



REMEDIOS DE LOS CONTRATANTES PRIVADOS FRENTE AL ABUSO DE LAS  
POTESTADES EXORBITANTES DE LA ADMINISTRACIÓN

POR: CRISTIÁN PINOCHET MEISSNER

Trabajo Individual Para Optar al grado de Magíster en Derecho de la Empresa

Universidad del Desarrollo

PROFESORA GUÍA: PAULA BAGIOLI COLOMA

Marzo, 2026

## DEDICATORIA

A mis pilares fundamentales María Teresa y Rosario

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN (p. 4)
2. CAPÍTULO I: MARCO CONCEPTUAL INICIAL (p. 5)
  1. Definición de contrato administrativo (p. 5)
  2. Análisis conceptual y atributos (p. 6)
  3. Evolución: del contrato administrativo al contrato público (p. 9)
3. CAPÍTULO II: LAS POTESTADES EXORBITANTES DEL ESTADO (p. 11)
  1. Concepto de Potestad Exorbitante (p. 11)
  2. Problemas: Abusos en el ejercicio de las prerrogativas estatales (p. 12)
  3. Consecuencia: La ruptura del equilibrio económico-financiero (p. 13)
  4. Mecanismos de control: Requisitos para la mantención y restablecimiento del equilibrio contractual (p. 14)
4. CAPÍTULO III: LA DESVIACIÓN DE PODER (p. 16)
  1. Definición de Desviación de Poder (p. 16)
  2. Aspectos probatorios: Prueba y presunciones (p. 17)
  3. Efectos jurídicos: Nulidad de derecho público y responsabilidad asociada (p. 18)
  4. Vínculo conceptual: Potestad exorbitante y desvío de poder (p. 19)
5. CAPÍTULO IV: EL *IUS VARIANDI* O MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO PÚBLICO POR LA ADMINISTRACIÓN (p. 21)
  1. Naturaleza y precisiones conceptuales (p. 21)
  2. Condiciones para el ejercicio legítimo del *ius variandi*: Presupuestos formales y sustanciales (p. 21)
  3. Doctrina de los poderes implícitos: Breve referencia (p. 22)
  4. Aplicación particular: El Caso de los Contratos de Ejecución de Obra Pública (p. 23)
6. CAPÍTULO V: CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN Y VÍAS DE IMPUGNACIÓN (p. 25)
  1. Consideraciones preliminares (p. 25)
  2. Control interno: El ámbito administrativo (p. 25)
  3. Los recursos administrativos (p. 27)
  4. Control externo (p. 29)
  5. El control externo administrativo (p. 29)
  6. Rol de la Dirección de Compras y Contratación Pública: Mención especial (p. 31)
  7. El control contencioso administrativo propiamente tal (p. 32)
  8. La competencia civil contenciosa (p. 33)
  9. Competencias de Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema (p. 34)

10. Los tribunales hiper-especializados (p. 36)
  11. El Tribunal de Contratación Pública: Análisis de nuevas competencias (p. 37)
  12. Impacto de la Ley N° 21.634: Nuevas causales de nulidad por falta a la probidad (p. 40)
7. CAPÍTULO VI: EL *FORUM SHOPPING* EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (p. 42)
1. Concepto de *forum shopping* en el Derecho administrativo (p. 42)
  2. *Forum shopping* y recursos administrativos (p. 43)
  3. El panorama en el contencioso administrativo (p. 43)
  4. La Ley N° 21.634 y la racionalización del sistema (p. 44)
  5. El *Forum Shopping* ante el Tribunal de Contratación Pública (p. 45)
8. CONCLUSIÓN (p. 47)

## **INTRODUCCIÓN**

El presente estudio nace con el objeto de encontrar soluciones legales prácticas para los particulares cuando existe un incumplimiento contractual por parte de la Administración, en el marco de la contratación pública regulada, principalmente, por la ley 19.886, dado que la potestad exorbitante que detenta el la Administración, muchas veces, genera, tal desequilibrio económico entre las partes, que los particulares afectados se encuentran en una posición de indefensión -en términos coloquiales- frente a su contraparte Estado, la que por medio de los siguientes acápite se buscará soslayar o al menos intentarlo.

Es así, como a través de la práctica procesal, conocida en doctrina como la búsqueda de foro -desde ahora *forum shopping*-, se intentará buscar opciones por la vía administrativa, contenciosa administrativa y también respecto a las herramientas que entrega Contraloría General de la República para contrarrestar el desequilibrio contractual.

Luego, se intentará directamente encontrar remedios para los particulares en los contratos administrativos con especial énfasis en los regulados por la ley 19.886 y especialmente las licitaciones desde las bases, la adjudicación y contratación y ejecución.

Entonces, el presente trabajo volviendo a la indefensión en términos coloquiales, buscará ser una breve guía de herramientas legales y judiciales, para que el particular frente a los abusos del Estado en el marco de un contrato administrativo sujeto a licitación pública pueda elegir la vía idónea para accionar.

## CAPITULO I. ANTECEDENTES PRELIMINARES

### **1. Concepto de contrato administrativo:**

La delimitación conceptual del contrato administrativo constituye el punto de partida ineludible para comprender la dinámica del abuso de potestad exorbitante por parte de la Administración.

Asimismo, debemos profundizar en que la doctrina distingue entre dos clases de contrato, por una parte los contratos administrativos de derecho estricto, dentro de los cuales encontramos los de derecho internacional y nacional y los contratos administrativos de derecho privado (sentido restringido), siendo a *grosso modo* la mayor diferencia entre los anteriores que en los *iusprivatistas* las partes se encuentran en un plano de igualdad contractual en cuanto al derecho, y finalmente dentro de los últimos existen solo por mencionarlos los contratos administrativos comerciales y civiles (nuestra monografía se centrará en estos últimos).<sup>1</sup>

Para efectos de este trabajo citaremos al excelso profesor Silva Cimma, quien dentro de su gran legado respecto a la materia en estudio, define el contrato administrativo en sentido restringido como: “*El acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular o un órgano de aquella, que persigue un fin público, y se somete a la reglas de Derecho público*”.<sup>2</sup>

A diferencia de los contratos regulados por el derecho privado, cuyo cimiento es la igualdad estricta de las partes y la autonomía de la voluntad, el acto jurídico administrativo tiene por objeto inmanente e indeclinable la satisfacción de una

---

<sup>1</sup> CELIS D. Gabriel. *Contratos Administrativos*. Editorial El Jurista. 1ra. Edición. 2016. Pp. 18.

<sup>2</sup> SILVA C. Enrique. *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Editorial Jurídica De Chile. 1995. p. 55.

necesidad colectiva en la que subyace el interés general.

Esta finalidad pública tiñe toda la relación contractual de un régimen jurídico sustantivo de derecho público, configurando una relación esencialmente asimétrica.

La Administración, fija el contenido del contrato mediante la elaboración unilateral de las bases de licitación, dirige su ejecución, fiscaliza el cumplimiento y detenta la potestad de interpretarlo.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sido enfática en señalar que este poder de dirección no excluye la aplicación supletoria de los principios generales de los contratos, en particular el principio de la buena fe objetiva y la fuerza obligatoria del contrato (*pacta sunt servanda*), los cuales operan como contrapesos necesarios frente a la omnipotencia estatal.<sup>3</sup>

A diferencia del Derecho Común, donde los artículos 1439 y 1545 del Código Civil consagran la igualdad y autonomía de las partes, vale decir, ninguna puede imponerse unilateralmente, en los contratos con el Estado esta simetría se rompe en favor del interés público en virtud de las denominadas "cláusulas exorbitantes" que se analizarán más adelante.

En efecto, la Administración tiene facultades especiales para modificar el contrato unilateralmente por razones de interés público o rescindirlo, siempre que compense al particular.

## **2.El iter conceptual y atributos:**

El iter conceptual (o procedimiento de formación) del contrato administrativo es el conjunto de fases obligatorias, técnicas y jurídicas que la Administración

---

<sup>3</sup> LAZO V. Ximena y OBANDO C. Iván (Editores). Nueva Ley de Compras Públicas. *Estudio sistemático y práctico de la reforma a la Ley N° 19.886*. Editorial Thomson Reuters. 2024. p.

Pública sigue para formalizar un contrato, garantizando el interés público, la legalidad y la libre concurrencia, desde la necesidad inicial hasta la ejecución final.

