

LA POTESTAS VARIANDI EN CHILE: PROCEDENCIA Y CONDICIONES DE EJERCICIO EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

POTESTAS VARIANDI IN CHILE. ORIGIN AND CONDITIONS OF EXERCISE IN THE FRAMEWORK OF ADMINISTRATIVE CONTRACTING

Karen R. Asenjo A.*

RESUMEN: El presente trabajo aborda el estudio de la *potestas variandi* en Chile con un doble propósito, por un lado, analizar la procedencia de aquella respecto del contrato administrativo; y, por otro lado, proponer las condiciones o presupuestos que debe observar el ejercicio de aquella por parte de los órganos de la Administración del Estado. Para ello iniciaremos con una caracterización general de la *potestas variandi* que permita comprender su rol en el marco de la contratación administrativa. A continuación, analizaremos la configuración jurídica de esta potestad en el Derecho chileno desde una perspectiva normativa y doctrinal, ofreciendo argumentos que permitan sostener la procedencia implícita de aquella respecto del contrato administrativo. Finalmente, elaboraremos una propuesta de los presupuestos formales y sustanciales que condicionan el ejercicio de la *potestas variandi* en el marco de la contratación administrativa en Chile.

Palabras clave: *Potestas variandi*, contratación administrativa, modificación contractual, Chile.

ABSTRACT: The present work focuses on the study of the *potestas variandi* in Chile with a double purpose, on the one hand, to analyze its origin with respect to the administrative contract; and, on the other hand, propose the conditions or budgets that must be observed in the exercise of this by the State Administration bodies. To do this, we will begin with a general characterization of the *potestas variandi* that allows us to understand its role in the framework of administrative contracting. Next, we will analyze the legal configuration of this figure in Chilean Law from a normative and doctrinal perspective, offering arguments that support the implicit origin of that with respect to the administrative contract. Finally, I will prepare a proposal for the formal and substantial budgets that condition the exercise of the *potestas variandi* within the framework of administrative contracting in Chile.

* Estudiante del doctorado y magíster en Derecho, mención constitucionalismo y Derecho, de la Universidad Austral de Chile. Académica de la carrera de Derecho, Universidad de los Lagos. Dirección Postal Avda. Fuchslocher 1305. Osorno, Chile. Correo electrónico: karen.asenjo@ulagos.cl.  <https://orcid.org/0000-0001-6323-5497>. Quiero extender un especial agradecimiento a los profesores Iván Hunter y Raúl Letelier por su apoyo en la revisión del presente trabajo.

Keywords: *Variandi* Powers, administrative contracting, contract modification, Chile.

I. INTRODUCCIÓN

La contratación administrativa, como herramienta que utiliza la Administración del Estado para la consecución de fines de interés público, se enfrenta regularmente a la ocurrencia de factores externos (inflación, protestas sociales, cambios en el orden político institucional, la pandemia del COVID-19, entre otros) que impactan el correcto y adecuado cumplimiento de este tipo de contratos. El contrato, por su parte –en cuanto vínculo creador de derechos y obligaciones–, fuerza a las partes a respetar su contenido, dando lugar a la inmutabilidad de sus cláusulas. Lo anterior no implica una petrificación del contenido del contrato, puesto que al tenor del artículo 1545 del Código Civil, las partes pueden introducir modificaciones de común acuerdo, o bien estas pueden provenir de causas legales¹. En efecto, la regulación normativa particular de los contratos administrativos admite, bajo diversas fórmulas², la posibilidad de variar su contenido por razones de interés público. Una de ellas es la *potestas variandi* o poder de modificación unilateral del contrato que, a grandes rasgos, permite a la Administración contratante –por razones de interés público– introducir modificaciones unilaterales al contenido obligacional del contrato, las que resultan vinculantes para el co-contratante particular. Ello ha permitido a la doctrina nacional sostener que la mutabilidad es una característica peculiar de este tipo de contratos³.

Dada la ausencia de una regulación general del contrato administrativo en Chile, el ejercicio de este poder modificatorio se desenvuelve en un contexto normativo disperso en el que converge una multiplicidad de reglas vinculantes a la actuación administrativa que carecen de una sistematización general. A ello se suma la ausencia de una jurisdicción especializada que conozca de los conflictos que surgen durante la etapa de ejecución contractual, debido a la limitada competencia del Tribunal de Contratación Pública⁴, resultando de aquello un escaso desarrollo

¹ CHILE, *Código Civil*, Art. 1545.

² Con ello hacemos referencia, tanto a la diversidad terminológica con la cual el legislador admite la posibilidad de variar el contenido del contrato como a la forma de la modificación propiamente tal (ya sea que se trate de una modificación cuyos supuestos se encuentren previstos en la regulación del contrato o no, o bien su origen sea el común acuerdo entre las partes o de la *potestas variandi* propiamente tal de parte de la Administración).

³ Véase: POBLETE (2010) p. 82, MORAGA (2010) pp. 484-491, FLORES (2020) pp. 213-214.

⁴ Dicho Tribunal no tiene competencia para conocer de los actos administrativos que surjan en la etapa de ejecución del contrato, ver: CHILE, Ley N° 19.886, Art. 24. Cabe destacar que con la publicación de la Ley N° 21.634 (que modifica la Ley N° 19.886) se fortalece la competencia del Tribunal de Contratación, el que podrá conocer –entre otros asuntos– de la “acción de impugnación interpuesta contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos durante la ejecución de un contrato administrativo”. Si bien no podrá conocer las acciones indemnizatorias que pudieran surgir de aquello, lo relevante es que podrá ejercer un control de legalidad de la actuación administrativa en la fase de ejecución del contrato, permitiendo anticipar la generación de lineamientos interpre-

jurisprudencial en torno a esta figura⁵. En este escenario, la labor de la doctrina ha sido relevante en el estudio de este fenómeno, abordándolo desde una perspectiva general y contribuyendo a la caracterización de sus aspectos más relevantes.

