaria de ejecución tendría como limitante la de inmiscuirse en esas materias, puesto que se excedía en el ámbito de las atribuciones existentes para su dictación.

En relación con lo antes afirmado, el profesor Silva Bascuñán⁵² señala que el Reglamento Supremo, cuerpo jurídico siempre general e impersonal, se hace necesario por cuanto el legislador no puede entrar en la minucia de los detalles que deben tomarse en cuenta en el cumplimiento de las *disposiciones sustanciales* que la ley contiene, entendiendo que aquellas normas que establecen

⁵⁰ Artículo 2.- Definiciones:

Para los efectos del presente Reglamento los siguientes conceptos tienen el significado que se indica a continuación, ya sea en plural o singular:

11. Servicios Generales: Aquellos que no requieren un desarrollo intelectual intensivo en su ejecución, de carácter estándar, rutinario o de común conocimiento.

12. Servicios Personales: Son aquellos que en su ejecución demandan un intensivo desarrollo intelectual.

13. Servicios Habituales: Aquellos que se requieren en forma permanente y que utilizan personal de manera intensiva y directa para la prestación de lo requerido por la entidad licitante, tales como servicios de aseo, seguridad, alimentación, soporte telefónico, mantención de jardines, extracción de residuos, entre otros.

⁵¹ En la historia fidedigna de la LBCSyPS el Senador Silva Cimma realizó la indicación de incluir a continuación del artículo 16 del proyecto de ley un capítulo nuevo sobre *contratos especiales*, en donde se establece en el proyecto de artículo 33 y 34 lo siguiente:

Artículo (33).- Son contratos de servicios aquéllos en que la realización de su objeto será:

a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia, trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la administración.

c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.

d) Los programas de computación desarrollados a medida para la administración que serán de libre utilización por la misma.

Artículo (34).- Son contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales los que, no estando incluidos en los dos artículos anteriores se celebran excepcionalmente por la administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos.

No pueden ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen el ejercicio de potestades inherentes a la administración o sus funcionarios.

⁵² SILVA BASCUÑÁN, ALEJANDRO, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo V, *La Constitución de 1980 Gobierno*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Santiago, p. 130.

definiciones acerca del objeto que justamente constituye el ámbito de su aplicación, constituyen normas de carácter sustancial de todo cuerpo legal.

Complementando lo ya señalado, en ésta línea se encuentra Vidal Perdomo⁵³ quién dirá algunas consideraciones en relación con el alcance del Decreto Reglamentario. Para el citado autor, en el contenido del Reglamento no se trata de repetir la ley, porque sería inoficioso. Tampoco de adicionarla o llevarla a donde ella no quiso o a materias que son de reserva legal, materia regulable por el Congreso Nacional. Se trata más bien de proyectar su espíritu en las normas reglamentarias para que cubra todo el espectro que la ley no expresó en palabras, pero que fluye de la voluntad del legislador, en esa y en otras leyes convergentes.

Así entonces, frente al vacío casi inexplicable⁵⁴ del legislador en relación con definir el contrato de prestación de servicios en la LBCSyPS, se tendría que haber recurrido a los métodos que el Código Civil franquea para interpretar el verdadero sentido y alcance de tal concepto, pudiendo inclusive adoptar una concepción mucho más de corte civilista por expresa aplicación de su artículo 1°. Aún resulta más curiosa la actitud concientizadora de la Contraloría General de la República al dar total crédito a ésta concepción, sin que hubiera sido al menos objeto de representación a la hora de la Toma de Razón del Reglamento. Quizá todo esto da luces para interpretar una suerte de acuerdo entre el Poder Ejecutivo y el órgano Contralor para hacerse cargo de los errores del Poder Legislativo.

Hecha las salvedades, es necesario establecer los elementos del contrato de suministro. En tal sentido se analizarán las partes del contrato, objeto, plazos, garantías y causales de término.

⁵³ VIDAL PERDOMO, JAIME., *Derecho Administrativo*, Editorial Legis Editores S.A., 2008, Colombia, p. 32

⁵⁴ En efecto, dentro de la historia fidedigna de la LBCSyPS queda clara la correcta iniciativa planteada por el entonces Senador profesor Enrique Silva Cimma, donde planteó un cuerpo legal que abarca no solo al contrato de suministro y prestación de servicios, sino que se encarga de los restantes contratos administrativos e incluso aquellos contratos privados que celebra la Administración, proyecto que por lo demás contiene la definición de contrato de prestación de servicios. La idea del profesor Silva Cimma fue desechada por la respectiva Comisión Legislativa, considerando que ese proyecto se escapa de las ideas matrices del mensaje enviado por el Poder Ejecutivo. Sin dudas, la gran idea de tener por fin una Ley General de Contratos a la usanza española, fue desechada solo por un formalismo casi inexplicable.

A. Partes.

Las partes dentro del contrato de suministro y de prestación de servicios serán un Órgano de la Administración del Estado y un particular, éste último ya sea persona natural o persona jurídica. En caso que el contrato sea celebrado por dos entidades contempladas por las normas señaladas, quedan inmediatamente excluidos de la aplicación de la LBCASyPS, por expresa aplicación del artículo 3º, letra b).

Al respecto me detendré en un punto que es válido aclarar: la diferencia entre un contrato administrativo y un convenio administrativo. Para Teresa Moreo Marroig⁵⁵ se podría definir al contrato como una convención jurídica manifestada en forma legal, por virtud de la cual una parte se obliga a favor de otra o varias, recíprocamente, al cumplimiento de una prestación, produciéndose entonces un intercambio de prestaciones obligacionales. En tanto que para los convenios, en ellos no se manifiesta una contraposición de intereses (por ejemplo la prestación de un servicio a cambio de una contraprestación económica), sino que se trata de establecer una colaboración institucional para llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos. Su finalidad es el traslado de recursos públicos entre entidades públicas.

Además en los convenios se pueden encontrar las siguientes características: 1. Ninguna de las partes tendrá interés patrimonial. Los intereses de las partes son públicos. 2. El beneficiario siempre será la comunidad. 3. Generalmente no van precedidos de procesos de selección. 4. Las prestaciones son conmutativas, es decir equivalentes.

En nuestra legislación, es dable encontrar ésta figura de los convenios en Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. A mayor abundamiento los artículos 8º y 10 permiten la celebración de convenios con otros organismos de la Administración del Estado para el cumplimiento de las funciones encomendadas a dichas entidades comunales. También se celebran convenios

⁵⁵ MOREO MARROIG, TERESA, en *Revista Auditoría Pública* N° 50, Sevilla, 2010, p 80.

para efectos de regular la debida coordinación entre las Municipalidades y los Servicios Públicos en sus respectivos territorios⁵⁶.

Con respecto al análisis que debe reflejarse dentro del concepto de Órgano de la Administración del Estado, es la propia ley la encargada de establecer el radio que abarca éste concepto. Al efecto, el artículo 1°, en su inciso segundo, de la LBCSyPS señala como tal concepto los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N° 18.575, salvo el caso de las Empresas Públicas creadas por ley y demás casos que la misma ley señale como excepción⁵⁷. Sobre éste

⁵⁶ Artículo 8: Para el cumplimiento de sus funciones, las municipalidades podrán celebrar convenios con otros órganos de la Administración del Estado en las condiciones que señale la ley respectiva, sin alterar las atribuciones y funciones que corresponden a los municipios.

Asimismo, a fin de atender las necesidades de la comunidad local, las municipalidades podrán celebrar contratos que impliquen la ejecución de acciones determinadas.

De igual modo, podrán otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título.

La celebración de los contratos y el otorgamiento de las concesiones a que aluden los incisos precedentes se hará previa licitación pública, en el caso que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de doscientas unidades tributarias mensuales o, tratándose de concesiones, si el total de los derechos o prestaciones que deba pagar el concesionario sea superior a cien unidades tributarias mensuales.

Si el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados o los derechos o prestaciones a pagarse por las concesiones son inferiores a los montos señalados en el inciso precedente, se podrá llamar a propuesta privada. Igual procedimiento se aplicará cuando, no obstante que el monto de los contratos o el valor de los bienes involucrados exceda de los montos indicados en dicho inciso, concurran imprevistos urgentes u otras circunstancias debidamente calificadas por el concejo, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto favorable de la mayoría absoluta de los concejales en ejercicio.

Si no se presentaren interesados o si el monto de los contratos no excediere de cien unidades tributarias mensuales, se podrá proceder mediante contratación directa.

El alcalde informará al concejo sobre la adjudicación de las concesiones, de las licitaciones públicas, de las propuestas privadas, de las contrataciones directas de servicios para el municipio y de las contrataciones de personal, en la primera sesión ordinaria que celebre el concejo con posterioridad a dichas adjudicaciones o contrataciones, informando por escrito sobre las diferentes ofertas recibidas y su evaluación.

Con todo, lo dispuesto en los incisos anteriores no será aplicable a los permisos municipales, los cuales se regirán por lo establecido en los artículos 36 y 63, letra g), de esta ley.

Artículo 10: La coordinación entre las municipalidades y entre éstas y los servicios públicos que actúen en sus respectivos territorios, se efectuará mediante acuerdos directos entre estos organismos. A falta de acuerdo, el gobernador provincial que corresponda dispondrá las medidas necesarias para la coordinación requerida, a solicitud de cualquiera de los alcaldes interesados.

En todo caso, la coordinación deberá efectuarse sin alterar las atribuciones y funciones que correspondan a los organismos respectivos

⁵⁷ Artículo 1°.- 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.

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.

punto es preciso manifestar algunas curiosidades en relación con quienes son considerados *Órgano de la Administración del Estado* como parte del contrato en estudio. Así se dan dos casos a analizar: la situación del Ministerio Público y de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, como ente administrador de los recursos físicos de éste poder del Estado (en adelante CAPJ).

En el primer caso se obvió del ámbito de aplicación de la LBCSyPS al Ministerio Público, creo por razones de falta de actualización de la norma a que justamente hace remisión para efectos de determinar éste concepto, vale decir, el citado artículo 1° de la ley N° 18.575. Lo anterior tomando en cuenta que ésta última si consideró para tales efectos a la Contraloría General de la República, el cual goza de las mismas cualidades constitucionales que el Ministerio Público, sin que éste forme parte de la ley en estudio.

El segundo caso es más curioso aún. El Poder Judicial, tomando en cuenta el concepto que nos entrega el artículo 1° de la Ley N° 18.575 de Administración del Estado, es un poder independiente que no encaja en dicho ámbito administrativo. Ante tal situación es que, por aplicación legal, las contrataciones que realice el mencionado poder estatal quedan fuera del marco regulatorio en estudio. De lo anterior el análisis que se puede realizar es más bien sencillo y sin que exista más que comentar al respecto, pero la celebración de un convenio de colaboración suscrito entre la CAPJ y la Dirección de Compras y Contratación Pública viene a complicar el análisis, entregando una materia de discusión. Bajo la convención celebrada con fecha 15 de junio de 2011, las partes acuerdan la inclusión voluntaria de la CAPJ al sistema de compras y contrataciones de la Administración. El tenor de la cláusula que contiene lo antes señalado reza de la siguiente manera:

“Tercero: ámbitos de colaboración

La Corporación y la Dirección se prestarán colaboración mutua en todas las actividades necesarias para la incorporación voluntaria del Poder Judicial, a través de su Corporación Administrativa, al Sistema de Compras y Contrataciones de la

Administración, en especial a los convenios marco, entre ellas, uso de los convenios, capacitación de usuarios. Asimismo se colaborarán en la entrega de información para el Registro de Proveedores del Estado – ChileProveedores-, en el acceso al mismo, en la participación en estudios, y en cualesquiera otras actividades afines al presente acuerdo y a las finalidades comunes de ambas instituciones.”

Revisando más a fondo la temática nos encontramos con la Ley N° 20.731 de Presupuestos del Sector Público para el año 2014, en la cual se contempla en la glosa presupuestaria 02 del programa 01 del capítulo 07 de la partida 08 la posibilidad de adherirse al sistema de información y a los convenios marco suscrito por la Dirección de Compras y Contratación Pública, para aquellos órganos del Sector Público que no estén regidos por la LBCSyPS⁵⁸.

De esta participación convenida y de la autorización para suscribir esta clase de acuerdos, es que surgen un sinnúmero de interrogantes que quizá pueden ser objeto de otro trabajo en específico de la denominada figura, de los cuales se destaca el hecho de analizar la pertinencia a la luz del principio de legalidad y juridicidad en torno a si es posible pactar entre dos servicios o entidades del Estado, el hecho que le sean aplicables normas o situaciones de un respectivo marco regulatorio en circunstancias que la norma expresa no lo tiene considerado. Por de pronto, ¿resulta posible impugnar ante el Tribunal de Contratación Administrativa los vicios de legalidad que se observen en los procesos licitatorios públicos de la CAPJ?. En esa misma línea, la Contraloría General de la República ¿se podrá pronunciar en relación a solicitudes de afectados en torno a la revisión de legalidad de los procesos de compra afectos a la normativa de la LBCSyPS?; ¿Hasta dónde se entiende aplicable la normativa de compras tomando en cuenta el tenor de la cláusula del convenio ya reproducida?; ¿es posible que por vía de una glosa presupuestaria se modifique una ley a fin que se permita una entrada voluntaria al sistema de información manejado por la Dirección de Compras y a

⁵⁸ En relación con ésta temática encontramos el dictamen N° 31.956 del año 2011 de la Contraloría General de la República.

sus convenios marco?, ¿Qué clase de entrada es ésta?, ¿le es aplicable o no la ley N° 19.886?.

Como es posible de observar, es un caso curioso sin lugar a dudas, donde la autonomía de pactar acuerdos interinstitucionales, a la luz del principio de coordinación consagrado en el artículo 3° de la ley N° 18.575, puede ser objeto de revisión y de un análisis más detenido. En tal sentido, el convenio tiene un objeto altruista que sin dudas es loable de aplicar, cual es, la transparencia en materia de contrataciones por parte del Poder Judicial. Ahora, la forma en como se hace esa incorporación, merece las interrogantes planteadas anteriormente a fin que sea posible llenar el vacío que dejó el legislador por la vía de la ley del contrato o por la vía de una glosa presupuestaria.