En estricto rigor doctrinario, la relación jurídico-pública se funda en la premisa de la instrumentalidad del Estado, cuya potestad imperativa no emana de un derecho subjetivo propio, sino que encuentra su génesis, justificación y límite normativo en la irrestricta garantía de los derechos fundamentales de los administrados.<sup>4</sup>

De este modo, la supraordenación del poder público respecto de los particulares no responde a una prerrogativa arbitraria, sino a una necesidad teleológica orientada ineludiblemente a la consecución del bien común.

En consecuencia, toda potestad administrativa carece de legitimidad si su ejercicio se desvía de la protección efectiva del orden justo, confirmando así el axioma rector del estado de derecho, que es el ordenamiento jurídico el que instituye, ciñe y subordina al poder político (*lex facit regem*), erigiéndose los derechos ciudadanos no como un límite externo al imperium estatal, sino como su única causa final.<sup>5</sup>

A diferencia de los vínculos privados (que son horizontales, bilaterales y voluntarios), la relación entre el Estado y los particulares posee características únicas:

**a) Unitaria:** La relación jurídica contempla un único sujeto soberano (el

---

<sup>4</sup> ARANCIBIA M.Jaime. “*Iter Conceptual de La Relación Jurídica Pública Privada*” disponible en: <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/21284-el-derecho-administrativo-y-la-proteccion-de-las-personas>.

<sup>5</sup> SOTO KLOSS. Eduardo, “Derecho Administrativo: Temas Fundamentales”, en Editorial Jurídica de Chile. Tomo I (1996), p. 56.

Estado), independientemente de que este divida sus funciones en múltiples organismos, ministerios o servicios por razones organizativas.

**b) Vertical (Desigualdad jurídica):** Es una relación asimétrica porque el interés del Estado (que representa el bienestar de todos) es superior al interés individual (la parte).

Intentar igualar al Estado y al ciudadano es un error. Las prerrogativas y ventajas contractuales del Estado son legítimas siempre que sean estrictamente necesarias para cumplir con el bien común.

**C) Potestativa:** Esta verticalidad le otorga al Estado el poder de imponerse unilateralmente mediante "actos de imperio", sin requerir el consentimiento del ciudadano.

No obstante, al no actuar por interés propio sino colectivo, el Estado no ejerce derechos subjetivos, sino potestades que deben estar rígidamente delimitadas por la ley previa.

**D) Unilateral:** La naturaleza de este contrato no requiere de consentimiento como requisito esencial del acto, sino que en este caso sólo una condición necesaria para producir efectos.

**E) Distributiva de bienes y cargas comunes:** Conforme a este atributo los contratos administrativos estarían mal llamados, siendo el concepto jurídico correcto: *"un acto jurídico unilateral de adjudicación de cargas públicas compensadas"*<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> ARANCIBIA M. Jaime. "Atributos de la Relación Jurídico privada" disponible en: <https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/21284-el-derecho-administrativo-y-la-proteccion-de-las-personas>.

Esto quiere decir que existe una distribución de bienes que implica el reconocimiento, constitución o declaración imperativa de derechos, y por su parte las cargas públicas se refieren a que los contratistas asumen, además de las prestaciones civiles (dar hacer o no hacer), obligaciones adicionales (verbigracia: riesgos, costos operativo y, cumplimiento normativo) con el fin de satisfacer el bien común.

### **3. Evolución de contrato administrativo hacia el contrato público:**

Conforme a todo lo anterior ya establecimos que la relación contractual pública se caracteriza por ser atípica y variable, dado que el Estado la impone y la modela según las fluctuaciones del interés público.

Para evitar que esta variabilidad se transforme en arbitrariedad, el legislador ha cristalizado, a través del nuevo artículo 2 bis de la Ley N° 19.886 (incorporado por la Ley N° 21.634), un catálogo de principios basales que actúan como límite infranqueable al accionar estatal.

Entre estos atributos destacan la libre competencia, la igualdad de los oferentes, la probidad administrativa y la transparencia procedimental, que resultan dogmáticamente revolucionarios dada que se consagra legalmente del principio del "valor por dinero" (value for money). Este principio impone a la Administración el deber inexcusable de maximizar la eficiencia, la eficacia y la economía en el uso de los recursos públicos, buscando siempre la mejor relación costo-beneficio a lo largo de todo el ciclo de vida de la adquisición.

Asimismo, se introduce la sustentabilidad (económica, social y ambiental), obligando al Estado a orientar sus compras hacia el mercado bajo un enfoque

estratégico que incluye la economía circular y la promoción de empresas de menor tamaño.

Además, cuando la Administración ejerce su poder marginándose de estos principios -por ejemplo, favoreciendo a un contratista ineficiente mediante tratos directos carentes de fundamentación-, el contrato sufre un vicio originario que habilita los remedios anulatorios.

Con lo referido en los párrafos anteriores de este acápite número tres, podemos señalar que existe una evolución terminológica y conceptual de "contrato administrativo" a la noción más amplia e integradora de "contrato público" la que responde fundamentalmente a la profunda ampliación del ámbito subjetivo introducida por la Ley N° 21.634, que extendió la regulación normativa más allá de la estricta Administración para abarcar a corporaciones, fundaciones privadas con financiamiento fiscal, empresas estatales y órganos con autonomía constitucional, recogiendo además la influencia del derecho comparado europeo que agrupa la ejecución de fondos fiscales bajo los "contratos del sector público".

## **CAPITULO II LA POTESTAD EXORBITANTE DEL ESTADO**

### **1. ¿Qué es la la Potestad Exorbitante?**

En el ámbito de la contratación pública, la potestad exorbitante se define como aquel conjunto de prerrogativas jurídicas de imposición unilateral que el ordenamiento otorga a la Administración del Estado subordinando al contratista privado a través de estas.

A diferencia del Derecho común, la relación contractual administrativa implica la alteración del acuerdo inicial mediante herramientas como el *ius variandi*, la potestad de dirección o la terminación anticipada.

La justificación dogmática de esta asimetría reposa en la necesidad de garantizar la satisfacción continua e ininterrumpida del interés público.<sup>7</sup>

Sin embargo, este fundamento genérico constituye, desde una perspectiva estrictamente jurídica, una debilidad estructural, dado que la invocación amplia del "interés general" opera frecuentemente como una cláusula de escape que relativiza la fuerza vinculante del contrato y genera incerteza en el tráfico patrimonial.

### **2. Los abusos en el ejercicio de las prerrogativas estatales:**

El ejercicio de la potestad exorbitante no es absoluto y su principal riesgo es que degenerate en la autotutela abusiva. El abuso se materializa cuando la Administración contratante impone modificaciones unilaterales que alteran la

---

<sup>7</sup> OELCHERS. Osvaldo, "Los principios informadores de la contratación administrativa", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Nr. 7 (1983)

esencia del contrato -por ejemplo el objeto, plazo o precio- bajo el escudo del denominado principio de riesgo y ventura del contratista.

Dicho principio se funda en que el contrato debe ejecutarse a costa y riesgo del particular, pese a que esta causa justificada no sea válida frente al Derecho común, sin embargo al estar reconocida por el marco jurídico administrativo, su finalidad es impedir la probable suspensión del servicio o bien público que instó la celebración del contrato y evidente perjuicio para el usuario o administrado en general.<sup>8</sup>

Creemos que este argumento puede ser jurídicamente débil, aunque muy recurrente en los órganos públicos, al pretender que el adjudicatario asuma los costos de una mala planificación estatal *ab initio* o atribuirlos a exigencias sobrevinientes, lo que por lo anterior, puede ser contrarrestado por la herramientas legales que profundizará esta monografía.

Aún más, el uso desmedido de de la potestad mutativa por parte del Estado destruye la conmutatividad del contrato, transformando la colaboración público-privada en una expropiación encubierta de las legítimas utilidades del particular y configurando un enriquecimiento sin causa a favor del Estado.

Así también, la Contraloría General de la República (CGR) en su Dictamen N° 94.386 de 2014 en relación al abuso de la potestad analizada señala: *“se debe estar a otros principios tales como la buena fe y la prohibición de enriquecimiento sin causa, con especial atención al de equilibrio económico del contrato o de las*

---

<sup>8</sup> PINCHEIRA SEPÚLVEDA. Carolina Alejandra, “Aplicación de normas y principios del Código Civil en los contratos administrativos: análisis jurisprudencial”, en Revista de Derecho Público. Nr. 90 (2019), p. 108.