En virtud del principio de vinculación positiva de la Administración a la ley (en sentido amplio)⁶, la validez de la actuación administrativa está condicionada a la presencia de una norma habilitante que actúe como título de potestad. Pues bien, dada la multiplicidad de fuentes normativas que regulan el ejercicio de la actividad administrativa contractual, el reconocimiento jurídico de la *potestas variandi* no sólo se encuentra en la ley, sino también en normas de rango infralegal; lo mismo ocurre con la configuración jurídica de las causales que autorizan su ejercicio y los procedimientos que se deben observar para la dictación del acto administrativo modificatorio. En este contexto, el presente trabajo tiene por objeto responder en qué casos la Administración está facultada para ordenar la modificación unilateral del contrato y qué presupuestos o condiciones se deben observar para el ejercicio de aquella. Respecto de la primera interrogante, frente a la premisa de que toda potestad debe tener su origen en la ley, problematizaremos la procedencia implícita de la *potestas variandi* a partir de aquellas situaciones en las que su reconocimiento y configuración emana de normas infralegales. Respecto de la segunda interrogante, tomando en consideración que la decisión modificatoria se expresa por medio de un acto administrativo y que existe una multiplicidad de normas que condicionan la validez de la actuación administrativa contractual, se elaborará una propuesta acerca de los presupuestos formales y sustanciales que debe observar la dictación del acto administrativo que decide la modificación contractual.

tativos más especializados que han de servir de base al estudio de la contratación administrativa. CHILE, Ley N° 21.634, Artículo primero numeral 36 y Artículo primero transitorio

⁵ En este sentido cabe señalar que la jurisprudencia administrativa representada en los dictámenes de la Contraloría General de la República, más que ahondar en los aspectos que permiten delinear los presupuestos de configuración de la *potestas variandi*, se ha pronunciado de la siguiente manera: 1) ha negado la procedencia implícita de modificaciones unilaterales o de común acuerdo si no se encuentra expresamente establecido o si pudiera configurar un incumplimiento, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 75.983/2010 y N° 10.858/2014; 2) ha reconocido la posibilidad de introducir modificaciones unilaterales siempre y cuando se configure un caso fortuito o fuerza mayor que hubiere afectado por igual a todos los participantes, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 42701/2008 y N° 4718/2000; permitiendo la prorroga y el aumento del plazo contractual, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 61.001/2012, N° E27209/2020 y N° E6087/2020; o bien, autorizando la revisión y modificación de los contratos en curso frente a la crisis sanitaria generada por la pandemia del COVID-19, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 6.854/2020 y N° 8.507/2020. Por otro lado, la jurisprudencia judicial exhibe pocos pronunciamientos relevantes en torno a esta figura, entre ellos se destacan: 1) Corte Suprema, 05/08/2008, c. 14; 2) Corte Suprema, 08/05/2020, c. 13; 3) Corte Suprema, 29/12/2021, c. 4; y 4) Corte Suprema, 09/05/2022, c. 5. Este último es el más relevante porque por menoriza los límites al ejercicio del poder modificatorio unilateral o *potestas variandi*, reconociendo el poder de la Administración para alterar unilateralmente el contenido del contrato.

⁶ CHILE, Constitución Política, Arts. 6 y 7.

Para el logro de los objetivos trazados, partiremos por una caracterización general de la *potestas variandi* en la contratación administrativa, que nos permita entender en qué consiste, cuáles son sus fundamentos, y cuáles son las dimensiones que debe tener en cuenta la Administración pública a la hora de evaluar una modificación contractual; en segundo término revisaremos la configuración jurídica de la *potestas variandi* en el Derecho chileno, a objeto de resolver en qué casos procede el ejercicio de este poder respecto del contrato administrativo; en tercer término propondremos un listado de los presupuestos formales y sustanciales que condicionan el ejercicio de la *potestas variandi* en el marco de la contratación administrativa, para finalizar con una reflexión general. La metodología empleada se basa en los aportes de la doctrina nacional y extranjera respecto a esta temática, así como las normas legales y reglamentarias que recogen el ejercicio de este poder modificatorio.

II. CARACTERIZACIÓN GENERAL DE LA *POTESTAS VARIANDI* EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En términos generales, la doctrina nacional⁷ describe a la *potestas variandi*, también denominada *ius variandi*⁸, 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 mismo⁹) para la adecuada gestión del interés público inmerso en él¹⁰. Este poder surge en la fase de ejecución de los contratos administrativos (en sentido estricto¹¹) en aquellos casos en los que, no habiendo

⁷ A partir de los siguientes trabajos doctrinales hemos elaborado la caracterización general de esta figura, véase: MORAGA (2019) pp. 478-481, FLORES (2021) pp. 214-221, POBLETE (2010) p. 87, BERMÚDEZ (2014) pp. 251-252, CELIS (2017) p. 110, CORDERO (2015) p. 442, y OELCKERS (1988) pp. 69-90.

⁸ Si bien la literatura ha utilizado ambos términos para referirse a ella, conviene aclarar que más que tratarse de un *ius variandi*, entendiendo el *ius* como ejercicio de un derecho subjetivo, estamos en presencia de una potestad, siendo más adecuado referirnos a ella en los términos de *potestas variandi*. Ver: ARIÑO (1968) p. 226 y RODRÍGUEZ-ARANA (2008) p. 198.