Finalmente, no serían parte dentro del concepto de Administración del Estado aquellas Empresas Públicas creadas por ley, pero que si pudieren llegar a serlo por la vía del contratante privado (oferente de bienes y servicios) aun cuando sus fines sean de un contenido público. Otra de las curiosidades que nos entrega la LBCSyPS ya que si bien en la historia de la ley se hizo énfasis en que el Estado no ejerce una actividad económica con la dictación de ésta ley, en la aplicación de su normativa nos encontramos con la sorpresa de que no existen impedimentos legales para que las empresas públicas puedan realizar ofertas dentro de un proceso licitatorio y es más, ser sujetos de adjudicación de un servicio determinado para que sea prestado a la propia Administración Pública⁵⁹. Recordemos que existen Empresas Públicas que perfectamente pueden prestar servicios al propio Estado, como es el caso de la empresa de Correos de Chile, la casa de Moneda o el Banco Estado.

De todas formas, queda claro en la historia fidedigna de la LBCASyPS⁶⁰ los motivos para excluir a las Empresas Públicas creadas por Ley del ámbito de aplicación de ésta normativa, en el sentido de no ser considerado dentro del concepto de Administración Pública: los representantes del Ejecutivo afirmaron

⁵⁹ En relación con esto se encuentra el dictamen N° 25.948 de 2009 de la Contraloría General de la República.

⁶⁰ Historia Fidedigna de la Ley 19.886, p. 358.

que las empresas públicas fueron excluidas del proyecto, fundamentalmente por razones de secreto comercial y por las particularidades de la forma en que contratan tales entidades, que podría verse rigidizada en extremo por las normas de la iniciativa. Además observaron que podría legislarse sobre transparencia en las empresas públicas, pero que no correspondería hacerlo en esta iniciativa, que se refiere a las compras públicas en los Servicios Públicos y no a las adquisiciones en empresas que compiten con otras empresas, que obedecen a una lógica distinta.

B. Objeto.

El objeto del contrato de suministro viene dado por su propia regulación ya abordada al comienzo de éste capítulo. A modo de síntesis es posible de señalar que el objeto en que puede recaer un contrato de suministro es todo lo comprendido como bien mueble. De ahí que debemos tomar en consideración que se entiende por bien mueble, recurriendo a la técnica de supletoriedad, para encontrar respuestas en el Derecho Civil.

En tal sentido, son bienes muebles los que pueden transportarse de un lugar a otro sin que dejen de ser lo que son, sin perder su individualidad. Se dividen en muebles por naturaleza y muebles por anticipación⁶¹. Los bienes muebles por naturaleza (cuya definición es similar a la de bien mueble en general) se subclasifican en semovientes y cosas inanimadas. Los bienes muebles por anticipación son cosas que, aunque unidas a un inmueble, son consideradas legalmente muebles, para el efecto de constituir derechos sobre ellas a favor de otra persona que el dueño.

Al respecto, existe un interesante dictamen de la Contraloría General de la República que vale la pena comentar. En tal sentido, el dictamen N° 21435 de fecha 23 de abril de 2010, fijó como criterio la imposibilidad de adquirir bienes

⁶¹ Artículos 567 y 571 del Código Civil.

muebles usados, bajo el marco de la LBCASyPS, en consideración a que la propia norma del artículo 2° en estudio, al definir el contrato de suministro, restringió su objeto a bienes muebles, sin extenderlo a bienes muebles usados. Lo anterior se justifica en orden a que el realizar procesos de compra de bienes muebles usados, con fines de ahorro en presupuesto público, puede contravenir el principio de libre concurrencia de los oferentes, especificado en la misma normativa de compras, en tanto se restringe el acceso a oferentes que oferten bienes muebles “nuevos”.

En otro orden de ideas, el artículo 3° de la LBCSyPS establece excepciones de contratos los cuales no entran dentro de éste concepto para todos sus efectos. A lo anterior se le debe sumar todos aquellos contratos regulados por el Código Civil en relación con la gratuidad como elemento esencial de ellos. Tal es el caso de los contratos de comodato, en los cuales si bien no le es aplicable la LBCSyPS, deben quedar sujetos a lo prescrito en el artículo 9° de la ley N° 18.575.

C. Plazos.

En materia de plazos la LBCASyPS no establece reglas que lo definan, dando a lugar un nuevo vacío normativo sobre el cual el RLBCASyPS debe hacerse cargo.

Sobre el particular, la primera regla en relación con los plazos, la entrega el artículo 64 del mencionado cuerpo reglamentario. En efecto, dicha disposición establece como contenido del contrato de suministro la indicación del respectivo plazo de duración, sin indicar reglas específicas en la materia.

Donde sí establece límites, es a la hora de suscribir el contrato de suministro una vez finalizado el procedimiento de preparación de la voluntad contractual, con la existencia de un adjudicatario que se encuentra presto a celebrar el contrato de la especie. En tal situación, el RLBCASyPS señala en su artículo 65 que de no especificarse plazo alguno en las bases de licitación para la celebración del contrato de suministro, éste en su silencio será de 30 días corridos contados desde la notificación de la adjudicación (la cual se realiza con la

publicación del acto administrativo adjudicatorio en el portal www.mercadopublico.cl).

Estas vendrían a ser las reglas contenidas en las normas, objeto central del presente estudio, referido a los plazos. De ahí entonces, y ocupando la técnica de la supletoriedad, es que debemos interpretar la contabilización de estos de acuerdo a las reglas establecidas en el Código Civil⁶².

D. Garantías.

En materia del contrato de suministro, éste cuenta con diversos instrumentos tales como la boleta de garantía bancaria, el vale vista, pólizas de seguro, depósito a plazo, el certificado de fianza o cualquier otra forma que asegure el pago de la garantía de manera rápida y efectiva⁶³. Todos ellos posibilitan el cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas por el contratista, bajo una misma institución jurídica creada al efecto: la garantía de fiel y oportuno cumplimiento.

Al respecto la LBCASyPS en su párrafo 2°, bajo el nombre de *las garantías para contratar*, entrega en el artículo 11 (único artículo dentro de éste párrafo) algunas reglas generales en materia de garantías⁶⁴. Donde yerra nuevamente la

⁶² Artículos 48, 49 y 50 del Código Civil.

⁶³ Los instrumentos señalados son reconocidos tanto en el artículo 68 del RLBCASyPS, como en la Directiva de Contratación Pública N° 7, “*Instrucciones para Uso de Garantías en Procesos de Compras*”, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=1391:directiva-n-07&id=12:directivas-de-compras&Itemid=547

⁶⁴ Artículo 11: La respectiva entidad licitante requerirá, en conformidad al reglamento, la constitución de las garantías que estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, en la forma y por los medios que lo establezcan las respectivas bases de la licitación. Tratándose de la prestación de servicios, dichas garantías deberán asegurar, además, el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley N° 17.322, y permanecerán vigentes hasta 60 días hábiles después de recepcionadas las obras o culminados los contratos. Los jefes de servicio serán directamente responsables de la custodia, mantención y vigencia de las garantías solicitadas.

Las garantías que se estimen necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas, el cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales de los trabajadores y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, deberán ser fijadas en un monto tal que sin desmedrar su finalidad no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta.

Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas. Sólo podrán entregarse anticipos a un contratante, si se cauciona debida e íntegramente su valor.

norma, es que en la misma disposición se abarca no solo la garantía de fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones, la que si pertenece al contrato de suministro, sino que también abarca a la garantía de seriedad de ofertas, la cual se constituye con el objeto de asegurar el efectivo cumplimiento de lo ofertado por cada proponente dentro de un proceso licitatorio, para que estos no se desistan en la celebración del contrato en estudio. Como se puede observar, esta última garantía no pertenece al contrato de suministro en sí mismo, pero de todas formas se le regula en éste apartado.

Adentrándonos en la garantía de fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones, podemos observar una regulación más extensa en el artículo 68 del RLBCASyPS, donde no solo la mencionada garantía se aplicaría frente a un incumplimiento contractual, sino que además se hace extensiva al cumplimiento de obligaciones laborales y sociales para con los trabajadores contratados por el proveedor de bienes y servicios al Estado en caso de prestación de servicios habituales que origine subcontratación de trabajadores, figura recogida de nuestro Código del Trabajo. Además en dicha disposición se hace alusión a otras materias como por ejemplo, montos mínimos y máximos para fijar la garantía, plazos de duración, glosa y moneda en cómo se expresará y las condiciones que debe contar para que sea un instrumento válido: que sea pagadera a la vista e irrevocable.

Por otra parte, el mismo artículo establece los instrumentos financieros que posibilitan la existencia de ésta garantía. Para tales efectos, la norma en estudio señala como tales al vale vista, a la póliza de seguro, depósito a plazo o cualquiera otra forma que asegure el pago de la garantía de manera rápida y efectiva. Dentro de estas otras formas se encuentran por ejemplo, la boleta bancaria de garantía y el certificado de fianza.

E. Causales de Término.

Un elemento importante que se detalla en la normativa vigente al contrato de suministro, es lo relativo a sus causales de término. En tal sentido se muestra el artículo 13 de la LBCASyPS y el artículo 77 del RLBCASyPS. A simple vista uno podría concluir que se trata de una remisión idéntica entre el artículo 13 al artículo 77 de las normas señaladas. Pero existe una diferencia y que se plasma en el RLBCASyPS, donde se incorpora una causal de término⁶⁵ no prevista en la LBCASyPS, quedando de manifiesto –nuevamente- el problema de legalidad del Reglamento.

A continuación se analizan las causales en detalle:

i. La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes: Conforme lo prescribe el artículo 1567 del Código Civil, toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula. De acuerdo a la opinión del profesor Meza Barros⁶⁶, tratándose de obligaciones contractuales, el mutuo consentimiento no es sino una aplicación de un conocido aforismo: las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen. De tal manera que para que el mutuo acuerdo en poner término a un contrato de suministro tenga validez, debe emanar de quien tenga facultades en la Administración para poner término a cualquier contrato administrativo y debe este acuerdo ser sancionado por el respectivo acto administrativo aprobatorio.

ii. Incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante: En ésta causal, existe el inconveniente de que debemos entender por incumplimiento grave. ¿Es acaso cualquier incumplimiento del contratista el que tenga la cualidad de servir para poner término al contrato por parte de la Administración?. Ante tal situación, la Contraloría General de la República⁶⁷, considerando los principios de

⁶⁵ El artículo también habla de causales de modificación, lo cual parece un exceso, ya que los contratos por regla general sólo se modifican por el mutuo acuerdo entre los contratantes.

⁶⁶ MEZA BARROS, RAMÓN, Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, p. 347.

⁶⁷ Dictamen N° 39.861 de fecha 25 de junio de 2013.

certeza y seguridad jurídica, ha establecido que es inadmisibles que se contemple como causal de terminación anticipada del contrato, cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones contraídas, ya que las situaciones constitutivas de la infracción contractual, que dan lugar a dicha consecuencia, deben estar especificadas taxativamente en el pliego de condiciones.

iii. Estado de notoria insolvencia del contratante: Si bien la causal dice una relación lógica de que no puede seguir en la ejecución del contrato una persona que se encuentra en condiciones complejas de insolvencia, de manera tal que impiden cumplir perfectamente las obligaciones contraídas, ello presenta una excepción, cual es, que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato.

iv. Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional: Al respecto pareciera ser una causal de amplia aplicación, toda vez que definir qué se entiende por interés público pareciera ser una tarea dificultosa, ya que atañe a un universo complejo de limitar. Al respecto, la calificación de si la causal de término obedece a un interés público, corresponderá a cada Servicio Público, independiente tanto del control que pueda realizar la Contraloría General de la República y los Tribunales Ordinarios de Justicia. Con todo, por aplicación del artículo 79 del RLBCASyPS, la Resolución o Decreto que disponga la terminación anticipada del contrato deberá ser siempre fundada.

v. Deudas laborales pendientes: Esta causal no se encuentra contemplada en la LBCASyPS, por lo que su regulación depende exclusivamente de su Reglamento. Al respecto lo que se busca es que las personas naturales o jurídicas que tengan contratados trabajadores de su dependencia, cumplan con sus obligaciones laborales respectivas, so pena de dar por finalizada la relación contractual con el Estado y de ejecutarse las respectivas garantías dadas para asegurar el fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones contraídas. Como es posible de colegir, esta es una situación que se aleja de todo aquello que se relaciona con el contrato de suministro en sí mismo, pero que pareció conveniente a la autoridad gubernamental buscar la protección de derechos laborales por ésta vía.

vi. Las demás que se establezcan en las respectivas bases de licitación o en el contrato: Al respecto caben señalar dos apreciaciones. En primer lugar, tomando en consideración el criterio de la Contraloría General de la República revisado anteriormente, en relación con el incumplimiento grave de las obligaciones del contrato, es dable interpretar que estas causales deberán quedar estrictamente delimitadas tanto en las bases de licitación y posteriormente en el contrato de suministro. En segundo lugar, la correcta interpretación de la norma va de la mano con distinguir a que forma de contratación, el Reglamento permite incorporar estas causales: Si se trata de un proceso licitatorio, ello deberá quedar reflejado en las bases de licitación, puesto que si posteriormente se incluyen en el contrato de suministro sin que se hayan contemplado en el respectivo pliego petitorio, ello acarrearía la vulneración del principio de estricto apego a las bases consagrado en el artículo 10 de la LBCASyPS. Ahora si se trata de un proceso de contratación directa, será en el contrato de suministro que se suscriba, donde se deberán pactar estas causales de terminación anticipada del contrato.

Capítulo IV: Estatutos jurídicos que se aplican al contrato de suministro, según la doctrina y jurisprudencia

Continuando con el análisis de la materia, en el presente apartado se examinarán los estatutos jurídicos que rodean al contrato de suministro, tomando en cuenta lo prescrito en el artículo 1° de la LBCASyPS, donde se especifican como normas supletorias a la normativa ya señalada, aquellas que componen el Derecho Público y residualmente aquellas que componen el Derecho Privado⁶⁸. En tal sentido, se buscará definir cada estatuto, identificando elementos que lo componen y lo diferencian unos con otros; y el cómo cada estatuto influye de una manera u otra dentro del Derecho Administrativo, específicamente en los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, objeto central de análisis del presente trabajo.