*prestaciones mutuas de las partes. Este último se traduce en el acatamiento de las condiciones fijadas para la presentación de las ofertas y de ejecución del acuerdo de voluntades, en lo que respecta a la equivalencia de las cantidades de especies entregadas y su precio.”*<sup>9</sup>

### **3. La ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato:**

Como consecuencia directa del ejercicio intenso o abusivo de estas potestades o por la ocurrencia de un *factum principis* o hechos imprevistos, se produce la ruptura del equilibrio económico del contrato.

Esta conmoción contractual se encuentra reconocida jurisprudencialmente como (*bouleversement*) conforme al considerando: “*CUARTO...Este rompimiento se produce cuando se altera significativamente el régimen económico del mismo, como dice el artículo 19 de la Ley ( se agrega para claridad del lector que se refiere a la ley de Concesiones) ya citada . Ello corresponde al término francés de bouleversement -conmoción-..y si esto produjera un bouleversement del contrato que rompiera el equilibrio financiero del mismo, debería indemnizar...*”<sup>10</sup>

En definitiva, la conmoción contractual ocurre cuando las condiciones financieras proyectadas al momento de presentar la oferta se vuelven alteradas significativamente. En este punto, el contratista experimenta un "sacrificio especial" que cede en beneficio de toda la colectividad.<sup>11</sup>

Vale decir, que de no reconocer la Administración este desequilibrio vulnera directamente la garantía constitucional de la igual repartición de las cargas públicas

---

<sup>9</sup> CGR, Dictamen, N° 94.386 del año 2014

<sup>10</sup> C. SuP., Sentencia, Rol N° 123-2010 (18-5-2010).

<sup>11</sup> CORDERO V., Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*. Editorial Thomson Reuters, 2015, p. 435.

consagrada en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de Chile.

En virtud del cual, en resumen, el Estado no puede imponer cargas reales, como el aumento de obras o estándares, exigiendo su cumplimiento de forma gratuita o incondicional, pues el principio en comento exige remunerar o compensar dichas cargas.

#### **4. Requisitos para la mantención y restablecimiento del equilibrio del contrato:**

Para que la imposición de una potestad exorbitante sea lícita y no derive en un incumplimiento de la legalidad, deben concurrir exigencias estrictas que armonicen la prerrogativa pública con la indemnidad patrimonial del contratista. Actuando esto como límites al abuso y habilitan la compensación en el caso de ser conculcados:

**A) Sujeción estricta al principio de juridicidad:** La modificación unilateral debe estar expresamente autorizada por la ley o las bases de licitación, materializándose a través de un acto administrativo válido, fundado y dictado durante la vigencia del contrato, jamás en la etapa precontractual o de liquidación .

**B) Acreditación de un *álea* extraordinaria:** La alteración debe constituir una carga ajena al tráfico jurídico normal y a los riesgos inherentes de la industria respectiva, superando cualquier previsión razonable que el adjudicatario haya podido internalizar en su oferta.

**C) Agravamiento sustancial y probado de la economía del contrato:** Debe demostrarse un daño o perjuicio real y anormal que haga el cumplimiento de las obligaciones excesivamente oneroso, mermando radicalmente la utilidad

proyectada.

**D) Respeto a la esencia del contrato:** La intensidad de la medida administrativa no puede desnaturalizar el acuerdo original ni obligar al contratista a ejecutar prestaciones sobre las cuales no prestó su consentimiento inicial

**E) Reparación integral y compensación:** Ante la imposición de este sacrificio especial, surge el deber ineludible del Estado de restablecer la ecuación financiera mediante la indemnización integral —no una mera ayuda parcial— de los perjuicios, el reajuste de precios o la extensión de plazos, asegurando así la justicia distributiva y la viabilidad del servicio público.

## CAPÍTULO III: LA DESVIACIÓN DE PODER

### 1. ¿Qué es la Desviación de Poder?

La desviación de poder es un vicio material del acto administrativo que se configura cuando el órgano público ejerce una potestad lícita, actuando dentro de la esfera de su competencia, pero persiguiendo un fin u objetivo distinto a aquel para el cual el legislador le confirió dicha facultad, marcando el límite subjetivo a las prerrogativas estatales.

Podemos definir la desviación de poder como aquella que consiste en la utilización por parte del autoridad de sus poderes en razón de un fin diverso de aquel para el cual éstos le han sido conferidos.<sup>12</sup>

En estricto rigor, la autoridad utiliza la cobertura formal de la legalidad para enmascarar una intención espuria. Este vicio puede manifestarse en dos vertientes:

**A)** Cuando se persigue un interés netamente privado (favorecer a un tercero, animadversión hacia el contratista, fines políticos).

**B)** O cuando se persigue un interés público distinto al que específicamente justifica la potestad ejercida (por ejemplo, usar la facultad de sancionar a un contratista para forzarlo a renunciar a un contrato por falta de presupuesto fiscal).

En el marco de los contratos públicos, la desviación de poder asoma frecuentemente cuando la Administración hace uso de su potestad exorbitante, como la modificación unilateral (*ius variandi*), la imposición de multas o la terminación anticipada.

---

<sup>12</sup> VEDEL Y DELVOLVÉ, G.y P., t II. PUF, 12va. ed, Paris, 1992, p. 331.

Si analizamos objetivamente la postura estatal, la principal debilidad argumentativa de la Administración radica en intentar justificar estas medidas esgrimiendo el concepto genérico y abstracto de "interés general" o "necesidad del servicio".

A menudo, este argumento de fachada, busca encubrir negligencias propias, como errores inexcusables en la elaboración de las bases de licitación o en el diseño de los proyectos, trasladando el costo de la ineficiencia administrativa al patrimonio del contratista.

Entre sus elementos característicos, cabe finalmente destacar su carácter predominantemente subsidiario frente a otros vicios del acto administrativo, tales como la incompetencia, los defectos de forma y la infracción de ley, entre otros.<sup>13</sup>

## **2. Prueba y presunciones de la desviación de poder:**

Desde una perspectiva procesal crítica, invocar la desviación de poder presenta una debilidad estructural inmensa para el contratista, a saber, las cargas probatorias contrapuestas a la presunción de legalidad del acto administrativo.

Probar este vicio implica desentrañar la intención subjetiva y oculta de la autoridad administrativa, lo cual es excepcionalmente difícil frente a la presunción de legalidad y de buena fe de la que gozan los actos del Estado (artículo 3° de la Ley N° 19.880). El contratista no puede basar su pretensión en meras conjeturas; debe destruir el argumento estatal demostrando que el "interés público" invocado es falso o desproporcionado.

Así las cosas, la doctrina nacional ha señalado ciertos "indicios" o

---

<sup>13</sup> JARA S. Jaime, "Desviación de Poder y Nulidad de Actos Administrativos", Trabajo presentado en la IX jornada de Derecho Admi p. 224.

"presunciones", buscando inconsistencias patentes en el actuar de la Administración, tales como:

**A) Falta de lógica o proporcionalidad:** Exigencias técnicas que no guardan relación con el objeto del contrato original

**B) Contradicciones en el expediente administrativo:** Discrepancias evidentes entre los informes técnicos (que por ejemplo, no recomiendan una modificación) y la resolución final de la autoridad (que la impone de todos modos).<sup>14</sup>

**C) Inconsistencias temporales:** Modificaciones o sanciones impuestas en momentos procesales o políticos que evidencian una intención sancionatoria encubierta en lugar de una verdadera necesidad técnica.

En cuanto a las presunciones podemos rescatar las siguientes desde la doctrina, sin perjuicio de que caso a caso se pueden determinar otras, las negativas infundadas de autorizaciones o permisos, ejecución precipitada de actos administrativos, discordancia entre el motivo del acto y la decisión anticipada, inoportunidades flagrante de la decisión, imparcialidad del autor de acto, alcance general a medidas particulares.

Como conclusión final podemos señalar que en ciertos casos pueden existir irregularidades conjuntas con otros vicios que se engloban en la decisión del acto administrativo.

