



CARCAMO & GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

- Publicado en Gaceta Jurídica, Año 2.015, N° 423, Págs. 7 – 18.

Las Necesidades Públicas tras la Contratación Administrativa. Una confrontación con el Sistema de Contratación Privada.

Alejandro Cárcamo Righetti¹.

I. Concepto de Necesidades Públicas.

Toda persona natural o jurídica, ya sea pública o privada, en el desarrollo de su personalidad o actividad que le es propia -según corresponda-, tiene múltiples necesidades, entendidas éstas, de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española², como la “carencia de las cosas que son menester para la conservación de la vida” o “precisión absoluta de algo, sin lo cual no se puede conseguir la salvación”.

Así, nos referimos a necesidades públicas cuando el objeto prevalente en las mismas es la satisfacción de un interés o finalidad común, general o colectivo, y a necesidades privadas, cuando se encuentran orientadas a la satisfacción de un interés o finalidad particular o individual.

La anterior distinción es precisamente lo que justifica el que las relaciones jurídicas de derecho privado se concreten bajo la lógica de un principio de igualdad entre las partes, a diferencia de las relaciones de derecho público, en las cuales la

¹ Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Talca; Abogado; Magíster en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por el Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca; Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Diego Portales. Profesor del Magíster en Derecho Regulatorio LLM de la Pontificia Universidad Católica de Chile y del Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional de la Universidad Diego Portales; Ejercicio libre de la profesión en las ciudades de Talca y Santiago. Contacto: alejandro.carcamo@mail.udp.cl

² www.rae.es, consultada el 18 de Noviembre de 2.014.



Administración del Estado actúa en un plano de preeminencia, de superioridad, normalmente imponiendo sus términos a los particulares.

Los órganos públicos estatales tienden a un preponderante interés colectivo, "...tienen una finalidad de orden común, de carácter social"³.

De este modo, el Estado y, en especial, la Administración Pública, tienen asignadas diversas tareas a través de obligaciones, deberes o cargas que el ordenamiento jurídico constitucional y legal les imponen, ordenados a la obtención de ciertas finalidades públicas. Por de pronto, los incisos 4° y final del artículo 1° de la Carta Fundamental, prescriben:

"...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.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional'.

Sin lugar a dudas el debido y oportuno cumplimiento de los deberes para la obtención de las finalidades que el ordenamiento jurídico impone a la Administración del Estado, se traducen en necesidades públicas, las cuales deben ser satisfechas de manera permanente, regular y continua, tal como aparece de los artículos 3° y 28 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado –en adelante, Ley N° 18.575-.

De este modo, entendemos que necesidades públicas no es necesariamente sinónimo ni equivalente a la noción de necesidades del Estado, ya que el contenido del primer término es más amplio, toda vez que en estricta observancia del principio de servicialidad que consagra la

³ DUCCI C., Carlos. Derecho Civil. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición. 2007. Santiago de Chile. Pág. 11.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

noción instrumental del Estado, deben ser concebidas como la satisfacción del bien común, de las necesidades colectivas.

Ahora bien, teniendo en consideración que las necesidades públicas son aquellas que satisface primordialmente el Estado, mediante lo cual el mismo cumple las finalidades que le son propias, lo cierto es que para la satisfacción de dichas necesidades se requiere, como condición indispensable, contar y disponer de los recursos económicos, materiales y humanos, los cuales como en toda persona, institución u organización, suelen ser escasos. Lo anterior se traduce en el clásico apotegma económico que apunta a la existencia de necesidades múltiples que satisfacer, siempre, con los escasos recursos de que se dispone.

Es en esta dimensión en la cual precisamente aparece la participación y/o colaboración de los particulares, los cuales a través de su actividad satisfacen necesidades que, en principio, debiera cumplir el Estado autónomamente. Una de las modalidades jurídicas a través de las cuales se materializa esta ayuda a la actividad estatal, es la contratación administrativa, también denominada como actividad formal convencional de la Administración del Estado.