⁹ El fundamento de aquello surge de la construcción de la teoría del contrato administrativo, como una categoría distinta del contrato civil, en la que la mutabilidad es un elemento intrínseco a él. En tal sentido, la doctrina interpreta la clásica inmutabilidad del contrato, no como una invariabilidad de contenido, sino del fin de interés público que éste persigue y que prima sobre aquel. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) Tomo I, p. 790. En el mismo sentido, ver: ARIÑO (1968) p. 225.

¹⁰ La *potestas variandi* se distingue como “la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo en cuanto apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual –*pacta sunt servanda, contractus lex inter partes*–”. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) Tomo I, p. 787. En relación con el interés público que impregna este tipo de contratos, véase: FLORES (2021) pp. 217-218.

¹¹ Véase: ASEÑO (2022) pp. 5-34.

un incumplimiento de las obligaciones¹², la presencia de un cambio de circunstancias o de la necesidad pública requiera de la adecuación y revisión del contenido del vínculo, siendo obligatorio al contratista asumir dicha adecuación¹³. El ejercicio de este poder modificatorio tiene como contrapartida el resguardo del equilibrio financiero y económico del contrato¹⁴, lo que constituye una garantía para el particular co-contratante de que no podría recaer sobre él, de forma indiscriminada e ilimitada, el peso del interés público y de las cambiantes necesidades generales sin la consecuente compensación.

El fundamento de este poder radica en que “la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles, o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta”¹⁵; dar continuidad a aquello generaría un daño al beneficio esperado por la comunidad, que finalmente ha de padecer las consecuencias de la entrega de bienes, obras o servicios mal concebidos u obsoletos. Por ello, señala Moraga, el error inicial en que puede incurrir la Administración no es motivo suficiente para perjudicar el interés general, de ahí que reconocerle a ella la facultad para revisar o reacomodar ciertos elementos del contrato ya perfeccionado, permite convertir al contrato en un efectivo instrumento de utilidad social¹⁶. Así las cosas, el fundamento de este poder es la finalidad de estos contratos, esto es, satisfacer de la mejor manera posible el interés público. Por ello, señala García de Enterría y Fernández, “si para conseguir estos fines, implícitos en el contrato

¹² De lo que se trata es de impedir que por la vía de la modificación se encubran situaciones de incumplimiento contractual que den lugar a la aplicación de sanciones contractuales o que pudieran configurar un término anticipado de contrato, eludiendo así el inicio de un nuevo proceso licitatorio. Así, para la Contraloría General de la República, las multas y otras sanciones contractuales son obligatorias y no discrecionales en virtud del principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido resguardo de los intereses fiscales. Véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° E278510/2022 y N° 31.421/2018. En el mismo sentido, véase: FLORES (2021) pp. 217-218.

¹³ Algunos fallos que reconocen el ejercicio de potestades exorbitantes sin necesidad de declaración judicial previa, son: 1) Corte Suprema, 24/08/2015, c. 9; 2) Corte de Apelaciones de Concepción, 19/08/2014, c. 9; 3) Corte Suprema, 23/12/2011, cc. 5 y 10; y 4) Corte Suprema, 07/04/2014. Se ha sostenido que la ausencia de un control judicial previo a la decisión administrativa es perjudicial frente a situaciones jurídicas consolidadas, ver: RODRÍGUEZ-ARANA (2008) p. 204. Este peligro es más elevado ante la ausencia de una tutela cautelar efectiva, como herramienta que permite contrarrestar la potencialidad imperativa de la actuación administrativa, ver: FERRADA (2015) pp. 344-345.

¹⁴ Para un estudio del equilibrio económico en la doctrina nacional, véase: MORAGA (2019) pp. 452-455 y pp. 478-491, BERMÚDEZ (2014) pp. 251-252, POBLETE (2010) p. 87, FLORES (2019) pp. 71-77, y CORDERO (2015) p. 437.

¹⁵ MARIENHOFF (1994) pp. 396-397. En el mismo sentido, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) Tomo I, p. 788. ARIÑO (1968) p. 225.

¹⁶ MORAGA (2019) p. 478.

y connaturales al mismo, es necesario adaptar a las nuevas necesidades los términos de lo pactado, esta adaptación es obligada”¹⁷.

En la práctica, el contrato administrativo supone toda una ritualidad previa a su suscripción, de la cual se extrae que la ejecución del mismo configura una serie de actos planificados que se encausan a un determinado fin de interés público. Dicha planificación, generalmente contenida en las bases de licitación, es especialmente relevante en aquellos contratos que no son de ejecución inmediata (ejecución diferida o tracto sucesivo¹⁸), en el que la programación puede verse impactada por factores de diversa índole, y que se analizan como riesgos a la equivalencia del contrato¹⁹; los que –de materializarse– tensionan el contenido normativo y financiero del contrato, afectando la continuidad de la relación contractual y la satisfacción del interés público involucrado en la ejecución del contrato. Ello es lo que los economistas denominan “contratos incompletos”²⁰, esto es, aquéllos en los que –más allá de prever mecanismos de reacción frente a futuros cambios de circunstancias– resulta imposible anticipar, cuantificar y negociar (al momento de su celebración) todas las posibles consecuencias que puedan alterar el equilibrio de intereses cristalizado en el pacto. Ello, porque no se conoce el impacto de todas las variables externas, de hecho, la contingencia obligará a las partes a reevaluar la ventaja económica y, por lo tanto, “los costos y beneficios en la alternativa cumplimiento-incumplimiento”²¹.

