



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

**DISCUSIÓN CRÍTICA ACERCA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU ORIGEN DISCIPLINARIO**

ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PÚBLICO

PROFESOR GUÍA: DR. RAÚL LETELIER WARTENBERG
ALUMNO: RODRIGO JAVIER PENROZ VERGARA

Santiago, Chile

Marzo 2023

ÍNDICE.

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO II: DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	8
a. Origen y Evolución del Contrato Administrativo.....	8
b. Deslinde entre el régimen Público –Privado de la Contratación Administrativa.....	9
c. La Irrupción de las Cláusulas Exorbitantes en la configuración de la Contractualidad Administrativa.....	11
CAPÍTULO III: PLAUSABILIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	14
a. El Contrato Administrativo y la Autonomía científica del Derecho Administrativo.....	14
b. Argumentaciones Contemporáneas a la falta de Plausibilidad del Contrato Administrativo.....	19
c. Figuraciones Estatutarias del Servidor que acepta el encargo público.....	23
d. La Potestad Pública de la Administración del Estado en los Contratos Administrativos.....	24
CAPÍTULO IV: LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN LO QUE LLAMAN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Argumentación desde de la Inexistencia de los Contratos Administrativos.....	30
a. Sanciones Administrativas Contractuales y su óptica civilista.....	31
b. Sanciones Administrativas Como Ejercicio de Potestades Públicas en La Contratación Administrativa.....	41
CAPÍTULO V: NATURALEZA ESTATUTARIA DEL SERVIDOR RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, EN EL CUMPLIMIENTO DE LA CARGA PÚBLICA ENCOMENDADA.....	44
a. Relación de Sujeción Especial.....	45

b. Sujeción Especial del Servidor Adjudicado en la carga pública encomendada.....	54
CAPÍTULO VI: LA POTESTAD DISCIPLINARIA.....	56
a. Concepto de Potestad Disciplinaria.....	56
b. Fundamentos del Derecho Potestad Disciplinaria.....	58
CAPÍTULO VII: LÓGICA DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS EN EL CUMPLIMIENTO DE CARGAS PÚBLICAS NACIDAS DE AQUELLOS ACTOS ADMINISTRATIVOS UNILATERALES REGIDOS POR LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA.....	61
a. La Responsividad en las Sanciones Disciplinarias.....	62
CAPÍTULO VIII: CONCLUSIÓN.....	67
BILIOGRAFIA.....	71

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN.

Como todo en las ciencias jurídica, muy pocas de sus instituciones son pacíficas, y la potestad sancionatoria de la Administración del Estado, no está exenta de discusión, sea desde su naturaleza jurídica hasta sus principios jurídicos orientadores.

Lo anterior se complejiza aún más, cuando esta potestad de la administración se le imprime un carácter regulador de la conducta del administrado en las distintas áreas de la actividad administrativa del Estado.

Sabido es que, incluso en el Derecho Administrativo Sancionatorio General, la dogmática que la aborda, aún no ha podido acordar, entre muchas otras cosas, la naturaleza jurídica misma de dicha disciplina, mientras profesores como Eduardo Soto Kloss, expresa que las sanciones administrativas son inconstitucionales toda vez que ellas serían el resultado de un acto jurisdiccional -actividad reservada únicamente a los tribunales de justicia, según argumenta- y que llevó en su oportunidad a nuestro Tribunal Constitucional, a recoger tal pensamiento y transformarlo en jurisprudencia, para luego, dejando atrás la referida doctrina, transitar por una aceptación de las bases y principios del derecho penal, sobre la base de consistir, la sanción administrativa, en una manifestación del ius puniendi estatal. En la actualidad, dicha doctrina de la jurisdicción constitucional ha evolucionado hacia un concepto de derecho administrativo sancionador que se entiende aplicable matizando las garantías que la disciplina penalista contempla.

En el año 2016 este Tribunal Constitucional, reconoce que no existe una identidad plena entre sanciones administrativas y penas, reitera que ellas tienen una fuente de imputación jurídica común, esto es el Ius Puniendi Estatal, razón que lo lleva a declarar que las garantías penales deben ser igualmente aplicadas al sancionatorio administrativo, adecuando su aplicación respetando esta falta de identidad coactiva

estatal¹; así, entonces, se ha dicho que *“nuestro Tribunal Constitucional establece una suerte de autonomía del derecho administrativo sancionador respecto del derecho penal, en el sentido que si bien los principios del derecho penal son aplicables a la sanción administrativa, esto debe hacerse mutatis mutandi, es decir, con matices respecto a los principios nacidos en el ámbito criminal, de forma menos extrema”*².

Ahora bien, lo anterior es solo una muestra del tránsito que ha experimentado la identidad conceptual de la disciplina sancionatoria de la Administración del Estado, lo que por lo demás, está lejos de entenderse agotada. Así, en los últimos años, y bajo la influencia de la doctrina española³, se ha sostenido una disensión concreta de los patrones penales en los procedimientos sancionatorios; en la doctrina nacional⁴ en la misma línea disensoria, en efecto, se ha esgrimido la falta de comunicación entre los patrones y garantías penales y facultad sancionatoria de la Administración, vereda desde la cual, además, se argumenta considerando las distintas fisonomías que revisten las infracciones y sanciones administrativas, contempladas en el ordenamiento jurídico y de las que se concluye, en razón de su heterogeneidad, la ineficacia de un derecho administrativo sancionatorio general o de base.

Al interior de la comentada discusión dogmática, actualmente se desenvuelve otro álgido debate que, susceptible a los vaivenes del debate primitivo, va ofreciendo asertos para intentar determinar la identidad jurídica de su institución, nos referimos a las sanciones administrativas en lo que se ha tenido por llamar, Contratación Administrativa.

¹ Tribunal Constitucional, Sentencia de fecha 08 de agosto de 2016, Rol N°479 – 2016.

² OSORIO VARGAS, Cristóbal. (2017). Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, Parte General. 2a Edición. Santiago. Legal Publishing Chile. 37p.

³ De la mano de la obra del profesor Alejandro Nieto G.: NIETO GARCÍA, A. (2004). Derecho Administrativo Sancionador. 4ta. Edición totalmente reformada, Tecnos, Madrid.

⁴ LETELIER WARTENBERG, Raúl. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, 12(24): 622-689p.

La contratación pública administrativa concentra un estadio de discusión en sí particular sobre la materia precedente. Ello por cuanto, en el cumplimiento de los fines que la constitución y las leyes han dispuesto para la Administración del Estado, esta acude al particular a objeto de encontrar en él un colaborador que le permita alcanzar sus objetivos, utilizando para tal concomitancia diversos métodos jurídicos, entre los que se encuentra la contratación administrativa, figura que, como se expondrá en el presente trabajo, obedece a una subsunción de la actividad administrativa del Estado a conceptos y criterios del derecho privado.

Es precisamente, desde la posición sostenida por parte minoritaria de la doctrina administrativa (clásica y contemporánea, nacional y extranjera)⁵ de este tópico, que niega la existencia de los contratos administrativos, desde donde arranca el objeto del presente trabajo de investigación.

Así, en cuanto la vigencia de potestades sancionatorias en vínculos contractuales administrativos, en donde lo que surge -sostiene aquella doctrina minoritaria- de aquel acto administrativo de naturaleza mixta y modal, es -como sostenemos en el presente trabajo- una relación de especial sujeción hacia la autoridad administrativa de carácter estatutaria (que es el régimen general de las vinculaciones de la administración del Estado con los administrados en el marco de un vínculo diferenciado del que vincula a la generalidad de la sociedad)⁶, de manera tal que la potestad sancionatoria de la administración, es la que corresponde a su potestad disciplinaria respecto de los administrados que participan en la función administrativa, potestad que integra junto a la potestad de dirección, fiscalización y control, atribuciones propias e inherentes en las

⁵ MAYER, Otto (1888). Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge. Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 3, No 1, pp. 3-86; HAURIOU, Maurice (1916). Principes de droit public. París, Libraire de la Societé de Recueil Sirey, 2a ed., 828 pp.; LAUBADÈRE, A., MODERNE, F., & DELVOLVÉ, P. (1983). Traité des contrats administratifs. Librairie générale de droit et de jurisprudence; FORSTHOFF, E., & FROMONT, M. (1969). Traité de droit administratif allemand; MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1998). Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y consecuencias. Derecho Administrativo (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 947-969.

⁶ VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. 2018. Manual de Derecho Administrativo. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 37p.

vinculaciones en que el administrado integra el aparato administrativo o colabora con la Administración, en la consecución de sus fines.

Por medio del presente trabajo de investigación, tratando esmeradamente de responder al esquema, sentido y contenido propio de una Actividad Formativa Equivalente a Tesis, y desde la dogmática ius administrativista, intentaré argumentar aquello que se ha esgrimido en el sentido de, que lo que se manifiesta como facultad sancionatoria de la administración en aquello que se proclama como contratación administrativa, obedece a aquella potestad disciplinaria que se le otorga a la administración del Estado para con sus agentes y colaboradores, a objeto de cumplir aquello que le da su origen y fundamento, la consecución del Bien Común. En tal sentido, procederé primero a exponer la tesis que niega la existencia del contrato administrativo, para acto seguido, estudiar lo que no es menos discutido, *“las relaciones de sujeción especial”*, vínculo jurídico que permite explicar la vigencia y aplicación de las potestades de dirección, control, fiscalización y sanción, reconocidas a la autoridad administrativa, para, a continuación, tratar la potestad disciplinaria en el marco de aquel encargo o carga pública asignada a un agente elegido previamente mediante llamado público, y cuya designación se sanciona por medio de un acto administrativo de adjudicación, conjugando a la par, las teorías administrativas que fundamentan la aplicación de medidas sancionatorias por parte de la administración, en una lógica estratégica de *enforcement*, de observancia del cumplimiento del deber normativo materializado por aquel acto administrativo de adjudicación, *enforcement* que necesariamente debe atender a la eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, de manera tal que ello le imprime una carga estratégica en el modo en que se ejerce aquella potestad disciplinaria.

CAPÍTULO II: DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

a. Origen y Evolución del Contrato Administrativo.

El origen de los contratos administrativos, como una de las formas de intervención administrativa o como el medio instrumental en que la Administración del Estado busca el cumplimiento de sus fines, encuentra sus antecedentes en la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés quien perfiló el denominado *contrat administratif*, como una categoría de contrato específica de los que celebraba la administración francesa y que fueron sustraídos de la jurisdicción ordinaria para ser inmersos en la jurisdicción contenciosos-administrativa; y ello encuentra, al parecer, su fundamento en la idea de los revolucionarios franceses en orden a evitar la alteración por parte de la judicatura de la Autonomía de la Administración Pública sobre el principio político de separación de poderes. El principio de división de poderes es interpretado por la Revolución Francesa, fundamentalmente, como un principio puesto en defensa de la autonomía e independencia del poder administrativo frente a los jueces⁷, ello tiene como corolario la sustracción de las controversias entre Administración y ciudadanos de las manos del juez ordinario⁸.

El siguiente paso que observó la evolución del Derecho Administrativo y que incidió directamente en el entendimiento e individualización del contrato administrativo, se encuentra en la primera sistematización de este incipiente derecho público al principio del siglo XIX, al distinguir de entre los actos de la Administración los actos de autoridad – actos de gestión: “...así como hay un tipo de actos (actos de autoridad) en que la Administración obra como titular del poder público y, por tanto, como verdadero sujeto de derecho público, sometido por ende, a la jurisdicción

⁷ LOO, M. 2018. Posicionamiento Dogmático de la Actividad Contractual de la Administración del Estado. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (50): 129-155pp.

⁸ SORDI, B. 1995. Pubblica Amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto. Diritto amministrativo, 483p.

contencioso-administrativa, así también, y sin embargo, la Administración cumple ordinariamente actos de gestión, con los cuales opera despojada de su *imperium*, al mismo nivel de los sujetos privados y en igualdad con ellos, quedando en tal supuesto sometida al Derecho y jurisdicción ordinarios”⁹.

b. Deslinde entre el régimen Público –Privado de la Contratación Administrativa.

De lo anterior, en la conjunción de estas primeras ideas expuestas, es que la actividad llevada a cabo por la Administración del Estado sobre la concepción de actos de autoridad, quedaban sujetos a la jurisdicción contenciosos-administrativa, al contrario de la actividad que desplegaba la Administración en el marco de los actos de gestión en las que, entre otras, se verificaban relaciones privadas de la administración y contratos no puestos por la ley bajo el conocimiento y decisión del juez administrativo, siendo competencia, por tanto, de la justicia ordinaria. De ahí que la doctrina histórica sostiene que *“el reconocimiento de la categoría de contratos administrativos, como especie dentro del género de contratos que celebra la administración y por oposición a los denominados contratos parcialmente regidos por el derecho privado, surgió en Francia para determinar la jurisdicción competente para entender de los conflictos derivados de ellos”*¹⁰. Así, el nacimiento del contrato administrativo –se dice- obedeció a razones de mero pragmatismo procesal¹¹.

De lo anterior resulta una primera distinción entre contratos públicos y contratos privados de la administración, distinción que nos haremos cargo más adelante, pero valga señalar en este punto que, sin perjuicio de la distinción entre uno y otro, el conocimiento de los contratos entregados a la jurisdicción contencioso-administrativa es puramente Derecho Civil, cuyas normas materiales serían únicamente las de

⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. (1963). La Figura del Contrato Administrativo. Revista de Administración Pública. (41): 101p.

¹⁰ CAMPOLIETI, F. (2007). Los límites del contrato administrativo. Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados, 21.

¹¹ CORDERO VEGA, L. (2015). Lecciones de derecho administrativo, 2da Ed. Legal Publishing Chile. 424p.

aplicación¹²; como ilustra el profesor Martín Loo: *“Entonces, el cuadro hacia mediados del siglo XIX comienza a delinarse de la siguiente manera: la actividad contractual de la Administración podía encontrarse bajo la jurisdicción tanto del juez ordinario como del juez administrativo. En este último caso, se trataba de los contratos administrativos que habían sido calificados como tales por la ley; en el primer caso, se estará frente a los contratos de derecho privado de la administración”*¹³.

Como se observa, la figura del contrato administrativo comienza a vislumbrarse a la sazón de la distinción de la competencia jurisdiccional que conoce de los contratos de la Administración y no por una distinción jurídica material referente a un especial régimen jurídico, habida cuenta que el contenido de cada contrato es regido hasta ese momento de la Francia del siglo XIX por las normas del derecho civil.

En España, con casi idéntica perspectiva que la francesa en cuanto a las normas materiales que rigen los contratos administrativos, no existía un régimen especial que regulara los contratos que celebraba la Administración, de suerte tal que indistintamente el objeto sobre el cual versaba el contrato de la administración, ellos eran de conocimiento de los tribunales contenciosos administrativos, marcando la competencia de estos tribunales la calidad de una de las partes, esto es, la Administración del Estado¹⁴.

Así, igual que en la Francia del Siglo XIX, en la península los contratos administrativos surgen como contratos sustantivamente civiles de los que, sin embargo, conoce la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁵.

¹² GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. (1963). La Figura del Contrato Administrativo. Revista de Administración Pública. (41): 101p.

¹³ LOO, M. 2018. Posicionamiento Dogmático de la Actividad Contractual de la Administración del Estado. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (50):129-155.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. (1963). La Figura del Contrato Administrativo. Revista de Administración Pública. (41): 101p.

¹⁵ BAQUER, S. M. R. (1959). La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes. Revista de administración pública, (29): 59-102pp.

Nuevamente, y llegado el siglo XX, el Consejo de Estado Francés comienza a modular ciertas reglas sustantivas respecto los contratos celebrados por la Administración con los privados, ello se motiva por una sustitución del criterio inicial que distinguía los actos de la Administración entre actos de autoridad y actos de gestión por el criterio sustancial del Servicio Público, de ahí el emblemático *arrêt Terrier* de 1903 por medio del cual el Consejo de Estado enuncia que todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos generales o locales, constituye una operación administrativa, que por naturaleza corresponde a la jurisdicción administrativa; salvo si el Estado o las entidades locales, actúan en las mismas condiciones que un mero particular, en cuyo caso, están sujetos a las mismas reglas y jurisdicción que éste¹⁶, enunciación que fue entendida por la doctrina como la asunción de la naturaleza administrativa de aquellos contratos por medios los cuales la Administración del Estado procuraba sus fines.

c. La Irrupción de las Cláusulas Exorbitantes en la configuración de la Contractualidad Administrativa.

En sintonía con lo anterior, la jurisprudencia francesa comenzó a identificar elementos distintivos en los contratos de la Administración y que no habían sido entregados a la jurisdicción contenciosa administrativa. Tales elementos, como detalla el profesor Martín Loo, fueron la vinculación del contrato con la prestación de un servicio público o bien la presencia de cláusulas exorbitantes¹⁷. Así es como se fue perfilando la sustancialidad de los contratos administrativos, diferenciados ya de los contratos regidos íntegramente por el derecho común, siendo definidos por la doctrina como *“los celebrados para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos”*¹⁸, asentando un criterio definitorio gravitante sobre la idea de servicio público; aun es más,

¹⁶ ROMERO-PÉREZ, J. E. (2015). La primera fase histórica del servicio público. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (138).

¹⁷ LOO M. (2018). Posicionamiento Dogmático de la Actividad Contractual de la Administración del Estado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (50):129-155pp.

¹⁸ JÈZE, G. (1949). *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires. Editorial Depalma.

“esos contratos, en la medida que están vinculados con el funcionamiento de los servicios públicos, no son verdaderos contratos de Derecho Civil, sino figura institucionales pertenecientes al Derecho Administrativo”¹⁹.

Los contratos administrativos así vistos, reconocen su funcionalidad al alero del aseguramiento de los servicios públicos, de manera tal que las cláusulas exorbitantes que se integran a él se integran como una garantía de preeminencia de los intereses de la Administración que se conjugan con los del servidor en los conciertos contractuales. Ello permitió generar una teoría autónoma (sutantivadora) del contrato administrativo... la representación por la Administración del interés general en la realización de los servicios públicos implica el disfrute de privilegios o prerrogativas de contratación.²⁰

Tales cláusulas exorbitantes, garantes de la preeminencia del interés de la Administración, no se consagran por su mero establecimiento en favor de la Administración, sino al ser reconocidas por la jurisprudencia como tales, así en el *arrêt Compagnie Nouvelle du Gaz de Deville- Lés-Rouen*, el Consejo de Estado señaló que la flexibilidad del contrato es una necesidad para la buena prestación del servicio público encargado al contratista privado, encontrándose, la Administración, autorizada para modificar unilateralmente el contrato.