Desde un principio, la idea del legislador siempre fue la de establecer como normativa aplicable a esta materia aquella vinculada con nociones del Derecho Privado. En tal sentido, en el proceso de formación de la LBCASyPS, declaró la Senadora Matthei dentro del segundo informe de la Comisión de Hacienda⁶⁹, que las normas que rigen las relaciones entre el Estado y los particulares, cuando el primero actúa en una relación de igualdad, son siempre de Derecho Privado, por lo que no cabría aplicar ninguna norma de Derecho Público. Esa idea fue descartada por el Ejecutivo tomando en cuenta que la aplicación del Derecho Privado puede generar rupturas con los principios fundantes e inspiradores del Derecho Público. Además, el Estado no se sitúa en una posición de igualdad frente al contratante privado, vale decir, no actúa dentro de un rol empresarial. Es el Estado el que se sustrae del principio de autonomía de la voluntad como

⁶⁸ Artículo 1°.- 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.

Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.

⁶⁹ Historia de la Ley N° 19.886, p. 345.

principio rector del acto jurídico de compra y se traslada primordialmente a los principios de Derecho Público⁷⁰. Por esas razones se desechó, y de buena forma, la opinión de la mencionada Senadora.

Por otra parte existió una posición más radical, planteada por el Senador Silva Cimma⁷¹, quien era partidario de crear un sistema ordenado y completo que regulara la totalidad de contratos administrativos, no siendo solo materia de ésta ley una clase de ellos, cual es, el contrato de suministro. Dicha idea tampoco tuvo cabida por cuanto la idea del Poder Ejecutivo era precisamente la de regular esa especie de contrato y no el complejo sistema ideado por el Senador Silva Cimma. En fin, para que complicar las cosas.

Lo anterior constituye algunos ejemplos del cómo se buscó una forma de dar con la matriz ideal que se hiciera cargo del ámbito regulatorio de la normativa en comento. Además, se tuvo a la vista normas de derecho comparado, siendo la más inspiradora, por así decirlo, la LCE, sobre todo aquello dispuesto en su artículo 7^o⁷².

Pero ¿qué es esto de Derecho Público y Derecho Privado?, ¿Cómo podemos entender que dos sistemas puedan convivir siendo tan distintos unos con otros?, ¿o es que realmente no se trata de sistemas tan distintos y que perfectamente pueden estar presente en una determinada realidad jurídica?. Esos cuestionamientos pasaremos a desarrollar a continuación.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 346

⁷¹ *Ibid.*, p. 347.

⁷² Artículo 7°. Régimen jurídico de los contratos administrativos.

1. Los contratos administrativos se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, los contratos administrativos especiales, que se definen en el artículo 5.2, párrafo b), se seguirán por sus propias normas con carácter preferente.

A. Derecho Público y Derecho Privado.

Una de las materias más discutidas por los juristas es la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado. Sobre la temática existirán diversas posturas y opiniones que intentarán responder ésta dicotomía, pero que en la actualidad la mirada esbozada dice más bien relación con una distinción meramente clasificatoria y en donde cada derecho participa del otro fuertemente, por lo que separarlos para entregarles un carácter independiente y autónomo carece de sentido.

En relación con la distinción ya señalada, existe una primera teoría que explica la división entre Derecho Público y Privado, denominada *la teoría Romana*⁷³, la cual se sintetiza en la sentencia del jurisconsulto Ulpiano: "*Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem*", es decir, Derecho Público es el que atañe a la conservación de la cosa romana; Privado, el que concierne a la utilidad de los particulares. Lo antes descrito dice relación con que la naturaleza pública o privada de un precepto dependerá de los intereses que protejan. Esto es lo que se conoce también como la teoría del interés en juego.

Bajo esta premisa, Derecho Público es el que regula relaciones provechosas para el común, rigiendo las facultades concedidas por éste grupo de normas para ser ejercitadas en orden al bien general. En cambio, los derechos privados los tiene el interesado para sí antes que para nadie; hállese al servicio de su poder, de su voluntad⁷⁴.

Se critica esta teoría por el evidente corte subjetivo que podría tener. En efecto, el que cada clasificación se diferencie por el interés que presente, significaría atribuir valor o importancia a su realización, entregando la determinación de la índole de los fines que el derecho ha de realizar, al arbitrio del legislador.

⁷³ GARCÍA MAYNEZ, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, México, 2002, p. 131.

⁷⁴ SOHM R., citado por GARCÍA MAYNEZ, *Op Cit.*, p. 132.

Existe otra teoría, conocida como la teoría de la naturaleza de la relación⁷⁵, de general aceptación, la cual sostiene que el criterio diferencial entre el Derecho Público y Privado radica en la naturaleza de las relaciones que las normas de cada derecho establecen. En tal sentido se distingue en relaciones de coordinación, donde cada sujeto se coloca dentro de un plano de igualdad de condiciones; y de subordinación, en donde las personas que intervienen no están consideradas como jurídicamente iguales, es decir, cuando en la relación intervienen el Estado y un particular. Al primer grupo de normas se las debe de catalogar como normas de Derecho Privado y al segundo grupo como normas de Derecho Público⁷⁶.

Con ésta teoría, el Estado puede entrar, por consiguiente, tanto en relaciones de coordinación como de supra ordinación con los particulares. El problema que presenta ésta teoría radica precisamente cuando el Estado debe ser considerado como entidad soberana, y cuando se halla en un plano de igualdad con los particulares.

Una de las consecuencias más importantes de ésta división radica en los principios orientadores que son parte de la esencia tanto del Derecho Público como del Derecho Privado⁷⁷, cuales son el principio de legalidad y juridicidad y el principio de autonomía de la voluntad.

⁷⁵ GARCÍA MAYNEZ, *Op Cit.*, p. 134.

⁷⁶ En tal sentido se muestra ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p 45-46; los cuales definen las normas de derecho público como aquellas que regulan la organización y actividad del Estado y demás entes públicos menores (como las Municipalidades), sus relaciones entre sí o con los particulares, actuando el Estado y esos entes en cuanto sujetos dotados de *imperium*, es decir, de poder público. En el campo de las normas de derecho público, los particulares actúan en un plano de subordinación respecto a las entidades que obran en nombre de la soberanía nacional. Posteriormente definen las normas de derecho privado como las que gobiernan las relaciones de los particulares entre sí, o las de éstos con el Estado o los demás entes políticos en cuanto no actúan como poder político o soberano, sino como si fueran particulares o, por fin, las relaciones de estos mismos entes políticos entre sí en cuanto obran como si fueran particulares y no como poder político o soberano.

⁷⁷ VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, *El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo, El mito del Código Civil como "Derecho Común"*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2010, p 108-109, efectúa una crítica en relación con ésta división, en relación a lo que él cataloga como de "dos rancios y ambiguos brocárdicos", donde en el derecho público solo es posible hacer aquello expresamente permitido; y en derecho privado, es posible hacer todo salvo lo expresamente prohibido.

1. El Principio de Legalidad.

En relación al principio de legalidad y juridicidad, o como el profesor Vergara señala como el de la necesaria tipicidad de las potestades de actuación de las autoridades⁷⁸, ya mucho se ha dicho y escrito en la literatura doctrinaria del derecho en Chile. A modo de resumen es dable señalar que éste principio se encuentra consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República de Chile, el cual significa que el Estado, sus órganos y los titulares de esos órganos deben someterse al ordenamiento jurídico que encuentra su cúspide en la Constitución. Deben ajustar sus conductas a la ley, al derecho, como asimismo, toda persona, institución o grupo⁷⁹.

Por su parte, en la historia fidedigna de la LBCASyPS se señaló que el principio de legalidad constituye uno de los dogmas más tradicionales y arraigados en los sistemas de signo liberal democrático, lo cual significa el sometimiento de los poderes públicos a la ley. Sin embargo, en la actualidad, dicho sometimiento es entendido no sólo en cuanto a la ley formal, sino también al ordenamiento jurídico en su globalidad. Así, el principio de legalidad puede resumirse en el hecho que la Administración se encuentra plenamente sometida a la ley y al derecho. Ello significa que debe respetar las normas emanadas del parlamento, pero también todas las otras disposiciones que integran el sistema normativo. Lo anterior lleva a sostener que uno de los principios fundantes en materia de contratación, es el principio de legalidad. La Administración no tiene libertad para contratar, sino en los casos y bajo las formas claramente dispuestas por la ley. Ello lleva a que el proyecto disponga un nivel de prelación en las normas aplicables en materia de contratación: primero serán las disposiciones de la ley, enseguida las del Derecho Público, y por último, subsidiariamente, las del Derecho Privado.⁸⁰

⁷⁸ VERGARA BLANCO, *Op Cit.*, p. 109.

⁷⁹ MOLINA GUAITA, HERNÁN, *Derecho Constitucional*, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2009, p. 84.

⁸⁰ Historia de la Ley N° 19.886, p. 231.

Una opinión ilustrativa de qué significa para los entes de la Administración Pública el hallarse regidos por normas y principios del Derecho Público Administrativo, es la que tiene el profesor Pantoja⁸¹, el cual señala que lo anterior significa el ingresar a un mundo propio, especial de ellos, si se quiere original, diferente a los demás escenarios jurídicos, pues deben adecuarse a un determinado libreto, a determinados principios y maneras de comportarse. En este mundo desaparece la espontaneidad de apreciación y la libertad de acción; es el reino de la racionalidad y la legalidad, el ámbito de las normas potestativas de atribución y restrictivas de actuación. Sin lugar a dudas, las palabras reflejadas por el citado académico resumen de manera perfecta las sensaciones y sentimientos de quienes somos parte integrante de la Administración Pública.

2. El Principio de Autonomía de la Voluntad.

Éste principio se vincula directamente con la Teoría General del Acto Jurídico dentro del Derecho Civil, disciplina que es definida como el Derecho Privado común y general que contiene el conjunto de principios y preceptos jurídicos sobre la personalidad y las relaciones patrimoniales y de familia⁸².

El principio de autonomía de la voluntad supone la existencia básica de dos elementos: la voluntad y la libertad. El primer elemento se caracteriza por que el hombre es libre para vincularse con otros o no. En caso que decida vincularse, lo hace por su propia voluntad, vale decir, queda entregado a su arbitrio celebrar los actos jurídicos que estime adecuados⁸³. En cuanto al elemento *libertad*, este

⁸¹ PANTOJA BAUZÁ, ROLANDO, *El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p.222.

⁸² ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, *Op. Cit.*, p 83.

⁸³ STOLFI G., citado por VIAL DEL RIO, VICTOR, *Teoría General del Acto Jurídico, Actos Jurídicos y Personas*, Volumen I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1991, p. 51.

constituye el presupuesto de toda acción humana, en el sentido de que permita al individuo decidir acerca de dar vida o no a una relación cualquiera⁸⁴.

Sobre estos conceptos es que se construye la idea central del principio de autonomía de la voluntad, piedra angular del Derecho Civil, el que configura un sistema de Derecho Privado fundado en la libertad de los particulares.

Dentro de las consecuencias del principio de autonomía de la voluntad, reconocidas por la doctrina⁸⁵, es posible de identificar que: i) El hombre es libre para obligarse o no, y si lo hace, es por su propia voluntad. ii) El hombre es libre para renunciar por su sola voluntad a un derecho establecido en su beneficio, en la medida que mire ese derecho a su solo interés y que dicha renuncia no esté prohibida por la ley. iii) El hombre es libre para determinar el contenido de los actos jurídicos que celebre. iv) Al ser los actos jurídicos fruto de la creación de la voluntad libre de las personas, en caso que surjan dudas en torno al significado o a las consecuencias del mismo, debe indagarse en la intención o querer real de quienes comparecieron en su celebración.

El mencionado principio no ha estado exento de críticas. En efecto, se señala que el dejar al arbitrio de la sola voluntad de las personas la creación, modificación o extinción de derechos u obligaciones, puede traer aparejado problemas. Dentro de esos inconvenientes está la celebración de contratos que en estricto rigor constituyen el ejercicio del aludido principio, pero que en definitiva no son otra cosa que el ejercicio de la voluntad del más fuerte sobre el más débil, alterando el normal equilibrio de las prestaciones. De ahí entonces que ha surgido el denominado contrato dirigido, el que se define como la intervención del Estado en los contratos que celebran los particulares, a fin de evitar que una de las partes se aproveche de la inferioridad o debilidad de la otra o de la desigualdad de

⁸⁴Ibid., *Op. Cit.*, p. 51.

⁸⁵ Ibid, *Op. Cit.*, p. 52.

condiciones en que contratan, por diferencias económicas, sociales y aún psicológicas⁸⁶.

B. Integración de estos dos sistemas: Revisión de doctrina y jurisprudencia

Pareciera complejo hablar de integración de los sistemas jurídicos ya analizados, tomando en consideración las realidades opuestas que en ellos se evidencia. Bajo esa premisa es que quizá pudiere existir dificultad en la utilización de técnicas de integración normativa, como es el caso de la supletoriedad de normas. La problemática se explica en el sentido que las normas así integradas lo hacen sin los ajustes que incorpora el juez y el jurista a través del proceso de construcción de principios jurídicos desde y hacia sectores contrapuestos que no comparten bases esenciales ni principios jurídicos entre sí⁸⁷. Esta es una manera de ver ésta situación.

Por otra parte, existe una corriente más o menos actual del Derecho Administrativo que busca conciliar estas normas para que éstas sean aplicadas de manera uniforme, tanto por la técnica de la hermenéutica legal, como por una interpretación más beneficiosa de la supletoriedad de normas.

En tal sentido, el conglomerado de normas que regula el Derecho Administrativo constituye una herramienta demasiado pesada como para que la Administración pueda actuar con eficacia. De ahí entonces que se explique la tendencia a una *huida hacia el Derecho Privado*⁸⁸ o de hacer compatibles las normas de ambos sectores.

De esta forma, también se observa una suerte de aceptación en la aplicación de normas de Derecho Público en relaciones jurídicas reguladas por el Derecho Privado. Así en el derecho mercantil se afirma la expansión del Derecho

⁸⁶ LEÓN H., citado por VIAL DEL RIO, *Op. Cit.*, p. 55.