**3. Efectos jurídicos: nulidad de derecho público y responsabilidad aparejada:**

Al lograrse acreditar objetivamente la desviación de poder, la consecuencia

---

<sup>14</sup> JARA S. Jaime, "Desviación de Poder y Nulidad de Actos Administrativos", Trabajo presentado en la IX jornada de Derecho Admi (p.246)

directa es que el acto administrativo mutatorio o sancionatorio, deviene en nulo de pleno derecho, por adolecer de un vicio insubsanable en su finalidad.

Esta declaración de nulidad no solo hace caer la medida exorbitante, sino que compromete directamente la responsabilidad patrimonial del Estado, obligándolo a indemnizar integralmente los perjuicios causados al contratista por la aplicación de una carga pública revestida de falsa legalidad.

#### **4. La potestad exorbitante y el desvío de poder:**

La frontera dogmática entre el ejercicio legítimo de una prerrogativa y su transmutación en un vicio de legalidad se estudia a través de la figura del desvío de poder (o desviación de fin).

La desviación de poder se configura cuando la autoridad administrativa, actuando dentro del marco aparente de su competencia formal, ejerce sus facultades legales persiguiendo una finalidad pública, privada o política distinta de aquella que el legislador previó al otorgar dicha potestad.

Conforme a la jurisprudencia imperante de la Corte Suprema y la doctrina administrativa, la desviación de poder se configura cuando la autoridad administrativa, actuando dentro del marco aparente de su competencia formal, ejerce sus facultades legales persiguiendo una finalidad pública, privada o política distinta de aquella que el legislador previó al otorgar dicha potestad.<sup>15</sup>

En este sentido, nuestro máximo tribunal ha sostenido invariablemente que este vicio sanciona la ilegalidad producida cuando la decisión administrativa se dicta teniendo en vista un fin diverso de aquel que lo faculta para dictarlo, ya sea que este

---

<sup>15</sup> C. Sup Rol 18.454-2019, Sentencia, 26-12-2019.

fin espurio sea 'ajeno al interés público, o también, teniendo en vista el interés general, pero distinto de aquel autorizado a perseguir por la norma'<sup>16</sup>

En la dinámica contractual, el desvío de poder constituye la manifestación más clara del abuso de la potestad exorbitante, por ejemplo: si un organismo público decreta la resolución anticipada de un contrato argumentando un supuesto "incumplimiento grave" del proveedor, pero la motivación real subyacente es la intención de readjudicar el proyecto a una empresa vinculada a las autoridades de turno, el acto administrativo está viciado de nulidad por desviación de poder.

Finalmente, en concreto, podemos aportar que para poder impugnar un acto administrativo por desviación de poder resulta primordial determinar el origen del vicio y frente a qué clase de desviación de poder nos encontramos.

---

<sup>16</sup> C.Sup., Sentencia, Rol N° 6.886-2021 (6-8-2021).

## **CAPITULO IV: LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO PÚBLICO**

### **POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN**

#### **1. Concepto y precisiones:**

En términos generales, la doctrina describe esta clase de modificación unilateral *-ius variandi-* como: *"un poder de modificación unilateral del contrato que el ordenamiento jurídico concede a la Administración del Estado, en cuya virtud esta puede alterar el contenido del contrato (esto es, las condiciones iniciales bajo las cuales se ofertó y adjudicó el mismo) para la adecuada gestión del interés público inmerso en él".*<sup>17</sup>

Este poder excepcional surge exclusivamente durante la fase de ejecución del contrato administrativo y opera en aquellos casos donde, frente a un cambio de circunstancias o una nueva necesidad pública (y sin que medie un incumplimiento por parte del contratista), se hace indispensable adecuar el vínculo para no perjudicar a la colectividad.

#### **2.- Presupuestos formales y sustanciales que condicionan el ejercicio legítimo del *ius variandi*:**

Entre los límites formales destaca la imperiosa necesidad de contar con validación y disponibilidad presupuestaria previa, el respeto a los topes máximos porcentuales de aumento permitidos por la normativa, y la dictación del correspondiente acto administrativo modificadorio debidamente fundado y tramitado

---

<sup>17</sup> ASENJO A., Karen R. (2024): "La potestas variandi en Chile: procedencia y condiciones de ejercicio en el marco de la contratación administrativa", Revista Chilena de Derecho, vol. 51 N° 2, p. 192.

ante la Contraloría General de la República.

El objeto esencial de los actos de Administración y la intangibilidad del equilibrio económico-financiero no puede utilizar su poder modificadorio para desnaturalizar el contrato público (ordenando, por ejemplo, construir un puente cuando se licitó una pavimentación) ni para imponer al contratista un encarecimiento ruinoso sin la consecuente e inmediata compensación económica (extensión de plazos de plazos y aumento costos desproporcionados).

Así las cosas, podemos señalar con todo lo referido anteriormente, que la fundamentación de la potestad exorbitante depende insoslayablemente de la facultad unilateral modificatoria del Estado y que esta piedra angular se fundará en doctrina, como la teoría de los "poderes implícitos" o inherentes de la Administración.

### **3. Referencia breve a la doctrina de los poderes implícitos:**

En el Derecho administrativo chileno, la doctrina reconoce que la estricta vinculación positiva del Estado a la ley no impide la existencia de poderes implícitos que legitimen el *ius variandi*.

Dicho poder implícito, supone la existencia de una potestad expresa conferida por el legislador que, por sí sola, resulta imposible de ser ejercida en la práctica.

De este modo, la potestad implícita surge como el medio indispensable que permite el cumplimiento de aquella potestad expresa por impedimento fáctico entendiéndose como una: "*consecuencia obvia y natural del núcleo esencial de la*

*potestad asignada por la ley al órgano que la ejecuta*".<sup>18</sup>

En la misma línea, estos poderes inherentes son estrictamente necesarios para que la autoridad pueda cumplir con las finalidades y funciones encomendadas por la ley, evitando que la falta de una regulación de detalle paralice la satisfacción del interés público.<sup>19</sup>

#### **4. El Caso de los Contratos de Ejecución de Obra Pública:**

El *ius variandi* y su realidad fáctica y normativa resulta evidente en los contratos de ejecución de obra pública.

En efecto, entidades como el Ministerio de Obras Públicas (MOP) y, de manera aún más anómala, los Servicios de Vivienda y Urbanización (SERVIU), configuran y ejercen el *ius variandi* a través de instrumentos meramente reglamentarios.

En el caso de SERVIU y MOP, la ley delega la configuración contractual a un reglamento especial argumentando que estos constituyen una herramienta inherente e insustituible para dar cumplimiento al principio de servicialidad del Estado y garantizar la satisfacción continua del interés público.

Aún más, negar la procedencia de esta normativa sin tener consagración legal expresa, equivaldría a desconocer la particularidad que rige para los contratos incompletos en relación a las obras públicas y, en definitiva, nos forzaría incluso a declarar la ilegalidad de los reglamentos vigentes.

Ahora bien, frente al abuso del *ius variandi*, independiente del fundamento

---

<sup>18</sup> CORDERO V., L., "*Lecciones de Derecho Administrativo*", 2ª edición, Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters, p. 82

<sup>19</sup> ROJAS C., Christian. "*Las potestades administrativas en el derecho chileno*", Legal Publishing - Thomson Reuters, p. 71;

esgrimido procedería la invalidación de la medida y/o anulación de la resolución para ante la misma Administración y/o por los tribunales de justicia.

En suma, la invalidación sería el remedio en sede administrativa manifestado a través de la potestad de autotutela de consagrada expresamente en el artículo 53 de la Ley N° 19.880 y además existe la declaración de nulidad siendo este el remedio que debe solicitarse en sede jurisdiccional a través de las acciones de nulidad de derecho público ordinarias o la nueva acción de nulidad de la Ley de Compras) es una sanción jurídica declarada por un juez.

## **CAPITULO V: EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y**

### **MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN**

#### **1. Referencia previa:**

El control del comportamiento contractual y extracontractual de la Administración del Estado en el ordenamiento jurídico chileno no responde a una arquitectura institucional monolítica ni unidimensional.

Por el contrario, se caracteriza por una coexistencia fragmentada de mecanismos que configuran un sistema orgánico múltiple, donde no existe una única respuesta institucional para la tutela de los derechos de los administrados.

Esta dispersión orgánica y procedimental obliga a los operadores jurídicos a comprender la profunda interacción entre las distintas sedes de revisión.