Analizando tal salto dogmático en la estructura sobre la que se construye la idea del contrato administrativo, Jèze señala que si los tribunales administrativos son competentes para conocer de los contratos administrativos es porque se trata de aplicar un régimen jurídico especial ya que el carácter esencial de los contratos administrativos es que se someten a un conjunto de reglas especiales²¹.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. (1963). La Figura del Contrato Administrativo. Revista de Administración Pública. (41): 108p.

²⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2003). El contrato administrativo. Madrid. Civitas.

²¹ JÈZE, G. (1949). Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires. Editorial Depalma.

Así las cosas, y en la comprensión absoluta de este nuevo dogma del Servicio Público, la jurisprudencia del Consejo de Estado fue reconociendo un conjunto de prerrogativas a la Administración en tanto parte de un contrato, que configuró en definitiva un verdadero régimen jurídico en favor de la Administración, de ahí que la misma podía controlar, dirigir, sancionar, interpretar y terminar anticipadamente un contrato administrativo, toda vez que lo que se intentaba poner a resguardo era, precisamente, el funcionamiento de los servicios públicos. Ahora bien, que el reconocimiento que la jurisprudencia francesa efectuó respecto de estas prerrogativas públicas no por ello implicó necesariamente una indefensión o desequilibrio de la figura del servidor en la contratación; así, a la par del ya referido reconocimiento de estas cláusulas exorbitantes al uso por la Administración del Estado, reconoció también, el mantenimiento del justo equilibrio económico contractual respecto del servidor²².

En el contexto de la segunda postguerra la doctrina del Servicio Público verá su fin, de manera que, si en un primer momento uno de los elementos definidores del contrato administrativo radicaba en el aseguramiento de los servicios públicos, este criterio fue reemplazado por una realidad material que consideraba que cabe perfectamente la gestión privada de servicios públicos, como la aplicación de un régimen público a actividades que no son servicios públicos, por ello, la individualización e independencia del contrato administrativo respecto de su homónimo cobijado en el derecho común, gravitará sobre las cláusulas exorbitantes de las que se encontraba dotado el contrato público.

El decaimiento de la doctrina del Servicio Público no fue, en concreto, una reconducción del contrato administrativo a la regencia del Derecho Civil, por cuanto, a tales alturas, esta clásica institución de concierto de voluntades ya había logrado

²² CAMPOLIETI, F. (2007). Los límites del contrato administrativo. Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados. En *Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. 1ª edición, México, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 22p. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2447>. ISBN 970-32-3935-8

independizarse sobre la construcción jurisprudencial de un régimen especial, al que se le denominó régimen exorbitante.

CAPÍTULO III: PLAUSABILIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.²³

Para los fines del presente trabajo, la descripción del presente tópico se torna esencial, por cuanto el tema central del mismo gravita en la especie (dentro del género) y lógica de las sanciones administrativas en la contratación pública, que sobre la base de un régimen estatutario del contratista (como se expondrá más adelante) nacido al alero de la comunión de la ejecución de un encargo (un servicio público, una obra, o el suministro de bienes) del ente público hacia el servidor desecha la existencia de un contrato, como institución extraída del derecho común, conformándose en una actuación mancomunada con el particular, por cuanto, lo que se denomina contratos administrativos comprende, en realidad, actos administrativos unilaterales, regidos por la justicia distributiva, y no acuerdos sometidos a la justicia conmutativa. Por cuanto, solo así es posible comprender a cabalidad sus atributos diferenciadores con el contrato privado²⁴, y poder arribar a la estatutariedad del vínculo con el servidor, de donde podemos comprender que las sanciones administrativas, en lo que se denomina contratos administrativos, son en realidad, sanciones de carácter disciplinario.

a. El Contrato Administrativo y la Autonomía científica del Derecho Administrativo.

Como sabrán los lectores del presente trabajo, la discusión de la existencia del contrato administrativo se encuentra inmersa en una discusión de más amplia y profunda extensión relativa a la autonomía científica del Derecho Administrativo, y de la cual la discusión respecto a la existencia del contrato administrativo como institución

²³ Modo lingüístico que utiliza el profesor Martín Loo Gutiérrez, en su trabajo del año 2018 “Posicionamiento Dogmático de la Actividad Contractual de la Administración del Estado”, y que encontramos adecuado para definir la discusión que se procederá a presentar en el presente acápite.

²⁴ ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30): 27p.

regida por normas y principios exclusivamente emergidos de esta rama del derecho público, es una consecuencia natural.

Paralelo a la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés del siglo XIX que iba dando forma al *contrat administratif*, se ventilaba en Alemania un debate dogmático entre dos grandes e insignes teóricos del Derecho Administrativo Alemán. El debate jurídico tuvo su origen en la calificación como contratos de derecho público que efectuara Paul Laband a la adquisición de la nacionalidad del extranjero (*Naturalisation*) y la concreción de un vínculo funcional (*Beamtenanstellung*)²⁵, polémica a la que se integraron Kelsen y el jurista Alemán Otto Mayer²⁶.

Según entendía Laband²⁷, la voluntad manifestada sea por el extranjero, sea por el futuro funcionario se encaminaba en constituir el antecedente de un *statuts* (en el caso del primero) y a una sujeción especial (en el caso de los segundos), y que entre ambos reflejan como un factor común denominador la idea de sometimiento al poder público, admitiendo la supremacía de la Administración Pública, reforzada a su respecto²⁸. La presencia de un vínculo contractual (esgrime Laband) es el corolario natural de la conformación del consentimiento del extranjero y del funcionario, habida cuenta que la voluntad del ciudadano resulta imprescindible para dar lugar al efecto jurídico que se espera. Por ello, este autor alemán sostenía que estas hipótesis no podrían sino ser calificadas como *Staatsrechtlichen Verträge* (contratos de derecho público)²⁹.

²⁵ HUERGO LORA, A. (1998). Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas. Oviedo. Civitas.

²⁶ KELSEN, H. (1913). Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. Archiv des öffentlichen Rechts, 31(2/3): 190-249pp.

²⁷ LABAND, P., & VON MARTITZ, F. (1876). Das Staatsrecht des deutschen Reichs.

²⁸ LEDDA, F. (1964). Il problema del contratto nel diritto amministrativo:(contributo ad uno studio dei cd contratti di diritto pubblico). G. Giappichelli.

²⁹ HUERGO LORA, A. (1998). Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas. Oviedo. Civitas.

El maestro alemán Otto Mayer, que desde su vereda de la doctrina que pretende la independencia y autonomía científica del Derecho Administrativo, no ha quedado indiferente a las expresiones y análisis de Laband.

Como se insinuó previamente, la discusión respecto a la plausibilidad (existencia) del Contrato Administrativo, se enmarca dentro de una contienda de intelectos verificado en la doctrina iuspublicista alemana en la que se discutía la autonomía científica del Derecho Administrativo y el objeto de estudio del mismo, que comprende, por cierto, la Administración Pública, de ahí que la reacción de Mayer a las conclusiones arribadas por Laband (un negacionista de la autonomía y autosuficiencia del Derecho Administrativo que tanto se reclama e investiga en aquel entonces) en lo que atañe a los ejemplos que propusiera éste último como contratos públicos supusiera un diagnóstico a la razón por la cual la doctrina iuspublicista de su tiempo era incapaz de reconocer la especificidad de la materia administrativa³⁰, que ciega a la existencia de aquello que es el elemento distintivo de esta área del derecho público, el comando unilateral (*befehl*) y, por el contrario, proclive a recurrir a instituciones del derecho privado para explicar fenómenos propiamente administrativos; el mejor ejemplo de esto es, precisamente, el contrato de derecho público³¹.

Observa Mayer que el derecho público ofrece instrumentos que bien pueden conseguir lo que el contrato –como herramienta- puede lograr, y se refiere al acto administrativo que, como institución jurídica potestativa, constituye: la decisión unilateral de la Administración Pública que es capaz de alterar las situaciones jurídicas de sus destinatarios. De este impulso Mayer busca demostrar –rebatando a Laband- que lo que llaman contratos públicos no son el homónimo que se regula en el derecho privado, por cuanto, la potestad pública de la que se encuentra investida la Administración para la consecución de sus fines, prescinde de la voluntad del servidor

³⁰ LOO, M. 2018. Posicionamiento Dogmático de la Actividad Contractual de la Administración del Estado. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (50):129-155.

³¹ MAYER, O. (1888). Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge. Archiv des öffentlichen Rechts, 3(1), 3-86pp.

para la existencia de sus acciones. Según Mayer, estos mal llamados ‘contratos’ son, en realidad, un pronunciamiento autoritativo de la Administración Pública que se funda exclusivamente sobre la competencia del sujeto del cual emana. De esto se sigue que toda la vida de la relación subyacente a dicho ‘contrato’ no es regulada por el encuentro de voluntades de sus partes, sino que, por una serie de actos unilaterales de la Administración, que vinculan directamente a la contraparte y que redundan en su esfera de derechos y obligaciones³². Así, sostiene una doctrina del siglo XX que existe verdaderamente *una contradictio in adjecto*³³ en la designación contrato administrativo.

Mayer identifica que la voluntad del particular en la conjunción de una determinación Administrativa tiene una función no de existencia ni validez, sino de eficacia de la disposición de la autoridad manifestada en el acto administrativo, toda vez que el poder de la Administración en determinado acto ha nacido a la vida jurídica independiente del consentimiento del particular, relegando la consensualidad de aquella conjunción a un aspecto meramente accesorio a la manifestación de la voluntad administrativa³⁴.

Esto se explica, indica Mayer, por cuanto la relación jurídica de derecho público se encuentra caracterizada por la desigualdad de los sujetos que intervienen en ella³⁵, en tanto todo contrato nacido del derecho común requiere para en su génesis – indistintamente las modalidades y como estos se formulen- la observancia de una igualdad, de ahí que suene acertado sostener que en estos contratos administrativos, a diferencia de lo que ocurre en materia civil en la que el principio básico es la “igualdad contractual”, opera el principio de la ‘desigualdad’ entre las partes contratantes, lo que

³² FIORAVANTI, M. (1983). Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo, en Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico. 612-613pp.

³³ GIACOMETTI, Z. (1924). Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts-und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts. 17

³⁴ Sordi, B. (2003). Il “Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno”. Historia Constitucional, (4), 449-460.

³⁵ MAYER, O. (1888). Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge. Archiv des öffentlichen Rechts, 3(1), 3-86.

en la práctica se traduce en una subordinación del particular o co-contratante a las decisiones de la Administración³⁶.

De lo anterior surge palmario un propósito reivindicativo del autor alemán, en el sentido de reconocer la autonomía y autosuficiencia del Derecho Administrativo respecto del derecho común y sus instituciones y principios, ello explica, a juicio de Mayer, que la figura del contrato, como institución extraída del derecho común sea impropia a las modulaciones de este derecho público, más considerando el concepto y contenido de autoridad de la que se encuentra revestida el Estado y por consiguiente su órgano Administrador, de suerte tal, que la manifestación de voluntad del privado se mantiene completamente ajena al nacimiento de la relación cuyo surgimiento, por el contrario, es realización concreta del poder estatal³⁷.

En la actualidad, la doctrina ha señalado que la discusión sobre la existencia del contrato administrativo patrocinada por Mayer, se encuentra por de pronto superada³⁸, discusión que, a juicio nuestro (aunque no siendo el objeto del presente trabajo) no se encuentra superada sino disminuida en su intensidad y argumentaciones, y que al contrario de lo que sostiene la doctrina mayoritaria, la asunción de un contrato administrativo totalmente diferenciado del instituto contractual del derecho común, no responde satisfactoriamente a como se ejerce la potestad pública respecto del servidor, por cuanto las cláusulas exorbitantes sobre la cual se ha pretendido sostener la configuración particular del contrato administrativo diferenciado del contrato del derecho común, desde un punto de vista ontológico, aquel instituto administrativo responde mucho más a una actividad propia de intervención del poder Administrativo, toda vez que, dada la naturaleza potestativa de las prerrogativas contractuales que el

³⁶ VERGARA BLANCO, A. (2019). Aspectos Generales de la Contratación Pública. En: RODRIGUEZ R. y JINESTA L. E. (Eds.). Colección de Derecho Administrativo Comparado, Volumen III: El Régimen de Los Contratos Públicos. Colombia. Editorial Temis S.A. 37-71pp.

³⁷ LEDDA, F. (1964). Il problema del contratto nel diritto amministrativo:(contributo ad uno studio dei cd contratti di diritto pubblico). G. Giappichelli.

³⁸ MORAGA KLENNER, C. (2019). Contratación Administrativa. 2da Edición. Santiago. Thomson Reuters. 25p.

Derecho Público le otorga, redundante es calificarlas de poderes “exorbitantes” de la Administración del Estado. Toda potestad es de suyo exorbitante debido a su unilateralidad, pues, constituye una excepción al derecho común de surgimiento de obligaciones por el consentimiento u obrar culposo o doloso del obligado. Todo contrato administrativo es una relación jurídico-potestativa desde su origen, el Estado nunca ejerce “facultades” sino poderes. Por tanto, la expresión “exorbitante” es siempre superflua o tautológica³⁹, se sostiene.

Como ya señaláramos anteriormente, la discusión de la plausibilidad del contrato administrativo se inserta en aquel propósito dogmático autonomista patrocinado por Otto Mayer cerrando el Siglo XIX, de proclamar la independencia y autonomía científica del Derecho Administrativo, exiliando de su desarrollo y estudio la paternidad histórica del derecho civil.

b. Argumentaciones Contemporáneas a la falta de Plausibilidad del Contrato Administrativo.

En nuestro país, no son pocos quienes, desde aquel constructo jurídico autonomista, sostienen sus estudios y reflexiones⁴⁰ sobre esta materia, lo que refuerza lo que se expondrá a propósito de las sanciones comprendidas en la contratación administrativa.

El profesor Arancibia Mattar, sostiene que lo que se denomina contratos administrativos son actos administrativos regidos por la justicia distributiva y no acuerdos sometidos a la justicia conmutativa. Solo así es posible comprender a cabalidad

³⁹ ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30): 41p.

⁴⁰ Así se puede encontrar en los Estudios del Profesor Alejandro: VERGARA BLANCO, A. (2009). Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. Revista de Derecho Administrativo, 3, 45-68; Jaime Arancibia Mattar, ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30): 27-53pp; Raúl Letelier Wartenberg, LETELIER WARTENBERG, R. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. Política criminal, 12(24): 622-689pp.; AGUILERA MEDINA, C. (2021). Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa: Algunas reflexiones sobre la autoridad administrativa y el principio de legalidad. Revista chilena de derecho, 48(2): 1-26pp.

sus atributos diferenciadores con el contrato privado. Puesto que son actos administrativos, el origen de la relación jurídica es unilateral y potestativo no bilateral y consensual; el fundamento del equilibrio económico de las partes no es la justicia conmutativa (como en los contratos entre privados) sino distributiva, y la vigencia del equilibrio económico no está condicionada a su reconocimiento legal o contractual, sino que es exigida directamente por la Constitución en virtud del imperativo de igualdad ante los bienes y cargas públicas (art.19, N°2 y N°20). Las relaciones que se originan en la vida social –dirá el Profesor Soto Kloss- son básicamente de dos tipos: una, entre los hombres entre sí; otra entre los hombres y la autoridad. Puesto que estas relaciones son de diverso tipo, a saber, entre partes de un todo, y entre el todo y las partes, su regulación ha de ser diferente. En efecto, entre las partes se da un intercambio de bienes y prestaciones, dados sus intereses particulares, sobre bases de conmutación; entre el todo y las partes, por el contrario, dado sus intereses diversos fundamentados en fines desiguales, se da una regulación sobre bases de distribución⁴¹.

La comparación ontológica entre el contrato administrativo respecto a la institución clásica del derecho civil ofrece no pocas y sustanciales divergencias que se tornan insoslayable a efectos de declarar la existencia de lo que se reconoce y/o proclama como contrato administrativo. Piénsese solamente en la calidad de los intereses que se sincretizan en el contrato administrativo, de suyo se concibe una desigualdad de intereses, puesto que el Estado debe promover el bien general común, como fin propio y exclusivo en una comunidad política, está dotado de poder, y una posición jurídica supraordenadora, directiva y distribuidora: se dice, entonces, que la relación jurídica en que el Estado es parte está regida por la justicia distributiva⁴², y donde se observa en tanto que el mandante estatal ejerce poderes unilaterales de dirección, interpretación, control, sanción, secuestro, modificación y extinción del

⁴¹ SOTO KLOSS, E. (1978). La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato. *Revista de Administración Pública*, (86) 556p.

⁴² *Ibidem*, 554p.

contrato. Se exceptúa así de la regla áurea del artículo 1545 del Código Civil⁴³. Así, es natural concluir que “precisamente porque los contratos administrativos reflejan una relación de poder, y no un acuerdo consensual entre iguales, es que condiciones obligatorias pueden ser adjuntadas a ellos”⁴⁴, condiciones que, claro está, no son pactadas fruto de un consenso, sino fruto de la imposición de un sujeto que posee la facultad de imponer cargas jurídicas sin la anuencia del destinatario de dicha imposición.

Pero ¿qué queda del vínculo jurídico nacido al alero de una encomendación de un encargo de naturaleza pública al servidor, si despojado de su identidad contractual, la actividad administrativa dotada de imperio, debe igualmente verificarse?, pues bien, se dice por parte de la doctrina⁴⁵, que lo que se identifica en tal escenario es un acto administrativo mixto y modal que, consecuencia de la actividad administrativa dotado de *potesta* (concepto romanista del poder socialmente reconocido), el mismo es un acto administrativo de imposición, asignación o distribución de cargas públicas compensadas o mixtos, que nacen a la vida jurídica independiente de la voluntad del agente encomendado que, no obstante, para verificar sus efectos requiere de la anuencia de aquel; así, la relación jurídica no se perfecciona en virtud de un acuerdo de voluntades sino del acto administrativo que adjudica dicha carga conforme a un estatuto previo que la rige o *lex statutus*, para diferenciarla así de la *lex contractus*⁴⁶. De ahí que la voluntad manifestada por el servidor, como ya se enunciara anteriormente, cumple un rol de

⁴³ ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30): 29p.

⁴⁴ MILLER, A. S. (1955). Government contracts and social control: A preliminary inquiry. Va. L. Rev., 41, 27p.

⁴⁵ MAYER, O. (1888). Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge. Archiv des öffentlichen Rechts, Vol. 3, No 1, pp. 3-86p; HAURIOU, M. (1916). Principes de droit public. París, Librairie de la Societé de Recueil Sirey, 2a ed., 828 pp.; LAUBADÈRE, A., MODERNE, F., & DELVOLVÉ, P. (1983). Traité des contrats administratifs. Librairie générale de droit et de jurisprudence; FORSTHOFF, E., & FROMONT, M. (1969). Traité de droit administratif allemand; MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1998). Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y consecuencias. Derecho Administrativo (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff). Buenos Aires. Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 947-969pp.