En este sentido, un cambio de las circunstancias previstas por las partes al momento de la celebración del contrato constituye un problema que la Administración debe resolver en concreto, de acuerdo con las particularidades de cada contrato, teniendo presente en el análisis a lo menos tres dimensiones:

¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) Tomo I, p. 784. Villar Palasí ha elaborado una propuesta de motivos que justifican la elasticidad contractual en: VILLAR PALASÍ (1969) p. 186.

¹⁸ Respecto de este tipo de contratos, ver: LÓPEZ (2010) pp. 112-114.

¹⁹ Tales riesgos, como señala Ariño, pueden ser imputables a las partes (errores, equivocaciones u omisiones de hecho, materiales o aritméticos), o bien ser consecuencia de factores externos tales como: excesiva onerosidad sobreviniente (teoría de la imprevisión), hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, modificaciones legales que alteren el proyecto en ejecución, o nuevas necesidades de interés público. ARIÑO (1968) pp. 7-10.

²⁰ Para Hart y Moore, “When drawing up a contract, it is often impracticable for the parties to specify all the relevant contingencies. In particular, they may be unable to describe the states of the world in enough detail that an outsider (the courts) could later verify which state had occurred, and so the contract will be incomplete”. HART Y MOORE (1988) p. 755.

²¹ FARINA (2015) p. 119. Un contrato será jurídicamente incompleto si en la fase de preparación no se regula alguno de los elementos esenciales del contrato (lo que configura un vicio de nulidad). Por otro lado, un contrato será económicamente incompleto si no contempla mecanismos que den resistencia al contrato frente a todas las posibles eventualidades que impacten al mismo. Para Farina, no existen contratos completos por ser técnicamente imposible prever todo. FARINA (2015) pp. 118 y 123.

UNA DIMENSIÓN FÁCTICA

Es aquella que deriva del impacto que representa la inadecuación del contrato en la gestión del órgano involucrado, de cara a la ciudadanía. En efecto, el contrato es un instrumento que permite –a la Administración contratante– dar cumplimiento a las funciones que le han sido encomendadas por la ley, de manera que el no poder llevar los contratos a término puede afectar la regularidad y continuidad del servicio público comprometido. Piénsese en la reconstrucción de una infraestructura educativa que suponga el traslado de los estudiantes a otras dependencias, del cual se advierta la presencia de defectos en el diseño que impidan llevar a término su ejecución. Todo atraso de la obra afecta el servicio educacional que se otorga, dando paso al surgimiento de protestas, reclamos, acciones jurisdiccionales, entre otros²². Un escenario de este tipo exige a la Administración contratante anticipar –en la medida de que las circunstancias o la urgencia lo permita– los daños (directos e indirectos) que producirá la inexecución del contrato (sobrecostos, paralización del contrato, contratación de servicios adicionales o complementarios y el eventual inicio de acciones judiciales²³) que deberán ser asumidos por la Administración.

En esta dimensión, el tiempo que transcurre (desde que se detecta la incompatibilidad del contrato a la realidad y se define la solución de aquello) es crucial para aminorar los efectos negativos que se produzcan. En la práctica, la ausencia de una respuesta oportuna y fundamentada de la Administración puede desencadenar un conflicto entre las partes que acabe por romper la relación contractual, con el consecuente inicio de acciones judiciales que, en lugar de solucionar el problema inicial, terminen dilatando la satisfacción del fin público que persigue el cumplimiento del contrato²⁴. Del mismo modo configura un incumplimiento al deber de celeridad, conforme ha resuelto la jurisprudencia administrativa en este punto²⁵.

Si la circunstancia que afecta la continuidad del contrato es parcial, es decir, afecta sólo una parte del contenido del contrato (por ejemplo, si se contrata la prestación de un servicio que incorpora un conjunto de elementos, de los cuales se hace imposible dar cumplimiento a uno de ellos), la modificación del contrato se presen-

²² A modo de ejemplo, una noticia del año 2012: estudiantes del Liceo Aplicación protestan por retraso en las obras de reconstrucción de su establecimiento, disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/estudiantes-del-liceo-aplicacion-protestan-por-retraso-en-las-obras-de-reconstruccion-de-su-establecimiento/>. Fecha de consulta: 06/12/2023.

²³ En relación con los factores que impactan la ejecución del contrato de obra, ver en: ARAYA (2018) pp. 221-276.

²⁴ En la práctica, muchos de los conflictos que se generan durante la ejecución de un contrato administrativo dicen relación con modificaciones que no fueron cursadas oportunamente y que, por falta de adecuación, acabaron por romper el vínculo contractual y judicializar el asunto, con el consecuente daño al fin público al cual sirve el contrato, como al patrimonio público. A modo de ejemplo, podemos mencionar los siguientes casos judiciales: 1) Corte Suprema, 27/10/2020; 2) Corte Suprema, 04/06/2020, c. 10; 3) Corte Suprema, 08/05/2020, c. 13; (4) Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26/09/2016.

²⁵ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 11.548/2019.

ta como la alternativa más conveniente a la hora de resolver la incompletitud del contrato. Por el contrario, si dicha imposibilidad de ejecución es total, estamos ante un escenario de término anticipado de contrato.