Se ha dudado acerca de la real existencia de contratos administrativos⁴ sobre la base de sostener que en ellos no existe acuerdo libre de voluntades -la Administración normalmente impone sus términos-; que no existe coordinación de intereses contrapuestos – ya que ambas partes perseguirían el bien común-; y que el contrato no se constituye de manera rígida como una ley para las partes contratantes –la Administración puede, bajo determinados supuestos, modificar unilateralmente las condiciones del mismo-⁵. No obstante los anteriores cuestionamientos, creemos que dichos aspectos no son suficientes para negar la existencia de un contrato, sino que apuntan precisamente a destacar las

⁴ De hecho, Dictámenes de nuestra Contraloría General de la República existieron en el sentido de considerar sólo como actividad administrativa la unilateral. Véase. Dictamen N° 40.966, de 1.956; Dictamen N° 70.970, de 1.970; y Dictamen N° 39.905, de 1.971. Adicionalmente, en nuestra doctrina nacional, Moraga Klenner resume adecuadamente dicha discusión que hoy estima superada. Véase. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. Primera Edición. 2.009. Págs. 29-32.

⁵ Véase. POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Legal Publishing – Abeledo Perrot. Santiago – Chile. Quinta Edición Revisada y Actualizada. 2.009. Pág. 79.



peculiaridades, las especiales características que los mismos adoptan en el ámbito del derecho administrativo, todo en función de las necesidades públicas que ayudan a satisfacer.

Como didácticamente lo explica el profesor Carlos Carmona, "...también sucede que la Administración deba acudir al concurso de otras voluntades para el cumplimiento de determinadas tareas. Así actúa cuando precisa realizar una obra pública y no cuenta con los medios para ello; cuando necesita determinados servicios que no le puede prestar su propio personal; cuando requiere el suministro de bienes o pretende prestar un servicio público de su responsabilidad a través de una persona distinta a su propia organización. En tales casos, ha de concluir con terceros los pertinentes contratos, cumpliéndose la correspondiente actividad administrativa"⁶.

De lo señalado precedentemente se desprende en términos generales la existencia de contratos administrativos de construcción y/o de concesión de obra pública; contratos administrativos de prestación de servicios; contratos administrativos de suministro; y, contratos administrativos de concesión de servicio público⁷.

II. Fundamentos, Naturaleza y Finalidad de la Contratación Administrativa.

Desde nuestra perspectiva el fundamento principal de la contratación administrativa o del negocio jurídico público lo constituyen la satisfacción de las necesidades públicas, que por diversas circunstancias o causalidades, el Estado en un momento dado, no puede abrigar adecuadamente –ya sea por falta de medios económicos, materiales o humanos-, frente a lo cual se ve en la situación de acudir a la asistencia de los particulares.

⁶ CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad IV, Las Formas de Actuación de la Administración. 2. Los Contratos Administrativos. Apuntes de Clases Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. 2.003. Pág. 2.

⁷ Véase la enumeración de los principales contratos en. POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 78. También véase. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., pág. 37.



En cuanto a la determinación de la naturaleza de la contratación administrativa, no es posible olvidar que los órganos del Estado, y dentro de estos, los órganos administrativos, se encuentran regidos en su existencia y actividad por el principio de legalidad o juridicidad, el cual se constituye en la condición del ser y del obrar de los entes públicos –artículos 6° y 7° de la Constitución; y, artículo 2° Ley N° 18.575-. Lo anterior implica que la Administración Pública no es un sujeto dotado de autonomía de la voluntad, sino que los medios que utiliza y los fines que alcanza vienen predeterminados por la Constitución y la ley, es decir, requiere de habilitación normativa previa y expresa⁸.

En efecto, la Constitución Política de la República y las leyes son las que otorgan las potestades públicas, poder-deber encaminado a una finalidad pública que habilita al órgano administrativo para actuar. Del ejercicio de las potestades administrativas, mediante el cauce formal de los procedimientos administrativos, surgen los actos administrativos –actividad administrativa formal unilateral- y los contratos administrativos –actividad administrativa formal convencional-.

En la contratación administrativa la Administración del Estado obra como sujeto dotado de potestades públicas –de poder soberano en cuanto órgano estatal-. Ello diferencia a los denominados contratos privados de la Administración –como un arrendamiento, una donación, una compraventa, un comodato, etc.-, en los cuales el órgano administrativo actúa como podría hacerlo un particular cualquiera, en una relación de igualdad, desprovisto de imperio, es decir, de potestades administrativas. La anterior diferenciación es relevante para determinar el régimen jurídico que resulta directamente aplicable. En el primer caso, el derecho público administrativo. En el segundo, el derecho común⁹.

⁸ Véase. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., pág. 13.