⁴⁶ ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30): 31p.

eficacia del acto administrativo, como condición no de ejecutoriedad -por cuanto este efecto comprende la capacidad de crear cargas, obligaciones o derechos- sino de *ejecutividad* que dice relación con la fecha en que los actos administrativos despliegan los efectos que le son propios⁴⁷. Así, esta interrupción de los efectos puede conceptualizarse en una suspensión de los efectos del acto, previa verificación de anuencia del particular, lo que imprime un elemento modal a la consagración del acto administrativo de asignación. Como señala Ducci citado por el profesor Arancibia Mattar, *“No obsta al carácter unilateral de un acto el que posteriormente para producir sus efectos necesite el que haya otra manifestación de voluntad”*⁴⁸; en la misma línea Laubadere observa de la jurisprudencia francesa que *“La jurisprudencia reconoce la existencia de actos unilaterales tomados con el acuerdo del destinatario (o ‘en acuerdo’ con él); de manera general, ella admite que un acto unilateral solicitado o aceptado no deviene necesariamente en un contrato”*⁴⁹.

Y aquí la relevancia para nuestro trabajo, en cuanto a que el acto de adjudicación o que aprueba un trato directo, cumple la función de individualizar y designar por el órgano administrativo a un servidor a quien se le asigna determinada gestión pública (servicio público, obra pública o suministro) de suerte que, el privado, queda vinculado a un régimen legal y no contractual y cuyo consentimiento es estéril para su derogación, suspensión o modificación, *“...hasta aquí la contraparte privada no ha manifestado voluntad alguna, simplemente ha participado en una licitación, pero formalmente no ha suscrito documento alguno, no ha estampado su firma en escritura alguna. Dentro del iter contractual, el momento culmine no es la suscripción del contrato, sino la tramitación de un acto administrativo de contenido favorable: la resolución de*

⁴⁷ LETELIER WARTENBERG, R. (2015). La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el " Caso Mackenna". En: COUSO SALAS, J. (Edit.). Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales, (1): 316-332pp.

⁴⁸ DUCCI, C. (2005). Derecho civil. Parte general, 4ta. Ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición). 448p.

⁴⁹ LAUBADÈRE, A., MODERNE, F., & DELVOLVÉ, P. (1983). *Traité des contrats administratifs*. Librairie générale de droit et de jurisprudence. (59-60).

adjudicación. El contratista luego manifestará su conformidad con dicha resolución...⁵⁰. Como señala López Muñiz “...la solicitud, oferta o voluntad favorable al encargo manifestada antes de la adjudicación ‘carece de virtualidad constitutiva del contrato; es solo condición de validez del acto administrativo que lo constituye como tal...’⁵¹.

Se ha señalado que la innegociabilidad que precede a un vínculo contractual administrativo se verifica también en la experiencia del Derecho Común, con clara referencia a la figura de los contratos de adhesión, no obstante, no se debe desatender que sin perjuicio de esta innegociabilidad característica de estos contratos, las voluntades de los agentes privados partícipes de un contrato de esta naturaleza, se funden dando naturaleza de un único acto jurídico bilateral -carácter inherente de un contrato civil-, circunstancias que no se reconocen en el vínculo jurídico nacido al alero de un acto administrativo unilateral de ejecutoriedad impropia⁵².

c. Figuraciones Estatutarias del Servidor que acepta el encargo público.

De lo anteriormente dicho es que encuentra asidero sostener que es inherente a las relaciones jurídicas estatutarias, en que la aceptación del sujeto conlleva la adquisición de un *status*, posición o condición jurídica particular regida por un *statutum*⁵³.

Así, y como se detallará en los siguientes acápite, las facultades que se reclaman como exorbitantes respecto de la contratación administrativa, constituyen en realidad potestades inherentes al ejercicio de la función pública, en un contexto asimétrico de vinculación jurídica especial del servidor con el órgano administrativo; El status

⁵⁰ BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). Derecho Administrativo General, 3ª Ed. Santiago. Abeledo Perrot-Legal Publishing. 240-241pp.

⁵¹ LÓPEZ MUÑIZ, J. (2010). La causa jurídico-pública de los contratos públicos. Revista de Derecho Público de Venezuela (21): 50.

⁵² ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30): 37p.

⁵³ HIRSCHFELD, J. (1902). Status. Journal of the Society of Comparative Legislation 4, (2): 168- 172.

adquirido es el de contratista del Estado, sujeto al estatuto público respectivo⁵⁴. “Así esta vinculación de raigambre estatutaria no constituye un derecho subjetivo sino una situación-base...un presupuesto de relaciones jurídicas, de derechos y deberes, Es una cualidad jurídica del individuo que denota la posición que tiene en una colectividad humana, como el estado civil”⁵⁵. La palabra es connatural, además, a la expresión *stato*, utilizada por Maquiavelo en su obra insigne *El Príncipe* para referirse a la organización política moderna, es decir, el Estado como orden jurídico “estatuido”⁵⁶.

Esta calificación estatutaria, como se observa, exilia todo atisbo de contractualidad en el vínculo jurídico que se produce en la determinación unilateral de la Administración Estado, en tanto reconoce en el seno de su propia existencia figuras jurídicas capaces de sostener válidamente una vinculación entre la Administración y el agente particular, observando en aquellas vinculaciones potestades dotadas de *imperium* propias de la autoridad pública, y que en otro estadio se reclamaron como exorbitantes al derecho común. Pues, bien que se ha reconocido una condición estatutaria, respetando por cierto sus distintos escenarios, nada obsta a que la condición de aquel servidor que soporta sobre sí la carga de llevar a cabo la encomendación que le ha sido asignada por la Administración del Estado sea homologable a la que reside en el particular que asume la calidad de funcionario de la Administración del Estado.

d. La Potestad Pública de la Administración del Estado en los Contratos Administrativos.

La doctrina que proclama la contratación administrativa reconoce la existencia de una desigualdad entre intereses de las partes que se asumen como contratantes. Más precisamente, en palabras del profesor Eduardo Soto-Kloss, el carácter que presentará,

⁵⁴ ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (30): 33p.

⁵⁵ ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., & VODANOVIC, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. (2): 299p.

⁵⁶ MAQUIAVELO (1998). *El Príncipe*. San Juan, Edición de la Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 8ª edición, 490p.

entonces, el contrato administrativo será de ser un contrato en que hay desigualdad de intereses (y más precisamente, diversidad en desigualdad de fines), pero no contrapuesto, pues si fueran contrapuestos no habría posibilidad alguna de acuerdo para alcanzar u obtener el intercambio recíproco de bienes, en que consiste básicamente el contrato⁵⁷. Pero entonces emerge la natural pregunta de ¿Cómo se sostiene un contrato con desigualdad de intereses, ante un principio basal de la institución del contrato, en donde éste requiere de una igualdad jurídica de partes e intereses, de suerte tal que la conmutatividad es un principio cardinal en un concierto de voluntades donde se generan derechos y obligaciones?, más considerando que, el Estado, en su faz Administrativa no abandona su estatus de entidad supraordenadora, que goza de potestades públicas de tal calado que el ámbito de liberalidad de su contraparte en lo que se ha denominado contrato administrativo se encuentra reducida solo en la facultad de formular oferta (en la etapa concursal) y percibir para sí el pago de sus prestaciones, debiendo aceptar, sin reservas, el régimen jurídico que gobernará el cumplimiento de las obligaciones.

La actividad del Estado es esencialmente supraordenadora, no equiordenadora, y por eso se rige por la mutabilidad del *rebus sic stantibus*, no por la rigidez del acta o *promissa sunt servanda*, sin perjuicio de las compensaciones a que haya lugar⁵⁸, compensaciones que se verifican respecto al Principio de igualdad de los bienes y cargas públicas, mas no en el concepto de la justicia conmutativa que rige en los contratos privados “Las prestaciones de las partes deben ser equivalentes no en razón de la simetría u horizontalidad de sus intereses –que no es tal– sino en virtud del principio distributivo cardinal de igualdad ante los bienes y cargas públicas”⁵⁹.

⁵⁷ SOTO KLOSS, E. (1978). La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato. Revista de Administración Pública, (86): 578p.

⁵⁸ ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30): 33p.

⁵⁹ MORALES ESPINOZA, B. (1998). Teoría de La Imprevisión. Revista de Derecho, Universidad de Concepción (203): 422-423pp.

Como se dijo en párrafos anteriores, en un primer momento la figura de los contratos administrativos se legitimó sobre la sistematización de la actividad de la Administración del Estado que verificó la doctrina francesa respecto a la figura de los actos de autoridad – actos de gestión, para luego cobijarse sobre el esquema dogmático mediante la cual se justificaba la función administrativa, esto es, el Servicio Público y las cláusulas exorbitantes que se revestía la actuación de la Administración en la ejecución de los vínculos contractuales con los agentes privados; fenecido el criterio del servicio público, quedó residual las facultades potestativas de la Administración para justificar la publicación del contrato extraído del derecho común, y sobre los las cuales se otorgó sustantividad material al contrato administrativo.

Pero cierto es que aquellas facultades potestativas o cláusulas exorbitantes encuentran su génesis en el poder público del que es titular la Administración del Estado. Así, tales potestades son identificables tanto en los actos administrativos impositivos de la Administración como la figura del contrato administrativo, potestad otorgadas en virtud del principio de legalidad que gobierna los actos de la Administración como los de todo poder público del Estado; en tal sentido, la individualidad desde el punto de vista ontológico del contrato administrativo respecto de la figura contractual del derecho civil, sostenida sobre aquellas prerrogativas exorbitantes han contribuido a crear una teoría del contrato público administrativo, en efecto y como sostiene el profesor Moraga Klenner El nombre *contrato administrativo* lleva consigo la idea de que independiente del objeto de las obligaciones de las partes, se manifiestan en él ciertas características ineludibles, que lo hacen una categoría completamente distinta de los demás contratos (teoría de la sustantividad del contrato); en otras palabras, existiría una teoría general para esta clase de contratos que le serviría de apoyo y justificación⁶⁰.

Las características de las potestades con las que participa la Administración del Estado en los denominados contratos administrativos, son herramientas jurídicas que

⁶⁰ MORAGA KLENNER, C. (2019). Contratación Administrativa. 2da Edición. Santiago. Thomson Reuters. 21p.

otorgan fisonomía propia a los actos de la Administración y que se verifican en el régimen jurídico que les es propio, el Derecho Público⁶¹, ordenamiento jurídico que gobierna y rigen, asimismo, estos vínculos adjudicativos de encomendación de prestaciones por parte del servidor; sostiene el profesor Soto-Kloss que *“Dada la naturaleza del fin que persigue la Administración (fin público/bien común) y dada su propia posición jurídica dentro del ordenamiento estatal (posición supraordenadora, atendida esa finalidad), el régimen jurídico de la contratación administrativa es un régimen de Derecho Público, pues mira la utilidad común”*⁶².

Así, sobre aquella base teórica y sobre la consecución de la búsqueda y satisfacción del bien común, la potestad de modificación unilateral de las condiciones impuestas por medio del acto adjudicativo al servidor, son de la esencia de la función pública, *iure imperii*, propios del acto administrativo, por cuanto, ante circunstancias sobrevenidas posteriores al momento de su dictación –acto de adjudicación- y que por razones de mérito, oportunidad o conveniencia del interés público, autorizan a la Administración para la modificación de la carga impositiva y las condiciones para su cumplimiento, en nuestra legislación se verifica tal potestad en el artículo 61 de la Ley N°19.880, conforme al principio de autosuficiencia del acto administrativo⁶³, por más está decir que tal unilateralidad en la dirección del vínculo prestacional se han de respetar la indemnidad económica del servidor, observando imperativamente (por la autoridad administrativa) el principio de igualdad ante los bienes y cargas públicas, connatural a los actos administrativos y orientado por la justicia distributiva.

⁶¹ ARIÑO ORTIZ, G. (1967). Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos:(con especial referencia al contrato de obras públicas) (Doctoral dissertation, Universidad Complutense de Madrid). 266p.; BOQUERA OLIVER, J. (1970). Poder administrativo y contrato: Fotocopia. Escuela Nacional de Administración Pública. 88p.; CASSAGNE, J. (1999). El Contrato Administrativo. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 70p.; JURISTO, R. (1983). La ejecución del contrato de obra pública. Universidad Complutense de Madrid (Spain). 431p.

⁶² SOTO KLOSS, E. (1978). La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato. Revista de Administración Pública, (86): 580).

⁶³ ARANCIBIA MATTAR, J. (2014). La Autarquía de los Actos Administrativos en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República. En: SOTO KLOSS, Eduardo [coord.], Administración y Derecho. Santiago. Thomson Reuters, 21-33pp.

En otro extremo, pero siempre sobre la base de la unilateralidad del vínculo jurídico impositivo nacido de este acto administrativo mixto y modal, es que resulta contraproducente la figura de la *resciliación* que, cual convención (en que las partes dotadas de capacidad de disposición, dejan sin efecto un acto anterior, extinguiendo de esa manera, las obligaciones pendientes provenientes de ese acto) requiere del mutuo acuerdo de las partes que participan en la celebración del acto, y que tal motivo sería reencausado en cuestiones de mérito, oportunidad y conveniencia de la revocación de un acto administrativo, sin necesidad recurrir a esta institución civil (por no ser natural de una justicia distributiva) para extinguir los efectos de un acto jurídico administrativo.

La supraordenación que se le reconoce inherente a la posición jurídica que ostenta la Administración Estatal en un vínculo jurídico prestacional y que se traduce en *prerrogativas* para la Administración y ejercicio de poderes jurídicos de dirección, de vigilancia, de sanción, adaptación constante, caducidad, terminación unilateral (revocación), son actos dictados en ejercicio de potestades públicas, son potestades públicas otorgadas y reconocidas por el ordenamiento jurídico (de Derecho Público) totalmente ajenas a un origen contractual, es por ello que se puede sostener válidamente que el régimen jurídico de naturaleza legal (estatutario como explicaremos más adelante) se conecta directamente con la ejecución de esta contractualidad que la doctrina mayoritaria señala ver⁶⁴, por eso señala el profesor Arancibia Mattar con total plausibilidad que “Para ellos, dicho acuerdo habilitaría el ejercicio de poderes legales. Sin embargo, esta posición es contradictoria... si la celebración del contrato solo

⁶⁴ PANTOJA BAUZÁ, R. (1994). El Derecho Administrativo: Clasicismo y Modernidad. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 65-66 pp.; SILVA CIMMA, E. (2001). Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 174p.; MORAGA KLENNER, C. (2019). Contratación Administrativa. 2da Edición. Santiago. Thomson Reuters. 21p.; SOTO KLOSS, E. (2012). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. (3ª Edición actualizada), Thomson Reuters–Abeledo Perrot. Santiago, 547-56 pp.; BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). Derecho Administrativo General, 3ª Ed. Santiago. Abeledo Perrot-Legal Publishing. 239p.; CORDERO VEGA, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago. Thomson Reuters, 786 pp.; OLIVARES VALDIVIA., J. M. (2018). Manual de derecho administrativo. Valencia. Tirant lo Blanch. 300-317 pp.; OELCKERS CAMUS, O. (1979). En torno al concepto de contrato administrativo. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (3): 135-160.; BOCKSANG HOLA, G. (2015). El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860). Thomson Reuters. 632-700 pp.

“habilita” el ejercicio de poderes legales, entonces la fuente de las prerrogativas no es el contrato sino la ley, y la relación jurídica no es convencional sino legal o estatutaria...”⁶⁵.

Importante es considerar que un sistema esencialmente legalista como el nuestro, restringe las potestades públicas a las expresamente permitidas (art. 6 y 7 de la Constitución Política de la República) de suerte tal que ni la Constitución ni ley alguna habilita a la Administración del Estado a dar origen a potestades de origen distinto (*extra-legal*) a las que el Constituyente y el legislador les adjudica, tanto es así que, incluso, el ordenamiento jurídico infralegal que permite la articulación de potestades públicas, ha de tener íntimamente coherencia con la norma legal atributiva, de manera tal que su contravención habilita al órgano contralor para representar la norma reglamentaria por no ajustarse precisamente al marco legal, o al particular a recurrir a la judicatura, reclamando mediante la acción de nulidad de derecho público.

Por otro lado, de lo que se ha venido señalando y solo en la medida que aceptemos que el contrato administrativo constituye realmente un acto administrativo (mixto y modal, según ya se tuvo oportunidad de referirnos) se puede concebir la existencia de sanciones administrativas aplicables al servidor que desatiende la carga prestacional que se le ha confiado (infracción administrativa), por cuanto en el ejercicio de su poder público el legislador podrá otorgarle potestad sancionatoria unilateral y ejecutoriamente. De esta tesis, por tanto, se destierra todo brío de sanción civil: cláusula penal.

Para concluir el presente acápite, valga señalar que lo que se ha podido justificar respecto a la imposibilidad de concebir la figura del contrato administrativo, como homólogo al contrato de orden civil, se encuentra en consonancia con la búsqueda de autonomía e independencia científica del Derecho Administrativo, que prescinde de instituciones nacidas al alero de otras disciplinas también autónomas (Derecho Civil y/o

⁶⁵ ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30): 40p.

derecho Penal), habida cuenta de la existencia de instituciones, principios y normas que reflejan una autosuficiencia que torna innecesario recurrir a otras ramas del derecho, cuyas instituciones no necesariamente encuentran una coherencia integradora con las comprendidas en el Derecho Administrativo, que permitan una aplicación directa sin perder su fisonomía e identidad. Así, compartimos lo expresado por el Profesor Vergara Blanco en orden a que “El sistema normativo (salvo jerarquías o mandatos de integración normativa expresos) originan esquemas de auto-relleno de lagunas normativas. Igualmente, cada disciplina autónoma, conforma su sistema de instituciones y principios, que ayudan a esa autointegración, y la única argamasa son los principios jurídicos, pero no la burda práctica de trasladar, sin tamiz alguno, leyes desde un sistema a otro, sin percibir la incoherencia que puede significar ese arrastre desde disciplinas que no sólo son distintas en cuanto a su esencia a su célula más básica: la relación jurídica, su naturaleza y los sujetos que la componen, sino que al ser de sectores distintos de la *summa divisio* del derecho (privado/público), implica postular soluciones mediante principios jurídicos que pueden resultar incoherentes; es que el relleno de lagunas de cada disciplina debe ser auto-gestionado y no con arrastre de soluciones desde disciplinas vecinas, por rancias y prestigiosas que sean”⁶⁶.

CAPÍTULO IV: LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN LO QUE LLAMAN CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: Argumentación desde de la Inexistencia de los Contratos Administrativos.

Como se esbozó brevemente en el acápite anterior, las sanciones administrativas responden a potestades legales en el marco del ejercicio del poder público de la Administración del Estado, por tanto, inherentes a la función supraordenadora de la Administración del Estado en el vínculo jurídico impositivo con el servidor para la satisfacción de una necesidad pública.