De acuerdo con la dogmática administrativa imperante y la estructura del propio Estado, estos mecanismos pueden clasificarse en dos grandes macro-categorías: los controles internos, que son aquellos propios de la potestad de la Administración para revisar sus propios actos, y los controles externos, ejercidos por terceros imparciales dotados de autonomía constitucional o legal.

#### **2. El control administrativo interno:**

El control interno se define conceptualmente como aquel escrutinio inherente a la estructura jerárquica y funcional de la Administración del Estado, ejercido ya sea de oficio por la propia autoridad o a petición de parte interesada, que permite a las jefaturas superiores de los servicios o a las autoridades investidas de potestad disciplinaria y revisora, evaluar, modificar, reemplazar o extinguir sus propias actuaciones jurídicas.

Una de sus características más importantes es que es una manifestación directa de la autotutela declarativa de la Administración, la cual implica que no requiere acudir a los tribunales de justicia para dotar de presunción de legalidad e imperio a sus actos.

A contrario sensu, se opone la autotutela declarativa el deber irrenunciable de dejar sin efecto aquellos actos que adolezcan de vicios de juridicidad o que resulten contrarios para el interés general.

Procesalmente existe un catálogo de recursos y potestades consagradas de manera orgánica en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.

La interposición de los recursos administrativos da origen a un nuevo procedimiento, facultando a la autoridad para dictar un acto administrativo de reemplazo que satisfaga las exigencias de legalidad y mérito.

La estructura de este control interno se basa en aquellas acciones que la Administración puede emprender de oficio y aquellas que se activan a solicitud del ciudadano o administrado.

Dentro de las actuaciones que la Administración puede y debe ejercer de oficio, destaca preeminentemente la potestad de invalidación, consagrada en el artículo 53 de la Ley N° 19.880.

La invalidación es la facultad privativa de la autoridad administrativa para retirar del ordenamiento jurídico, con efectos retroactivos, aquellos actos que sean contrarios a derecho, previa audiencia del interesado para resguardar la garantía del

debido proceso.

Esta potestad, que constituye una forma de nulidad administrativa, tiene un límite temporal estricto de dos años contados desde la notificación o publicación del acto, y su ejercicio suspende el plazo para que los afectados interpongan acciones jurisdiccionales en contra del acto viciado.

Asimismo, la Administración cuenta de oficio con la potestad de revocación, la cual no se basa en un vicio de legalidad, sino en razones de mérito, oportunidad o conveniencia, retirando actos que ya no satisfacen el interés público, aunque con limitaciones estrictas cuando el acto ha generado derechos adquiridos legítimamente.

Finalmente, existe la potestad de aclaración, mediante la cual la autoridad rectifica errores de copia, referencia o cálculos numéricos manifiestos, sin alterar el fondo de la decisión.

### **3.Los recursos administrativos:**

Los recursos administrativos son medios de impugnación deducidos ante la propia Administración con el objeto de obtener la modificación o revocación del acto que causa un perjuicio directo a saber:

**A) Recurso de reposición:** constituye la herramienta de impugnación de primera línea; se interpone ante la misma autoridad que dictó el acto administrativo objetado, requiriendo que sea fundamentado por escrito. Su plazo de interposición es brevísimo, limitándose a cinco días hábiles contados desde la notificación del acto, obligando a la autoridad a resolver en un término no superior a treinta días.

**B) Recurso jerárquico:** En subsidio de la reposición, o de forma directa, el

administrado puede deducir el

Este mecanismo traslada el conocimiento de la controversia al superior jerárquico de la autoridad emisora del acto, constituyendo la máxima expresión de la potestad de control que se ejerce en virtud del principio de jerarquía institucional.

Su interposición se somete al mismo plazo de cinco días hábiles, debiendo la superioridad resolver en treinta días tras oír a la autoridad inferior recurrida.

Cabe mencionar que el arbitrio jerárquico no procede en aquellos casos en que la arquitectura del Estado no contempla un vínculo superior directo, como ocurre con los actos dictados por el Presidente de la República, los Ministros de Estado y los jefes superiores de los servicios públicos funcionalmente descentralizados.

**C) Recurso extraordinario de revisión:** el cual procede en contra de actos administrativos que ya se encuentran firmes y ejecutoriados, habiendo precluido las vías ordinarias de impugnación, su particularidad es que solo procede en situaciones de excepcional gravedad.

Este recurso se interpone ante el superior jerárquico o la autoridad emisora en el plazo de un año, fundándose en causales taxativas y restrictivas, tales como la dictación del acto sin el debido emplazamiento, la existencia de un error manifiesto de hecho determinante para la decisión, la aparición de documentos esenciales ignorados, o la constatación mediante sentencia judicial ejecutoriada de que el acto fue fruto de prevaricación, cohecho, violencia o fundamentado en testimonios declarados falso.

#### **4. Control externo:**

El numero 3 anterior no merece mayor análisis para este trabajo, dado que existen evidentes limitaciones de imparcialidad en el control interno -donde la Administración actúa simultáneamente como juez y parte interesada-, lo que hace que en la práctica, sean inútiles los mismos, cuando existe un incumplimiento contractual que implica un desembolso pecuniario del Estado.

Ahora bien, el control externo se caracteriza por su independencia orgánica y funcional respecto del ente que emite el acto administrativo y tiene dos vertientes muy marcadas el control externo administrativo y el judicial (conocido como contencioso administrativo).

#### **5. El control externo administrativo:**

La **Contraloría General de la República (CGR)** se erige como el ente fiscalizador supremo, ejerciendo un control externo de juridicidad, contabilidad y auditoría de raigambre constitucional.

La labor de la CGR se despliega en dos temporalidades procedimentales claramente diferenciadas:

**A) De manera preventiva o *ex ante*:** la Contraloría ejerce el trámite de "toma de razón", un control previo de constitucionalidad y legalidad sobre los decretos y resoluciones dictados por la Administración, pudiendo representar aquellos actos que adolezcan de vicios de juridicidad.

**B) De manera represiva o *ex post*:** la CGR despliega su potestad de revisión a través de auditorías integrales e investigaciones de oficio, así como mediante la emisión de dictámenes jurídicos vinculantes frente a las solicitudes de

pronunciamiento emanadas tanto de los propios órganos del Estado como de los ciudadanos y contratistas denunciantes.

La altísima especialización técnica de la Contraloría la convierte en el actor central para la interpretación uniforme de las normas de contratación pública, aunque sus facultades encuentran un límite estructural al no poder declarar derechos subjetivos indemnizatorios, competencia privativa de los tribunales de justicia.

### **C) Herramientas de los particulares:**

- **Pronunciamiento jurídico:** el particular puede solicitar a la CGR que se pronuncie sobre la legalidad de la actuación de un órgano de la Administración del Estado, o bien, que interprete una norma administrativa que le afecta su base de procedencia es acreditar un interés legítimo y directo en la materia. No proceden las consultas abstractas, hipotéticas o de interés meramente académico.

Esta vía termina con una resolución denominada técnicamente dictamen que establece la jurisprudencia administrativa que es obligatoria para el servicio público involucrado, pero no otorga puede imponer indemnizaciones al particular por lo que la recomendación sería en caso de tener un pronunciamiento favorable recurrir a los tribunales ordinarios( los dictámenes suelen pronunciarse en ese sentido sugiriendo la vía judicial de lato conocimiento)

- **Denuncia por irregularidades:** cualquier persona natural o jurídica puede denunciar hechos que, a su juicio, constituyan irregularidades administrativas, faltas a la probidad, o un mal uso de recursos públicos por parte de funcionarios o entidades sujetas a la fiscalización de la CGR.

La denuncia debe ser seria, estar fundamentada y, en lo posible, acompañada de antecedentes o medios de prueba que permitan a la CGR iniciar una investigación, una auditoría o un sumario administrativo.

- **Reclamo por ilegalidad:** se utiliza cuando un particular se ve directamente afectado por un acto administrativo que considera contrario a derecho y busca que la CGR ordene su invalidación o corrección.

Paralelo al control contralor, el **Consejo para la Transparencia** ejerce un control externo administrativo focalizado en garantizar el derecho de acceso a la información pública, un pilar fundamental para el escrutinio ciudadano sobre los procesos de adjudicación y ejecución contractual del Estado.