⁹ Sin perjuicio de lo consignado, la profesora Julia Poblete sostiene que “...La expresión contrato administrativo, según el profesor Rolando Pantoja Bauzá, y jurisprudencia analizada, se entiende en un sentido amplio y abarca los diversos tipos de contratos que celebren los entes de la Administración, tanto en el ámbito de sus potestades exorbitantes como en el de su actuación en un plano de igualdad con los



Como lo sostiene Carmona Santander¹⁰, "...la literatura de otros países ha intentado establecer criterios para distinguir ambos tipos de contratos. Así, han señalado el criterio de las cláusulas exorbitantes, el criterio del interés público; el criterio del giro o tráfico.

De acuerdo al primer criterio, hay contrato administrativo cuando la administración utiliza poderes que una parte de un contrato común no podría tener por constituir un abuso de posición dominante.

El criterio del interés público argumenta que hay contrato administrativo cuando la administración satisface mediante él una necesidad pública de manera regular y continua.

Finalmente, el criterio del giro o tráfico sostiene que la administración tiene una actividad típica o general, fácilmente identificable. Cuando el contrato puede encuadrarse en ese "giro o tráfico", estamos frente a un contrato administrativo"¹¹.

Adicionalmente a los criterios anteriores la doctrina agrega el criterio del sujeto, de la jurisdicción aplicable y de la ley. Así, "...el criterio del sujeto determina que será contrato administrativo aquel en que una de las partes es un órgano de la administración; según la jurisdicción aplicable será contrato administrativo ese cuyas controversias sean de competencia de tribunales contencioso administrativos y, finalmente acorde al criterio de la ley, tendrá o no la calidad de administrativo el contrato si la norma jurídica señala que estamos frente a él"¹².

particulares". POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 78. Así también lo entiende una doctrina de la Contraloría General de la República plasmada en el Dictamen N° 46.532, del año 2.000.

¹⁰ Al respecto se extiende en detalle: MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., págs. 26-29.

¹¹ CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad IV, Las Formas de Actuación de la Administración. 2. Los Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 4.

¹² POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 80.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

No obstante todo lo anterior, compartimos con Poblete Vinaixa¹³ en orden a que nos encontramos frente a un contrato administrativo cuando sus requisitos, aspectos y elementos se encuentran regulados por normas especiales de derecho público administrativo; y estaremos frente a un contrato privado de la Administración, cuando su regulación está entregada al derecho común¹⁴.

Dicho lo anterior, debemos tener presente que la finalidad última de la actividad administrativa convencional de la Administración del Estado -una de las tantas formas de actuación previstas por el legislador¹⁵- es propender al bien común; fomentar intereses generales; satisfacer necesidades colectivas de manera permanente, regular y continua; abrazar las finalidades públicas impuestas al Estado.

Para Moraga Klenner, el contrato administrativo "...pretende proveer al funcionamiento de un servicio público, o a la ejecución de una obra pública o a dar directa satisfacción a una necesidad pública. Por ello, se ha dicho que en todo contrato que celebra la Administración del Estado, ésta, más que buscar una contraparte, busca un agente colaborador con quien desarrollar una asociación pública-privada de mediano o largo alcance, y en procura, por su intermedio, de la consecución de un fin público, que obligatoriamente se halla en todo contrato que celebra la Administración... Si faltare ese fin público, la contratación es irregular; ya que manifestará una desviación conductual de la Administración: desviación de poder, al afectarse el fin legal o la causa teleológica objetiva"¹⁶.

Para finalizar el presente acápite se hace necesario definir lo que entendemos en nuestro medio jurídico nacional por contrato administrativo.

¹³ Véase. POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 80.

¹⁴ Véase. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., págs. 52-56.

¹⁵ Otros de los mecanismos que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para la satisfacción del bien común, es el desplegar su actividad de manera directa, sin intervención de terceros, o con la intervención de ellos, como ocurre con la actividad Prestacional o de Fomento, con la participación del Estado en actividades empresariales particulares, entre otros.

¹⁶ MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., pág. 26.



Para la profesora Julia Poblete, en términos generales, “la contratación administrativa es una forma de acto jurídico bilateral, un acuerdo de voluntades de dos o más partes, tendiente a crear derechos y obligaciones”¹⁷. Desde esta perspectiva, nos resulta imposible distinguir entre contratos administrativos y contratos de derecho privado¹⁸, por lo que resulta necesario acudir a conceptos que incluyan los elementos particulares de los primeros¹⁹.