⁶⁶ VERGARA BLANCO, A. (2009). Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. Revista de Derecho Administrativo, 3, 61 pp.

No obstante lo anterior, y atendido a la pseudo-clausura por parte de la doctrina y jurisprudencia de la discusión de la existencia de los contratos administrativos que, como se dijo, la mayoría de la doctrina⁶⁷ aboga y avala por la existencia de esta figura contractual, aun en perjuicio de las impropiedades y contradicciones que esta figura representa en el ámbito del Derecho Administrativo y la función pública, se ha tornado un debate presente y actual dilucidar la naturaleza de las sanciones que se verifican en la ejecución de los mal llamados contratos administrativos⁶⁸.

a. Las Sanciones Administrativas Contractuales y su óptica civilista.

Este primer apartado tiene como función describir cómo, desde la negación de la aplicación del derecho administrativo sancionador en el régimen sancionatorio contractual público, la tesis que sostiene que las facultades de reproche que se le reconocen a la Administración como parte integrante del contrato público, se fundan en una construcción residual de regulación jurídica integradas con normas del derecho privado como efecto y/o solución a la referida negación del régimen sancionatorio administrativo.

La sanción administrativa por antonomasia, utilidad y masividad es la multa administrativa, sin perjuicio de la existencia de otras sanciones administrativas que, a diferencia de la primera, no tienen una definición aflictiva de orden económico. Respecto de esta sanción económica es donde ha gravitado mayormente el debate

⁶⁷ PANTOJA BAUZÁ, R. (1994). *El Derecho Administrativo: Clasicismo y Modernidad*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 65-66 pp.; SILVA CIMMA, E. (2001). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 174p.; MORAGA KLENNER, C. (2019). *Contratación Administrativa*. 2da Edición. Santiago. Thomson Reuters. 21p.; SOTO KLOSS, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. (3ª Edición actualizada), Thomson Reuters–Abeledo Perrot. Santiago, 547-56 pp.; BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). *Derecho Administrativo General*, 3ª Ed. Santiago. Abeledo Perrot-Legal Publishing. 239p.; CORDERO VEGA, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago. Thomson Reuters, 786 pp.; OLIVARES VALDIVIA., J. M. (2018). *Manual de derecho administrativo*. Valencia. Tirant lo Blanch. 300-317 pp.; OELCKERS CAMUS, O. (1979). En torno al concepto de contrato administrativo. *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (3): 135-160.; BOCKSANG HOLA, G. (2015). El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860). Thomson Reuters. 632-700 pp.

⁶⁸ El presente trabajo se enraza en la teoría de la inexistencia del contrato administrativo, como construcción jurídica e identidad propia del Derecho Administrativo, por ello y por ello nos permitimos expresarnos como los “mal llamados contratos administrativos”.

relacionado a su naturaleza. Nuevamente –al igual como acontece con la definición ontológica del contrato administrativo- la naturaleza de la multa en las relaciones contractuales de la Administración del Estado (y que abordaremos en los párrafos siguientes) se erige como un reflejo de la inviabilidad del sincretismo o integración de disciplinas y regímenes jurídicos antagónicos, de la *summa divisio*.

La discusión si el *Ius Puniendi* Estatal es fundamento basal en la actuación de la Administración en la actividad correccional en contexto de la ejecución contractual ha llamado la atención de buena parte de la doctrina administrativista; es ahí donde se da un concierto de argumentaciones que, desde distintos enfoques y acentuaciones, han discutido (incluso negado) la regencia del derecho público en una institución nacida preminentemente desde el seno del derecho privado, el contrato.

Es precisamente el origen de la institución del contrato, su naturaleza, regulación y sistematización por el derecho privado, que funda las argumentaciones de quienes sostienen que el ejercicio de reproche se funda en argumentos de orden facultativo (como si estuviéramos en presencia de un derecho subjetivo de la Administración) como efectos jurídicos propios del contrato, desprovisto de potestades sancionatorias, reconduciendo las cláusulas sancionatorias, en el caso de multas y términos anticipado del contrato por incumplimiento grave, a una institución originada del sistema contractual general civil, la cláusula penal.

Como se verá en apartados posteriores, la referida cláusula penal, que el Código de Bello define en su artículo 1535 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 de retardar la obligación principal”* es del todo incompatible con el ejercicio del poder público por parte de la Administración del Estado, sus objetivos, fines y la procedencia de sus actos, en donde la preeminencia del derecho público administrativo en la autorización y regulación de la gestión administrativa desplaza la aplicación de normas jurídicas nacida para regular vínculos con intereses individuales y ejercidos en un plano de igualdad.

En general, quienes sostienen el carácter civilista de las sanciones en los contratos que celebran los órganos de la administración, discurren en dos líneas argumentativas, la primera se concentra en descartar el argumento que el ejercicio de sancionar por parte de la administración en un contrato, constituya una potestad sancionatoria como manifestación del *Ius Puniendi* Estatal; la segunda línea, se encarga de resolver la naturaleza jurídica de las sanciones como integrante de un esquema jurídico que sea coherente con la institución del contrato diseñado en el derecho civil, pero de origen administrativo.

Contraloría General, por medio de su facultad dictaminadora ha sido la representante privilegiada de la presente tesis civilista de la sanción contractual, debido a ello ha señalado que *“el fundamento que origina la multa es un incumplimiento contractual y que no reviste la naturaleza de una sanción administrativa. Más bien se trata de la consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, correspondiendo a la mera ejecución de las estipulaciones de tales acuerdos de voluntades y no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado”*. Como se observa, el órgano contralor refrenda que tanto los incumplimientos (infracciones) como las sanciones que se verifican en la ejecución de un contrato administrativo son exclusivamente contractuales y que por tal razón la aplicación de una sanción en el marco de un contrato administrativo, responde no a una potestad que el ordenamiento jurídico le ha otorgado a la Administración contratante, sino a una de las facultades que las partes voluntariamente han acordado en favor de la administración. Ahora bien, esas facultades que se comentan, la autoridad contralora las eleva a la categoría de potestades exorbitantes en razón de que ellas cautelan la correcta y oportuna ejecución del contrato habida cuenta de encontrarse inmerso en el mismo, el interés general de los administrados, así ha dicho que *“debe precisarse que en los contratos administrativos como el de la especie, cuya finalidad directa e inmediata es de carácter público, la Administración posee ciertas potestades exorbitantes, que difieren de las del derecho común, precisamente por encontrarse comprometido el*

*interés colectivo...*⁶⁹. Cerrando los fundamentos sostenidos por Contraloría General de la República, para negar el carácter o manifestación del ius puniendi de la Administración en los contratos administrativos, el órgano contralor reconduce las sanciones contractuales administrativas a la figura eminentemente civil de las cláusulas penales⁷⁰, afirmando con ello que, primero: la facultad sancionatoria contractual, no constituye una institución *sui generis* sino que inmersa en un régimen jurídico de orden civil y que constituye una fórmula de garantía para el correcto y oportuno cumplimiento de las obligaciones del contratante, encontrando una identidad ontológica con las cláusulas penales del derecho civil; segundo: que el elemento determinante a efectos de resolver la naturaleza jurídica de las sanciones contenida en una estipulación contractual, es un incumplimiento al contrato mas no una transgresión a una norma legal o infralegal que pueda constituir una infracción administrativa, toda vez que las normas jurídicas que rigen la referida conducta del contratista son de fuente contractual y no, como se esperarí de una infracción administrativa, de una norma legal o infralegal. De ahí que potestad sancionatoria y facultad de ejercicio de cláusula penal, son términos eminentemente contrapuestos, lo que lleva a concluir al órgano contralor el triunfo – parcial a nuestro juicio- de la normativa civil por sobre la normas y principios de derecho público.

Esta tesis civilista de las sanciones en los contratos administrativo, tiene en la Excma. Corte Suprema otro de sus expositores que desde la jurisprudencia y en la misma línea que el órgano contralor, que negando la aplicación de una potestad sancionatoria de la administración ha ido incluso más allá, reconociendo el carácter de cláusula penal a la terminación anticipada del contrato por incumplimiento del contratista⁷¹, lo que -a

⁶⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°16.307 de 11 de abril de 2008.

⁷⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictámenes N°34.523 de 04 de junio de 2013 y N°4.508 de 22 de enero de 2013, entre otros.

⁷¹ EXCMA. CORTE SUPREMA. Sentencia pronunciada el 30 de julio de 2021 en la causa Rol N°125.529-2020. Considerando Décimo. “Que, por otro lado, es imprescindible subrayar que no se está en presencia de una manifestación de la potestad sancionatoria administrativa, sino que el término anticipado del contrato obedece a una estipulación contractual que puede ser entendida como una verdadera cláusula penal en favor de la Administración en cuanto acreedora, figura permitida por el artículo 11 de la Ley N° 19.886 y el inciso primero del artículo 79 ter de su Reglamento”.

juicio nuestro- desnaturaliza la definición propia de la cláusula penal en los contratos regidos por el derecho privado, cuyo fin es precisamente asegurar el cumplimiento de la obligación, lo que, claro está, bajo ningún respecto actuaría ni como garantía de cumplimiento y mucho menos cumple una función de evaluar el perjuicio producto del incumplimiento.

Ahora bien, la tesis ius privatista de las sanciones en los contratos que celebra la administración y que a juicio de quienes la sostienen, no constituyen potestades sancionatorias de la Administración, ha encontrado manifestaciones también en la doctrina nacional, así se ha dicho que *“...el poder de aplicar estas sanciones es distinto del ejercicio de la potestad sancionadora general. En efecto, la atribución de aplicar las sanciones contractuales se da en el contexto de un contrato y corresponden en su naturaleza jurídica a verdaderas cláusulas penales que puede aplicar directamente la Administración Pública contratante, en ejercicio de los poderes de autotutela que le reconoce el ordenamiento jurídico”*⁷².

El peso de esta tesis ius privatista se sitúa en la inaplicabilidad de reglas y principios de las potestades sancionatorias de la Administración en la etapa de ejecución de un contrato administrativo, desde que las medidas coactivas contempladas en un contrato de este tipo, sostienen, tienen su fuente, vigencia y poder en el seno de un acto bilateral consensual y conmutativo, y cuya regulación se encuentra en el derecho civil, de manera tal que ello se opone enconadamente tanto al origen, naturaleza y reglas de procedencia del ius puniendi administrativo, que al entender de esta parte de la doctrina, resulta incompetente o más bien inaplicable, para un contrato administrativo.

Parte de la doctrina que sostiene y defiende la existencia de sanciones reconducidas a la categoría de cláusulas penales, ha conceptualizado al contrato administrativo como *“...un acuerdo de voluntades entre un organismo de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y*

⁷² BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). Derecho Administrativo General, 3ª Ed. Santiago. Abeledo Perrot-Legal Publishing. 279p.

*en ejercicio de sus competencias específicas y un particular u otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas produciendo entre ellas derechos y obligaciones*⁷³. Al entender de esta doctrina, una serie de elementos de la potestad sancionatoria de la Administración del Estado, serían incompatibles con una concepción de contrato como el referido.

La doctrina que adhiere a esta tesis indica que el elemento voluntariedad de todo contrato, no se condice con la vigencia del ius puniendi estatal, desde que éste último presupone un vínculo de sujeción obligatoria del particular a la norma y a la sanción⁷⁴, prescindiendo de toda anuencia del particular.

Se esgrime también para negar la regencia de la disciplina del Derecho Administrativo sancionador, el carácter específico o particular de la sanción contractual, desde que “la sanción por incumplimiento del contrato administrativo sólo se aplicará a aquel particular que ha celebrado un vínculo contractual con el Estado, estableciéndose una situación singular y especial”⁷⁵, rasgo antagónico de la infracción y sanción administrativa que, como todo régimen punitivo público, requiere que tenga el carácter general y abstracto, caracteres propio de la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Se esgrime también, la eminente simetría de posición en contexto de contratación administrativa, rasgo inherente a la institución del contrato del derecho privado, así se señala al respecto que “la Administración actúa en los contratos públicos en un ámbito de igualdad con el particular, sin ejercer coactivamente el poder público estatal”⁷⁶, una

⁷³ BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). Derecho Administrativo General, 3ª Ed. Santiago. Abeledo Perrot-Legal Publishing. 239p.

⁷⁴ LLEDÓ VELOSO, C. y PARDO DONOSO, J. (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. Revista de Derecho Público, (82), 63p.

⁷⁵ Ibidem. 64 pp.

⁷⁶ Ibidem. 64 pp.

antigua pero reconocida doctrina refería que *“la Administración Pública, puede actuar en la vida jurídica a través de actos unilaterales, o a través del concurso de voluntades con personas que deseen contratar con ella. Cuando estas prestaciones de carácter contractual se realizan en un plano de igualdad, existiendo una fase anterior a la celebración del contrato donde se discute el texto y una fase de ejecución conforme a lo pactado, la Administración está haciendo uso de su capacidad jurídico-privada y en donde la norma aplicable es la de Derecho Civil o Mercantil”*⁷⁷; si bien el autor de esta tesis no integra la doctrina que ve el origen de potestades sancionatorias de la Administración en el contrato, sí ofrece un argumento relativo a la posibilidad de la Administración a actuar en la vida jurídica mediante el consentimiento de dos o más personas que, bajo ciertas cualidades del origen del vínculo jurídico, quedarán adscritas al derecho común o civil, territorio jurídico donde las cláusulas penales gozan de toda legitimidad.

A esta concepción civilista de las sanciones contractuales, le abona la afirmación que, en materia de carga de la prueba es plenamente vigente la norma del artículo 1698 de Código Civil, sin que pueda invertirse aquella en función de la presunción de legalidad de los actos administrativos⁷⁸. Mismo acontece con la interpretación del contrato en aquella parte en que sus cláusulas sean ambiguas, de manera tal, que en aplicación del artículo 1566 del mismo cuerpo legal, no se observará prerrogativa o privilegio alguno en favor de la Administración, pudiendo por tanto, como refiere la norma del inciso final del articulado *“Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”*⁷⁹

⁷⁷ OELCKERS CAMUS, O. (1983). Los principios informadores de la contratación administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (7).

⁷⁸ LLEDÓ VELOSO, C. y PARDO DONOSO, J. (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. Revista de Derecho Público, (82), 67p.

⁷⁹ CÓDIGO CIVIL, Artículo 1566, Inciso Segundo.

Observa esta tesis de la naturaleza civil de las sanciones contractuales, que ciertos principios orientadores de la disciplina del Derecho Administrativo Sancionador son inaplicables a las sanciones administrativas contractuales.

Reclama esta corriente doctrinal que, en lo que respecta al Principio de Tipicidad propio del Derecho Administrativo Sancionador, el tipo infraccional debe ser descrito exhaustivamente por quien la Carta Constitucional ha otorgado tal facultad de imponer reacciones de la autoridad de orden punitivo al sujeto autor de la infracción, el legislador (o por medio de la potestad reglamentaria), lo que no puede, por cierto, ser establecido en un acto jurídico consensual, a la luz de lo que consagra el inciso noveno del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política de la República⁸⁰.

En lo que atañe al Principio de Culpabilidad, principio de carácter transversal en nuestro ordenamiento jurídico como factor de imputación de responsabilidad, concebir que las sanciones que impone el órgano administrativo responden a la disciplina sancionatoria de esta área del derecho público implicaría que la motivación del acto administrativo se componga de una responsabilidad comprobada debidamente fundada y acreditada⁸¹ adjudicable al contratista, lo que difiere del proceder de la ejecución de la cláusula penal descrita en el artículo 1535 del Código Civil, en la que se requiere constituir al acreedor en mora a la luz del artículo 1538 del mismo Código, sin necesidad de fundar o acreditar responsabilidad alguna.

La jurisprudencia administrativa, en lo que toca al principio de proporcionalidad ha expresado que *“consiste en que la sanción que se va a aplicar como resultado de una infracción administrativa sea adecuada a la entidad o cuantía que ha tenido la infracción”*⁸². Este principio de orden general en el Derecho Administrativo encuentra su

⁸⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, Art. 19 N°3, Inc. Noveno: “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

⁸¹ Íbidem Art.19 N°3, Inc. Sexto: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

⁸² BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). Derecho Administrativo General, 3ª Ed. Santiago. Abeledo Perrot-Legal Publishing. 346p.

fundamento en que *“el derecho a un procedimiento justo y racional no sólo trasunta aspectos adjetivos o formales, de señalada trascendencia como el acceso a la justicia de manera efectiva y eficaz, sino que también comprende elementos sustantivos de significativa connotación material (Rol N°437, considerando 14°), como es –entre otras dimensiones- garantizar la proporcionalidad de las medidas adoptadas en su virtud. Esto es, en los procesos punitivos, que exista una relación de equilibrio entre la sanción impuesta y la conducta imputada”*⁸³.

Ahora bien, la aplicación de las reglas civiles de proporcionalidad en la ejecución de las cláusulas penales, desplazaría la observancia del principio de proporcionalidad del derecho público para dar paso a la regencia de normas que regulan la institucionalidad de la cláusula penal, así, la Contraloría General ha sostenido que *“correspondiendo, en todo caso, a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre las controversias que puedan originarse entre las partes relacionadas con los montos a que asciendan las mismas o al de los perjuicios que se hayan ocasionado”*⁸⁴, preminencia de la normativa civil sobre la pública que queda aún más palmario en el dictamen N°34.523/2013, que expresamente señala *“En consecuencia, cabe concluir que no se advierten irregularidades en las bases administrativas que vicien las disposiciones que regulan la determinación de las multas, sin perjuicio de hacer presente que conforme con lo previsto en el artículo 1.544 del Código Civil, que regula la cláusula penal enorme, corresponde a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la materia y moderarla en caso de estimarse desproporcionada”*⁸⁵.

El debido proceso, institución de garantía constitucional insoslayable en todo régimen sancionatorio público (penal o administrativo), en lo que atañe a la contratación administrativa, el Decreto Supremo N°1410, de fecha 12 de mayo de 2015, que incorporó el artículo 79 ter al Reglamento de Compras Públicas contenida en el

⁸³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia pronunciada el 21 de octubre de 2010 en la causa Rol N°1518-2010.

⁸⁴ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°65.248 de 17 de noviembre de 2011.

⁸⁵ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°34.523 de 04 de junio de 2013.

Decreto Supremo N°250/2004, ambos del Ministerio de Hacienda (cuerpo normativo utilizado como referencia para el análisis en este extremo del trabajo) que en la primera parte de su inciso tercero dispuso que *“Asimismo, las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de las medidas establecidas para los casos de incumplimientos, que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad...”* de lo que resulta, que sin perjuicio de la infracción normativa que ello pueda acarrear al día de hoy, la ausencia de dicho proceso –a lo menos a lo que se verificaba con anterioridad al Decreto Supremo N°1410/2015- ratificaba que la normas competentes para la ejecución de las referidas multas y términos anticipados por incumplimiento grave de las obligaciones del contrato – si consideramos la nueva jurisprudencia judicial- eran las que contempla el Código Civil en las disposiciones que se regula la institución de la cláusula penal en consonancia a lo que el artículo Primero de la Ley N°19.886 dispone respecto a la integración normativa⁸⁶.