UNA DIMENSIÓN ECONÓMICA Y PRESUPUESTARIA

Es aquella que emana tanto de la planificación financiera del contrato como de la normativa presupuestaria que rige a los órganos del sector público²⁶. Dicha normativa exige que la ejecución anual de los recursos sea informada regularmente a la Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda, sin perjuicio del control externo de la Contraloría General de la República²⁷; de manera que la no ejecución o la modificación del presupuesto afecta no sólo a la economía del contrato, sino también la eficiencia del órgano respecto de su propia ejecución presupuestaria. Cualquier decisión de la Administración respecto a la continuidad del vínculo ha de tener un impacto en la planificación presupuestaria, en razón del uso de los recursos comprometidos en el contrato, es por ello que las normas que habilitan el ejercicio de la *potestas variandi*, usualmente, van asociadas a límites presupuestarios²⁸. Ahora bien, la existencia de recursos disponibles o margen presupuestario para el ejercicio de la *potestas variandi*, no es suficiente, por sí sola, como fundamento a la modificación, pues se requiere de un análisis económico del contrato que justifique por qué es más conveniente insistir en la continuidad del vínculo contractual. Dicha conveniencia puede encontrar, a su vez, fundamento en el análisis económico del contrato, pues a partir de él se evalúa el rendimiento de criterios económicos tomando como base las nociones de eficiencia y distribución de recursos económicos²⁹. Para ello, se deben considerar las circunstancias existentes al momento de la celebración del contrato, así como los mecanismos que provea o anticipe el diseño del contrato para resolver la inadecuación contractual, en tanto permitan cautelar el *value for money* (alude al equilibrio entre la eficiencia, eficacia y economía en la actuación del sector público) en relación a la oferta adjudicada, la responsabilidad del particular co-contratante y los riesgos aceptados en el contrato, de manera que la modificación no altere la ecuación económica del contrato³⁰.

²⁶ Tales normas son: 1) la Ley de Presupuestos de la anualidad respectiva. CHILE, Ley de Presupuestos. 2) la Ley de Administración Financiera del Estado, ver: CHILE, Decreto Ley N° 1263.

²⁷ CHILE, Decreto Ley N° 1263, Arts. 12, 15 y 19 Bis.

²⁸ A modo de ejemplo, se suele establecer un límite del 30% como tope para las modificaciones contractuales, véase: CHILE, Decreto Supremo 236, Art. 104; y CHILE, Decreto Supremo 250, Art. 77 inciso final.

²⁹ PEREIRA (2016) p. 59.

³⁰ Al respecto, un estudio sobre las renegociaciones en materia concesional, en: SÁNCHEZ Y CHAUVET (2019) p. 42.

UNA DIMENSIÓN JURÍDICA

Es aquella que determina la conformidad a derecho de la decisión administrativa, sea que ella consista en dar continuidad al vínculo contractual mediante la modificación del contenido del contrato o se decida terminar anticipadamente aquél, dando inicio a un nuevo proceso de contratación. Dicha decisión debe dar cumplimiento a las normas y principios que rigen al contrato, además de ser oportuna, estar fundamentada y atender al fin de interés público que subyace al contrato, para lo cual ha de sopesar el contenido de las dimensiones antes indicadas. Si, de lo anterior, resulta más conveniente al interés público inmerso en el contrato la modificación del mismo, tal decisión se debe analizar en dos momentos: previo a la modificación, se debe verificar el cumplimiento de aquellos presupuestos (formales y sustanciales) que habilitan a la Administración contratante a llevar a cabo el ejercicio de la *potestas variandi*; a continuación, al momento de determinar el contenido mismo de la modificación contractual, se debe analizar que ella no exceda los límites dispuestos por el ordenamiento jurídico y contractual para ese vínculo en particular.

Dado que la actividad administrativa se encuentra sujeta a un estricto principio de legalidad que condiciona la validez de su actuación, en primer término debemos revisar cómo se ha configurado normativamente la procedencia de la *potestas variandi* respecto del contrato administrativo en nuestro ordenamiento jurídico, para luego determinar cuáles son los presupuestos o condiciones que se han de tener presente a la hora de evaluar su ejercicio, de forma previa a la materialización de la modificación contractual.

III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA *POTESTAS VARIANDI* EN EL DERECHO CHILENO

En el presente apartado, revisaremos cómo se ha recepcionado la *potestas variandi* en nuestro ordenamiento jurídico. Más allá de revisar, caso a caso, la multiplicidad de preceptos que recogen el ejercicio de este poder en la regulación de los contratos administrativos, hemos efectuado un análisis general en torno a cómo la doctrina entiende su procedencia al contrato, así como aquellas situaciones que complejizan dicha comprensión y que nos llevan a sostener la necesidad de entender a la *potestas variandi* como una figura inherente o implícita a la regulación del contrato administrativo en sentido estricto.

La *potestas variandi* es una figura cuyo reconocimiento y denominación proviene de la influencia que ha tenido el Derecho administrativo franco-español en la construcción teórica del contrato administrativo³¹. Ello, ha permitido a la doctrina nacional identificar la presencia de la *potestas variandi* –en nuestro sistema– a partir

³¹ Respecto de los autores nacionales cuyo análisis del contrato administrativo ha sido influenciado por el desarrollo de los sistemas francés y español, ver los siguientes trabajos: VARAS (1948) pp. 296 y ss., AYLWIN (1963) pp. 112 y ss., MORAGA (2010) pp. 293, 348-350, PANTOJA (2008) pp. 38 y ss., CONCHA (2012) pp. 35 y ss., BERMÚDEZ (2014) pp. 238-239, y CELIS (2017) pp. 15 y ss.

de diversas disposiciones normativas contenidas en la regulación de los contratos administrativos³², en defecto de una regulación general de los contratos del sector público, así como de la escasa jurisprudencia que se pronuncia en torno a ella³³.