Según Carlos Carmona, quien sigue en su definición al profesor Rolando Pantoja²⁰, “es posible definir el contrato administrativo como una declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, una de las cuales es un Órgano de la Administración del Estado que actúa en ejercicio de la función administrativa”²¹.

Para Enrique Silva Cimma, “el contrato administrativo es el acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquella, que persigue un fin público, y se somete a las reglas del Derecho Público”²².

Cabe consignar que los contratos administrativos, en cuanto a la relación jurídica que generan entre el órgano de la Administración del Estado y su contratante, se

¹⁷ POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 77.

¹⁸ No obstante ello, como lo señala Moraga Klenner, “...sea cual fuere la definición que se quisiere dar sobre el contrato administrativo o contrato de la Administración, hay una realidad innegable: se trata de una institución jurídica que se subsume perfectamente en el contrato del Código Civil: acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada Parte puede ser una o muchas personas (artículo 1.438)”. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., pág. 13.

¹⁹ En efecto, la definición propuesta por la autora sigue muy de cerca la noción de contrato o convención que prescribe el artículo 1438 del Código Civil.

²⁰ Véase. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Los Contratos Administrativos. La propuesta pública ¿es obligación general de contratación administrativa? La Semana Jurídica. Editorial ConoSur N° 44, Santiago, Septiembre. 2.001. Pág. 5.

²¹ CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad IV, Las Formas de Actuación de la Administración. 2. Los Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 4.

²² SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. S/i Edición. 1.995. Pág. 174.



rigen por las normas especiales que el ordenamiento jurídico ha previsto según el tipo contractual al que hagamos referencia. Eso sí, la existencia de un marco normativo especial para cada contrato es sin perjuicio de la sujeción a principios comunes que componen lo que en doctrina denominamos como la teoría general de la contratación administrativa. Así, luego de la aplicación del estatuto propio de cada contrato y de las normas y principios generales de la contratación administrativa, corresponde aplicar supletoriamente, el derecho administrativo. Lo anteriormente dicho no obsta a que las relaciones jurídicas que se generan entre el contratante de la Administración y los terceros –particulares/usuarios-, se rijan por el derecho privado y sólo en algunos aspectos por normas de orden público.

III. La Contratación Administrativa confrontada al Sistema de Contratación Privada.

Habiendo definido someramente lo que entendemos por contrato administrativo y sus elementos básicos, corresponde precisar ahora los principios estructurales de la contratación privada para contrastarlos con los de la contratación administrativa. Por de pronto, la coincidencia entre un contrato administrativo y un contrato privado radica en que ambos son actos jurídicos bilaterales, ya que requieren de una manifestación de voluntad coincidente entre las partes contratantes.

Son principios elementales que regulan y orientan la contratación privada²³: a) el principio del consensualismo; b) el principio de la autonomía privada –comprendido en él, el principio de la libertad para contratar y la libertad contractual-; c) el principio de la igualdad de las partes; d) el principio de intangibilidad o fuerza obligatoria del contrato; e) el principio del efecto relativo del contrato; y, f) el principio de la buena fe.

²³ Véase. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Lecciones de Derecho Civil Chileno. De las Fuentes de las Obligaciones. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. Primera Edición. 2.007. Págs. 35 – 54; ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. Cuarta Edición actualizada y aumentada. 2.005. Págs. 110 – 161.



a) El contrato administrativo es eminentemente formal –no rigiendo el principio del consensualismo tan propio de la contratación privada-, ya que generalmente debe constar por escrito, encontrándose supeditada su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación²⁴.

b) El principio de la autonomía privada o principio de la autonomía de la voluntad, con sus variantes de libertad para contratar y libertad contractual, no aplica en el ámbito de la contratación administrativa, dado que la Administración del Estado, como fue señalado anteriormente en este trabajo, se rige por un principio de legalidad o juridicidad –artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República; artículo 2 de la Ley N° 18.575-, de tal modo que la Administración no es libre para contratar cuando quiere, como quiere y con quien quiere, sino que puede y/o debe hacerlo en los casos en que se encuentra autorizada por el ordenamiento jurídico y con quien le presenta la mejor oferta²⁵. Lo anterior, es sin perjuicio de cierta discrecionalidad de que goza la Administración para la toma de la decisión administrativa contractual²⁶, la que, en todo caso, está muy lejana a la comprensión que se tiene del principio de la autonomía privada en el derecho común.