Finalmente sostiene que, desde un sentido de justicia, dar tratamiento de sanciones administrativas, aquellas sanciones contenidas en las bases administrativas y en los contratos, *“agravaría aún más la relación de desequilibrio entre las partes en este tipo de contratos. En efecto, la Administración no sólo sería juez y parte, sino que además resolvería las disputas sobre incumplimientos contractuales con sanciones de Derecho Público, impuestas bajo ejecutoriedad y presunción de legalidad”*⁸⁷.

A modo de conclusión del presente acápite, cabe observar que la construcción dogmática de esta tesis se basa no en una identidad ontológica respecto de la Cláusula Penal contenida y regulada en los artículos 1535 y siguientes del Código Civil. En efecto el constructo basal de esta teoría se sostiene únicamente en el sentido de negar la

⁸⁶ LEY N°19.886, Art. 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”*.

⁸⁷ LLEDÓ VELOSO, C. y PARDO DONOSO, J. (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. *Revista de Derecho Público*, (82), 64p.

participación del Derecho Administrativo Sancionador al régimen sancionatorio contractual, de lo que resulta de manera residual la aplicación de las reglas civiles, provocando, como se demostrará en apartados que siguen, una aplicación desnaturalizada y a ratos forzadas de normas de orden civil; en otras palabras, la determinación de entender las facultades sancionatorias de la Administración en ámbito contractual no se sostiene sobre la naturaleza propiamente civil de las cláusulas contractuales, sino más bien, las sanciones serán de orden civil o administrativas, solo en la medida que argumentos más o argumentos menos tengan la virtud de afirmar la regencia del Derecho Administrativo Sancionador en las cláusulas contractuales administrativas o a contrario, puedan desestimar la aplicación de estas reglas, debiendo remitirse residualmente a las normas civiles de la contratación, lo cual negamos por cuanto solo a modo de ejemplo, desde el punto de vista metafísico, sobre la directriz del Principio Aristotélico de No Contradicción «es imposible que, al mismo tiempo y bajo una misma relación, se dé y no se dé en un mismo sujeto, un mismo atributo».

b. Sanciones Administrativas Como Ejercicio de Potestades Públicas en La Contratación Administrativa.

Si aceptamos la concepción mayoritaria que proclama un vínculo contractual entre un individuo y la Administración del Estado, como una extracción del derecho común al derecho público administrativo, entonces, las sanciones contractuales pueden ser reconducidas a la institución de la cláusula penal o la condición resolutoria expresa.

Lo anterior, implica aceptar una concepción contrapuesta a la idea de que, lo que se denomina contratos administrativos son, en realidad, actos administrativos mixto, modal y, por cierto, potestativo respecto de la Administración.

En efecto, para aquella concepción contractualista se torna inherente la idea que las sanciones que el contrato puede contemplar, obedece a una naturaleza de derecho subjetivo para la Administración y cuyo ejercicio es facultativo, reconociendo un origen consensual entre la administración y el particular.

Pues bien, como señala un autor nacional *“lo primero que define a la Administración del Estado es ser autoridad en una comunidad política, de lo que se sigue que su actuar es necesariamente potestativo. La consecuencia más importante de lo anteriores es que se excluye que la Administración pueda actuar de modo facultativo”*⁸⁸. Así, para quienes pregonan la tesis contractualista, las sanciones ahí verificadas acusarían un actuar facultativo, habilitando por tanto, que la Administración pueda actuar en un plano de igualdad con el particular, despojándose de su calidad de autoridad política ubicada en una posición de supraordenación o verticalidad. Pero, si hay algo cierto, es que la autoridad que detenta la Administración ha sido conferida por la comunidad política como un encargo que se comprende como indispensable para la realización del bien común, en tal sentido, el profesor Soto-Kloss ha expresado que la actividad administrativa es una actividad *“propriadamente subordinada”*.⁸⁹ Así, corolario de lo anterior, se puede expresar que toda actividad de la Administración es un encargo de la comunidad política, donde su intervención debe estar siempre encaminado al fin que subyace al encargo, que es el bien de toda la comunidad, de forma tal que nadie podría sostener válidamente que la Administración pueda actuar facultativamente prescindiendo de su cualidad potestativa, y en un plano de pseudo igualdad.

Lo anterior refrenda la imposibilidad política y jurídica de sostener que las sanciones que verifican en la denominada contratación pública puedan tener un origen contractual.

Ahora bien, sobre la base de la tesis que sostiene que lo que se ha tenido por llamar contratación administrativa en realidad constituye una actuación mancomunada con el particular que comprende, en realidad, actos administrativos unilaterales de la Administración, mixtos y modales, regidos por la justicia distributiva, podemos sostener

⁸⁸ AGUILERA MEDINA, C. (2021). Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa: Algunas reflexiones sobre la autoridad administrativa y el principio de legalidad. Revista chilena de derecho, 48(2), 5p.

⁸⁹ SOTO KLOSS, E. (2012). Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. (3ª Edición actualizada). Santiago. Thomson Reuters–AbeledoPerrot. Santiago, 547-559 pp.

que las sanciones administrativas que nacen del *ius puniendi* del Estado, son funcionales a este método de intervención Administrativa para la consecución de sus fines.

La construcción dogmática de esta tesis que rechaza la idea de una contractualidad entre la Administración del Estado y los particulares, concibe la vigencia de un esquema sancionatorio en este vínculo jurídico que liga al particular con la Administración, particular que ha de responder a la carga pública que se le ha encomendado, y ello por cuanto, coincidiendo con el profesor Claudio Moraga Klenner, que esta especial vinculación impositiva (escribiendo el autor desde la vereda de la tesis contractualista), comprende de suyo que las atribuciones de control, fiscalización y dirección de la función encomendada requiere la existencia de una potestad sancionadora⁹⁰, por cuanto y a mayor abundamiento, la autoridad política, para ser eficaz, ha de actuar, asimismo, de un modo necesariamente potestativo⁹¹. De lo sostenido entonces, se puede expresar que la sanción administrativa que se verifique responde a particularidades específicas de aquel vínculo jurídico.

Ahora bien, cabe considerar que las referidas sanciones administrativas, no responden a una aplicación abstracta y general aplicable a la comunidad toda, sino solo a ciertos y específicos ciudadanos, ciudadanos a quienes se le ha encomendado la tarea o función; en efecto las sanciones administrativas que pueden aplicarse al particular procederán solo y cuando este vínculo jurídico se materialice, momento en el cual el particular responderá a ciertos deberes y encomendaciones de naturaleza pública, enmarcándose en un específico estatuto de derechos y deberes, eminentemente legal habida vigencia del principio de legalidad de la función pública. En tal sentido, y como se ha referido previamente en este trabajo que encuentra su correlato previo en el trabajo del profesor Arancibia Mattar “Naturaleza y Justicia de los Contratos

⁹⁰ MORAGA KLENNER, C. (2019). *Contratación Administrativa*. 2da Edición. Santiago. Thomson Reuters. 492p.

⁹¹AGUILERA MEDINA, C. (2021). Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa: Algunas reflexiones sobre la autoridad administrativa y el principio de legalidad. *Revista chilena de derecho*, 48(2), 5p.

Administrativos”, en el que afirma que *“la relación jurídica no se perfecciona en virtud de un acuerdo de voluntades sino del acto administrativo que adjudica dicha carga conforme a un estatuto previo que la rige o lex statutus, para diferenciarla así de la lex contractos”*⁹².

CAPÍTULO V: NATURALEZA ESTATUTARIA DEL SERVIDOR RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, EN EL CUMPLIMIENTO DE LA CARGA PÚBLICA ENCOMENDADA.

De lo anterior entonces, podemos afirmar, como aproximación previa a la materia de fondo del presente trabajo, que el vínculo jurídico entre el servidor y la Administración del Estado responde a un vínculo estatutario, en donde el primero adquiere una condición jurídica respecto de la Administración del Estado, diferenciado del resto de los ciudadanos en donde se observa derechos y deberes, y con una vigencia esencial de la potestad de la Administración por sobre el particular, habida cuenta que ahora, este último, deberá ejecutar las encomendaciones dada por la autoridad conforme previamente la Administración ha definido, y en cuyo cumplimiento el control, fiscalización y dirección del mismo, se encuentra expresamente radicado en la autoridad administrativa en calidad de potestad pública respecto del particular.

Como se quiera, el vínculo jurídico que se configura, sin perjuicio alguno de la naturaleza de acto administrativo unilateral que designa al servidor a quien se ha de encomendar la función o tarea, requiere necesariamente de la anuencia del particular de someterse a los designios y a las reglas de control, fiscalización y dirección en la ejecución de la tarea encomendada, y por cierto, a la potestad sancionatoria de la Administración. Ahora bien, importante es aclarar que la anuencia referida no busca crear potestades de control, fiscalización y dirección en el vínculo que verá la luz, por cuanto estas potestades no nacen a la vida del derecho fruto del consentimiento de la Administración con el agente, la anuencia está referida al sometimiento absoluto del

⁹² ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30), 31p.

privado a las reglas de la Administración, anuencia que se manifiesta con la concurrencia del agente de mutuo propio al llamamiento público.

Lo anterior entonces nos fuerza a concluir que lo que se está en presencia, es una relación estatutaria en la que se verifica una especial sujeción respecto de la Administración, desde que tales designios, y demás potestades, no son ejecutables respecto de toda la comunidad o cada uno de sus integrantes, sino solo respecto del agente que se vincula con la Administración para la comisión de una tarea encomendada y cuya base jurídica se encuentra en la ley, en los reglamentos, bases administrativas y actos administrativos de adjudicación. Cabe desde ya advertir al lector, que esta conclusión no se arriba sino observando sistemáticamente las potestades de la Administración, los derechos y deberes del servidor, y el régimen jurídico aplicable, es decir un régimen de derecho y de orden público, que regula la actividad e intervención de la Administración para la consecución de sus fines y su vinculación con el particular.

Esta calidad del vínculo que une al particular con la autoridad administrativa, es decir, la calidad estatutaria, se encuentra concebida, por aquella sujeción especial del servidor con la autoridad administrativa, designado para la ejecución de la tarea o función, regido por un catálogo de deberes y obligaciones y, por cierto, de derechos.

Así entonces, corresponde en este apartado referirnos a aquello que le da esta especial fisonomía a la relación Estado-Ciudadano, que se cobija en aquella categoría jurídica de la Especial Sujeción a la Autoridad Administrativa. Ello nos permitirá arribar a la idea final del presente trabajo, en la tesis de que las facultades sancionatorias verificadas en la especie se enmarcan en lo que se denomina Derecho Disciplinario.

a. Relación de Sujeción Especial.

Esta categoría jurídica nace en la vigencia de la monarquía constitucional alemana en el siglo XIX en la que se deslindaban dos estructuras institucionales, por un lado, el parlamento, representante de las relaciones generales de la sociedad y cuyo método de manifestación antonomasia era la Ley. Por otro lado se ubicaba el Monarca en quien quedaban radicado los asuntos relativos a la organización y administración del Estado,

para cuya tarea se valía de funciones, atribuciones y potestades en un marco jerárquico y de subordinaciones, en donde no existía regulación legal ni control jurisdiccional⁹³.

La especial relación de sujeción, como categoría jurídica identificada, encuentra su origen en los trabajos de la doctrina administrativa alemana a principios del siglo XX. Paul Laband indicó que la relación funcionario-Estado surgía al alero de un contrato, contrato regulado por lo demás, por el Derecho Público Alemán y que consistía “*en la declaración del Estado de tomar a la persona a su servicio y de otro lado, el funcionario expresa al Estado su deber particular de servicio, de obediencia y fidelidad*”⁹⁴, la transgresión a los deberes y obligaciones por parte del funcionario importaba un delito disciplinario. Para el autor, lo que se verificaba en la especie eran relaciones contractuales de poder entre el funcionario y las autoridades administrativas: “*relación especial de poder*”⁹⁵, en el marco del servicio público; de ahí el interés de Laband de dilucidar la situación jurídica de los primeros respecto de sus superiores. Identificaba el autor que de este vínculo contractual surgía para el Estado la potestad de dar órdenes y ejercer coacción⁹⁶, elementos que van definiendo e individualizando por sí este especial vínculo jurídico de las demás en las que podía tener participación el Estado.

Esta noción de relación de especial sujeción tenía como rasgo distintivo una restricción de derechos respecto del agente que se investía de funcionario, en tanto que implicaba el sometimiento a designios de la autoridad Estatal, abandonando voluntariamente márgenes de prerrogativas asociadas al individuo. Ello es observado por Otto Mayer, quien describió “*...La obligación de servir, según el derecho público, significa una relación de sujeción especial...la obligación de prestar servicios, sea cual*

⁹³ GÓMEZ PAVAJEAU, C. & MOLANO LÓPEZ, M. (2007). “La Relación Especial de Sujeción”. Colombia. Estudios, Universidad Externado de Colombia. 35p.

⁹⁴ GIL GARCÍA, L.; GARCÍA CORONADO, G. y ESTEBAN GARCÍA, R. (2009). Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho. 12(23): 177-192 pp.

⁹⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, C. & MOLANO LÓPEZ, M. (2007). “La Relación Especial de Sujeción”. Colombia. Estudios, Universidad Externado de Colombia. 39p.

⁹⁶ *Íbidem*, Pág. 184.

fuere su origen, crea un poder jurídico especial que se ejercerá en nombre del Estado o del cuerpo de administración propia sobre el obligado, para mantener y dirigir a éste en el cumplimiento exacto de sus deberes. Este es el poder jerárquico... El poder jerárquico se ejerce de dos maneras distintas: la orden jerárquica y el poder disciplinario...”⁹⁷.

Como se observa, es Laband quien identifica que aquella relación entre súbdito y monarca: funcionario y Estado, se configura en función de un poder o potestad de uno por sobre otro, más allá del origen de la misma (autor que lo radica en un origen de orden contractual, según se indicó). Por su parte Otto Mayer le da a esta relación particular entre el funcionario y el Estado una categorización jurídica inmersa en el Derecho Administrativo, y que tenía la especial característica de restringir derechos, garantías y libertades, sin tutela judicial⁹⁸.

Este último autor, quien definió como categoría jurídica la relaciones de sujeción especial, diferenciándolo por demás, de la sujeción general del ciudadano hacia el Estado, considerando para ello -consideraciones que dan rasgo distintivo desde lo jurídico, a esta categoría del Derecho Administrativo- que no todos los vínculos con el Estado y los súbditos son relaciones especiales de sujeción “...entiende que se trata de un vínculo desigual, desde el punto de vista jurídico, esto es, creado jurídicamente de manera específica para determinados súbditos, con lo cual parte del supuesto de que es una norma de destinación específica, que no se puede aplicar a todos los ciudadanos y que tiene una connotación apriorística”⁹⁹; La Administración del Estado -sostiene Mayer- ha de satisfacer intereses específicos del pueblo y que en función de tal cumplimiento se vale de medios combinados a fin de lograr eficazmente tales intereses, en tal sentido “Y dado que los servidores del estado son uno de estos medios, la manera de justificar su

⁹⁷ LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1993). Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. España. Civitas Ediciones. 56-61 pp.

⁹⁸ GALLEGU ANABITARTE, A. (1961). Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Revista de administración pública, (34), 11-51pp. Recuperado de: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/221551961034011.pdf>.

⁹⁹ LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1993). Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. España. Civitas Ediciones. 66 p.

*dependencia como tales medios son los intereses de la eficacia en el cumplimiento de los fines públicos*¹⁰⁰; la restricción de derechos y libertades que se verifican, está estrictamente vinculada a la eficacia en el cumplimiento de los fines públicos encomendados a la Administración del Estado *“...vincula la fuente de dicha restricción extraordinaria de derechos con el ingreso material del afectado a la organización administrativa del órgano titular de dicho servicio”*¹⁰¹; la potestad autoritativa existente en esta sujeción especial a la Administración del Estado se desplegaba en dos vertientes, una *“la orden jerárquica”* y la otra *“el poder disciplinario”*, señala López Benítez *“Por medio de la orden jerárquica se determina de forma obligatoria la conducta del subordinado y se genera en éste el consiguiente deber de obediencia...”*¹⁰², el incumplimiento a ese deber de obediencia es el que habilita a la autoridad administrativa a desplegar potestades de coacción a fin de reencausar la conducta del funcionario hacia el cumplimiento de sus deberes (encomendaciones, de suerte tal que la actividad coactiva se va personificando en un castigo correctivo, de orden pedagógico a objeto de reencausar la conducta que ha desatendido el funcionario respecto al deber impuesto, con miras al interés y eficacia de los fines públicos. Por lo anteriores es que no es de extrañar que se verifiquen en la autoridad administrativa alemana potestades de control y vigilancia del cumplimiento de los deberes.

Cabe indicar que esta conceptualización o categorización jurídica tuvo como fin explicar la ausencia del derecho en los vínculos que unía a ciertos ciudadanos con el Estado, de ahí que la categorización de la que tratamos, se vincula inherentemente (en aquella época histórica) en una restricción de derechos y libertades que los ciudadanos habían obtenido posterior a la revolución francesa, así lo refiere al menos el profesor Gómez Pavejeau *“Ese ámbito libre del derecho conllevaba dos consecuencias muy importantes: en las relaciones especiales de sujeción no regían las garantías individuales,*

¹⁰⁰ Íbidem. Pág. 67.

¹⁰¹ GÓMEZ PAVAJEAU, C. & MOLANO LÓPEZ, M. (2007). “La Relación Especial de Sujeción”. Colombia. Estudios, Universidad Externado de Colombia. 46p.

¹⁰² LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1993). Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. España. Civitas Ediciones. 71 pp.

toda vez que el individuo había dado su consentimiento para que el Estado hiciera con él lo que le viniera en gana; de manera tal que falta disciplinaria era lo que a bien tuviera considerar el empleador; el procedimiento, lo que se le ocurriera aplicar, y las sanciones, las que le indicaren los principios de conveniencia y oportunidad”¹⁰³.