#### **6. Mención especial a la Dirección de Compras y Contratación Pública:**

La Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra) ha transitado desde un rol meramente administrador de plataformas tecnológicas hacia una posición de control externo de carácter normativo y fiscalizador, consolidado mediante las amplias reformas de la Ley N° 21.634 aportando de manera más específica al ámbito de los contratos estatales,.

La modernización normativa encomienda a ChileCompra no solo la administración del sistema de información, sino que le atribuye competencias activas de monitoreo para promover la libre competencia, la administración estricta del registro de proveedores, la gestión de un canal de denuncias reservadas para irregularidades de probidad, y, de manera preeminente, la facultad de dictar instrucciones obligatorias y de general aplicación para todos los organismos del

Estado sujetos a la ley.<sup>20</sup>

Estas instrucciones se erigen como un cuerpo de *soft law* administrativizado<sup>21</sup> que estandariza las prácticas de compra y previene la desviación procedimental desde su origen.

En término simples el derecho blando constituye normas jurídicas que se caracterizan por una cierta ambigüedad en su intensidad vinculante, pero que en el ámbito administrativo operan como un parámetro de validez de la actuación pública, en la medida en que la Administración queda vinculada por sus propios actos y por las expectativas que genera en los ciudadanos.

### **7. El control externo propiamente tal o contencioso-administrativo:<sup>22</sup>(\*)**

El contencioso-administrativo corresponde a la vertiente judicial del control externo y representa la garantía última de tutela efectiva de los derechos de los administrados.

Pese a la importancia referida en párrafo anterior este adolece de defectos estructurales al carecer de un sistema unificado, orgánico y universal de tribunales contencioso-administrativos de competencia general.

Esta ausencia ha generado que el control judicial sobre la actividad contractual y extracontractual de la Administración se ejerza a través de vías orgánicas dispersas, cada una con lógicas procesales, plazos y estándares

---

<sup>20</sup> OBANDO C., I., "Introducción" en "Nueva Ley de Compras Públicas. Estudio Sistemático y Práctico de la Reforma a la Ley N° 19.886", 1ª edición, Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters, p. 26.

<sup>21</sup> ORTIZ ORTIZ, O. D. y CORREA SÁNCHEZ, D., "Introducción" en "El Soft Law en el Derecho Administrativo y sus implicaciones en el Derecho Disciplinario", Trabajo de grado (Maestría), Bogotá: Universidad Libre, 2022, p. 10

<sup>22</sup> (\*) Por motivos del objeto de esta monografía todo lo comentado irá enfocado hacia la contratación pública.

probatorios asimétricos.

La fragmentación del diseño jurisdiccional se articula a través de la práctica judicial que ha recurrido en general a tres grandes órganos jurisdiccionales, cada uno con sus ventajas y deficiencias, a saber los tribunales ordinarios civiles, las Cortes y el Tribunal de Tribunal de contratación pública.

#### **8. La competencia contenciosa civil:**

En general corresponde a los Juzgados de Letras Civiles, los que son un tribunal ordinario de primera instancia que asumen la competencia residual, salvo alguna vulneración de derechos fundamentales que corresponde a los tribunales superiores.

Les corresponde conocer (entre otros remedios) de la acción de nulidad de Derecho público, fundamentada en la vulneración de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, así como de las acciones de resolución de contrato, cumplimiento forzado, cobro, de responsabilidad patrimonial extracontractual y , contractuales, resolutorias, cumplimiento forzado, innominadas y/o entre cualquier otra donde tenga interés contractual con el Estado y se someten al procedimiento de juicio de hacienda<sup>23</sup>.

La característica de la residualidad viene del aforismo romano "*ubi ius ibi remedium*", donde hay derecho hay acción, consagrado legalmente en diversos cuerpos normativos de nuestro ordenamiento siendo conocido en nuestra doctrina como el principio de inexcusabilidad, permitiendo lo anterior ocurrir antes estos tribunales ante no contar con un tribunal de competencia clara.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> CPC, Libro III, Título XV, art. 254-433.

<sup>24</sup> CPC, art 76, COT art. 10, LEY 19.880 ( 22-5-2003) art 14.

La virtud de esta vía es que permite un debate de lato conocimiento y la rendición de prueba compleja, siendo la contraparte el Estado, quien será representado usualmente por el Consejo de Defensa del Estado, valga la redundancia.

Sus desventajas más gravosas devienen en que en problemas severos en cuanto al proceso, dentro de las cuales encontramos la lentitud extrema del procedimiento, la falta de especialización de los jueces civiles en Derecho administrativo, una tendencia histórica a la excesiva deferencia hacia los actos de la Administración, y/o episodios de activismo judicial impredecible ante la ausencia de normas especiales que permiten que los jueces decidan por la denominada justicia material generalmente en favor de su empleador.

Con todo, resulta muy complejo para estas acciones obtener sentencia favorable, especial dificultad revisten las de responsabilidad contractual, que implican una indemnización pecuniaria, especialmente en los casos donde el erario estatal sería afectado.

### **9. Las competencias de las Cortes de Apelaciones y Suprema:**

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia, conocen del contencioso-administrativo por el Recurso de Protección<sup>25</sup> y la Acción de Amparo Constitucional.<sup>26</sup>

La vía supradicha ofrece una tutela cautelar de urgencia frente a privaciones, perturbaciones o amenazas correspondientes a un catálogo específico de garantías fundamentales consagradas en nuestra Carta Magna que no se verán por el objeto

---

<sup>25</sup> CPE, 1980 art. 20.

<sup>26</sup> CPE, 1980 art. 21.

de este trabajo.

Aunque su tramitación es sumamente expedita, presenta desventajas dogmáticas para la resolución de conflictos contractuales administrativos complejos.

Tampoco se condena al pago de indemnizaciones, por lo que generalmente en materias contractuales administrativas, si bien conocen en casos en que los derechos fundamentales son afectados, últimamente las jurisprudencias de la CS. han sido lapidarias, en contra de los particulares, especialmente en materia de contratación pública.

Lo anterior se explica por el siguiente considerando de la Excm. Corte: *“Que, en las condiciones anotadas, teniendo en cuenta **la naturaleza de la relación que vincula a las partes, normativa que la rige y atentos a las pretensiones contenidas en el libelo,** fuerza concluir, que el conflicto enunciado, no resulta ser una materia que, por su naturaleza, corresponda dilucidar mediante la presente acción cautelar, cuya **finalidad de tutela de emergencia de garantías constitucionales no se aviene al conflicto propuesto, de manera tal que la presente acción ha de ser rechazada, por no resultar ésta la vía idónea para la resolución del asunto.**”<sup>27</sup> (negrita y subrayado es mío).*

Vale señalar que la Corte de Apelaciones de Chillán acogió el recurso precitado en párrafo anterior y la Corte Suprema revocó dicho fallo, con lo que, aún, a sabiendas que la jurisprudencia está en contra, es factible interponer este tipo de recursos, pero sin el ánimo de solucionar el problema, sino que para efectos de conocer la opinión de las Cortes respecto al asunto discutido y obtener a través

---

<sup>27</sup> C.Sup., Rec. Protección, rol 339.291-2025 (18-02-2026)

de lo informado por el Estado las razones de la vulneración constitucional impugnada.

Por lo que, con todo lo anterior, podemos señalar que el recurso de protección, en materia de contratación pública, con la jurisprudencia de la Corte Suprema reiterada e imperante, no tiene para nada el éxito garantizado.

A modo de recomendación práctica este medio puede ser el idóneo para obtener información respecto al caso y las razones que esgrimió la Administración en un juicio de lato conocimiento.

Además, los tribunales superiores carecen de la especialización técnica para dirimir controversias sobre bases de licitación o equilibrio económico y el arbitrio de protección tiene como objeto único y limitado a dejar sin efecto el acto arbitrario o ilegal para restablecer el imperio del derecho, no todos los derechos patrimoniales derivados del contrato están protegidos bajo su alero, y el debate probatorio es prácticamente inexistente al tratarse de una vía cautelar y no declarativa de derechos litigioso.

#### **10. Los tribunales hiper-especializados:**

La tendencia global, permeada hacia nuestro país, es que los ordenamientos cuenten con tribunales hiper-especializados.