En relación a la procedencia de la *potestas variandi* respecto del contrato administrativo en Chile, es de interés resolver si la misma constituye un elemento intrínseco del contrato administrativo capaz de operar en ausencia de una habilitación normativa específica³⁴; o bien, si la validez de su ejercicio se encuentra supeditada a la existencia de una potestad previamente conferida por el ordenamiento jurídico para tal efecto³⁵. Para responder afirmativamente la primera aseveración, se precisa

³² Como se extrae de diversos trabajos doctrinales, véase: OELCKERS (1988) pp. 74-75, MORAGA (2010) pp. 487-488, MORAGA (2019) pp. 478-491; CELIS (2017) pp. 110-111, y FLORES (2021) pp. 214-221.

³³ En efecto, nuestro Derecho no cuenta con una regulación general de los contratos del sector público, sino que es más bien casuística y dispersa, lo que se diferencia de la evolución que ha tenido en el Derecho europeo, en particular, luego de la entrada en vigencia de las Directivas de Contratación de la Unión Europea N°s 23 y 24 del año 2014. Del mismo modo, el desarrollo jurisprudencial que ha tenido nuestro país, a falta de tribunales especiales contencioso-administrativos que controlen la ejecución del contrato, no ha permitido unificar criterios relevantes en esta materia, sin perjuicio de lo que se espera que surja de las últimas modificaciones a la Ley N° 19.886 que amplían la competencia del Tribunal de Contratación Pública en esta materia.

³⁴ El sistema francés anterior a la imposición de regulaciones contractuales elaboradas por la Unión Europea, durante gran parte del siglo XX desarrolló una teoría general del contrato administrativo en el que la mutabilidad era un elemento intrínseco del mismo. Ello, a partir de los sucesivos pronunciamientos del Consejo de Estado Francés y de la labor de abstracción elaborada por la doctrina. Aquello se consolidó en sentencia de 2 de febrero de 1983 «*Union des transports publics et régionaux*» que aceptó la procedencia implícita del poder de modificación unilateral. Al respecto, véase: LONG Y OTROS (2017) p. 179. El *pouvoir de modification unilaterale* se fundamenta en la regularidad y continuidad del servicio público, el que siendo variable, puede exigir –en virtud del interés público– la adaptación de las obligaciones contractuales asumidas por el prestador del servicio. Se trata entonces de un poder irrenunciable e inherente al contrato mismo, cuya extensión sólo impacta las cláusulas que afectan al funcionamiento del servicio público. GAUDEMET (2001) p. 703. Cabe hacer presente que esta doctrina se mantuvo vigente gran parte del siglo XX, no exenta de críticas por parte de la doctrina, debido a la regulación de contratos cada vez más especiales. AMILHAT (2019) p. 3, y AMILHAT (2014) p. 29. Sin embargo, el escenario actual es diverso en virtud de las imposiciones normativas que, al efecto, ha incorporado la Unión Europea a través de las Directivas de Contratación N°s 23, 24 y 25 del año 2014, cuya trasposición a las normativas internas del sistema francés han dado lugar a la dictación del *Code de la commande publique* (vigente desde abril de 2019), lo que ha impactado la noción clásica del contrato administrativo, limitando –de paso– la mutabilidad del contrato, y colocando en tela de juicio la validez, el sentido y la utilidad de una teoría general del contrato administrativo. En este sentido, ver: VAYSSE (2022), pp. 13-14. AMILHAT (2019), pp. 111-113. El *Code de la commande publique* mantiene el poder de modificación unilateral del contrato ante situaciones imprevistas, sujeto al mantenimiento del equilibrio económico del contrato y a límites presupuestarios. Ello se desprende tanto de los artículos L6 y L2194-2, como del artículo L3135-2 del *Code de la commande publique*. Sujeto al límite de no alterar la “naturaleza global del contrato inicial”, artículo 72 de la Directiva 24/2014 de la Unión Europea.

³⁵ Más propio de la evolución que ha tenido en el sistema español, cuyo desarrollo normativo data de mediados del siglo XX. Ver: ARIÑO (1968) p. 227; GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017)

de una teoría general del contrato administrativo que reconozca a la mutabilidad como un elemento consustancial del contrato, tesis que ha sido rechazada por la doctrina, pues –como señala Moraga– a lo sumo “estamos en condiciones de formular algunas teorías parciales sobre ellos”³⁶. En su lugar, se ha instalado una visión normativista que –en ausencia de una habilitación normativa expresa y previa que autorice el ejercicio de la *potestas variandi*– rechaza la procedencia implícita de la citada potestad a la Administración, pues se trata de un poder excepcional, de supuestos legales tasados y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo³⁷. Ahora bien, respecto de la procedencia de este poder respecto del contrato administrativo en particular, la doctrina sostiene que la omisión de aquella en el clausulado del contrato no es obstáculo para aceptar su procedencia respecto de aquél, pues al ser una exigencia que atañe al legislador, opera de pleno derecho³⁸.

Ahora bien, en un escenario de dispersión normativa, como el que caracteriza a la contratación administrativa en Chile (en el que coexiste una multiplicidad de preceptos –tanto legales como reglamentarios– que, con distintos niveles de intensidad y precisión, regulan la actuación administrativa contractual)³⁹, la exigencia de un precepto legal que habilite expresamente el ejercicio de la *potestas variandi*, presenta ciertas particularidades que es preciso atender a la hora de establecer la procedencia de esta figura en el Derecho chileno.