Aquellos rasgos que se enuncian se mantuvieron relativamente indemnes, lo que cambiaría en la década de los setenta con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 1972, en donde reconociendo previamente que la existencia de relaciones especiales de sujeción constituyen límites implícitos de los derechos fundamentales de los presos, lo mismo es inconstitucional “... *el que no se respeten las garantías formales (reserva de ley) establecidas en beneficio y garantía de los derechos fundamentales*”¹⁰⁴, criterio que se esparció al resto de las relaciones de sujeción especial vigente a la época del pronunciamiento de este tribunal constitucional. Ello implicó que aquel reducto prácticamente ajeno al derecho, fuera conquistado completamente por el mismo en la búsqueda de protección de, a lo menos, los derechos esenciales, en la medida que los mismos solo podían ser afectados por medio de una ley, dotando a su vez de una mayor protección jurisdiccional, marcando con ello una conclusión a la concepción tradicional de esta especial categoría jurídica, lo que no es óbice a nuestro juicio, que la idea de sujeción especial subsista a fin de individualizar vínculos jurídicos en que la autoridad estatal en su vertiente administrativa, actúa con potestad por sobre cierto y determinado grupo de ciudadanos, los que, por lo demás, cuentan con derechos exigibles a estas mismas entidades estatales.

Sin perjuicio de lo que se ha dicho del desenlace histórico de las relaciones de sujeción especial respecto de la Administración del Estado, aquella categorización cumple una labor de informar los límites a los que se encuentra sujeta la potestad disciplinaria de la Administración del Estado “*es decir, ese privilegio de legislar a través*

¹⁰³ GÓMEZ PAVAJEAU, C. (2004). Dogmática del derecho disciplinario. Tercera Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 141 pp.

¹⁰⁴ LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1993). Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. España. Civitas Ediciones. 122-135 pp.

*de reglamentos previa habilitación legal, ejecutar por medio de expedientes y sancionar, al ostentar la potestad disciplinaria, pero precisamente condicionada a la obligación de respetar de manera escrupulosa los derechos fundamentales de los funcionarios*¹⁰⁵. De ahí que el recurso dogmático de las relaciones de sujeción especial, sean especialmente importante para el presente trabajo, habida cuenta que, precisamente, lo que se pretende indicar es la procedencia sancionatoria de la Administración del Estado en las relaciones Administración- servidor a quienes se les ha encomendado determinada función, deber o tarea, para la consecución de los fines de la Administración del Estado, el bien común.

Esta categorización jurídica constituye la antítesis a las relaciones generales de sujeción en donde sin distinción (jurídica o material) los ciudadanos se encuentran vinculados hacia el Estado y la autoridad Administrativa. Como señala el profesor Gómez Pavajeau *“las relaciones generales de sujeción ya no implican un vínculo especial entre una persona y el Estado, sino un vínculo entre todos y el Estado”*¹⁰⁶. De aquella relación general de sujeción, se distingue por tanto, la relación especial de sujeción, en tanto que aquel administrado que integra la comunidad toda, puede integrar aquel vínculo de sujeción especial con la autoridad administrativa, lo que acontecerá cuando el ciudadano voluntaria u obligadamente quede sometido a una estructura administrativa estatal, lo que lleva de suyo reconocer y acatar la potestad de la autoridad manifestada casuísticamente o por medio de la observancia de normas jurídicas.

Las conceptualizaciones actuales de aquella categoría jurídica decimonónica, tiene como una serie de elementos comunes que ilustran la funcionalidad actual de aquellos vínculos especiales.

¹⁰⁵ FORERO SALCEDO, J. 2007. Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales. Análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal desde la óptica de un Derecho disciplinario autónomo. En: Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen III. Colombia. Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público. 56 pp.

¹⁰⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, C. (2004). Dogmática del derecho disciplinario. Tercera Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 137p.

El profesor español Eduardo García De Enterría definía esta categoría jurídica administrativa como una relación distintiva de la aquella sujeción general a la autoridad en donde “...el administrado cualificado matiza su posición de un status especial que le singulariza de la situación genérica por virtud de un tipo de relación concreta que le liga con la administración de una manera específica”¹⁰⁷. A su turno, uno de los máximos exponentes del Derecho Administrativo Sancionador, el profesor Alejandro Nieto concibe aquel vínculo jurídico público como “aquellas personas que viven en un contacto permanente o cuasipermanente con establecimientos administrativos (presos, soldados, estudiantes), de tal manera que sin una reglamentación especial y sin unos poderes también especiales de la administración, la convivencia y la gestión del servicio público serían difíciles”¹⁰⁸, definición que se concibe ya integrada o tutelada por el principio de legalidad, propio de un Estado de Derecho. Luego, Santa María Pastor comprende aquella categoría jurídica como “la situación singular en que determinadas personas o entidades se encuentran por el hecho de hallarse insertas de modo particularmente intenso en la organización administrativa, lo que determinaría el que la administración ostentase sobre ellas unas potestades especialmente enérgicas, mucho más limitativas de la libertad”¹⁰⁹. Pero especialmente útil se torna para este trabajo el ejemplo utilizado en la definición de sujeción especial que aporta el profesor José Villar Palasi quien define aquel instituto como “un sometimiento previo del ciudadano a un determinado estatus o vínculo (como ocurre con los contratistas de la administración, los concesionarios de servicios o los funcionarios públicos)”¹¹⁰, luego y a fin de no saturar de definiciones que en su gran mayoría encausan los mismos elementos constitutivos de una relación de especial sujeción, citamos una definición, que a juicio nuestro, comprende con lucidez

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. 2º Edición. Civitas. 1993. 20p.

¹⁰⁸ NIETO GARCÍA, A. (2004). Derecho Administrativo Sancionador. 4ta. Edición totalmente reformada, Tecnos, Madrid. 229p.

¹⁰⁹ SANTA MARÍA PASTOR, J. 1988. Fundamentos de derecho administrativo. Madrid, Editorial centro de estudios Ramón Areces. 793p.

¹¹⁰ VILLAR PALASÍ, J. y VILLAR EZCURRA, J. 1999. Principios de derecho administrativo. Madrid, Universidad Complutense de Madrid. Tomo I. 207p.

aquel reemplazo de restricción de derechos y libertades que comprendía el concepto clásico de sujeción especial por el de títulos de intervención en la esfera jurídica del administrado en el concepto contemporáneo de aquella categoría que se comenta *“Relaciones jurídicas en donde el administrado se encuentra frente a la administración en una situación de especial dependencia, que permite a la administración unos títulos de intervención más amplios en su esfera jurídica para la más adecuada prestación o ejercicio de una actividad o servicio público”*¹¹¹, dentro de los títulos de intervención, y en lo que nos interesa, podemos encontrar la potestad disciplinaria de la Administración que, ejercida, afecta aquella esfera jurídica de derechos y libertades del administrado.

Este instituto jurídico que se comenta, se verifica en una vinculación jurídica de orden asimétrica entre sujetos de derecho (Administrado-Estado), cuyo régimen regulatorio es siempre de derecho público. Esta asimetría se manifiesta en el acatamiento de los designios de la autoridad en ejercicio de sus potestades públicas, lo que por cierto da lugar a un vínculo de dependencia de uno hacia el otro, asumiendo el administrado una conformación al orden jurídico que establece el deber encomendado a ejecutar por la administración, aquella descripción es concebida también por la doctrina española que sostiene que *“el Ordenamiento aísla un sector de la realidad social y le encomienda unos fines peculiares, asignando a los sujetos de la relación una determinada posición de preferencia o de subordinación, que se traduce en un haz recíproco de potestades, derechos, obligaciones, deberes, etc., contenido típico de cualquier relación jurídica”*¹¹². Como se observa aquel vínculo por desigual que se conforma, no prescinde -y mal podría hacerlo- de derechos en favor del administrado por el costo de soportar sobre sí la función pública encomendada. Aquel aserto es reconocido y tutelado en nuestro derecho interno, en virtud del Principio de Igualdad

¹¹¹ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, C. y SUÁREZ EYTEL, I. 2004. Análisis de la ejecución de la pena privativa de libertad. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 372p.

¹¹² LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1994). Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid, Civitas S.A. 165p.

ante los bienes y cargas públicas (Art. 19 N°2 y N°20, de la Constitución Política de la República).

Este vínculo de sujeción especial requiere que se manifieste en un contexto de poder/potestad de uno respecto del otro; aquel rasgo es del todo esencial en un marco de una relación de sujeción, incluso si esta es general o especial, por cuanto es el único campo en que la institucionalidad pública pueda cumplir sus fines, fines también públicos o comunes al pueblo, de ahí que se sostenga que *“las funciones (...) ejecutivas son propias de la potestad”*¹¹³.

La potestad ejercida por la autoridad tiene como consecuencia la de afectar la esfera jurídica del administrado o lo que es lo mismo *“que la persona revestida de dicha potestad dice o decide, en el ejercicio de ese poder o autoridad, impone un deber a otra persona”*¹¹⁴. Este elemento, la potestad, es observable en todo tipo de relaciones en que participe la Autoridad Pública Administrativa en un correlato de autoridad. Así, esta supremacía es aún mucho más patente en las relaciones especiales de sujeción, toda vez que indiscutidamente las potestades de controlar, dirigir, sancionar, interpretar el actuar del servidor, es como se manifestará el actuar potestativo de la autoridad administrativa, por ello se sostiene que *“las condiciones necesarias para el bien común son obligatorias con prescindencia de la voluntad de los sujetos beneficiados o vinculados”*¹¹⁵, concebir la potestad administrativa carente de tales manifestaciones de poder, entonces, el cumplimiento de los fines de la Administración quedarían gravemente afectadas sujetos al arbitrio del administrado quien importaría una doble calidad de legitimado activo y pasivo a la vez, respecto del alcance del bien común.

¹¹³ DOMINGO, R. (1997) “El Binomio “auctoritas-potestas” en el Derecho romano y moderno”, Revista Persona y Derecho, N°37. 197p.

¹¹⁴ ORREGO SÁNCHEZ, C. (2019): Derecho: Conceptos Fundamentales. Santiago, Ediciones del Círculo de Santiago. 86p.

¹¹⁵ ARANCIBIA MATTAR, J. (2017): “La relación jurídica público-privada: iter conceptual, atributos y criterios”, En: SOTO KLOSS, E. (edit.), El derecho Administrativo y la protección de las personas. Libro Homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC. Santiago, Chile. Ediciones UC. 1-15pp.

Se ha sostenido que uno de los rasgos identitarios de aquella sujeción especial se configura en la inserción del agente con carácter de permanente y real a la estructura administrativa, lo que importa una inserción no solo jurídica sino también material.

Discutimos tal aserto habida cuenta que aquella inserción material en el constructo administrativo no es identitario de una relación de especial sujeción. En efecto toda concepción sobre la categoría que se comenta refiere de una afectación a la esfera jurídica del agente particular que la integra, esfera que se ve gravada con ciertas y específicas encomendaciones, deberes y obligaciones que la autoridad le impone y sujeta a sanciones en el caso de incumplimiento, sin requerir para ello una integración efectiva a la estructura y organización administrativa, en tal sentido, aquella sujeción especial puede verificarse de actores que no integra efectivamente la Administración sino más bien cumplen deberes públicos encomendados por ella, piénsese solamente el concesionario de una obra pública, o los agentes insignes de esta categoría, los presos, todos quienes no integran la estructura administrativa pero que sí ven afectado su esfera jurídica de derechos y libertades, voluntaria o involuntariamente, y cuyo vínculo es regido por un régimen jurídico diferenciado del resto de la sociedad.

Ahora, en lo que nos interesas, aquella forma de integrar aquella relación de sujeción especial, no es indiferente la carencia de voluntad en su configuración. En efecto, la intensidad en los grados de exigencia de cumplimiento de deberes y obligaciones entre vínculos ausentes de voluntad de los que no, es trascendental a la hora de la vigencia del esquema sancionatorio que se verificará en uno y otro caso, ello explicaría la existencia de regímenes disciplinarios especiales o tratamientos diferenciados en materia de deberes¹¹⁶.

b. Sujeción Especial del Servidor Adjudicado en la carga pública encomendada.

De lo dicho entonces, podemos sostener la existencia que, entre un servidor y la autoridad pública administrativa, en el marco de una imposición de deberes y

¹¹⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, C. & MOLANO LÓPEZ, M. (2007). "La Relación Especial de Sujeción". Colombia. Estudios, Universidad Externado de Colombia. 25-26pp.

obligaciones, se rige por un marco jurídico de naturaleza estatutaria de derecho público, que es el régimen normativo que tutela la vinculación que se ha forjado, y a la cual se ha sometido voluntariamente al momento de participar en el llamado público de la autoridad administrativa, y que el vínculo que unirá a aquel servidor con la Administración tendrá una fisonomía específica y diferenciada del resto de los integrantes de la sociedad, de la cual podrán observarse restricción de derechos y libertades, sin perjuicio de las compensaciones que, por la ejecución del encargo, grave el ámbito jurídico y patrimonial del administrado.

Es en este contexto de sujeción especial que el servidor se vincula con la Administración para el cumplimiento de aquel encargo que le ha sido impuesto, encargo que es dirigido y vigilado por la autoridad administrativa quien, en caso de incumplimiento, podrá desplegar sus potestades sancionatorias sobre el privado en el caso de ser necesario.

Ahora bien este esquema sancionatorio que se verificará en este especial vínculo, no es un esquema sancionatorio común de la cual está dotada la Administración del Estado, sino uno especialísimo respecto de aquel especial vínculo, y que se ha tenido por nombrar como Derecho Disciplinario, régimen sancionatorio que presenta particularidades inherentes a una relación de sujeción especial, de estructura jerárquica y potestativa, y que no encuentra competencia respecto del general de los administrados, sino de ciertos y determinado agentes.

Estas particularidades se manifiestan en una modulación específica y concreta respecto del destinatario de la sanción disciplinaria, con vistas a mantener el orden y la disciplina en la ejecución de la labor encomendada, de manera tal que los principios que limitan el ejercicio sancionatorio, como el principio de legalidad, tipicidad, proporcionalidad y culpabilidad, han de aplicarse con un criterio funcional al cumplimiento de la gestión que se le ha impuesto al administrado, que es lo que realmente importa.

CAPÍTULO VI: LA POTESTAD DISCIPLINARIA.

a. Concepto de Potestad Disciplinaria.

El profesor español Alejandro Huergo al analizar las diferencias entre potestad sancionadora administrativa y la potestad disciplinaria, sostiene que esta última constituye *“una potestad que son titulares todas las organizaciones, públicas y privadas, que le permite castigar (imponer sanciones) a sus miembros cuando incumplan los deberes derivados de la pertenencia a la organización”*¹¹⁷. Para Nieto, por su parte, derecho disciplinario se resume en *“el Derecho sancionador del Estado sobre quienes se encuentran sometidos a una relación especial de servicio o poder”*¹¹⁸, a su turno, el catedrático español, profesor José Suay Rincón comprende dos sentidos de potestad disciplinarias, uno amplio y uno restringido; así, en sentido amplio, el profesor señala que *“consistiría en el poder de reprimir, mediante la imposición de sanciones, aquellas conductas antijurídicas que realizan quienes se encuentran vinculados a la Administración por una relación especial de sujeción, siempre que tales conductas tengan lugar en el ámbito de la relación”*¹¹⁹, en tanto que la concepción restringida la define en los siguientes términos *“Por potestad disciplinaria de la Administración del Estado se entiende comúnmente el poder que ésta le atribuye al ordenamiento jurídico de reprimir, mediante la imposición de sanciones, las conductas antijurídicas que realizan las personas que trabajan para ella, esto es, los funcionarios públicos, siempre que tales conductas tengan lugar en un marco de relación de servicio que uno a estos con aquella”*¹²⁰. Todas estas definiciones tienen en común la de reconocer la potestad punitiva de la Administración respecto de sus servidores, lo que es lógico si de lo que se habla es del elemento sancionatorio de aquellas relaciones de sujeción especial. No

¹¹⁷ HUERGO LORA, A. (2007). Las Sanciones Administrativas. Madrid. IUSTEL. 173p.

¹¹⁸ NIETO GARCÍA, A. (1970). Problemas capitales del derecho disciplinario. Revista de Administración Pública (63): 62p.

¹¹⁹ SUAY RINCÓN, J. (1989). Potestad disciplinaria. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.) Libro de Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí. España. Civitas. 1316p.

¹²⁰ Íbidem, 1315p.

obstante, imposible es desatender para efectos del presente trabajo, la definición que aporta la Corte Constitucional de Colombia que ya en una jurisprudencia de larga data, y describiendo desde un punto de un sistema normativo respecto a la potestad disciplinaria señaló *“el Derecho Disciplinario comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”*¹²¹.

Los conceptos, en general, cumplen una función descriptiva y de síntesis, en la que se enfatizan ciertos rasgos del fenómeno observado que permiten una concepción integral del contenido de lo conceptuado, o como lo señalaba con mayor autoridad el jurista español Alfredo Gallegos Anabitarte *“la ciencia del Derecho como ciencia conceptual es una ciencia de definiciones: se acota de la realidad una situación de hecho y se le califica. Esa complicada labor lógica -y frecuentemente con consideraciones teleológicas- de ir limando lo que la lógica interna del concepto exija, es parte del arte del jurista”*¹²², de ahí que, a fin de nutrirse de visiones y perspectivas sobre un mismo fenómeno, nos permitimos las citas a los conceptos de grandes catedráticos del derecho administrativo con el objeto de ofrecer luces, no del fenómeno del Derecho Disciplinario en sí mismo como rama del derecho sancionador de la Administración (idea a la cual adscribimos), sino de la lógica sancionatoria que subyace a su imposición, esto es, la funcionalidad práctica de su imposición en línea con los fines y objetivos de los que la Administración del Estado es responsable.

¹²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia pronunciada el 05 de agosto de 1996 en causa Rol C-341-1996.

¹²² GALLEGO ANABITARTE, A. (1961). Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. Revista de administración pública, (34), 11-51pp. Recuperado de: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/221551961034011.pdf>.

b. Fundamentos del Derecho o Potestad Disciplinaria.

Ahora bien, esta potestad sancionatoria tiene una función en la actividad de la administración que, en concreto, corresponde a una actividad secundaria, de apoyo a aquella actividad principal impuesta y descrita en la Constitución Política de la República y la Ley de Bases Generales de Administración del Estado,¹²³⁻¹²⁴ y cuyo objetivo es disciplinar a sus agentes y funcionarios que se vinculan singularmente con la Administración, cuando aquellos han transgredido las obligaciones y deberes impuestos; así, se sostiene que *“..tal poder de la Administración Pública inherente a su organización tiene por objeto castigar las conductas de los funcionarios públicos constitutivas de una infracción a la relación del Servicio y que determinan una inadecuada satisfacción de los intereses públicos que la Administración Pública, como entidad, tiene encomendados”*¹²⁵.

Ahora bien, la infracción disciplinaria (administrativa) no se verifica en el desarrollo de la función administrativa sino en la medida que sus consecuencias alteren el correcto ejercicio de la función pública o pongan en peligro los fines del ejercicio de la función pública, en el mismo sentido se ha expresado parte de la doctrina al señalar *“tal poder de la Administración Pública inherente a su organización tiene por objeto castigar las conductas de los funcionarios públicos constitutivas de una infracción a la relación del Servicio y que determinan una inadecuada satisfacción de los intereses públicos que la Administración Pública, como entidad, tiene encomendados”*¹²⁶. Es por

¹²³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA, Art. 1°, Inc. Cuarto: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

¹²⁴ LEY N°18.575, Art. 3°, Inc. Primero: “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal.