El sistema jurisdiccional hiper-especializado en Chile delimita sus competencias de forma fragmentada (grave falencia en el Derecho administrativo nacional que dificulta el ejercicio de los letrados), señalando para efectos de este trabajo someramente los siguiente:

**A) Tribunales Ambientales:** resuelven reclamaciones de ilegalidad contra

resoluciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, el Servicio de Evaluación Ambiental -principalmente las resoluciones de calificación ambiental- y decretos del Ministerio del Medio Ambiente, además de demandas por reparación de daño ambiental.

**B) Los Tribunales Tributarios y Aduaneros:** conocen en primera instancia las reclamaciones de contribuyentes y usuarios contra actos del Servicio de Impuestos Internos (SII) y Aduanas, tales como liquidaciones, giros o multas;

**C) El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:** previene, corrige y sanciona atentados a la libre competencia, resolviendo requerimientos y demandas por prácticas anticompetitivas, incluyendo la revisión de actos de la Administración que distorsionen los mercados regulados.

**D) El Tribunal de Propiedad Industrial:** se encarga de los recursos de apelación contra las resoluciones definitivas del Instituto Nacional de Propiedad Industrial relativas a la concesión o rechazo de marcas, patentes de invención y modelos de utilidad.

**E) Tribunal de Contratación Pública:** conoce exclusivamente de la acción de impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios ocurridos durante el procedimiento administrativo de licitación, desde la aprobación de las bases hasta la adjudicación.

Pese a ser el más importante para la materia en comento lo dejé al final para señalar que se le dedicará un numeral completo a las competencias del mismo haciendo referencia a la nueva ley 21.364 publicada el 28 de noviembre de 2023.

## 11. Análisis de nuevas competencias del Tribunal de Contratación

### **Pública:**

La reciente reforma introducida por la Ley N° 21.634 supone un cambio de paradigma en el sistema de impugnaciones del esquema de compras públicas chileno.

El Tribunal de Contratación Pública (TCP) deja de ser un órgano con una competencia temporalmente restringida a la fase de formación del consentimiento, para transformarse en un tribunal contencioso-administrativo con facultades para revisar la legalidad de todo el ciclo de vida de la contratación estatal

A continuación, se sintetizan las cinco nuevas esferas de competencia jurisdiccional otorgadas al TCP<sup>28</sup>:

**A) Ampliación precontractual explícita:** La reforma amplía y explicita la competencia tradicional del Tribunal sobre los actos y omisiones ilegales o arbitrarios que tengan lugar en los procedimientos administrativos de licitación o contratación.

En efecto, se consolida la facultad del TCP para revisar el estricto cumplimiento de la legalidad en la etapa de formación del contrato, garantizando la igualdad de los oferentes y la estricta sujeción a las bases.

En los contratos de obras públicas y concesiones, el tribunal analizado tiene una nueva competencia restringida que le permite conocer en la fase de formación del consentimiento correspondiente técnicamente la etapa de contratación, esto es,

---

<sup>28</sup>

LEY 21.634, artículo 24 n° 1 - . 11-12-2023.

desde la publicación de las bases hasta la adjudicación del contrato o selección del contratista o consultor, según sea el caso,<sup>29</sup> controversia contenciosa originada durante la ejecución material de la obra se rige por su normativa especial y queda sometida a tribunales ordinarios, paneles técnicos o comisiones arbitrales, según corresponda.

**B) Control jurisdiccional de la ejecución contractual:** con esta competencia se flexibiliza sustancialmente el ámbito de conocimiento del TCP.

Siendo el mayor problema de la ley antigua, en efecto, el legislador amplía la competencia del TCP para conocer y resolver las controversias originadas durante la fase de ejecución del contrato.

Esta modificación permite que los conflictos derivados de la aplicación de multas, el cobro de garantías, las modificaciones unilaterales y los términos anticipados del contrato sean conocidos por una judicatura especializada, superando la antigua barrera que obligaba al particular a recurrir a la justicia civil ordinaria.

**C) Potestad cautelar de suspensión:** Se dota al Tribunal de una robusta herramienta cautelar para asegurar la eficacia de sus resoluciones. Mediante el nuevo artículo 25 bis de la Ley 19.886, el TCP adquiere la facultad de decretar la suspensión del procedimiento administrativo contractual.

Esta medida innovadora extiende sus efectos incluso a la suscripción o a la fase de ejecución del contrato, paralizando transitoriamente todos los efectos jurídicos y materiales de los actos administrativos cuestionados mientras se

---

<sup>29</sup> LEY 19.886, artículo 1 n° 2. 30-07-2003

resuelve el fondo del asunto.<sup>30</sup>

**D) Fiscalización del Registro de Proveedores y actos de ChileCompra:** El control de legalidad se expande hacia los actos de la Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra).

El TCP incrementa su competencia para revisar los procedimientos y acciones emanados de este servicio. Esto resulta fundamental para la tutela efectiva de los contratistas, ya que ahora el mentado Tribunal es competente para conocer y fallar sobre las controversias derivadas del rechazo o la aprobación de las inscripciones en el Registro de Proveedores.

**E) Nulidad de contratos por falta de probidad:** finalmente una nueva acción declarativa<sup>31</sup> donde el legislador introduce una competencia sustantiva de alta relevancia en el Derecho administrativo.

A saber la capacidad de conocer acciones de nulidad de contratos administrativos fundadas en causales de legalidad material. En particular, el Tribunal está facultado para anular aquellos contratos donde se acredite la vulneración de los estándares de probidad administrativa, elevando el control ético de las compras del Estado a una sanción de nulidad del contrato público y también disciplinaria.

## **12. Nuevas causales de nulidad de los contratos públicos por falta a la probidad:**

Con la modernización de la Ley de Compras Públicas (Capítulo VII)<sup>32</sup>, la probidad y la transparencia pasaron a ser requisitos esenciales de validez en la

---

<sup>30</sup> LEY 19.886, artículo 25 bis. 30-07-2003.

<sup>31</sup> LEY 21.634, artículo 24 n° 4 - . 11-12-202

<sup>32</sup> LEY 19.886, artículo 35 bis y siguientes. 30-07-2003.

contratación estatal.

Actualmente, el Tribunal de Contratación Pública (TCP) tiene la facultad jurisdiccional de anular los contratos que infrinjan estos estándares éticos latamente desarrollados en el capítulo de la ley en comento supradicho.

En términos simples un contrato administrativo es nulo materialmente si en su gestación ocurre alguna de las siguientes contravenciones denominadas infracciones directas:

**A) Vulneración del deber de abstención (Conflictos de Interés):**

Participación de autoridades o funcionarios en procesos de compra donde poseen intereses personales, familiares, comerciales o societarios, omitiendo su obligación legal de inhabilitarse.

**B) Incompatibilidades absolutas:** Celebración de contratos con personal del propio organismo comprador (planta, contrata u honorarios), con sus parientes directos (cónyuges, convivientes civiles), o con sociedades en las que estos tengan participación o representación.

**C) Comunicaciones extraoficiales:** Cualquier contacto por vías no institucionales entre los funcionarios y los oferentes durante el proceso de contratación que vulnere el principio de igualdad y estricta sujeción a las bases.

En cuanto los efectos de la contravención y su sanción la vulneración a los deberes de probidad consagrados en la ley 21.634 genera consecuencias en tres ámbitos: /uno/ en el contractual el TCP declara la nulidad material del contrato administrativo, dejándolo sin efecto legal. /dos/ En el ámbito disciplinario incurrir en estas causales configura, por sí mismo, una falta grave a la probidad

administrativa.<sup>33</sup> /tres/ Asimismo, se habilita la instrucción de sumarios directos por parte de la CGR, arriesgando los funcionarios involucrados las máximas sanciones, incluida la destitución.

## **CAPÍTULO VI: EL FORUM SHOPPING EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**

### **PÚBLICA<sup>34</sup>(\*\*)**

#### **1. Precisiones sobre el forum shopping en el Derecho Administrativo:**

El fenómeno del forum shopping, o "búsqueda de foro" procesal, se plantea en el contexto del contencioso administrativo chileno y en esta monografía como una estrategia de ingeniería legal.

Mediante esta práctica, el contratista privado, frente a un incumplimiento o abuso estatal, debe elegir la vía que ofrezca la tutela más eficiente a sus intereses patrimoniales.