⁸⁷ VERGARA BLANCO, *Op. Cit.*, p 110.

⁸⁸ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Editorial Civitas Ediciones, Madrid, 2004, p. 61.

Público por sobre el Derecho Privado, en circunstancias que esta rama del derecho ha sido considerada como parte integrante de esta categoría jurídica. A tal punto ha llegado esa expansión que, para algunos autores, es dable considerar la duda en cuanto a la continuidad de un Derecho Mercantil reducido a su pura dimensión privada⁸⁹.

Como es posible de observar, existiría un consenso en que perfectamente pueden convivir ambos sistemas jurídicos, ya no solo en materia de Derecho Administrativo y sus contratos administrativos, sino que además en distintas disciplinas pertenecientes a una u otra esfera. Lo anterior se basa en que no siempre el empleo por la Administración del Derecho Público y del Derecho Privado ocurre con una clara separación. Es posible la mezcla o entrecruzamiento de decisiones jurídico-administrativas y de otras jurídico-privadas en la base de una misma decisión administrativa⁹⁰. Quizá esta es la realidad donde debemos insertar a los contratos administrativos, ya sea de aquellos propiamente tales e inclusive de aquellos contratos privados que celebra la Administración.

En cuanto a los contratos administrativos lo antes señalado es una realidad innegable. Se muestra partidario de esto Dromi⁹¹, señalando que los vínculos jurídicos de la Administración son regidos por el Derecho Público y el Derecho Privado en mayor o menor grado, según los casos. En consecuencia, para el citado autor, la división entre contratos administrativos y contratos privados de la administración carece de sentido. De esta forma, la realidad muestra que en los acuerdos o vínculos contractuales de la Administración, no es posible establecer de modo terminante el límite donde deja de aplicarse el Derecho Público y donde comienza a regir el Derecho Privado. A su vez, podrán existir vínculos contractuales clásicos de Derecho Privado, en donde, de una u otra forma, el Derecho Público regula aspectos como establecimiento de plazos, precios, modo de cumplimiento de las prestaciones, prórroga de los mismos, etc. En este orden

⁸⁹ BROSETA PONT, MANUEL., “Tendencias Actuales del Derecho Mercantil”, en Soberanes, José., (coord.), *Tendencias Actuales del Derecho*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1994, p 180.

⁹⁰ MUÑOZ MACHADO, *Op. Cit.*, p. 66.

⁹¹ DROMI, *Op. Cit.*, p. 15-16.

de ideas es que resulta posible hacer algunas determinaciones acerca de que elementos del contrato de suministro son parte del Derecho Público y cuales son parte del Derecho Privado.

Tomando en consideración las notas expuestas, es que a continuación observaremos como opera ésta integración a la luz de la regulación existente y mediante la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia y de la Contraloría General de la República, a través de la distinción entre lo que respecta al proceso de formación del consentimiento del contrato, como así mismo a lo referido con la ejecución, término e interpretación del contrato.

Se hace presente que al existir un reducido número de fallos que versen sobre el contrato de suministro en sí mismo, se han traído a colación determinadas jurisprudencias que contienen elementos de aplicación directa a la temática del contrato en estudio, por lo que se enunciarán y se determinará como puede la decisión del Tribunal pertinente o del Órgano Contralor tener injerencia en la materia.

1. Formación del Consentimiento.

En lo que respecta a la formación del consentimiento dentro del contrato de suministro, nos encontramos con una realidad que vale aclarar, antes de entrar en el análisis directo de la sentencia que se comentará.

En efecto, el profesor Ricardo Concha⁹² dirá que 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, relevante para el derecho, se encuentra reglamentado en las normas del procedimiento administrativo de contratación. 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

⁹² CONCHA, RICARDO., *Nulidad del Contrato de la Administración, Aplicabilidad de las Reglas Civiles*, Editorial Legal Publishing, Chile, 2012, P 221.

capaz de producir un vicio de consentimiento, carece de relevancia para el derecho”. De este modo, se manifiesta la tipicidad normativa propia del campo administrativo, que trasciende al contrato, mediante el procedimiento administrativo que lo soporta.

El mencionado autor aseverará que el procedimiento de licitación es complejo, en cuanto procedimiento específico de formación de la voluntad administrativa, 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: La decisión de contratar, autorización del gasto⁹³, fijación de las bases administrativas y técnicas, convocatoria o llamado⁹⁴, recepción de propuestas, evaluación de las mismas y la adjudicación⁹⁵.

Posteriormente el profesor Concha señalará que destaca por su sustantividad la etapa de 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 contractual⁹⁶, acto de suma relevancia, pues la determinación del objeto del contrato se encuentra en las bases de licitación, administrativas y técnicas⁹⁷.

Realizados estos alcances que clarifican el hecho de que la preparación de la voluntad administrativa a la hora de celebrar un contrato de suministro es un proceso distinto a la formación de voluntad de un contrato civil cualquiera, es que

⁹³ Muestro discordancia en éste punto, tomando en consideración que el propio Reglamento de la LBCASyPS en su artículo 3°, establece que la autorización presupuestaria es un requisito previo a la adjudicación del procedimiento licitatorio de que se trate, pudiendo inclusive contar con dicha autorización en el mismo acto administrativo adjudicatorio, por lo que encasillar como etapa al cumplimiento de éste requisito, pareciera un exceso.

⁹⁴ Dicho llamado o convocatoria se realiza mediante la publicación de las bases en el portal Mercado Público, www.mercadopublico.cl.

⁹⁵ CONCHA, *Op. Cit.*, pág. 224-225.

⁹⁶ Sobre lo relativo a que la fijación de bases constituye el acto inicial del procedimiento de preparación de la voluntad administrativa, entendiéndolo que por fijación de bases lo constituye la dictación del acto administrativo aprobatorio de bases administrativas y técnicas, es que muestro mi disconformidad, toda vez que existen gestiones anteriores al nacimiento de la mencionada Resolución o Decreto, tales como las reuniones de coordinación entre las distintas contrapartes dentro del Organismo Público de que se trate, la etapa de redacción del pliego petitorio y la revisión jurídica del mismo, los cuales quedarán de lado bajo ésta premisa. Por lo tanto, en mi opinión, el procedimiento en análisis se inicia con la verificación de alguna solicitud de contratación que dé pie a la génesis de las gestiones ya indicadas.

⁹⁷ CONCHA, *Op. Cit.*, pág. 226.

nos adentraremos en ciertas jurisprudencias destacadas, que dicen relación con el Tribunal de Contratación Pública y con la Contraloría General de la República.

Es así que por parte del Tribunal de Contratación Pública es dable revisar los fallos Rol 24-2006 y 48-2007, los cuales muestran directrices que reafirman lo ya expuesto previamente en torno a las normas aplicables al proceso de formación del consentimiento en materia de contrato de suministro. A modo de ejemplo se señalan extractos de las sentencias citadas:

El fallo Rol 24-2006, resuelve la alegación vertida por Laboratorios D&M Pharma Ltda., en contra de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (CENABAST), sobre la cual en primera instancia dicho Organismo adjudica la Licitación Pública llevada al efecto a favor del demandante, pero que posteriormente revoca dicho acto, adjudicando a quien le seguía en segundo lugar dentro de la evaluación realizada. Para tales efectos, la demandante sostiene que dicho Organismo carecía de las facultades para revocar adjudicaciones ya efectuadas, argumentando que *“(...) la formación del consentimiento en el contrato de suministro se ha perfeccionado con la aceptación de la oferta por parte del destinatario conforme a lo preceptuado por el artículo 101 del Código de Comercio y por el punto IV 2 N° 1 de las bases administrativas de la licitación y siendo un contrato consensual su escrituración posterior es una solemnidad voluntaria y su publicación en la página web de Chilecompras sólo una medida de publicidad”*. Por su parte, CENABAST expone que el producto ofertado por la demandante no cumple con uno de los requisitos básicos exigidos en las bases administrativas, cual es, que el fármaco cuente con un registro sanitario vigente del Instituto de Salud Pública que habilitara su comercialización, por lo que era improcedente adjudicar la propuesta a la demandante.

Ante tal escenario, es que el Tribunal establece en su Considerando N° 14° *“(...) Que, según lo razonado, el actuar que se reprocha a la Comisión de Adquisiciones de CENABAST, encargada de analizar y adjudicar la propuesta en cuestión a un oferente distinto del demandante, manifestada en el acuerdo adoptado en la sesión ordinaria N° 1551, de 22 de febrero de 2006, no se originó*

por el mero capricho o la voluntad discrecional inmotivada por sus integrantes, sino que obedeció precisamente al respeto debido a lo preceptuado en las bases de la misma; lo que, naturalmente, excluye la posibilidad de atribuir a dicha conducta el calificativo de ilegal, ni menos a la decisión definitiva adoptada por el Director de CENABAST en la Resolución 249-308-353, si se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 10, inciso 3° de la Ley N° 19.886, precepto que contempla precisamente el principio de estricta sujeción a las bases con que deben realizarse los procedimientos administrativos de esta especie, y al cual deben ceñirse tanto los interesados como el organismo que convocó a la licitación.”

De este prisma entonces es que podemos razonar la preponderancia que el Tribunal entrega a las bases de licitación, tomando en cuenta la aplicación del principio de estricta sujeción a las bases, en desmedro de las normas de formación del consentimiento que imperan en el ordenamiento jurídico privado, toda vez que no se realiza un análisis dentro de lo que podría catalogarse la actuación de la sociedad demandante como un error de hecho que viciaría el consentimiento al cual las partes habrían llegado (con la dictación de la adjudicación respectiva), sino que por el contrario, se señala como argumento para dar por válida la actuación de CENABAST en orden a dejar sin efecto la adjudicación realizada, lo relativo al principio de estricta sujeción a las bases y el contenido del respectivo pliego petitorio, es decir, las normas de Derecho Público que rigen en ésta situación.

El fallo Rol 48-2007, resuelve la presentación realizada por Sociedad Editorial Mare Nostrum Ltda. en contra de la Subdirección de Bibliotecas Públicas, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM) sobre la cual se adjudica erróneamente la licitación de la especie a la demandante, en tanto existen dos oferentes que presentan razones sociales muy similares, por lo que se incurrió en un error tipográfico al adjudicar a la demandante, en circunstancias que correspondía adjudicar a una persona jurídica distinta de aquella. Es por esto que la demandante expone que “(...) *La formación del consentimiento se produjo con la aceptación de la oferta por parte del comprador – artículo 101 del Código de*

Comercio - que consta en el acto de apertura electrónica de la propuesta, toda vez que se trata de un tipo de adquisición múltiple, sin emisión automática de orden de compra.”

Para tales efectos, el Tribunal establece dos aspectos a saber: en primer lugar que la aceptación de ofertas dentro del procedimiento administrativo de licitación pública, constituye un acto trámite, más no un acto final que pueda ser recurrido y que genere derechos y obligaciones para ambas partes. En segundo lugar esgrime que frente a errores manifiestos que adolezcan los actos administrativos de aquellos que pueden ser subsanados, sin que en ellos recaigan en requisitos esenciales del procedimiento ni generen perjuicios, procede de conformidad a la Ley N° 19.880, que se rectifiquen dichos actos sin que esa actuación pueda ser calificada como de arbitraria o ilegal.

De todas formas y en lo más importante del fallo traído a colación es que el Tribunal en su considerando 14° establece lo siguiente: “(...) ***Que, por último, debe señalarse que a los contratos administrativos cuya licitación se encuentra regulada en la Ley 19.886 no se les aplican las reglas de formación del consentimiento contenidas en los artículo 96 y siguientes del Código de Comercio sino que la oferta y la aceptación de la misma se rigen por lo preceptuado en la misma Ley 19.886 y en la Ley 19.880.***”

Es este punto el que suscita una notoriedad importante, puesto que el propio Tribunal cierra la posibilidad de aplicar normas de Derecho Privado, que permitan resolver problemas de interpretación en situaciones donde quizá la integración del Derecho Administrativo con el Derecho Civil puedan remediar tales dificultades.

Tomando a colación la norma contenida en el artículo 1° de la LBCASyPS, la cual establece el régimen de supletoriedad de normas que regulan los contratos administrativos amparados en dicha normativa, es que podría estimarse que la aseveración del Tribunal carece de fundamento normativo. No correspondería a

éste el establecer límites los cuales no fueron previstos por el legislador al plasmar la norma positiva que rige la materia.

Con todo, es dable destacar a su vez que este fallo se encuadra con la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República, puesto que esta ha señalado que *“(...) cabe puntualizar que en el derecho privado, los contratos de compraventa de cosas muebles se perfeccionan y las obligaciones se hacen exigibles desde el momento de la formación del consentimiento de las partes sobre los elementos esenciales del contrato, pero ello es distinto en el ámbito del derecho público, porque la voluntad de la administración se manifiesta al dictar el correspondiente acto de autoridad que aprueba el convenio, instrumento que solo produce efectos válidos y hace exigibles las obligaciones y derechos que de él emanan, luego de la total tramitación del decreto o resolución que lo aprueba, ya que lo contrario vulnera el principio de irretroactividad de los actos administrativos.”*⁹⁸

A mayor abundamiento, el referido Órgano Contralor establece que *“(...) este Organismo ha sostenido que las bases de licitación constituyen la principal fuente de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los licitantes, de modo que una vez que aquellas son aprobadas, son obligatorias para todos quienes intervienen en el proceso”*.⁹⁹

De acuerdo a los criterios jurisprudenciales señalados y conforme lo dispuesto en el artículo 7°, letra a) de la LBCASyPS, en el cual se define a la licitación pública como el mecanismo de selección de propuestas (ofertas)¹⁰⁰, cabe concluir que las normas de Derecho Privado no tienen cabida, y que por lo tanto la integración no operaría. Lo anterior sin perjuicio de que no se comparta la tesis

⁹⁸ Dictamen N° 37221 de fecha 31 de octubre de 1994.

⁹⁹ Dictamen N° 32073 de fecha 24 de mayo de 2013.