¹²⁵ LAFUENTE BENACHES, Mercedes. 1996. El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la Administración del Estado. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 15; citado en: MONTERO (2015), Óp. Cit., p. 117.

¹²⁶ MONTERO CARTES, C. (2015). La Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios Públicos: un estudio introductorio.

ello que el fundamento de toda sanción disciplinaria -como expresión de aquel derecho administrativo sancionador de orden doméstico- es reencausar la conducta del agente administrativo hacia el cumplimiento de los fines de la institución u organismo de la Administración del Estado, que es lo que en realidad interesa al detentador de la potestad disciplinaria; así se afirma que la identidad de aquella sanción disciplinaria respecto del agente infractor tiene un fin correctivo, y no punitivo ni represivo, toda vez que la infracción que se verifica en este estadio, no tiene un efecto de alterar el orden social, sino de entorpecer el normal y correcto funcionamiento de la actividad administrativa.¹²⁷

Las sanciones en contexto del cumplimiento de un deber o en la encomendación de un encargo, relacionando lo que se ha expuesto en la extensión del presente trabajo, permite concluir que revisten una naturaleza disciplinaria funcional a los fines del órgano administrativo (en el marco de una especial relación de sujeción), que se fundamentan en la pretensión de mantener el orden y la disciplina en la ejecución de lo encomendado, a fin de concretar la satisfacción social que al órgano público debe propender.

Es por ello, que a juicio nuestro, las sanciones administrativas disciplinarias en la ejecución de la tarea que un órgano administrativo encomienda a un particular previamente seleccionado, cumple un rol articulador y modelador de la conducta del particular en la propensión del cumplimiento de éste, que contribuye consecuentemente al objetivo del órgano administrativo, es por ello que la imposición de las sanciones administrativas al interior de éste especial vínculo, no tiene como pretensión principal reprimir al agente con un carácter retributivo, sino más bien, la pretensión de la sanción es el correcto cumplimiento de sus obligaciones y deberes, es

¹²⁷ “el Derecho Disciplinario se encuentra ligado con el Derecho Administrativo por este, en búsqueda de la eficiencia de la administración pública. Por lo que tienen una parte correctiva y no punitiva, ni represiva, las sanciones disciplinarias son correcciones pedagógicas denominadas también por algunos autores como penas medicinales”. DAZA PÉREZ, Mario Felipe. 2011-2012. La naturaleza jurídica del derecho disciplinario ¿autónoma e independiente? Revista Actualidad Jurídica de la Universidad del Norte, Edición 3° y 4°: pp. 57-63

decir, corregir aquella conducta del agente que se ha apartado de los fines que motivan la encomendación de gestión determinada, esto es, el correcto desempeño del encargo público que permite consecuentemente cumplir la satisfacción de las necesidades públicas como la consecución del bien común. De ahí que la sanción administrativa en estos vínculos se identifique con una función meramente correctiva de la conducta del agente, sin agotarse el efecto represivo que por cierto, puede ir agregado en la sanción más no es su fin principal.

El derecho disciplinario o la potestad disciplinaria, a juicio nuestro, constituye la herramienta de gestión de la Administración Pública para garantizar el cumplimiento de la gestión que se le ha encomendado al particular. En efecto, en aquello que se ha tenido por llamar contratación administrativa, y que por nuestra parte, adscribiendo a la tesis del profesor Arancibia Mattar¹²⁸, en un contexto de imposición unilateral de carga pública, en la que el agente deberá reflejar un estricto apego a las normas legales e infralegales que regulan la ejecución de la tarea que se le ha adjudicado, las sanciones administrativas, son uno de los medios en que la Administración asegurará el cumplimiento de sus objetivos.

Lo anterior implica, por cierto, someterse a los designios de la autoridad por parte del agente, autoridad que tendrá la dirección y control de la gestión del administrado, por cuanto los deberes y obligaciones que deberá cumplir el particular son la necesidad pública que la autoridad administrativa se encuentra en el imperativo de satisfacer.

¹²⁸ ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. Revista de Derecho Administrativo Económico, (30), 27-53pp.

CAPÍTULO VII: LÓGICA DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS EN EL CUMPLIMIENTO DE CARGAS PÚBLICAS NACIDAS DE AQUELLOS ACTOS ADMINISTRATIVOS ADJUTIVATIVOS.

Las sanciones disciplinarias en este contexto, y como se ha enunciado previamente, no tienen un función exclusiva y principal de reprimir la conducta del agente infractor en un aspecto retributivo, si bien aquel sustrato represivo se mantiene como tenues visos en aquellas sanciones que disciplinan al agente, su objetivo es otro, es el encausamiento de la voluntad y conducta del agente en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones; y ello tiene sentido si reconocemos que la sanción administrativa que se estudia, no pretenden el restablecimiento del orden público, sino más bien, el adecuado ejercicio de la función pública que ejercen los órganos de la Administración.

En la línea de aquel núcleo corrector de la sanción disciplinaria, no es desacertado sostener, entonces, que la sanción administrativa disciplinaria erige como herramienta para el cumplimiento efectivo y correcto del deber impuesto.

En otra expresión argumentativa, considérese que el método de selección del servidor a quien se le adjudicará la tarea de desarrollar cierto y determinado deber o tarea, es mediante propuesta pública; en ella se establecen criterios de selección que son los que la Administración entiende como necesarios, idóneos y garantes para el correcto y adecuado acometimiento de la prestación en el marco de la observancia de la eficacia y eficiencia con que la Administración ha de desempeñar sus funciones y el cumplimiento de sus fines.

En tal sentido, el agente adjudicado -quién, sabemos, se ligará con la Administración por medio de esta designación mediante acto de adjudicación, creando un vínculo diferenciado del vínculo general que une a todos los administrados con la Administración del Estado- se someterá a la dirección y control de la autoridad administrativa, y reconocerá en ella una jerarquía -habida cuenta de la inexistencia de una igualdad jurídica y/o material entre la autoridad administrativa y el administrado-

desde donde se reconoce la potestad disciplinaria de la autoridad; estos fenómenos potestativos, se manifiesta en este especial vínculo, con miras al cumplimiento efectivo del encargo, que es, como reiteramos, su único propósito.

Observando así, que el propósito de la Administración para con el servidor es el cumplimiento de lo encomendado, la potestad disciplinaria no ha de ser desplegada sin criterios prácticos funcionales al cumplimiento de aquello. En otras palabras, podemos sostener, que las sanciones disciplinarias son solo efectivas, si permiten el cumplimiento del encargo público respecto del servidor; de otro modo, el ejercicio de la potestad disciplinaria sería ineficaz al propósito de que se cumpla con el deber que la autoridad ha adjudicado al particular.

a. La Responsividad en las Sanciones Disciplinarias.

Como se ha dicho, las sanciones administrativas disciplinarias no se imponen con un fin retributivo respecto de los agentes que han desatendido sus obligaciones, no pretenden el castigo su castigo, muy por el contrario, buscan y como ya se ha dicho, subyace en ellas un fin correctivo, de manera tal que tales potestades han de ser dispuestas y desplegadas en un orden funcional al propósito de la Administración, esto es, el cumplimiento de lo encomendado de manera eficiente y de manera eficaz, toda vez que es el interés público de la comunidad que se encuentra comprometido y que ha de ser satisfecho. Es por ello que, ante el incumplimiento del agente en determinada gestión, y que, por ejemplo, haga insostenible la vigencia del vínculo con el agente, no es solo el agente quien falla, sino también la Administración quien ha demostrado su incapacidad de poder gestionar la satisfacción de la sociedad en los asuntos de su competencia, sea al designar al agente idóneo, sea al no propiciar –dentro de sus potestades- el cumplimiento del encargo. Tal aserto entonces orienta como han de ser impuestas estas medidas disciplinarias, con una mirada estratégica, propendiendo al cumplimiento de la gestión, pero revestidas de ciertas cualidades, a decir: de la eficiencia y la eficacia necesaria.

Como es sabido, el contexto donde se formulan y verifican vínculos jurídicos especiales para la provisión de bienes y servicios en favor de la Administración del Estado, se consulta en un mercado competitivo en donde la carga impuesta, va precedida de un procedimiento inserto en la lógica mercadista de oferta y demanda. De ahí que la Administración del Estado se presenta como un usuario más, con ciertas peculiaridades, pero no prerrogativas en su favor (sin perjuicio del mecanismo de selección del adjudicatario: concurso público), por tanto, la Administración deberá desplegar estrategias de atracción de oferentes de entre los cuales podrá seleccionar al que se corresponda con sus necesidades y criterios para lo que se encomendará y ello conjugarlo sin margen de error con el cumplimiento de sus fines y objetivos. Como sostenía el profesor García De Enterría *“El acto unilateral de la Administración asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración de los administrados”*¹²⁹; ello importa en la amplitud de sujetos (naturales o jurídicos) y ofertas sobre los cuales pueda decidir adjudicar determinada carga pública¹³⁰.

En tal sentido, los profesores Barra y Celis, resumiendo lo que Contraloría General de la República ha señalado respecto del principio de Libre Concurrencia de los Oferentes al Llamado Administrativo, expresan que *“La lógica que funda el principio*

¹²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ, T. R. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. 2ª Edición. Civitas. 1993. 20p

¹³⁰ Valga una aclaración: la utilización de vocablos propios de un contexto económico y comercial de intercambio de bienes y servicios dentro de un constructo social como el Mercado, se utiliza en el presente trabajo, a efectos de explicar en términos claros y conocidos, factores ajenos a la Administración que han de ser incorporados y tenidos a la vista al momento de vincularse con los agentes. Como referencia analógica e histórica a esta situación de oferta y demanda en que la autoridad debe saber conjugar, nos la ofrece el profesor Alejandro Nieto, que en su trabajo *“Problemas capitales del derecho disciplinario. Revista de Administración Pública”* del año 1970, describe la siguiente referencia histórica: *“La expansión de funciones del Estado moderno provocó un aumento prodigioso del número de sus servidores, quienes precisaban, además, e muchos casos de una formación profesional muy elevada, en consonancia con la creciente complicación de sus tareas. Pero como, por otra parte, el número de estudiantes no aumentaba en la proporción debida, el resultado fue una grave penuria de funcionarios auténticamente calificados. En estas condiciones -y dado que el latín era el idioma universal de la Cancillería y de la Justicia- se originó una especie de competencia entre las Cortes europeas en demanda de los mejores funcionarios. Así fue cómo los Príncipes se vieron forzados a otorgar inusitadas ventajas económicas -y también jurídicas, que es lo que ahora nos interesa-para atraerse a los más capacitados”.*

consiste que mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurran a una licitación, mayor es el ámbito de acción de la Administración para elegir la propuesta más satisfactoria al interés público, en la medida, naturalmente, que no se transgredan los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los licitantes”¹³¹.

El antecedente anterior cobra esencial relevancia si tomamos en consideración que al año 2022 se ha observado una baja participación de oferentes: El 25% de las licitaciones públicas participa un oferente y en 55% tres o menos. El 20% de las bases de licitación pública tiene limitantes a la competencia¹³².

Es en este escenario que las sanciones disciplinarias no han de desatender aquellos antecedentes expuestos en el párrafo precedente, lo que implica considerar la imposición de las mismas con una mirada estratégica que conjugue adecuadamente la corrección y llamado al orden del agente disruptivo, junto con provocar en el mismo, el interés del cumplimiento de la gestión que ha sido encomendada, en los términos que las normas imperativas que reglan el vínculo sobre el cual se sostiene el encargo ordenan. Ello propicia la cautela por lo demás de la eficiencia y eficacia de la gestión administrativa, por un lado, y evitar la fuga y abstención de futuros agentes colaboradores, por el otro.

Lo anterior nos lleva a considerar las medidas disciplinarias en un marco responsivo del Derecho Administrativo¹³³, esto es, evitando afectar el interés del

¹³¹ BARRA GALLARDO, N. & CELIS DANZINGER, G. (2012). Contratación Administrativa Bajo la Ley de Compras. 3ª ed. 2012. Santiago. Editorial Legal Publishing Chile. Pág. 77.

¹³² Subsecretaría de Hacienda. (2021). Boletín de Indicaciones N° 14137-05 en Proyecto de Ley que Moderniza la ley N°19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado. Subsecretaría de Hacienda.

¹³³ El profesor Santiago Montt Oyarzún, ha expresado que *“el Derecho no se concibe como una dogmática cerrada a las consecuencias de las normas, sino que, por el contrario, exige al ordenamiento una “completa y inteligente consideración de los hechos sociales sobre los cuales debe proceder y a los cuales debe aplicarse”*. Montt Oyarzún, Santiago (2010): *“Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”*, en: Documento de trabajo 4 (Santiago, Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile). Por su parte el Profesor Pablo Soto Delgado acota que *“la responsividad se refiere a la capacidad del regulador para adaptarse selectivamente al entorno y a las características de los actores regulados, siendo necesario al efecto que la Administración*

administrado de dar cumplimiento de las normas infralegales que regulan el especial vínculo de sujeción en este concierto con la Administración, considerando una mirada funcional respecto de estas medidas coactivas en un marco mayor de medidas disuasorias.

Esto justifica la amplitud de modulación de las sanciones disciplinarias que se verifica en este campo, por cuanto un catálogo rígido de infracciones disciplinarias, por ejemplo, impediría -como lo indica el Profesor Letelier- la regulación de la estabilidad y flexibilidad de la función pública en miras de una burocracia sana y experta¹³⁴. Las sanciones disciplinarias en el campo de la provisión de bienes y servicios que han de procurar los agentes adjudicados, han de ser moduladas también, con una lógica responsiva, es decir, no como una reacción aflictiva automática a la infracción de deberes por parte del agente, sino con una mirada integradora de las condiciones políticas, económicas y sociales en las que se exige la conducta del servidor, procurando siempre el cumplimiento de lo encomendado, y considerando la supresión del vínculo jurídico, solo como una medida de *ultima ratio*, habida cuenta que la selección del agente adjudicado, como se indicara previamente, va precedida de un análisis eficiente del mismo, de suerte tal que aquello garantiza que una medida conclusiva del vínculo no sea una medida de *prima ratio* por cuanto se ha considerado y atestiguado la idoneidad del agente.

Así las cosas, las sanciones disciplinarias deben ser consideradas como herramientas institucionales que puesta en marcha permiten encauzar las conductas de los administrados hacia los objetivos perseguidos¹³⁵.

disponga de herramientas que la habiliten para actuar y faciliten el cumplimiento de los propósitos públicos fijados por el legislador". Soto Delgado, P. (2016): "Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental", en Revista Lus et Praxis, Año 22, No 2, 2016, pp. 189 - 226

¹³⁴ LETELIER WARTENBERG, R. (2020). "Sanciones Administrativas Regulatorias: Tres premisas sobre su función". Revista de Derecho Administrativo Económico (32): 70p.

¹³⁵ SOTO DELGADO, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. Revista Lus et Praxis, Año 22(2): 190p.

De lo anterior, entonces, la autoridad administrativa dispondrá de medidas disciplinarias solo en la medida que aquellas sean eficientes y eficaces para el cumplimiento de la gestión encomendada; como sostiene el profesor Letelier *“De esta forma, en el ámbito contractual o en el ámbito regulativo las sanciones solo se entienden como formas de enforcement de las reglas de conducta”*, lo que referirá la eficiencia y eficacia de la dirección y control por parte de la Administración, en la ejecución de la tarea encomendada.

En este plano, entonces, resulta un caso paradigmático el que recogen los profesores Lara y García-Huidobro, y que refiere en un contrato de suministro de camisas a Carabineros de Chile en que el contratista por concepto de multas adeudaba \$25.605.320.-, en circunstancias que el valor de la obligación principal alcanzaba la suma de \$15.708.785.-¹³⁶. Este ejemplo grafica precisamente el polo opuesto a aquella mirada estratégica en la aplicación de medidas disciplinarias; en efecto, la disposición de medidas disciplinarias reconocen límites, límites que no tienen como pretensión proteger la indemnidad del agente o evitar gravar en demasía o excesivamente el patrimonio de aquel. En efecto, los límites están referidos a los casos cuando las sanciones que se figuran en estas relaciones, resultan ineficaces o no provocan ningún efecto en el agente, entonces, la autoridad administrativa, dispondrá el término del vínculo, considerando que existen antecedentes objetivos que el del vínculo con el agente no se obtendrá o no se logrará los fines que tiene en vista la Administración. Las sanciones en este contexto han perdido todo sentido de eficacia respecto del objeto del vínculo que se genera entre el agente y la Administración, desnaturalizándose incluso el sentido correctivo de la sanción, que es el elemento distintivo de la mayoría de las sanciones disciplinarias y que la distingue, asimismo, de la sanción máxima en esta materia que es la destitución, el término del vínculo con el agente, medida que por cierto

¹³⁶ LARA ARROYO J.L. & GARCÍA-HUIDOBRO L.E. (2014). Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la contratación administrativa bajo la Ley N°19.886. En: ARANCIBIA MATTAR J. & ALARCÓN JAÑA. P (coord.): Sanciones Administrativas, X Jornada de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA). Santiago: Editorial Thomson Reuters. 382p.

no tiene como fin corregir conducta alguna, sino la expulsión del agente de la tarea administrativa.

Las sanciones disciplinarias, en este contexto, deben evitar un desarrollo azaroso del encargo encomendado y retomar su sentido de garantía del buen funcionamiento del servicio, reencausando la conducta del agente, así, la destitución o el término del vínculo, resultará de aquella reflexión del órgano administrativo de ponderar el contexto y la necesidad de resguardar el correcto funcionamiento de la actividad administrativa.

CAPÍTULO VIII: CONCLUSIÓN.

El escritor estadounidense Robert Frost en su poema “El Camino No Elegido” escribió “*Dos caminos se bifurcaban en un bosque, y yo, Yo tomé el menos transitado, y eso hizo toda la diferencia*”. Este pasaje de la obra de Frost, refleja precisamente la impronta del presente trabajo que se ofrece al lector, una línea explicativa alterna a la discusión doctrinaria relativa a las sanciones administrativas al interior del dogma de la contratación administrativa.