Esta práctica no responde meramente a una elección caprichosa, sino que es una reacción práctica a la fragmentación del sistema de justicia administrativa en Chile, el cual carece de una arquitectura institucional monolítica o de un tribunal de competencia universal.

La fragmentación incentiva una elección procesal que, en ocasiones, no busca la verdad material, sino la vía que genere mayor presión sobre el deudor estatal, desvirtuando la eficiencia del sistema en su conjunto.

Sin embargo, con la nueva arquitectura legal de la ley 21.653, se nos permite transitar de un *forum shopping* reactivo y azaroso hacia una estrategia procesal

<sup>33</sup> LEY 19.886, artículo 35 bis y siguientes. 30-07-2003

<sup>34</sup> En virtud de evitar extensiones innecesarias este análisis se enfocará en la contratación pública.

racionalizada y previsible, donde la especialidad técnica del TCP y la eficiencia del reclamo administrativo se erigen como los remedios definitivos frente al abuso de potestad.

## **2. El *forum shopping* en relación a los recursos administrativos:**

Ante un acto desfavorable en la fase de ejecución, como la aplicación de una multa o una modificación unilateral gravosa, el contratista debe evaluar las opciones de control interno:

**A) Recursos Ordinarios (Ley N° 19.880):** La reposición y el recurso jerárquico ofrecen gratuidad y rapidez teórica, su mayor barrera es que la Administración actúa como "juez y parte", lo que entrega una escasa probabilidad de revertir decisiones especialmente aquellas presupuestarias.

**B) Vía del Reclamo Administrativo (Art. 30 bis):** Incorporado por la Ley N° 21.634, este mecanismo actúa como un "filtro especializado".

Su mayor ventaja estratégica es el efecto suspensivo sobre los plazos de prescripción para acciones judiciales ante el Tribunal de Contratación Pública (TCP).

**C) Contraloría General de la República (CGR):** Ofrece un control técnico de alta especialización, pero con la limitación estructural de no poder declarar derechos subjetivos indemnizatorios.

## **3. El escenario en el contencioso administrativo:**

La elección del foro judicial representa la decisión más crítica para el particular. A continuación, se ilustran las herramientas identificadas en esta monografía y someras implicancias estratégicas para efectos ilustrativos:

<b>Foro Jurisdiccional de Control Externo</b>	<b>Vías de Acción Principales</b>	<b>Ventajas Comparativas</b>	<b>Deficiencias y Problemas Sistémicos</b>
Tribunales Civiles Ordinarios	Acción de Nulidad de Derecho público, Resolución y Cumplimiento forzado de contratos, Cobro de Prestaciones, de Responsabilidad Patrimonial Extracontractual y cualquier Acción Innominada.	Competencia universal, permite la sustanciación de prueba compleja y la acumulación de acciones indemnizatorias.	Dilación extrema en la tramitación, carencia de especialización en derecho administrativo, deferencia excesiva hacia la Administración del Estado.
Tribunales Superiores de Justicia	Recurso de Protección (Acción de Amparo Constitucional).	Tramitación de naturaleza sumaria y celeridad para la interrupción de vulneraciones inminentes.	Ausencia de fase probatoria, protección restringida a un catálogo limitado de derechos, inadecuado para controversias contractuales de lato conocimiento.
Tribunal de Contratación Pública	Acción de Impugnación, Acción de Nulidad de Contratos.	Alto grado de especialización técnica, conocimiento exclusivo de la normativa de contratación	No tiene críticas mayores solo se deben analizar bien los requisitos de procedencia. Además la falta de jurisprudencia

		pública.	para analizar factibilidad.
--	--	----------	-----------------------------

#### 4. La racionalización del sistema mediante la Ley N° 21.634

La modernización impulsada por la reciente reforma busca mitigar los riesgos de un *forum shopping* disfuncional mediante dos ejes fundamentales:

**A) Concentración de competencias:** Al transformar al TCP en un "tribunal de contratos" con facultades para revisar la fase de ejecución, se desincentiva la remisión de causas a la agónica justicia civil ordinaria.

**B) Certeza Temporal:** El efecto suspensivo del reclamo del artículo 30 bis garantiza que el contratista pueda agotar la vía administrativa sin temor a la caducidad de sus acciones judiciales, reduciendo la "indefensión estructural" históricamente denunciada.

#### 5. Forum Shopping en el Tribunal de Contratación Pública:

La tabla resume las nuevas esferas de competencia, alcance y facultades del Tribunal de Contratación Pública (TCP) conforme a lo analizado durante el presente trabajo y especialmente del estudio de la Ley N° 21.634:

Esfera de Competencia	Alcance y Facultades	Innovación Estratégica
<b>A) Fase Precontractual</b>	Actos u omisiones entre la aprobación de bases y la adjudicación.	Se explicita la competencia sobre obras públicas y concesiones (desde bases hasta selección).
<b>B) Ejecución Contractual</b>	Controversias sobre multas, cobro de garantías, modificaciones unilaterales y término anticipado.	Hito: Supera la barrera de la justicia civil; el particular accede a una judicatura especializada.

<b>C) Potestad Cautelar</b>	Facultad de decretar la suspensión del procedimiento administrativo (Art. 25 bis).	Puede paralizar la suscripción o ejecución del contrato mientras se resuelve el fondo.
<b>D) Actos de ChileCompra</b>	Revisión de inscripciones, rechazos y procedimientos en el Registro de Proveedores.	Control directo sobre la potestad administrativa de la Dirección de Compras.
<b>E) Nulidad por Probidad</b>	Acción declarativa para anular contratos viciados por infracciones éticas.	El control de legalidad ahora incluye el estándar de probidad como requisito de validez.

## CONCLUSIÓN

Al comienzo de la presente investigación se planteó un desafío importante y necesario en el Derecho administrativo como es dotar al contratista privado de herramientas jurídicas eficaces frente a la asimetría estructural que caracteriza a la contratación pública.

Si bien la potestad exorbitante del Estado encuentra su legitimidad teleológica en la satisfacción continua del interés general, su ejercicio material puede devenir en una autotutela abusiva.

Bajo el amparo genérico de la "necesidad del servicio" o el *ius variandi*, la Administración tiende a trasladar los costos de su propia ineficiencia o imprevisión al patrimonio del particular, quebrando de manera unilateral el equilibrio económico-financiero del contrato y configurando, en los casos más graves, vicios de legalidad material como la desviación de poder.

Frente a este escenario de aparente indefensión, por el estudio pormenorizado del sistema de control administrativo y jurisdiccional se nos revela, por este trabajo, que el contratista cuenta con, al menos, los remedios rescatados en la teoría por esta monografía, aunque su real efectividad depende empíricamente de una correcta estrategia procesal por parte del operador jurídico.

Es aquí donde la figura del *forum shopping*, cumple su cometido, y se consagra como una herramienta legal innovadora y simplificadora, dado que ante un ecosistema contencioso-administrativo históricamente fragmentado y carente de un tribunal de competencia universal, la elección entre el control interno, el control externo administrativo y la sede judicial se nos facilita ostensiblemente.

Especial relevancia tomó, para la investigación efectuada, la Ley N° 21.634 que apareció para otorgar aún mejores herramientas a los contratistas.

La norma supradicha no sólo ha modernizado los principios rectores de la contratación estatal, sino que ha elevado la probidad a un estándar de validez material sancionable con la nulidad, y, más aún, ha ampliado la búsqueda de foro, al expandir radicalmente la competencia del Tribunal de Contratación Pública.

En definitiva, los remedios con los que cuenta el contratista frente al Estado no implican desconocer las prerrogativas públicas, sino conocerlas bien y someter las que se consideran abusivas al estricto escrutinio de las siguientes bases, /uno/ el principio de juridicidad, /dos/ velar por la vigencia de la justicia conmutativa en la contratación pública y /tres/ revisar el *bouleversement* (otro descubrimiento de esta investigación), consagrado por lo demás jurisprudencialmente, en relación al equilibrio económico contractual.

En fin, espero que los particulares contratantes con el Estado cuenten con las herramientas aportadas que serían carácter práctico, legal, jurisprudencial y/o doctrinario, y así, poder contrarrestar, de mejor manera, los abusos de la potestad exorbitante al contratar con la Administración, cumpliéndose así el cometido de esta investigación a cabalidad.