En efecto, el ordenamiento jurídico administrativo precisa un procedimiento de formación de la voluntad administrativa, dividido en diversas etapas las que son impugnables separadamente²⁷, el cual permite que la Administración obtenga la mejor oferta posible y así determine a su co-contratante. Según Carlos Carmona²⁸, dichas etapas que conforman el procedimiento pre-contractual son las siguientes:

²⁴ Véase. CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad IV, Las Formas de Actuación de la Administración. 2. Los Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 6. Asimismo, véase. POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 81.

²⁵ Véase. POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 81.

²⁶ Véase. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., págs. 32-36.

²⁷ Véase. POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., págs. 82-83.

²⁸ Véase. CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad IV, Las Formas de Actuación de la Administración. 2. Los Contratos Administrativos. Op. Cit., págs. 8-13.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

- 1.- Realización de Estudios, a través de la cual la Administración realiza todas las investigaciones tendientes a determinar el objeto del contrato que quiere celebrar;
- 2.- Preparación de las Bases Administrativas, las cuales son el conjunto de normas que regulan la licitación, ya que indica a los interesados en constituirse como oferentes de la Administración las condiciones jurídicas, técnicas y económicas a las que han de ajustar sus ofertas. Con posterioridad, las Bases Administrativas pasan a formar parte de la matriz contractual;
- 3.- Publicación de la convocatoria ya sea en el Diario Oficial o en un diario de amplia circulación, a través de la cual se extiende la invitación a los interesados para que formulen sus ofertas. La regla general es que la convocatoria sea abierta, vale decir, que la invitación sea extendida a todos quienes quieran participar del proceso y cumplan con los requisitos mínimos previstos en la ley y en las bases administrativas. Lo anterior, es lo que se conoce como la licitación pública –a través de la cual se asegura que el órgano de la Administración obtenga las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento y oportunidad; y, por la otra parte, busca velar por la probidad administrativa-, no obstante lo cual, las excepciones a ello, se encuentran constituidas por la licitación privada –en la cual la convocatoria sólo va dirigida a determinadas personas prescindiéndose de la publicidad- y por el trato directo –en el cual la Administración del Estado elige directamente a su co-contratante, sin la concurrencia ni oposición de otros oferentes- (artículo 9 de la Ley N° 18.575).
- 4.- Presentación de las ofertas –oferta técnica y oferta económica- ante el órgano convocante en la fecha y hora fijadas en la convocatoria, debiendo reunir los requisitos formales previstos por el ordenamiento jurídico y por las bases administrativas del contrato.
- 5.- Apertura de las ofertas. Una vez vencido el plazo para presentar las ofertas, en sesión pública, el día y hora previsto en las bases administrativas, el órgano convocante procede a la apertura de las ofertas, la cual tiene por objeto que se haga conocimiento público de aquellas que fueron oportunamente recibidas, verificando sólo el cumplimiento de los requisitos formales.
- 6.- Admisión de las ofertas, cuya finalidad es admitir a los oferentes a la fase de evaluación de las proposiciones. La admisión produce como principal efecto el



invertir al proponente aceptado de la calidad de oferente válido, debiendo mantener, por tanto, su oferta inalterable.

7.- Adjudicación, que constituye un acto administrativo discrecional –decreto o resolución- por el cual el órgano licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo pre-contractual.

8.- Perfeccionamiento del contrato, es la formalización escrita del contrato sumado a la publicación del acto de adjudicación en el Diario Oficial, salvo que las bases o la ley dispongan algo distinto.

c) En el contrato administrativo, a diferencia de lo que ocurre en la contratación privada –en la cual las partes se miran como iguales, aún no siéndolo-, existe desigualdad de las partes contratantes. Como lo consigna Carmona Santander, “...Ello se funda en que en el régimen jurídico del contrato administrativo, no puede significar un riesgo o constituir un peligro para el buen y adecuado funcionamiento de los servicios públicos. Esto explica los privilegios que tiene la administración, pues busca garantizar dicho funcionamiento. Dicha desigualdad es necesaria, además, a fin de hacer prevalecer el interés general que persigue la administración. Cuando la administración contrata con un particular, ella representa, frente al interés del particular, los intereses de la colectividad.