¹⁰⁰ Artículo 7°.- Para efectos de esta ley se entenderá por:

a) Licitación o propuesta pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento.

jurisprudencial, amparado en la supletoriedad de normas a que hace alusión el propio artículo 1° de la LBCASyPS y en razón que a mi entender el mencionado artículo 7° tampoco excluye, por sí, la aplicación de normas de Derecho Privado.

En tal sentido parece válida la crítica efectuada por el profesor Concha en torno a evidenciar el problema que acarrea el establecer una escisión de estatutos jurídicos aplicables al contrato administrativo, en circunstancias que se debe promover la integración de normas ya sea como una forma de solución práctica a problemas de relevancia jurídica, como por expreso mandato del ordenamiento jurídico vigente, en tanto el artículo 1° de la LBCASyPS ofrece una posibilidad de integración permanente.

Otra crítica que se puede formular al criterio jurisprudencial evidenciado radica en que se está haciendo un corte en razón de la aplicabilidad de normas para el procedimiento de formación del consentimiento en los contratos que nacen de una licitación pública. Pero nada se ha desarrollado para aquellos contratos de suministro que nacen a raíz de un trato o contratación directa, siendo éste otro mecanismo de contratación, que si bien es excepcional, también tiene cabida dentro de las formas de contratación vislumbradas por la LBCASyPS.

Es importante destacar que dentro de un trato directo, si bien el artículo 52 del RLBCASyPS esgrime que las normas aplicables a la Licitación Pública y a la Licitación Privada (donde se entiende que habría que respetar el criterio jurisprudencial ya revisado) se aplicarán al trato o contratación directa, en todo aquello que atendida la naturaleza de éste mecanismo de compra sea procedente.

Tomando en consideración la naturaleza jurídica del trato o contratación directa, no por una cuestión de definiciones legales o jurisprudenciales, sino por el carácter ontológico de la institución, es que resulta impracticable el contemplar dentro de un proceso de formación de voluntad, el dar completo apego a los requisitos procedimentales exigidos a la licitación pública. A mayor abundamiento, esta aseveración recoge su fundamento en el propio artículo 2°, N° 31 del Reglamento de la LBCASyPS, en donde se define el trato o contratación directa

como el procedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación o Propuesta Pública y para la Privada. De lo transcrito podemos inmediatamente darnos cuenta que la definición que entrega el Reglamento de la LBCASyPS entra en contraposición con la aludida disposición del artículo 52 de dicho cuerpo normativo.

En este caso, donde no existe un procedimiento tipificado en alguna norma de carácter legal o reglamentaria, que establezca las formas de como perfeccionar la formación de la voluntad Estatal a la hora de celebrar un contrato que se encasille dentro de las causales que taxativamente ha contemplado el legislador para proceder a contratar directamente con algún sujeto de derecho, es que llama poderosamente la atención el cómo aplicar los criterios jurisprudenciales evidenciados. Hay que preguntarse entonces si dichos criterios ¿solo son aplicables a la licitación pública?, ¿podemos ahora, amparados en la norma del artículo 1° de la LBCASyPS, aplicar la supletoriedad en la formación del consentimiento respecto de tratos directos y regirnos por las normas del Código de Comercio y Código Civil sobre formación de voluntad?. El pasar a responder estas preguntas no es objeto del presente trabajo, pero al menos ya su enunciación puede dar pie a buscar respuestas en otros análisis que se realicen.

2. Ejecución y Término del Contrato de Suministro.

En las siguientes ideas, pasaremos revista a cierta jurisprudencia emanada de la Contraloría General de la República y de la Corte Suprema, la cual entrega algunos lineamientos a fin de si podemos hablar de aplicabilidad de estatutos jurídicos de la manera que lo enuncia el artículo 1° de la LBCASyPS.

Dentro de la ***ejecución del contrato de suministro*** podemos señalar jurisprudencia del Órgano Contralor tendiente a clarificar **la naturaleza jurídica de las multas.**

En primer término, el dictamen N° 4508 de fecha 22 de enero de 2013, resuelve la consulta enviada por las empresas Agrícola y Comercial Santa Cecilia S.A. y Raciocil Alimentos S.A., en torno a que dicho ente de control dictaminara la improcedencia de cursar multas pactadas en un Contrato de Suministro suscrito con la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB), toda vez que éstas se encontrarían prescritas, tomando en consideración que la LBCASyPS no establece la regulación de las multas contractuales, siendo entonces aplicable a ello el restante cuerpo de normas de Derecho Público, por lo que debiera aplicarse la prescripción de seis meses a las cuales hace alusión el Código Penal, en tanto considerar dichas multas como faltas.

Frente a éste requerimiento, el Órgano Contralor resolvió *“(…) es importante señalar que de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, el procedimiento de aplicación de multas fue establecido en las bases administrativas de la licitación pública, en virtud de las cuales la JUNAEB celebró posteriormente los contratos con las empresas recurrentes. En ese contexto, debe establecerse que la aplicación de las multas pactadas en los convenios por incumplimiento de las obligaciones de las partes, no constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, sino que corresponde a la mera ejecución de las estipulaciones de tales acuerdos de voluntades. De esta manera, cabe concluir que a la prescripción de las multas estipuladas en las bases de licitación y en los contratos de prestación de servicios, le son aplicables las disposiciones del Título XLII “De la Prescripción”, del Libro Cuarto “De las obligaciones en general y de los contratos”, del Código Civil”.*

En tal sentido también se muestra el dictamen N° 47611 de fecha 26 de julio de 2013, en donde reconoce que la LBCASyPS detenta la posibilidad de que la Administración contemple multas en la contratación de bienes y servicios, pero no la regula. Tomando esa premisa, es que aplicando el artículo 1° de la LBCASyPS, más adelante expresa que *“(…) la jurisprudencia administrativa ha reconocido que las estipulaciones contractuales que contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de*

cláusula penal, la que se encuentra definida por el Código Civil en su artículo 1.535 como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal, disposición que se aplica supletoriamente a las contrataciones regidas por la ley N° 19.886 según lo prevé su artículo 1° antes aludido”.

De acuerdo a lo expuesto, la regulación aplicable a las multas, vienen a ser por una parte, lo prescrito tanto en el artículo 11 de la LBCASyPS, el que permite ejecutar la garantía de fiel cumplimiento de contrato para el pago de las multas originadas que afecten al contratista; y en el artículo 68 RLBCASyPS que reproduce una situación similar a lo señalado en el citado artículo 11. Por otra parte, de manera más completa, la norma prescrita en el artículo 1535 del Código Civil, en tanto se reconoce a la multa dentro del contrato de suministro la naturaleza de cláusula penal.

En estos textos jurisprudenciales reproducidos podemos observar de qué manera el Órgano Contralor realiza la integración de normas, interpretando de manera correcta la naturaleza jurídica de las multas dentro de un contrato de suministro. Lo anterior ya que frente a un vacío legal que regule lo relativo a la naturaleza jurídica de las multas y dada la estructura del tantas veces citado artículo 1° de la LBCASyPS, es que permite la incorporación directa de elementos de Derecho Privado dentro del contrato en estudio. Esto es fiel reflejo de una realidad innegable en materia de contratación: si bien la naturaleza jurídica del contrato de suministro, como buen contrato administrativo, tiene el carácter de especial porque una de las partes contratantes es precisamente el Estado, eso no obsta de manera alguna a que se desconozca su esencia, cual es, un contrato que nace de un acuerdo de voluntades y que detenta en sí mismo elementos regidos por el Derecho Privado.

En lo que respecta **a la ejecución de buena fe de los contratos**, tanto la Corte Suprema y la Contraloría General de la República realizan aportes a la materia que es dable de señalar

Es así que el máximo Tribunal del país, mediante fallo Rol N° 5470 de 2012, dentro de los argumentos sostenidos para rechazar la pretensión de la sociedad Luxagua Ingeniería Ltda. dirigida en contra de la I. Municipalidad de Antofagasta, señaló en su considerando 10° lo siguiente: *“(...)Que sin perjuicio de que no se explica con la debida precisión de qué forma se vulneran tales disposiciones del Código Civil, no es posible advertir cómo han podido infringirse los principios de la obligatoriedad de la ley del contrato, su ejecución de buena fe y de la autonomía de la voluntad – principios también presentes en los contratos administrativos...”*

En el mismo sentido que el fallo citado anteriormente, el Órgano Contralor especifica un poco más de que se trata ésta ejecución de buena fe de los contratos administrativos, al expresar en dictamen N° 76649 de fecha 22 de noviembre de 2013, que *“(...)el desempeño de un servicio para la administración o la ejecución de las respectivas prestaciones por parte de un proveedor, lleva aparejado el pago del precio, de manera que si esto último no se verifica, se produciría un enriquecimiento sin causa a favor de aquella. A mayor abundamiento, el SSMO (Servicio de Salud Metropolitano Occidente), como órgano integrante de la Administración del Estado actúa en el marco del Estado de Derecho, y por lo tanto, se encuentra sujeto al principio de juridicidad, debiendo las decisiones que adopte como parte en los contratos que suscribe respetar el principio de buena fe, que en materia contractual consagra el artículo 1546 del Código Civil, aplicable en la especie, en virtud del cual las partes de un contrato deben tender a su correcto cumplimiento, ajustándose a un modelo de conducta tal que no cause daño a ninguna de ellas...”*

Tomando en consideración el texto de las jurisprudencias citadas en relación con la buena fe, es posible inferir que se entrega a los contratos administrativos una adecuada regulación en cuanto a la ejecución de los mismos, los cuales deben ser llevados a cabo bajo el amparo del principio de buena fe, que impera en el Derecho Privado, en específico, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 706 del Código Civil. De lo anterior, no es posible el establecer alguna diferencia que permita no aplicar este principio al contrato de suministro, por lo

que su alcance debiera quedar comprendido a su vez en ésta categoría de contrato administrativo. Nuevamente podemos observar que el Derecho Privado entra a jugar una parte importante dentro de los elementos del contrato de suministro.

Dentro de la ejecución del contrato, es dable referirse **al desajuste económico que puede provocar el cumplimiento de las obligaciones a las que asumen las partes dentro de la relación contractual administrativa**. En efecto, el órgano Contralor, por medio de dictamen N° 24866 de fecha 08 de abril de 2014, se refiere a la aplicabilidad de la denominada teoría de la imprevisión, como causal que busque restablecer el equilibrio económico en un contrato de suministro: *“(...) Por otra parte, y en lo que respecta a la causal esgrimida por la peticionaria para justificar modificaciones a los contratos, consistente en el supuesto interés público comprometido, y que en su concepto estaría vinculado a la teoría de la imprevisión, la que, según añade, se encontraría recogida por nuestro ordenamiento a través de otras instituciones, como el caso fortuito, procede manifestar que de acuerdo a los antecedentes tenidos a la vista, no se advierte la concurrencia justificada de algún evento de aquellos a que se refiere la requirente.*

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario tener presente que las circunstancias que invoca ese Servicio deben concurrir al momento de dictarse los respectivos actos administrativos aprobatorios de las modificaciones contractuales que pretende incorporar...”

Como es posible de observar, no cierra la puerta para invocar esa causal que permita dar pie al restablecimiento del equilibrio económico en un contrato de suministro, por la vía de la modificación de las condiciones pactadas (lo cual puede ser el inicio para alegar una infracción al principio de estricto apego a las bases), pero lo limita con determinados requisitos: que las circunstancias se hagan presente en los actos administrativos aprobatorios de las respectivas modificaciones y que sean debidamente fundamentados. No queda claro que fundamentos pueden ser apropiados para justificar la modificación de contrato por

el desajuste económico. En tal sentido, pareciera ser razonable que el interés público en orden a mantener un contrato con vida, por la satisfacción de necesidades públicas que conlleva su ejecución, podría argumentarse como motivo válido.

Recordemos que la teoría de la imprevisión se traduce en la existencia de circunstancias posteriores a la celebración del contrato, que no se previeron ni pudieron lógicamente preverse, pueden crear un estado de cosas que haga el cumplimiento extremadamente oneroso para el deudor o gravemente perjudicial para el acreedor¹⁰¹. Claramente la existencia de ésta figura doctrinaria emana de la existencia del Derecho Privado, sin que de todas formas se vislumbre norma jurídica que la sustente dentro del Código Civil. Al respecto cabe señalar que dicha institución tendría dos barreras importantes de superar: el principio de irrestricto apego a las bases y el principio de ley del contrato. En tal sentido, para que la teoría de la imprevisión tenga cabida en nuestro Derecho general (Público o Privado) haría falta un expreso texto legal¹⁰².

En materia de **daños y su indemnización**, la Corte Suprema, en fallo N° 3.310-2009, entrega importantes elementos acerca de la indemnización de perjuicios en un contrato administrativo de obras suscrito entre Ingeniería Civil Vicente S.A. y el Gobierno Regional de Magallanes, sobre el cual frente a los requisitos para que haya lugar a la indemnización de perjuicios, señala en su considerando duodécimo lo siguiente: *“(...) Que la doctrina ha exigido para que haya lugar a la indemnización de perjuicios, los siguientes requisitos: 1.- Infracción de la obligación; 2.- Perjuicio causado al acreedor; 3.- Relación de causalidad entre el incumplimiento y el perjuicio; 4.- Que se puede imputar culpa o dolo al deudor y 5.- Que el deudor haya sido constituido en mora...”*

En el mismo fallo, más adelante, se establece la forma de hacer extensible la obligación de indemnizar los daños causados por parte del Fisco, en atención a que las normas sobre el contrato de obras no regulan dicha situación y que las

¹⁰¹ MEZA BARROS, RAMÓN, *Op. Cit.*, p. 270.

¹⁰² *Ibid*, *Op. Cit.*, p. 274.

cláusulas del contrato respectivo tampoco lo hacen. Al respecto, la Corte razona: *“(...) Como no se establece expresamente cuál sería la sanción para el caso en que fuera el Organismo Estatal el incumplidor, ello no significa que esté exento de responsabilidad. Si el contratista se atrasa, debe indemnizar, si se aumenta el plazo de ejecución de la obra, el Estado debe indemnizar. Si en el tenor literal del contrato y la normativa aplicable, especialmente el Reglamento del Contrato de Obra Pública, no han previsto en forma expresa la situación producida, es necesario aplicar la norma establecida en el artículo 1560 del Código Civil que señala “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. ¿Cuál sería entonces la intención de las partes para el evento que haya mora del mandante en la recepción de las obras?. Al tenor de lo analizado, no cabe duda que debe indemnizarse todo incumplimiento, no sólo porque ha sido la intención de las partes sino que las normas de nuestro derecho contractual así lo establecen.*

En consecuencia, estamos frente a un incumplimiento contractual del Fisco que ha producido perjuicio al contratista, que debe ser indemnizado.”