En primer término, no todo título habilitante de potestad emana de la regulación específica de cada contrato en particular, pues puede provenir de una legislación supletoria que sea aplicable con carácter general, como acontece en materia de construcción de obra pública y la aplicación supletoria de la Ley N° 19.886,

pp. 489-490; RODRÍGUEZ-ARANA (2008) p. 198. Cabe hacer presente que, al igual que en el desarrollo del sistema francés, el Derecho español ha debido adecuar su normativa interna a las nuevas regulaciones del Derecho de la Unión Europea (Directivas 23, 24 y 25 de 2014), dicha trasposición dio lugar a la actual Ley de Contratos del Sector Público N° 9/2017, a partir de la cual se distingue entre modificaciones previstas e imprevistas, siendo estas últimas sometidas a una serie de exigencias establecidas en el artículo 205 del citado cuerpo normativo, transformando la tradicional libertad de despliegue de la *potestas variandi* en un régimen extremadamente riguroso y excepcional. GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2017) p. 789.

³⁶ MORAGA (2010) p. 305. En esta línea, Pantoja señala que no es posible sostener la tesis francesa del contrato en Chile, dado que se trata de un poder que sólo proviene de la ley o el contrato. PANTOJA (2008) pp. 46-47.

³⁷ Al respecto véase: NAVARRETE (2016) pp. 42-44; PANTOJA (2008) pp. 46-47; y ARÓSTICA (2002) pp. 191-201.

³⁸ Véase: MORAGA (2010) pp. 480-481, y OELCKERS (1988) p. 73.

³⁹ Ello se debe, en parte, a la ausencia de una regulación general de los contratos del sector público; y, por otro lado, a que cada contrato cuenta con una regulación especial que puede ser más intensa o no. Así, a modo de ejemplo, la regulación de la Concesión de Obra Pública es más profunda y detallada que la Contratación de ejecutores externos en el marco del Reglamento del Decreto N° 2695. Véase: CHILE, Decreto Supremo 900, Artículo 19; CHILE, Decreto Supremo 956, Artículos 68 y siguientes; y, por otro lado, CHILE, Decreto Supremo N° 541, Artículos 13 y ss.

respecto de aquellos órganos de la Administración que no cuentan con una regulación especial en esta materia⁴⁰. Sobre este aspecto, estamos ante una supletoriedad de primer grado⁴¹, dada la inexistencia de un cuerpo normativo general que regule la construcción de obra pública, y que opere como título de potestad⁴². Sin embargo, con la reciente publicación de la Ley N° 21.634 (que modifica a la Ley N° 19.886), la supletoriedad antes señalada se limitará al proceso de contratación y a las normas sobre probidad⁴³, dejando sin aplicación las potestades relativas a la ejecución del contrato establecidas por la Ley N° 19.886, lo que generará un vacío legal que ha de impactar las bases tipo aprobadas por Contraloría que se usan para estos efectos. En otros términos, el ejercicio de la *potestas variandi* al contrato de obra que no cuenta con una regulación especial, ya no podría tener por fundamento dicha supletoriedad.

En segundo término, no todo precepto legal que autoriza el ejercicio de la *potestas variandi* determina las condiciones de aplicación de la misma. A modo ejemplar, el artículo 13 letra e) de la Ley N° 19.886⁴⁴ reconoce a la Administración el poder para modificar unilateralmente el contrato, a partir de las causales que ella misma establezca en las bases de licitación o el contrato. Este caso configura una potestad discrecional en la que, si bien la ley señala que la consecuencia jurídica será la modificación del contrato, tampoco establece en qué debe consistir dicha modificación, de tal manera que queda abierta a la discrecionalidad administrativa no sólo la configuración del supuesto de hecho, sino también la consecuencia jurídica en cada caso concreto.

En tercer término, no todo precepto normativo que autoriza expresamente el ejercicio de la *potestas variandi* es de fuente legal, como acontece en materia de construcción de obra al amparo del Ministerio de Obras Públicas (MOP)⁴⁵. En

⁴⁰ CHILE, Ley N° 19.886, Art. 3 letra e) párrafo tercero. Algunas entidades públicas (como las Municipalidades, Servicios de Salud, entre otros), a falta de regulación específica en materia de construcción de obra pública, utilizan “bases tipo de licitación” previamente aprobadas por el ente contralor, cuyo único sustento normativo parece ser la legislación supletoria de la Ley N° 19.886, así como el empleo de figuras análogas a las reguladas en el Reglamento del Contrato de Obra Pública. Tales bases recogen una serie de potestades exorbitantes, cuyo título habilitante es la ley supletoria.

⁴¹ Véase: CORDERO (2015) p. 355.

⁴² Así, la Contraloría General de la República ha resuelto que si el límite de aumento del valor del contrato establecido en las bases de licitación es inferior al establecido en reglamento de la Ley N° 19.886, es posible aumentarlo de acuerdo al tope máximo fijado en dicho reglamento, véase: Dictamen N° E198169/2022.

⁴³ La modificación de la Ley N° 19.886, inserta un nuevo artículo 3 bis que entrará en vigencia transcurrido un año desde su dictación, mientras que las normas sobre probidad ya entraron en vigencia. Véase: CHILE, Ley N° 21.634, Artículo Primero N° 4 penúltimo inciso, N° 48 y Artículo Primero Transitorio.