En nada obsta a lo anterior que quien contrata con la administración más que una contraparte, es un colaborador que se asocia con ella para satisfacer la necesidad pública que la ley le encarga cubrir. De ahí que, por una parte, tenga derechos que emanan del contrato; y, por la otra, que pueda invocar ajustes a su contrato por cambio de circunstancias. Dicha posibilidad no la tiene un particular en otro tipo de contratos”²⁹.

De este modo, el clásico principio de igualdad jurídica de las partes, en materia de contratación administrativa, cede frente a las fuertes prerrogativas de que se

²⁹ CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad IV, Las Formas de Actuación de la Administración. 2. Los Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 5.



encuentra dotada la Administración del Estado³⁰ -principio de preeminencia de la Administración³¹-, potestades exorbitantes que serían inaceptables por su ilicitud desde la perspectiva del derecho común, como lo son, la potestad de dirección –a través de la cual se influye dirigiendo la forma de ejecutar el respectivo contrato administrativo-; la potestad de inspección –por medio de la cual se supervigila al contratante de la Administración en aspectos relativos al cumplimiento del contrato-; la potestad sancionadora –con la cual se aplican sanciones administrativas al contratante en caso de incumplimientos contractuales-; la potestad de modificación o *ius variandi* –la cual permite variar el contenido del contrato administrativo por motivos de interés público³²; la potestad extintiva – mediante la cual la Administración puede poner término anticipado y unilateralmente al contrato invocando razones de interés público³³-; la potestad de sustituir al contratante –por mora del mismo en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales³⁴.

De todo lo anterior se desprende que la Administración del Estado, goza de una “supremacía posicional y de prerrogativas..., que se explicaría porque a su cuidado está la satisfacción de las necesidades de interés general”³⁵.

d) En materia de contratación administrativa el principio de intangibilidad o fuerza obligatoria del contrato, tan propio de la contratación del derecho común a la luz de lo prescrito en el artículo 1545 del Código Civil, tampoco encuentra reconocimiento³⁶ –sin perjuicio de que se reconoce como principio de la contratación administrativa el de sujeción a lo pactado-, ya que “el contrato está

³⁰ Véase. POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 82.

³¹ Véase. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., págs. 71-74.

³² Véase en cuanto a las potestades exorbitantes. POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Op. Cit., págs. 86-87.

³³ Al respecto véase. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., págs. 80-82.

³⁴ Estas dos últimas potestades son incorporadas por: MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., pág. 72.

³⁵ MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., pág. 71.

³⁶ Al respecto véase. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., págs. 82-84.



sujeto a un procedimiento dinámico, evolutivo, de constante adaptación a las circunstancias y situaciones reales que se producen a través del tiempo. Por ello, es inherente a un contrato administrativo la posibilidad de introducirle modificaciones. Estas pueden introducirse unilateralmente por la administración. Ello no obsta, a que no pueda por esos cambios, desnaturalizarse el contrato y que el contratista afectado tenga derecho a una indemnización³⁷.

Como lo explica Moraga Klenner, "...el contratante particular no está sujeto únicamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con relación a otro, sino que sus obligaciones frente a la Administración del Estado se extienden a todo lo que sea necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público con el cual consiente en colaborar. En todo caso, y como lógica contrapartida del mayor gravamen que soporta el contratante particular, la Administración estará obligada más allá de lo que es propio del Derecho Común, puesto que deberá indemnizar al contratante en caso de que la ampliación de sus obligaciones le cause un perjuicio anormal o extraordinario, no previsible al momento de contratar"³⁸.

e) En cuanto al principio del efecto relativo del contrato, consistente en que en principio sólo produce efectos respecto de las partes contratantes, tampoco encuentra aplicación en la contratación administrativa, ya que en no pocos casos los contratos de la Administración sí producen efectos respecto de personas que no han sido partícipes del negocio jurídico, pudiéndoles ser opuesto el contenido del contrato³⁹. Por su parte, bajo determinados supuestos, los terceros pueden invocar para sí el contrato administrativo. Un ejemplo de lo anterior, es un usuario de una vía pública concesionada, quien en virtud del contrato administrativo de concesión entre la Administración y el concesionario, se encuentra obligado al pago de una tarifa denominada peaje a favor del segundo y, como contrapartida,

³⁷ CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad IV, Las Formas de Actuación de la Administración. 2. Los Contratos Administrativos. Op. Cit., pág. 5.

³⁸ MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., pág. 70.