Posteriormente, el fallo en análisis, razona en su considerando décimo quinto, sobre el fundamento legal que permite concluir la obligación del Estado de indemnizar cuando produzca un daño: *“(...)Que el artículo 6º de la Constitución Política dispone: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”, por su parte el artículo 7º dice: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de los integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”. El artículo 4º de la Ley 18. 575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado previene: “El Estado será responsable de los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que las hubiere ocasionado”.*

De manera que el Estado es responsable de los incumplimientos de sus órganos, cuando éstos han producido daño, en este caso, de su responsabilidad

contractual. Por su parte, el artículo 1553 del Código Civil, señala "Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 3ª. Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato."

Siguiendo con el análisis del fallo en estudio, posteriormente la Corte establece en su considerando décimo octavo las reglas para el cálculo de la indemnización que el Estado debe pagar al contratante privado: "(...) Que, para fijar el monto de la indemnización, el Tribunal tendrá presente: a) La multa fijada en el contrato para los atrasos del contratista. b) La indemnización señalada en el artículo 140 del RCOP cuando el órgano estatal aumente los plazos para las obras y c) El peritaje evacuado por la Perito Marcela Vásquez Alvarado a fs. 499, no objetado por la parte demandada."

Tomando en cuenta todos los argumentos dados por el máximo Tribunal del país a efectos de que el Estado también sea compelido a la obligación de indemnizar frente a los daños causados dentro de una relación contractual, es que se ve posible llevarlos al plano del contrato de suministro, tomando en consideración la misma realidad fáctica encontrada en el caso motivo del fallo cuyos apartados se transcribieron: omisión tanto de la LBCASyPS y de su Reglamento en orden a fijar indemnizaciones frente a daños producidos, así como también la misma omisión en los respectivos pliegos petitorios por carecer de fundamento legal que lo sostenga. Es del caso hacer presente que el RLBCASyPS establece en su artículo 78, la posibilidad de establecer cláusulas de indemnización y compensación para los casos especiales de terminación anticipada del contrato, lo cual no puede ser llevado al plano de las indemnizaciones por daños y perjuicios que ocasiona la Administración. En tal sentido, es posible vislumbrar que elementos del Derecho Privado, como del Derecho Público entran en juego a la hora de determinar la manera de cómo hacer posible que el Estado indemnice frente a un incumplimiento contractual.

Siguiendo este mismo tema, la Corte Suprema, por la vía del fallo N° 2525-2006 de fecha 05 de agosto de 2008, estableció que una peculiar arista que

permite indemnizar el lucro cesante dentro de un contrato administrativo de obras suscrito entre la empresa Probinco S.A. y la I. Municipalidad de Providencia, al cual se refiere el considerando décimo quinto: “(...) *Que para descartar la infracción a los artículos 19, 20 y 1556 del Código Civil, por ordenar los magistrados de la instancia la indemnización de \$150.000.000 por el daño a la propia imagen de la demandante o daño moral en sede contractual, con motivo de la terminación del contrato por la Municipalidad, corresponde señalar que ha sido la propia autoridad la que ha establecido una calificación de los contratistas para los efectos de las obras en las que pueden participar en su licitación y que al concluir sus obras debe efectuarse una ponderación de su trabajo que puede llevarle a distintas consecuencias, es así como en el Decreto Supremo antes aludido del Ministerio de Obras Públicas se ha dispuesto en su artículo 43º, que el contratista que no diere cumplimiento a su contrato, podrá ser suspendido del Registro General de Contratistas, por diferentes períodos, de lo que se sigue un perjuicio directo, puesto que incluso puede implicar la eliminación del Registro de Contratistas. Estas consecuencias constituyen más propiamente **rubros de lucro cesante**, al verse privado de las ganancias que razonablemente habría obtenido la actora por utilidades brutas en cinco años, **debido a su eliminación del Registro de Contratistas**, por la terminación anticipada del contrato por la Municipalidad demandada.”*

Lo interesante de éste fallo es que en materia de contrato de suministro, existe una realidad muy similar. En caso de existir un incumplimiento que origine la aplicación, por parte de la Administración, del término anticipado del contrato, éste lleva aparejado una sanción accesoria a la cual se hace alusión en el artículo 95 del RLBCASyPS, en cuya virtud se podrá suspender hasta por 2 años la inscripción en el Registro de Proveedores (ChileProveedores) en caso de incumplimiento contractual derivado de culpa o falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Dicha situación si se reitera en el tiempo, evidenciando otros incumplimientos con el mismo u otros Órganos de la Administración del Estado, puede conllevar la eliminación permanente del mencionado Registro, de conformidad a lo prescrito en el artículo 96 del

mencionado Reglamento. En ambos casos la entidad deberá informar a la Dirección de Compras y Contratación Pública (órgano encargado de administrar el mencionado Registro) para concretar la medida.

Como es posible de advertir, la aplicación de la terminación anticipada de un contrato de suministro, por incumplimiento de las obligaciones por parte del contratante privado, trae aparejado efectos análogos a los observados en el fallo citado, en la situación de que el término anticipado no se deba a incumplimientos culposos o de falta de diligencia. Lo anterior, puede ocasionar severos perjuicios a los contratistas que sean expulsados del Registro, toda vez que es cada vez mayor el número de Organismos Públicos que exigen en sus pliegos petitorios la inscripción en el Registro de Proveedores, como mecanismo de asegurar que los proveedores del Estado cuenten con las habilidades requeridas que la LBCASyPS establece¹⁰³.

Sobre este punto es que la materia queda abordada tanto por el Derecho Público, como por el Derecho Privado, lográndose la integración de normas a que hace alusión el artículo 1° de la LBCASyPS. Lo anterior tomando en consideración los supuestos que posibilitan demandar la indemnización de perjuicio en materia civil, reflejándolo dentro de las normas legales y reglamentarias que rigen al contrato administrativo que se señala en los fallos traídos a colación.

Pasando a otra esfera, cabe referirse al ***término del Contrato de Suministro***, siguiendo con la metodología de estudio, vale decir, como los Tribunales de Justicia han aplicado el término de la relación contractual tomando en consideración normas de Derecho Público y de Derecho Privado.

Es así que la Corte Suprema en fallo rol 3261-2012 conociendo de un recurso de casación impugnando la sentencia del juez de primer grado, el que conoció de un juicio ordinario sobre terminación anticipada de Contrato de ejecución de obra, amparado en la LBCASyPS, especificó en su considerando 3°, lo siguiente: “(...)Que sobre la base de tales presupuestos fácticos la juez de la

¹⁰³ Las habilidades para contratar se encuentran desarrolladas en el artículo 4° de la LBCASyPS.

causa dio por acreditada la existencia de un vínculo jurídico que une a las partes desde el momento en que se perfecciona, esto es, por el hecho de que la demandante hiciera entrega del proyecto definitivo de la obra que pretende realizar. Agrega que en las propias bases del concurso de estableció que el proyecto ganador pudiera no ser ejecutado por aplazarse la obra indefinidamente o más allá de un plazo razonable o bien por desistimiento del mandante, por lo que acreditada la entrega por parte de la artista del proyecto definitivo, no cabía más que aplicar la regulación previamente establecida para el caso concreto, la que se encuentra señalada según lo dispuesto en las Bases Especiales del Concurso. Por consiguiente, concluye que no resulta procedente pretender exigir el cumplimiento por naturaleza de la obra, por cuanto se trata de un caso de aplazamiento indefinido de la ejecución de la misma, situación que se encuentra expresamente prevista.”

Como es posible observar, la conclusión a que se arriba en la parte reproducida, no hace otra cosa que reafirmar la existencia del principio de estricto apego a lo predispuesto en las bases del proceso que rigieron el concurso para sostener la terminación del contrato como se verá a continuación.

Considerando cuarto: “(...) Que de los términos expuestos solo es posible concluir que los jueces del fondo han aplicado de manera correcta la preceptiva que rige el caso. En efecto, la atribución de poner término al contrato, antes de su ejecución, por la sola voluntad de la Administración, invocando o no causal de interés público, **se encontraba expresamente contemplada en las bases de licitación, de manera tal que vale como una estipulación contractual.** En este sentido es pertinente señalar: “Las bases de licitación constituyen un cuerpo más o menos complejo de normas a las que deben sujetarse todos los licitantes y oferentes y que constituye a un mismo tiempo un acto administrativo, un cuerpo normativo y el contenido de un contrato: se trata, en definitiva, de un conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el ente administrativo licitante, que se especifican o formulan: (i) el o los objetos de las obligaciones que emanan del contrato: el suministro, obra o servicio que se licita, que requiere estar debida y

circunstanciadamente descritos en sus aspectos esenciales; (ii) una relación jurídica: las pautas y deberes de comportamiento que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y contratantes; y (iii) el procedimiento: mecanismo procedimental a seguir en la preparación, adjudicación, perfeccionamiento, ejecución y terminación del contrato” (...) “Este pliego de condiciones, constituido por las bases administrativas y las especificaciones técnicas, conforman el estatuto jurídico y técnico del contrato y sus formalidades y es allí donde deben cumplirse todos los presupuestos que hacen jurídicamente posible y válida la manifestación de voluntad contractual posterior” (...) “Dadas las características y especificidades que se contienen en las bases de licitación se las tienen como la verdadera ley del contrato, por cuanto en ellas se manifiestan las estipulaciones contractuales y se establecen cláusulas que son fuente principal de derechos y obligaciones tanto de los intervinientes en la licitación como de las partes en la contratación” (En la obra Contratación Administrativa, Claudio Moraga Klenner, paginas 163-165, Editorial Jurídica de Chile).

En esas circunstancias no es jurídicamente posible de sostener que el demandante pueda solicitar el cumplimiento forzado de su propia obligación contractual –ejecutar la obra licitada- por cuanto el contrato administrativo de autos había terminado antes de su ejecución conforme a sus cláusulas y estipulaciones. Contrariamente a lo afirmado por el recurrente, la voluntad común de los contratantes aparece establecida de la sola lectura de la cláusula en cuestión, de manera que aceptar el planteamiento del recurrente importaría desvirtuar el contrato. En efecto, en la especie los interesados formularon consultas y pidieron aclaraciones al texto, sentido y alcance de las bases de licitación, cuyas respuestas pasaron a formar parte integrante de las mismas, quedando incorporada en su contenido aquella cláusula que facultaba a la Administración para poner término al contrato antes de su ejecución y que obligaba a pagar un monto indemnizatorio previamente determinado.”

Dentro del análisis que podemos realizar del fallo traído a colación se puede observar que se trata de la aplicación del principio de irrestricto apego a las bases,

de corte elementalmente de Derecho Público, lo que llevó al sentenciador a resolver de esa manera. Lo anterior, es sin perjuicio de que puede darse a ese principio la similitud de lo que en materia de Derecho Privado se conoce al principio de ley del contrato. Recordemos que la existencia del principio de irrestricto apego a las bases tiene consagración en el artículo 10 de la LBCASyPS, como asimismo el principio de ley del contrato tiene cabida en el artículo 1.545 del Código Civil.

A mayor abundamiento, el Órgano Contralor mediante dictamen N° 15982 de fecha 23 de mayo de 1997, señala que *“(...) devuelve resolución de la Dirección General de Obras Públicas que modifica resolución 583/96 de esa Dirección General. Ello, porque la no aplicación de clausula especial de las bases administrativas que rigen el contrato a que se refiere, importaría vulnerar uno de los principios fundamentales de toda propuesta, cual es la de estricta sujeción a las bases, además de infringirse también el artículo 1545 del Código Civil, que establece que todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes contratantes, salvo las excepciones que indica que no ocurren en este caso. Por otra parte, las propias bases que se pretende modificar señalan que ante cualquier "ambigüedad" entre el reglamento y estas, como ocurre en esta situación priman las bases, lo cual desvirtúa el fundamento de la modificación que se pretende.”*

Con respecto a las facultades entregadas a la Administración de poner término a los contratos de manera unilateral, es que de parte de dicho organismo ha existido una nueva interpretación que viene a morigerar los efectos de la potestad traída a colación, velando quizá por la existencia de un equilibrio contractual de las partes, lo cual va en directa relación con equiparar los efectos del contrato administrativo a un contrato regido por el Derecho Privado.

En tal sentido se muestra el dictamen N° 16917 de fecha 15 de marzo de 2013, donde en la revisión realizada a unas bases de licitación, con ocasión del trámite de Toma de Razón, se esgrimió que *“(...)7.-No resulta procedente que en el segundo párrafo del numeral 7 del título XII, el servicio se reserve el derecho de objetar a los subcontratistas propuestos **sin necesidad de expresión de causa,***

ya que ello **vulnera el principio de fundamentación de los actos de la Administración** consagrado en el artículo 13° de la ley N°18.575 (aplica criterio contenido en el dictamen N° 23.235, de 2007).”

Sobre lo ya señalado, el referido dictamen por su parte esgrime “(...) En relación a la letra m) del numeral 14 del título XII, no procede que se establezca que cualquier incumplimiento a las obligaciones del contrato pueda dar origen a su término anticipado, **pues ello es impreciso y resulta contrario a la seguridad jurídica**, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia administrativa, entre otros, en los dictámenes N°s 59.946 y 72.839, ambos de 2010.”

De lo acá reproducido cabe señalar que sin perjuicio de que la Administración haga efectiva las prerrogativas a que se hace alusión en el artículo 77 del RLBCASyPS, quedando por lo demás regido por normas de Derecho Público, ello debe ejercerlo con los límites que imperan dentro de su propio ordenamiento jurídico.