Discutir la naturaleza de la sanción administrativa al interior de la contratación pública, hoy en día no da cuenta de un carácter audaz, las líneas argumentativas han decantado, desde hace un buen tiempo en dos, una que observa en su ADN un origen civil identificable con las cláusulas penales¹³⁷ y la otra que reconoce la potestad de la administración de tutelar sus intervenciones por medio de la reprimenda del agente y que lo concibe dentro de la disciplina del Derecho Administrativo Sancionador¹³⁸. Es en esta última línea en que este trabajo se ubica, aportando –y eso esperamos- un argumento poco o nada explorado, en donde las sanciones administrativas en este estadio de la gestión administrativa se descubre la faz disciplinaria de la Administración

¹³⁷ BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). Derecho Administrativo General, 3ª Ed. Santiago. Abeledo Perrot-Legal Publishing; LLEDÓ VELOSO, C. y PARDO DONOSO, J. (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. Revista de Derecho Público, (82); entre otros.

¹³⁸ MORAGA KLENNER, C. (2019). Contratación Administrativa. 2da Edición. Santiago. Thomson Reuters; AGUILERA MEDINA, C. (2021). Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa: Algunas reflexiones sobre la autoridad administrativa y el principio de legalidad. Revista chilena de derecho, 48(2)

del Estado para con sus funcionarios y agentes. Pero esta faz disciplinaria, creemos, no es posible discernirla sino despojando a esta gestión administrativa de su contractualidad y reencausándola actos jurídicos administrativos unilaterales impositivos, pero no es que la conclusión de lugar a los argumentos que la sostiene, como una especie de estructura narrativa inversa sino que es el correcto entendimiento de aquella intervención propia de la Administración del Estado que sobre su pedestal de potestades se vincula con el privado (contratista, funcionario público o funcionario de las ramas militares o de orden, etc.) del cual el ordenamiento jurídico en general le otorga potestades sancionatorias para disciplinar a sus agentes, por cuanto como lo expresa el profesor Moraga Klenner la potestad sancionatoria de la Administración “es el correlato necesario de sus atribuciones de control, fiscalización y dirección”¹³⁹.

Las sanciones contractuales administrativas, a la luz del Derecho Público, constituye la consecuencia jurídica negativa que percibirá el agente que, encomendado a la tarea pública de colaborar con la Administración del Estado, desatiende los deberes y obligaciones que se le han impuestos. La nomenclatura de denominación “contractual” no altera en ello, aquella naturaleza de las potestades públicas que se reviste a la Autoridad Administrativa con el objeto de reencausar las conductas de los administrados que tiene bajo su cargo, o que a lo menos respecto de ellos se encuentran en una relación asimétrica inherente a su calidad de poder del Estado.

A juicio nuestro, la forma jurídicamente adecuada para explicar el ejercicio de potestades sancionatorias respecto al administrado por parte de la autoridad Administrativa es sobre la base de la existencia de un vínculo de sujeción especial, donde, como se dijo, la aceptación del sujeto conlleva la adquisición de un status, posición o condición jurídica particular regida por un *statutum*¹⁴⁰.

Es en el contexto de aquella relación de sujeción especial, en que la conducta del administrado debe ser especialmente supervisada, y en el evento de que esta conducta

¹³⁹ MORAGA KLENNER, C. (2019). Contratación Administrativa. 2da Edición. Santiago. Thomson Reuters. 492p.

¹⁴⁰ HIRSCHFELD, J. (1902). Status. Journal of the Society of Comparative Legislation 4, (2): 168- 172.

desatienda un deber impuesto, debe ser sancionado por la autoridad administrativa, sanción que deberá tener un enfoque funcional al buen desempeño del agente.

Ahora bien, esta sanción responde a una especial fisonomía, es decir, aquella no intenta imponer un efecto negativo de carácter aflictivo a la conducta negligente de aquel especial agente, ni tampoco conlleva un fin retributivo al mismo, por cuanto, coincidiendo con la profesora Dolores Rufián Lizana, las sanciones que en este contexto se verifican, son de tipo disciplinario, puesto que se imponen al concesionario, quien se encuentra en una relación de sujeción especial con la Administración, y donde lo que se busca es mantener la disciplina interna¹⁴¹ de la relación entre Administración y administrado, de manera tal que no pudiendo más que coincidir con la autora citada, las sanciones tienen un carácter únicamente disciplinario.

Cabe despejar desde ya la duda, respecto si al sostener esta afirmación de la naturaleza disciplinaria de las sanciones, como se ha expuesto en este trabajo, puede predicarse en vínculos cuyo objeto principal es el suministro de bienes y no de servicios, y por cuya naturaleza obligacional, la vigencia del vínculo se presume eventualmente efímero, donde, además, el comportamiento del agente -aparentemente- pareciera ser irrelevante mientras los bienes respondan a las especificaciones técnicas y económicas previstas. Creemos que el esquema sancionatorio disciplinario en vínculos cuyo objeto es la provisión de bienes, es perfectamente aplicable, y esto por una doble línea de fundamentos. El primero dice relación con el hecho que, la obligación (deber) del agente, recurriendo a la clásica clasificación civil de las obligaciones, entre obligaciones de dar, hacer o no hacer, en el caso de provisión de bienes, es preminentemente una obligación de dar, pero aquella obligación no es autónoma en el marco del vínculo de sujeción, ni prescinde de obligaciones que no requieren del agente un comportamiento eficiente y eficaz, desarrollado con estricto apego a las reglas que rigen el vínculo. En la mayoría de los vínculos en donde lo encomendado es la provisión de bienes, se requiere de un despliegue logístico que es definido previamente por la autoridad administrativa,

¹⁴¹ RUFIAN LIZANA, D. (2018). Manual de Concesiones de Obra Pública, 2da. Ed. Santiago. Editorial Metropolitana. 101p.

definición que se manifiesta en reglas o normas (cláusulas, en el caso de la doctrina que acepta la vigencia de un vínculo contractual), y una precisión de plazos, vigencias y oportunidades en la que se debe verificar la provisión de bienes, asimismo, existen vínculos donde existe un servicio de asistencia post entrega de bienes que no constituye al efecto un vínculo nuevo y distinto al original sino es una obligación que se incluye en aquel. Es en todos aquellos extremos del vínculo, en que la autoridad administrativa puede y debe ejercer sus potestades de dirección, control, fiscalización y sanción. El segundo argumento refiere a las distintas fisonomías legales que se engloban en la clasificación de suministro de bienes. En efecto el artículo 2° de la Ley N°19.886 considera también como suministro servicios personales, por ejemplo, la fabricación y mantención de equipos o bienes muebles, lo que refiere cierto despliegue de servicios personales materiales en el cumplimiento de lo encomendado.

Ahora bien, como también se indicó, las sanciones en este estadio, donde la cooperación del servidor se consulta en el mercado de la oferta y la demanda de bienes y servicios, las potestades sancionatorias de la administración han de ser dispuestas, por un lado, solo y cuando las medidas a imponer, propendan al cumplimiento de lo encomendado, es decir, sean eficaces en disciplinar al agente y, por otro lado no provoque la renuencia de los privados de aceptar los encargos que la Administración requiere adjudicar.

En efecto, las sanciones han de ser cuidadosamente diseñadas e impuestas, que permitan solo reencausar la conducta del agente, desplazando así, fines resarcitorios, indemnizatorios o meramente aflictivos, de ahí que aquella potestad sancionatoria disciplinaria debe concebir una lógica estratégica de apremios que refuercen la voluntad del agente de cumplir lo encomendado, sin que aquello se anuncie como una ejercicio potestativo estricto impuesto de manera mecánica, sino atendiendo al fin que se persigue, el cumplimiento de lo encomendado, y la consecución del bien común.

BIBLIOGRAFÍA.

AGUILERA MEDINA, C. (2021). Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa: Algunas reflexiones sobre la autoridad administrativa y el principio de legalidad. *Revista chilena de derecho*, 48(2): 1-26pp.

ALESSANDRI, A., SOMARRIVA, M., & VODANOVIC, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil: Partes preliminar y general*. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. (2).

ARANCIBIA MATTAR, J. (2014). La Autarquía de los Actos Administrativos en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República. En: SOTO KLOSS, Eduardo [coord.], *Administración y Derecho*. Santiago. Thomson Reuters, 21-33pp.

ARANCIBIA MATTAR, J. (2017): “La relación jurídica público-privada: iter conceptual, atributos y criterios”, En: SOTO KLOSS, E. (edit.), *El derecho Administrativo y la protección de las personas. Libro Homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC*. Santiago, Chile. Ediciones UC. 1-15pp.

ARANCIBIA MATTAR, J. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (30): 27-53pp.

ARIÑO ORTIZ, G. (1967). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos:(con especial referencia al contrato de obras públicas)* (Doctoral dissertation, Universidad Complutense de Madrid).

BAQUER, S. M. R. (1959). La institución contractual en el derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes. *Revista de administración pública*, (29): 59-102pp.

BARRA GALLARDO, N. & CELIS DANZINGER, G. (2012). *Contratación Administrativa Bajo la Ley de Compras*. 3ª ed. 2012. Santiago. Editorial Legal Publishing Chile.

BERMÚDEZ SOTO, J. (2014). *Derecho Administrativo General*, 3ª Ed. Santiago. Abeledo Perrot-Legal Publishing.

BOQUERA OLIVER, J. (1970). Poder administrativo y contrato: Fotocopia. Escuela Nacional de Administración Pública.

BOCKSANG HOLA, G. (2015). El nacimiento del derecho administrativo patrio de Chile (1810-1860). Thomson Reuters. 632-700 pp.

CAMPOLIETI, F. (2007). Los límites del contrato administrativo. Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados. En Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados. 1ª edición, México, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM.

CASSAGNE, J. (1999). El Contrato Administrativo. Buenos Aires. Abeledo-Perrot.

CÓDIGO CIVIL CHILENO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

CORDERO VEGA, L. (2015). Lecciones de derecho administrativo, 2da Ed. Legal Publishing Chile.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictámenes N°34.523 de 04 de junio de 2013 y N°4.508 de 22 de enero de 2013, entre otros.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°16.307 de 11 de abril de 2008.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°65.248 de 17 de noviembre de 2011.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, Dictamen N°34.523 de 04 de junio de 2013.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia pronunciada el 05 de agosto de 1996 en causa Rol C-341-1996.

CORDERO VEGA, L. (2015). Lecciones de derecho administrativo, 2da Ed. Legal Publishing Chile.

D.S. MOP N° 900, de 1996, que contiene el Texto Refundido y Actualizado de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

D.F.L. N° 1/19.653, de 2000, que contienen el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

D.F.L. MOP N°850, de 1997, que es el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N°15.840, de 1964, y del D.F.L. N° 206, de 1960: Ley Orgánica del MOP y Ley de Caminos.

D.S. Hacienda N° 250, de 2004, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

D.S. MOP N°75, de 2004, que aprueba el Reglamento de Contratos de Obras Públicas.

D.S. MOP N° 956, de 1997, que aprueba Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

DOMINGO, R. (1997) “El Binomio “auctoritas-potestas” en el Derecho romano y moderno”, Revista Persona y Derecho, N°37. 190 y siguiente.

DUCCI, C. (2005). Derecho civil. Parte general, 4ta. Ed. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).

EXCMA. CORTE SUPREMA. Sentencia pronunciada el 30 de julio de 2021 en la causa Rol N°125.529-2020.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, C. y SUÁREZ EYTEL, I. 2004. Análisis de la ejecución de la pena privativa de libertad. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

FIORAVANTI, M. (1983). Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo, en Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico.

FORERO SALCEDO, J. 2007. Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales. Análisis normativo, jurisprudencial y doctrinal desde la óptica de un Derecho disciplinario autónomo. En: Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen III.

Colombia. Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

FORSTHOFF, E., & FROMONT, M. (1969). *Traité de droit administratif allemand*.

GALLEGO ANABITARTE, A. (1961). Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la Administración. *Revista de administración pública*, (34), 11-51pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo. (1963). La Figura del Contrato Administrativo. *Revista de Administración Pública*. (41): 99-128pp.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ, T. R. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. 2° Edición. Civitas. 1993.

GIACOMETTI, Z. (1924). Über die Grenzziehung zwischen Zivilrechts-und Verwaltungsrechtsinstituten in der Judikatur des schweizerischen Bundesgerichts. 17

GIL GARCÍA, L.; GARCÍA CORONADO, G. y ESTEBAN GARCÍA, R. (2009). Relaciones especiales de sujeción. Aproximación histórica al concepto. *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*. 12(23): 177-192 pp.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. (2004). *Dogmática del derecho disciplinario*. Tercera Edición. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU, C. & MOLANO LÓPEZ, M. (2007). "La Relación Especial de Sujeción". Colombia. Estudios, Universidad Externado de Colombia.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (2003). *El contrato administrativo*. Madrid. Civitas.

HAURIOU, Maurice (1916). *Principes de droit public*. París, Libraire de la Societé de Recueil Sirey, 2a ed., 828 pp.

HIRSCHFELD, J. (1902). Status. *Journal of the Society of Comparative Legislation* 4, (2): 168- 172.

HUERGO LORA, A. (1998). *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Oviedo. Civitas.

- HUERGO LORA, A. (2007). Las Sanciones Administrativas. Madrid. IUSTEL.
- JÈZE, G. (1949). Principios generales del derecho administrativo. Buenos Aires. Editorial Depalma.
- JURISTO, R. (1983). La ejecución del contrato de obra pública. Universidad Complutense de Madrid (Spain).
- KELSEN, H. (1913). Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. Archiv des öffentlichen Rechts, 31(2/3): 190-249pp.
- LABAND, P., & VON MARTITZ, F. (1876). Das Staatsrecht des deutschen Reichs.
- LARA ARROYO J.L. & GARCÍA-HUIDOBRO L.E. (2014). Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la contratación administrativa bajo la Ley N°19.886. En: ARANCIBIA MATTAR J. & ALARCÓN JAÑA. P (coord.): Sanciones Administrativas, X Jornada de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo (ADA). Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- LAUBADÈRE, A., MODERNE, F., & DELVOLVÉ, P. (1983). Traité des contrats administratifs. Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- LEDDA, F. (1964). Il problema del contratto nel diritto amministrativo:(contributo ad uno studio dei cd contratti di diritto pubblico). G. Giappichelli.
- LETELIER WARTENBERG, R. (2015). La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el " Caso Mackenna". En: COUSO SALAS, J. (Edit.). Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales, (1): 316-332pp.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl. (2017). Garantías penales y sanciones administrativas. Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales, 12(24): 622-689p.
- LETELIER WARTENBERG, R. (2020). "Sanciones Administrativas Regulatorias: Tres premisas sobre su función". Revista de Derecho Administrativo Económico (32): 65-83pp.

Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

LLEDÓ VELOSO, C. y PARDO DONOSO, J. (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. *Revista de Derecho Público*, (82): 53-77pp.

LOO, M. 2018. Posicionamiento Dogmático de la Actividad Contractual de la Administración del Estado. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (50): 129-155pp.

LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1994). *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid, Civitas S.A.

MARTINEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1998). *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y consecuencias*. *Derecho Administrativo* (Obra colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 947-969pp.

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, J. (2010). La causa jurídico-pública de los contratos públicos. *Revista de Derecho Público de Venezuela* (21): 41-65pp.

MAQUIAVELO (1998). *El Príncipe*. San Juan, Edición de la Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 8ª edición, 490p.

MAYER, O. (1888). Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge. *Archiv des öffentlichen Rechts*, 3(1), 3-86pp.

MILLER, A. S. (1955). Government contracts and social control: A preliminary inquiry. *Va. L. Rev.*, 41.

MONTT OYARZÚN, S. (2010): “Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales”, en: Documento de trabajo 4 (Santiago, Centro de Regulación y Competencia Universidad de Chile).

MORAGA KLENNER, C. (2019). Contratación Administrativa. 2da Edición. Santiago. Thomson Reuters.

MORALES ESPINOZA, B. (1998). Teoría de La Imprevisión. Revista de Derecho, Universidad de Concepción (203): 422-423pp.

NIETO GARCÍA, A. (1970). Problemas capitales del derecho disciplinario. Revista de Administración Pública (63): 39-83pp.

NIETO GARCÍA, A. (2004). Derecho Administrativo Sancionador. 4ta. Edición totalmente reformada, Tecnos, Madrid.

OELCKERS CAMUS, O. (1977). El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (1).

OELCKERS CAMUS, O. (1979). En torno al concepto de contrato administrativo. Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (3): 135-160.;

OELCKERS CAMUS, O. (1983). Los principios informadores de la contratación administrativa. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (7).

ORREGO SÁNCHEZ, C. (2019): Derecho: Conceptos Fundamentales. Santiago, Ediciones del Círculo de Santiago.

OSORIO VARGAS, Cristóbal. (2017). Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador, Parte General. 2a Edición. Santiago. Legal Publishing Chile.

PANTOJA BAUZÁ, R. (1994). El Derecho Administrativo: Clasicismo y Modernidad. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 65-66 pp.;

ROMERO-PÉREZ, J. E. (2015). La primera fase histórica del servicio público. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (138).

RUFIAN LIZANA, D. (2018). *Manual de Concesiones de Obra Pública*, 2da. Ed. Santiago. Editorial Metropolitana.

SANTA MARÍA PASTOR, J. 1988. *Fundamentos de derecho administrativo*. Madrid, Editorial centro de estudios Ramón Areces.

SILVA CIMMA, E. (2001). *Derecho Administrativo Chileno y Comparado, Actos, Contratos y Bienes*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

SORDI, B. 1995. *Pubblica Amministrazione, negozio, contratto: universi e categorie ottocentesche a confronto*. *Diritto amministrativo*.

SORDI, B. (2003). Il “Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno”. *Historia Constitucional*, (4), 449-460.

SOTO DELGADO, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Revista Ius et Praxis*, Año 22(2): 190p

SOTO KLOSS, E. (1978). La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato. *Revista de Administración Pública*, (86): 580).

SOTO KLOSS, E. (2012). *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. (3ª Edición actualizada). Santiago. Thomson Reuters–AbeledoPerrot. Santiago, 547-559 pp.

SUAY RINCÓN, J. (1989). Potestad disciplinaria. En: GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (Coord.) *Libro de Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*. España. Civitas. 1316p.

SUBSECRETARÍA DE HACIENDA. (2021). Boletín de Indicaciones N° 14137-05 en Proyecto de Ley que Moderniza la ley N°19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado. Subsecretaría de Hacienda.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia pronunciada el 21 de octubre de 2010 en la causa Rol N°1518-2010.

VALDIVIA OLIVARES, José Miguel. 2018. Manual de Derecho Administrativo. Valencia. Editorial Tirant Lo Blanch. 37p.

VERGARA BLANCO, A. (2009). Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. *Revista de Derecho Administrativo*, 3, 45-68pp;

VERGARA BLANCO, A. (2019). Aspectos Generales de la Contratación Pública. En: RODRIGUEZ R. y JINESTA L. E. (Eds.). *Colección de Derecho Administrativo Comparado, Volumen III: El Régimen de Los Contratos Públicos*. Colombia. Editorial Temis S.A. 37-71pp.

VILLAR PALASÍ, J. y VILLAR EZCURRA, J. 1999. *Principios de derecho administrativo*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid. Tomo I. 207p.