³⁹ Al respecto véase. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Op. Cit., págs. 98 - 99.



tiene derecho a exigir el cumplimiento de ciertas medidas de seguridad y de buen servicio al mismo.

f) Finalmente, el principio de buena fe⁴⁰ –recogido en materia civil en el artículo 1.546 del Código de don Andrés Bello-, siendo un principio transversal a las diversas áreas y/o disciplinas del derecho, reviste plena aplicación en materia de contratación administrativa –al igual que en materia de contratación privada-, ya que los contratos administrativos deben ser interpretados y ejecutados de buena fe, tanto por la Administración del Estado como por el co-contratante.

IV. Conclusiones.

1.- La noción de necesidades públicas se encuentra presente tras el instituto de la contratación administrativa o negocio jurídico público, ya que éste es precisamente uno de los mecanismos a través de los cuales el Estado, en cumplimiento de sus deberes, obligaciones y cargas que el ordenamiento jurídico le impone, satisface dichas necesidades, lo cual le permite alcanzar las finalidades públicas que justifican su existencia y actividad.

2.- El fundamento principal de la contratación administrativa o del negocio jurídico público lo constituyen la satisfacción de las necesidades públicas, que por diversas circunstancias o causalidades, el Estado en un momento dado, no puede abrigar adecuadamente –ya sea por falta de medios económicos, materiales o humanos-, frente a lo cual se ve en la situación de acudir a la asistencia de los particulares.

3.- Los contratos administrativos responden a la noción de actividad administrativa formal de la Administración del Estado, tratándose de un sistema de contratación especial, distinta del sistema de contratación propia del derecho común, ya que

⁴⁰ Al respecto véase. OELCKERS CAMUS, Osvaldo. Los Principios Informadores de la Contratación Administrativa. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 01 de Julio de 2.009. Págs. 163 – 164.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

tiene diversas características o peculiaridades que nos permiten efectuar la distinción.

4.- La finalidad última de la actividad administrativa convencional de la Administración del Estado es propender al bien común; fomentar intereses generales; satisfacer necesidades colectivas de manera permanente, regular y continua; abrazar las finalidades públicas impuestas al Estado.

5.- El sistema jurídico de la contratación administrativa presenta notables diferencias con el de la contratación privada, ya que muchos de los principios y reglas jurídicas consagrados en este último, no resultan aplicables al primero, o bien, se aplican con tal matización, que desde la dimensión del derecho común resultan irreconocibles.

V. Fuentes.

A. Fuentes Bibliográficas y Hemerográficas.

ABELIUK MANASEVICH, René. Las Obligaciones. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. Cuarta Edición actualizada y aumentada. 2.005.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. Lecciones de Derecho Civil Chileno. De las Fuentes de las Obligaciones. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. Primera Edición. 2.007.

CARMONA SANTANDER, Carlos. Unidad IV, Las Formas de Actuación de la Administración. 2. Los Contratos Administrativos. Apuntes de Clases Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. 2.003.

DUCCI C., Carlos. Derecho Civil. Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Cuarta Edición. 2007. Santiago de Chile.



CARCAMO&GUZMAN

Abogados Asociados

Publicaciones

MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. Primera Edición. 2.009.

MUÑOZ CHIU, Natalia. Contratación Administrativa. En <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/da207097-6515-4ee5-a2dd-16a6ea40182f/2.pdf?MOD=AJPERES>, consultada el 19 de Febrero de 2.015.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo. Los Principios Informadores de la Contratación Administrativa. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso. 01 de Julio de 2.009.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Los Contratos Administrativos. La propuesta pública ¿es obligación general de contratación administrativa? La Semana Jurídica. Editorial ConoSur N° 44, Santiago, Septiembre. 2.001. Pág. 5.

POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. Legal Publishing – Abeledo Perrot. Santiago – Chile. Quinta Edición Revisada y Actualizada. 2.009.

SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes. Editorial Jurídica de Chile. Santiago – Chile. S/í Edición. 1.995.

Diccionario de la Real Academia Española, en www.rae.es, consultada el 18 de Noviembre de 2.014.

B. Fuentes Jurisprudenciales.

Dictamen Contraloría General de la República N° 40.966, de 1.956.

Dictamen Contraloría General de la República N° 70.970, de 1.970;

Dictamen Contraloría General de la República N° 39.905, de 1.971.

Dictamen Contraloría General de la República N° 46.532, de 2.000.