Otro fallo que entrega elementos que destacan dentro del análisis que se está realizando, lo constituye el fallo Rol N° 2708-2011, en donde se acepta, por parte de la Corte Suprema, la estipulación de pactos comisorios en un contrato de suministro: “(...) *Décimo Tercero: Que en cuanto a la alegación consistente en que se encuentra vedado a la demandada ejercer la antedicha atribución, pues ella sería privativa de los tribunales de justicia, es del caso que existe acuerdo en la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que los particulares sí pueden hacer uso de ella, como se desprende, a modo de ejemplo, de lo dicho por don René Abeliuk Manasevich (Las obligaciones, Tomo I, Quinta edición actualizada, Editorial Jurídica, 2008), quien al referirse al pacto comisorio, en la página 524, manifiesta que: “Lo que caracteriza al pacto comisorio calificado es esta estipulación de resolución ipso facto, en que ya las partes pretenden alterar los efectos normales de ella. Naturalmente que no es necesario utilizar esta frase o expresión, sino cualquiera equivalente: sin necesidad de juicio, de pleno derecho, inmediatamente, etc.” A su vez, en la página 526 añade, al abordar el pacto comisorio calificado relativo a casos diversos del artículo 1879 del Código Civil,*

que: “Puede estipularse la resolución ipso facto en cualquier contrato, y aun en la misma compraventa en otras obligaciones que no sean del pago del precio, y para ello puede utilizarse cualquier expresión. Basta con que quede claramente establecido que no es necesaria la intervención judicial”; y más adelante que: “La estipulación de las partes debe respetarse, y, en consecuencia, la resolución se produce de pleno derecho, tal como ellas lo han querido y por el solo hecho del incumplimiento; la sentencia judicial se limitará a constatar la resolución ya producida”.

De acuerdo al fallo expuesto, el comentario que se puede realizar va de la mano con el reconocimiento en sede jurisdiccional de una institución que es netamente aplicable al Derecho Civil y que la variación en el tiempo, en cuanto a la aplicabilidad del pacto comisorio en otros contratos que no sea la compraventa, ha dado pie para que la Corte de Casación permita esos pactos dentro del contrato de suministro. Esto último, entendiendo además la naturaleza jurídica civil que presenta el contrato de suministro, el cual obedece claramente a una compraventa de cosas muebles, tal cual queda en evidencia de acuerdo al concepto entregado por la LCASyPS¹⁰⁴. Recordemos en tal sentido que el pacto comisorio es la condición de no cumplirse por una de las partes lo pactado expresamente estipulada¹⁰⁵ y cuyo reconocimiento el Código Civil lo trata en relación con el contrato de compraventa en el artículo 1.877.

Finalmente, en relación con la declaración de nulidad y las indemnizaciones respectivas, es dable citar el fallo Rol N° 127-2013 del Tribunal de Contratación Pública sobre el cual al fallar sobre la invalidación del acto administrativo adjudicatorio dentro de un proceso de licitación, señaló lo siguiente: “(...) Que, si

¹⁰⁴ Artículo 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.

Se comprenderán dentro del concepto de contrato de suministro, entre otros, los siguientes contratos:

- a) La adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión de derecho de uso de estos últimos. No obstante lo expresado, la adquisición de programas de computación a medida se considerará contratos de servicios;
- b) Los de mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o arrendamiento, y
- c) Los de fabricación, por lo que las cosas que hayan de ser entregadas por el contratista deben ser elaboradas con arreglo a las características fijadas previamente por la Administración, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales.

¹⁰⁵ MEZA BARROS, RAMÓN, *Op. Cit.*, p. 93.

por motivos de orden legal o reglamentario, no se pudiere llevar a efecto lo dispuesto en lo resolutive de esta sentencia, se reconoce al actor el derecho a demandar en las sedes correspondientes las indemnizaciones civiles y acciones disciplinarias, a que hubiere lugar”

El fallo en análisis entrega acciones indemnizatorias para aquel oferente que haya sido perjudicado con la actuación de la Administración, en cuanto a rechazar la oferta de manera ilegal o arbitraria, lo que conlleva a reconocerle la posibilidad de que los perjuicios sean resarcidos en sede ordinaria. De ahí entonces que el beneficiario con ésta resolución deberá acreditar dentro del juicio en sede Civil, todos los requisitos que el Derecho Privado establece para demandar la indemnización de perjuicios y el monto de los mismos. La situación es clara, queda todo dentro del ámbito del Derecho Privado.

Siguiendo en el análisis del último fallo citado, existe una nueva problemática en relación con que el Tribunal de Contratación Pública mantiene la validez del contrato que la Administración celebre con terceros, los cuales tienen el convencimiento de que el procedimiento de formación de voluntad estatal se encuentra exento de vicios de legalidad o arbitrariedades de por medio. Pero lo que ocurre en ese caso es que la celebración del contrato se obtuvo con la existencia de vicios los cuales hacen restar eficacia en su celebración.

Ante tal situación, existe una interesante teoría planteada por el profesor Ricardo Concha, la cual traeremos a colación.

En relación a la nulidad como causal de ineficacia jurídica de los Contratos Administrativos, el profesor Concha señala que 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 de 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 de las condiciones necesarias y conjuntamente suficientes de validez del contrato de la Administración. 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 institución¹⁰⁶.

En este contexto, es que el mencionado autor establece, 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, plantea que el problema aún queda pendiente para lo que denomina la “zona común” a los contratos privados y administrativos, esto es, el procedimiento administrativo contractual de formación de la decisión de contratar, lo cual es precisamente aquella parte que afecta a la decisión del caso propuesto anteriormente, toda vez que el vicio que afecta la validez del contrato se produce directamente en las bases del proceso licitatorio al no contemplar un requisito mínimo que todo oferente debía tener presente al momento de realizar sus ofertas.

Posteriormente el citado autor, para clarificar la forma de cómo abordar la problemática de la nulidad del contrato de suministro, señalará que en abstracto, para que sea posible hablar de consecuencias de los vicios de procedimiento se requiere de un vicio de procedimiento, cuya calificación corresponde exclusivamente al Derecho Administrativo; 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; en caso de tratarse de un vicio invalidante, corresponde determinar sus consecuencias en el contrato, y si se trataba de un acto trámite o de un acto final, como es el caso de la adjudicación, cuestión que nuevamente le corresponde al Derecho Administrativo;

¹⁰⁶ CONCHA, *Op. Cit.*, p 188-189.

y finalmente revisar la trascendencia del vicio del contrato, aspecto que el Derecho Administrativo no regula y que en opinión del citado autor sería aplicable el Código Civil¹⁰⁷.

Al respecto, el autor traído a colación, identifica los escenarios que se pueden presentar en relación con los vicios de procedimiento identificados: 1.- Ser vicios de forma no invalidante de la actuación. 2.- Vicio de forma invalidante de la actuación. 3.- Vicio de forma invalidante que anula otros actos trámites. 4.- Vicio de forma invalidante (actuación viciada) independiente de otros actos trámite. 5.- Además, la actuación viciada puede anular parcialmente el acto final, como anular totalmente el acto final. Bajo estas premisas es que construirá su teoría de nulidad única para los contratos administrativos.

Es así que el citado autor señalará que, por criterios pragmáticos, existe una correlación entre el hecho de la celebración del contrato y la resolución de dicho tribunal, para poder identificar si es posible hablar de vicios o no. 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. 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 produciendo efectos. Posteriormente, este argumento evoluciona, y jurídicamente se fundamenta sobre la base de los derechos adquiridos del contratante privado. En este orden de pronunciamientos, a entender del autor, 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 viciado¹⁰⁸.

De acuerdo a la solución planteada por el profesor Concha, y retrotrayéndonos al caso en estudio, la solución va de la mano con la declaración

¹⁰⁷ Ibid, *Op. Cit.*, p 234.

¹⁰⁸ CONCHA, *Op. Cit.*, p 250.

de nulidad del contrato, amparándonos bajo las normas del Derecho Privado para su obtención. Lo anterior deja de lado la actual tendencia del Tribunal de Contratación Pública, en el sentido de atacar el acto administrativo terminal del procedimiento licitatorio, sin inmiscuirse en si ya las prestaciones del contrato celebrado como consecuencia de ese procedimiento se encuentran cumplidas o no. Tomando la solución propuesta, en caso de haberse cumplido éstas, las reglas aplicables son las de la nulidad del Derecho Civil, con todo lo que ello trae consigo. Esto último es sin lugar a dudas, una nueva tendencia que debemos mirar con más detenimiento, ya que se aparta de las tendencias jurisprudenciales existentes y de la doctrina actual del Derecho Administrativo, en el sentido de sancionar la inobservancia de algún requisito dentro del procedimiento licitatorio de que se trate, con la nulidad de Derecho Público¹⁰⁹.

3. Interpretación del Contrato de Suministro.

En este último punto abordaremos aquellos fallos relevantes de nuestros Tribunales de Justicia, que nos entregan elementos de aplicación directa para determinar que reglas de interpretación existen frente a la existencia de un contrato de suministro.

Es así que la Corte Suprema, mediante fallo Rol N° 5940-2012, en primera línea, señaló a propósito de determinar el sentido y alcance de un contrato de suministro, en su considerando Sexto, lo siguiente: *“(...) Que comenzando con el estudio del recurso se debe señalar que efectivamente el artículo 1° de la Ley N° 19.886 establece la aplicación supletoria de las normas de Derecho Público y, en defecto de aquellas las de Derecho Privado, a los contratos que celebre la Administración, dentro de los cuales está el contrato de suministro que ha originado la controversia que motiva el presente arbitrio. En efecto, todo contrato administrativo se rige por sus estipulaciones, por las normas legales y reglamentarias que lo regulan, por las bases de licitación, por la oferta adjudicada*

¹⁰⁹ SOTO KLOSS, *Op. Cit.*, p. 449.

y por las demás prescripciones técnicas. “En otras palabras, cada parte deberá cumplir sus obligaciones en la forma contraída y deberá estarse a lo pactado, sin que le sea posible eximirse de dicho cumplimiento, sino en las circunstancias especialmente previstas en el mismo contrato o en la ley” (Contratación Administrativa, Claudio Moraga Klenner, Editorial Jurídica de Chile, p. 202).”

Dado lo expuesto, la Corte entrega el primer marco jurídico integrante de los contratos administrativos, para efectos de determinar el sentido y alcance de las estipulaciones allí contenidas. Ha de esperarse que la enunciación señalada por nuestro máximo Tribunal no haya sido en un orden excluyente uno de otro, porque en ese sentido, el primero revisar las normas legales y reglamentarias a las bases de licitación no pareciera lo más adecuado.

Posteriormente dicho fallo seguirá ahondando en la materia, de acuerdo a lo que expone su considerando Décimo: *“(...) Que en este contexto, el objetivo de la labor interpretativa de los actos y contratos radica en conocer los puntos en que ha confluído la intención de los contratantes, la voluntad que han expresado al celebrar el acto o convención de que se trata, aquello en lo que han consentido, uniéndolos y determinándolos a contratar. En función de guiar al intérprete en su labor, el legislador le ha entregado diversas reglas, directrices que se contienen, fundamentalmente, en los artículos 1.560 a 1.566 del Código Civil, las que –con excepción de la establecida en el último artículo mencionado- no obedecen a un orden de prelación, sino que serán más o menos relevantes según la incidencia que tengan en la determinación de la intención de las partes, siempre considerando las circunstancias que hayan integrado el iter contractual.”*

Más adelante el citado fallo dirá: *“(...) La simple lectura de las cláusulas y estipulaciones que rigen el contrato de suministro en cuestión evidencian que –en lo que se refiere al plazo de entrega de las especies- es al menos confuso. De modo que para establecer el verdadero sentido y alcance de las disposiciones que lo regulan se debe acudir a los elementos que nuestro legislador ha contemplado para la interpretación de los contratos, los que se contemplan en los artículos 1.560 a 1.566 del Código Civil, no estableciéndose –como se señaló en el*

considerando décimo- entre ellos orden de precedencia alguno, salvo en el caso del artículo 1.566, única regla que tiene el carácter de supletoria a las anteriores.”

Como podemos observar, la Corte Suprema a la hora de interpretar el sentido y alcance de un contrato administrativo de suministro, se ha apegado absolutamente a lo prescrito en el artículo 1° de la LBCASyPS, en tanto primero razona el marco interpretativo del núcleo de Derecho Público (bases administrativas, normas legales vigentes, normas técnicas, etc.) para posteriormente y en lo no contemplado dentro del marco regulatorio ya señalado, invocar las normas de interpretación contempladas en nuestro Código Civil.

Es importante hacer presente que el primer fallo analizado dentro de éste apartado muestra el marco genérico a aplicar en caso de ejercer la labor interpretativa en un contrato de suministro, para lo cual aterrizaremos más la temática en el principio de ley del contrato, aspecto a considerar, toda vez que dicho principio es uno de los pilares fundamentales del Derecho Civil, el cual podría de una forma u otra entroncar con el Derecho Público, sobre todo en lo relativo al uso por parte de la Administración de las denominadas potestades exorbitantes. En tal sentido podría señalarse que en ésta materia tiene mayor preponderancia el principio de irrestricto apego a las bases (las cuales pueden contener o no esa posibilidad) en desmedro del señalado principio del Derecho Privado.

Es así que la Corte de Apelaciones, a través del fallo Rol N° 810-2009, busca aclarar este panorama al señalar en su Considerando 9° lo siguiente: “(...) *Que sin perjuicio de lo expresado por la juez a quo en los motivos 23°, 24°, 25° y 26° de la sentencia recurrida, debe decirse que por más características propias que tengan los contratos administrativos, características que se traducen en prerrogativas especiales a favor de la Administración Pública, no por eso dejan de ser acuerdos entre los contratantes, y en este sentido continúan siendo la ley de las partes, el estatuto regulatorio de sus relaciones jurídicas, que están ambas obligadas a respetar, no obstante la existencia de cláusulas exorbitantes del derecho común, pues por el hecho de haber participado en el procedimiento de*

adjudicación y haber suscrito los respectivos contratos han sido libremente aceptadas por el particular o administrado. Además, cláusulas de ese carácter, normales en esos contratos, se fundan y justifican en el interés público que éstos están destinados a satisfacer.”

De acuerdo a lo observado en la última sentencia traída a colación, es que hace una aplicación homogénea, tanto del artículo 1.545 como del uso de las potestades exorbitantes que detenta la Administración. Se concluye que el criterio quizá a utilizar va de la mano con que para el uso de cada potestad exorbitante, ésta debe estar tipificada dentro del contrato celebrado o del marco regulatorio que lo gobierna, de acuerdo al fallo anterior de la Corte Suprema.

En síntesis, buscan los Tribunales la correcta correspondencia entre el principio de irrestricto apego a las bases con el principio de ley del contrato. Buscan la armonía entre las normas del Derecho Privado, con las normas del Derecho Público.

Conclusiones.

Las conclusiones a las que arriba con la investigación realizada, van de la mano con buscar las respuestas a tres preguntas que debemos formularnos: ¿Se pueden enmarcar algunas instituciones del Derecho Privado dentro de la aplicación real de la Ley N° 19.886?, ¿Qué elementos del Derecho Civil pueden subsistir libremente dentro de un contrato de suministro?, ¿Es posible hablar de supletoriedad de normas del Derecho Privado en el ámbito del Derecho Público?.

1. *¿Se pueden enmarcar algunas instituciones del Derecho Privado dentro de la aplicación real de la Ley N° 19.886?*

Como lo hemos podido observar dentro de éste trabajo, el establecer la convivencia dentro de un contrato administrativo, en relación con estatutos jurídicos tan disímiles, parece ser una tarea de imposible realización. Lo anterior, tomando en consideración lo ya visto a propósito de los estatutos de Derecho Público y Derecho Privado, donde se clarificó el lugar a que pertenece cada realidad y sobre el cual existen elementos muy exiguos de comunicación entre ambos. Al respecto, la mayor parte de la doctrina sigue insistiendo en trabajar para lograr una integración más o menos eficiente entre ambos sistemas, pero aún no logro percibir claramente cuáles podrían ser las reglas comunes que permitan la coexistencia de ambos estatutos dentro de un mismo acto jurídico.

En la finalización de éste trabajo aún me quedan numerosas dudas por resolver en ese punto. Quizá, la realidad española es mucho más fácil de entender y de afrontar, en tanto la legislación existente es un cuerpo normativo responsable, que se hace cargo de todos estos bemoles a los cuales debemos enfrentarnos para tratar de trabajar de buscar una solución, que quizá tenga una vía clarificadora y esperanzadora, pero que en la puesta en marcha se sigue chocando con ese muro. Nuestra legislación en la materia contiene regulaciones, pero incompletas.

La pregunta formulada la podemos responder a la luz de los fallos analizados, en los cuales podemos establecer que la mayor parte de las normas de formación del consentimiento de los contratos civiles queda de lado, para respetar de forma tajante las normas procedimentales de formación de voluntad estatal señaladas en la LBCASyPS. Sobre esto, a su vez, el profesor Ricardo Concha argumenta en el sentido de buscar la forma en que la nulidad del Derecho Civil se aplique a los contratos de suministro, construyéndola a través de vicios en este procedimiento de voluntad estatal. Si bien esta construcción realizada por el señalado profesor, pareciera ser un intento inteligente de dar cabida a ésta integración entre los sistemas público y privado, no hace otra cosa que dejar en claro la merma legal existente, sobre el cual se muestran trabajos que permitan dar solución a éste problema irresoluto.

Como podemos observar, falta integración entre estos estatutos jurídicos, tomando en consideración el proceso de formación del consentimiento del contrato. Es así porque los Tribunales entienden la aplicación de normas públicas en una realidad en que perfectamente aún existen vacíos y en donde podrían entrar normas civiles. Me explico. En una determinada oferta de un proveedor que participa dentro de un procedimiento de licitación pública, ésta podría encontrarse afecta a un particular vicio del consentimiento que comprende un acto jurídico: error, fuerza o dolo. En ese contexto, la solución va a estar dada por si el pliego de condiciones estableció las formas de desestimar la oferta frente a errores producidos, al cobro de garantías en relación con ofertas dolosas o de alguna otra forma similar. Pero, ¿porqué no pensar en que las ofertas realizadas por participantes dentro de una licitación puedan estar afectas a vicios del consentimiento, de tal manera que el contrato que nazca con esos vicios adolezca de nulidad relativa y así sea declarado posteriormente?. ¿Por qué no podemos pensar en que un contrato de suministro sea suscrito por un relativamente incapaz, donde la Administración tuvo falencias inexcusables de parte de sus funcionarios, en el cual no se percataron que contrataban con un mayor de edad?. Esta última pregunta, pareciera ser irrisoria tratándose de procesos licitatorios, en el que existen actos complejos que ameritan un análisis más acabado. Pero ¿y

qué tal de los contratos directos, situación en que aceptada una oferta de un proveedor y verificada la causal legal que autorice la contratación, quedaría más o menos perfeccionado el consentimiento de dicho contrato?.

Como podemos observar, siguen existiendo nuevos cuestionamientos que surgen de la interpretación entregada por los Tribunales.

En relación con otras instituciones revisadas dentro de la jurisprudencia emitida tanto por la Contraloría General, como por parte de los Tribunales; queda clara la aplicación de determinadas instituciones del Derecho Civil, pero en algunos casos con restricciones dadas por la regulación pública. Lo anterior, tomando en cuenta la existencia de multas (cláusulas penales) y pactos comisorios (terminación anticipada del contrato).

Quizá donde sí se pudo observar mayor integración, fue en las normas de interpretación de los contratos. Esto porque sería imposible de no aplicarlas, tomando en cuenta que el contrato de suministro es también un contrato, institución cuyo nacimiento deviene del Derecho Civil.

2. ¿Qué elementos del Derecho Civil pueden subsistir libremente dentro de un contrato de suministro?

De todos aquellos elementos observados dentro de la jurisprudencia recabada a la hora de confeccionar ésta investigación, los que más trascendencia presentan y que reúnen la característica de ser eminentemente encasillados dentro del Derecho Civil, para que sean parte del contrato de suministro, es, sin lugar a dudas, las normas de interpretación de los contratos. A su vez analizamos dentro de los elementos entregados por jurisprudencia de otros contratos administrativos que perfectamente estos pueden ser parte del contrato de suministro, a saber: aplicación del principio de buena fe contractual y los criterios para la indemnización de perjuicios a la parte privada frente a daños provocados por la Administración.

En cuanto a las normas de interpretación de contratos, de acuerdo a criterios jurisprudenciales ya revisados, pareciera ser un poco complejo de aplicar, tomando en consideración que lo que determina realmente el sentido y alcance de un contrato de suministro, va a estar dado por las bases de la respectiva licitación. De todas formas habría que mirar en ese sentido a la hora de establecer un estándar de interpretación en las cláusulas estipuladas en los contratos. Lo anterior se refuerza en cuanto a que gran parte de la doctrina estaría conteste en señalar que los contratos administrativos son verdaderos contratos de adhesión.

Por de pronto, el establecer como criterio el de la aplicación de las normas de interpretación de contratos del Código Civil al contrato de suministro, puede traer como consecuencia el abrir los efectos de estos a la hora de regular situaciones complejas que pudieren suscitarse. En efecto, hemos podido revisar jurisprudencia que da cabida a la posibilidad de que sea la Administración la encargada de indemnizar perjuicios originados en la ejecución de un contrato administrativo, haciendo solo un ejercicio de aplicación de normas interpretativas.

3. *¿Es posible hablar de supletoriedad de normas del Derecho Privado en el ámbito del contrato de suministro?*

En relación con esta pregunta, las conclusiones a las que se puede arribar es que la supletoriedad está inserta, de una manera u otra, en nuestra actividad jurisprudencial.

En tal sentido podemos observar la aplicación de determinadas instituciones civiles frente a vacíos normativos de la regulación específica del contrato de suministro.

El punto en sí es determinar si existen áreas de convivencia para la aplicación de normas civiles, frente a vacíos normativos, donde se deba emplear la técnica de la supletoriedad a la que se hace alusión en el artículo 1° de la LBCASyPS.

Tal como hemos podido evidenciar, esas áreas de convivencia no existen. Más bien, lo que se hace es dejar al arbitrio del sentenciador o dictaminador, que es lo que más cree en relación a la aplicación de la supletoriedad en cada caso. Me explico en forma más específica. Para el caso de la formación del consentimiento, el estándar de supletoriedad es nulo, esgrimiendo como justificación, que la regulación existente es suficiente para llenar todos los campos en cuanto a la concurrencia de la voluntad estatal. Pero como ya hemos concluido más arriba ello no es así. Ahora, en otros casos, como por ejemplo las normas de interpretación del contrato y determinadas instituciones ligadas con la ejecución del contrato hacen creer que si existe una supletoriedad.

Personalmente, me parece que el dejar al arbitrio de quién dirime una determinada controversia, el establecimiento de si se aplica la supletoriedad para unos casos y para otros no, constituye per se un error.

De ahí entonces que finalmente estamos en condiciones de establecer que la supletoriedad del artículo 1° de la LBCASyPS se da en forma parcial, ya que para determinadas instituciones reguladoras del contrato de suministro no se aplica, pero para otras sí. Como se ha señalado, no existiría supletoriedad en lo que respecta al proceso de formación del consentimiento. En lo que respecta a las normas de ejecución y término del contrato, y en las normas interpretadoras del mismo se daría esta supletoriedad, limitada en algunos casos al reconocimiento ex ante que se realiza a las potestades exorbitantes de la Administración.

Palabras Finales.

Quisiera aprovechar éste espacio para esbozar algunas proposiciones en relación con la temática en estudio, las cuales dicen relación con ideales esbozados, que tienen por objetivo, frenar la discrecionalidad que pudiere existir en la aplicación del Derecho Privado, dentro de la actividad contractual de la Administración:

- a. Establecer una ley general, a la manera que detenta la legislación española, que regule de forma específica la totalidad de contratos administrativos que puedan existir, llegando a incluir aquellos contratos civiles que celebra la Administración.
- b. Que en dicha legislación se termine con la aplicación residual de instituciones del Derecho Privado, desconociendo la innegable realidad jurídica del contrato administrativo, pasando a establecer en dicho cuerpo normativo instituciones propias del Código Civil, constituyéndose éste un cuerpo legal completo, lo cual permitirá disminuir la discrecionalidad en las decisiones jurisdiccionales.
- c. Establecer un Tribunal Contencioso Administrativo especial para conocer no solo de la etapa de preparación de la voluntad contractual de la Administración, competencia que recae actualmente en el Tribunal de Contratación Pública; sino que dotar ya sea a un nuevo Tribunal o al ya señalado, de potestad para conocer de controversias suscitadas tanto en la ejecución, término e interpretación de los contratos administrativos. Con ello se lograría una jurisprudencia uniforme y especializada en ésta clase de contratos.

Bibliografía.

De autores.

1. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Civitas S.A., año 1981, Madrid.
2. CASSAGNE, Juan Carlos, “El Contrato Administrativo”, Editorial Abeledo-Perrot, 1999, Buenos Aires.
3. SANTA MARÍA, Juan., “Principios de Derecho Administrativo”, vol. II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2002, Madrid.
4. COSCULLUELA, Luis, “Manual de Derecho Administrativo Parte General”, Editorial Thomson Reuters, 2010, Pamplona.
5. GORDILLO, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo I, Editorial Porrúa, 2004, México D.F.
6. MORAGA, Claudio, “Los Contratos Administrativos en la Doctrina Chilena (1859-2009)”, en Pantoja, Rolando (coord.), Derecho Administrativo 150 Años de Doctrina, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
7. DROMI, José, “La Licitación Pública”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L, 1980, Buenos Aires.
8. MARIENHOFF, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, tomo III-A, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, Buenos Aires.
9. MORAGA, Claudio, “Contratación Administrativa”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
10. DE LA CRUZ, Alicia, “Público/Privado en la Contratación Administrativa”, en Revista de Derecho Administrativo N° 2, Santiago, 2008.
11. LARA, José; HELFMANN, Carolina, “Principios Generales del Derecho Aplicables a la Contratación Pública”, en Revista de Derecho Administrativo N° 3, Santiago, 2009.

12. SOTO KLOSS, Eduardo, "La Contratación Administrativa. Un Retorno a las Fuentes Clásicas del Contrato" en Derecho Administrativo. Temas Fundamentales", LegalPublishing, 2010, Santiago.
13. SILVA CIMMA, Enrique, "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Hechos, Actos, Contratos y Bienes", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
14. POBLETE Julia, "Actos y Contratos Administrativos", Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2010.
15. BARRA Nancy., CELIS Gabriel, "Contratación Administrativa Bajo la Ley de Compras", Editorial Legal Publishing Chile, 2008, Santiago.
16. SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, "Tratado de Derecho Constitucional, Tomo V, La Constitución de 1980 Gobierno", Editorial Jurídica de Chile, 2004, Santiago.
17. VIDAL PERDOMO, Jaime, "Derecho Administrativo", Editorial Legis Editores S.A., 2008, Colombia.
18. MOREO MARROIG, Teresa, en Revista Auditoría Pública N° 50, Sevilla, 2010.
19. MEZA BARROS, Ramón, "Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones"; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.
20. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; "Introducción al Estudio del Derecho", Editorial Porrúa, México, 2002.
21. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, "Tratado de Derecho Civil", tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.
22. VERGARA BLANCO, Alejandro; "El Derecho Administrativo como Sistema Autónomo, El mito del Código Civil como "Derecho Común", Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2010.
23. MOLINA GUAITA, Hernán, "Derecho Constitucional", Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2009.
24. PANTOJA BAUZÁ, Rolando; "El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

25. VIAL DEL RIO, Víctor, “Teoría General del Acto Jurídico, Actos Jurídicos y Personas”, Volumen I, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1991.
26. MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Tomo I, Editorial Civitas Ediciones, Madrid, 2004.
27. BROSETA PONT, Manuel, “Tendencias Actuales del Derecho Mercantil”, en Soberanes, José., (coord.), Tendencias Actuales del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
28. CONCHA, Ricardo, “Nulidad del Contrato de la Administración, Aplicabilidad de las Reglas Civiles”, Editorial Legal Publishing, Chile, 2012.

Normativa.

1. Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
2. D.S. de Hacienda N° 250, de 2004, Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
3. REPÚBLICA DE CHILE, “Código Civil”, Editorial LexisNexis Chile, Edición actualizada al 2002, Chile.