⁴⁴ CHILE, Ley N° 19.886, Art. 13 letra e). Situación que, como vimos, se mantiene en el nuevo texto del artículo 13, actual letra a), véase: CHILE, Ley N° 21.634, Artículo primero numeral 18.

⁴⁵ En el reglamento del contrato de obra pública, contenido en el Decreto Supremo 75 del MOP, se encuentran una serie de supuestos de ejercicio de la *potestas variandi*, tales como: a) podrá ordenar la disminución o el aumento de obras proyectadas, aumentando o reduciendo –al mismo tiempo y se-

efecto, las normas infralegales que autorizan el ejercicio de la *potestas variandi* emanan de decretos dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria, que se arrastran desde inicios del siglo XX⁴⁶. A su vez, las leyes que se ejecutan a través de los citados reglamentos, si bien no consagran inequívocamente el ejercicio de la *potestas variandi*, permiten entender su procedencia a partir de diversas disposiciones que –en su conjunto– hacen un reconocimiento general a la mutabilidad de este tipo de contratos⁴⁷, y cuyo desarrollo ha quedado entregado implícitamente al reglamento⁴⁸. Otro caso, más complejo que el anterior, surge en relación con los contratos para la ejecución de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanismo (SERVIU), dado que no es la ley que los crea⁴⁹, sino que el reglamento dictado al efecto⁵⁰, aquel que configura normativamente el ejercicio de la *potestas variandi* en el contrato de ejecución de obras⁵¹; no siendo posible extraer la idea de mutabilidad de dicha

gún corresponda– el plazo de ejecución de la obra; b) podrá ordenar la ejecución inmediata de obras sin esperar la total tramitación del acto administrativo respectivo, pudiendo ordenar el pago de hasta un 80% de tales obras con cargo al contrato; c) en casos de urgencia, podrá ordenar modificación de obras, obras extraordinarias o el empleo de materiales no considerados, aún a falta de acuerdo con el contratista, caso en el cual se debe pagar a este último los gastos directos comprobados, más 30% de esos valores para compensar gastos generales y utilidad; d) podrá ordenar la modificación del programa de trabajo, indemnizando al contratista. Al respecto, véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Arts. 102, 103, 105 inciso 3° y Art. 146.

⁴⁶ El primer reglamento del contrato de obra pública data de 1935. CHILE, Decreto Supremo 1867. Para Caldera, a diferencia del sistema francés, el origen de estos contratos es normativo y no jurisprudencial. En Chile, ello fue obra de la Administración por vía reglamentaria en materia de obra pública. CALDERA (1979) p. 228.

⁴⁷ El poder para contratar la ejecución de obras, así como la idea de mutabilidad del contrato de obra, se extraen de una serie de disposiciones que aluden a la modificación de dicho contrato, véase: CHILE, Decreto con Fuerza de Ley 850, Art. 10 letra g), Art. 14 letra d), Art. 22 letra h), Art. 61 N° 10, Art. 85 y Art. 89.

⁴⁸ La potestad normativa del MOP en esta materia se extrae del Decreto con Fuerza de Ley 850, al respecto, véase: CHILE, Decreto con Fuerza de Ley 850, Art. 5 letras c) y h) inciso 2°.

⁴⁹ CHILE, Decreto Ley 1305, Art. 26.

⁵⁰ El Reglamento que aprueba las Bases Generales de Contratación para los Servicios de Vivienda y Urbanismo. CHILE, Decreto Supremo 236. El fundamento legal de aquél, de acuerdo con el estudio de los reglamentos que le precedieron en tal sentido, arranca de la ley que crea el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, así como el Decreto Ley 602. Véase: CHILE, Ley N° 16.391, Art. 2 N° 3, CHILE, Decreto Ley 602, Art. Único, y CHILE, Decreto Supremo 331.

⁵¹ Como casos de *potestas variandi* regulados en el Decreto Supremo 236, podemos mencionar los siguientes: a) ordenar la paralización de las obras cuando no hayan fondos disponibles para llevarlas adelante o cuando las necesidades del SERVIU lo aconsejen; b) aumentar el plazo del contrato frente a modificaciones de obra y otros supuestos, indemnizando los mayores gastos generales; c) ordenar la supresión o disminución de obras por resolución fundada, indemnizando al contratista; y d) modificar el programa de trabajo, indemnizando al contratista si las modificaciones no se deben a un incumplimiento por parte de este. Al respecto, véase: CHILE, Decreto Supremo 236, Art. 42 inciso final, y Arts. 89, 90, 91, 103 y 147.

fuente legal, sino sólo de la atribución para contratar la ejecución de obras cuyo desarrollo particular ha sido entregado al reglamento⁵².

De las situaciones antes planteadas es posible inferir la voluntad del legislador por confiar, tanto la configuración normativa del contrato como de la *potestas variandi*, a la Administración. Ello, sin embargo, tensiona aquella visión del principio de legalidad que sostiene la vinculación positiva de la Administración a la ley, según la cual, “la Administración sólo puede actuar cuando la ley le ha atribuido una potestad y en la medida que tal atribución legalice su actividad”⁵³. Dicha “cobertura legal” supone que la potestad sólo puede ser creada por ley u otra fuente suprallegal, resultando inadmisibles la atribución de potestades inespecíficas, así como la configuración infralegal de esa tipicidad siquiera de manera complementaria⁵⁴; en otros términos, señala Valdivia, “la propia administración no puede arrogarse potestades mediante autogeneración (por ejemplo, por medio de reglamento)”⁵⁵, postura que se ve reforzada por el artículo 7 de la Constitución Política al indicar: “Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se le hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”⁵⁶. No obstante lo anterior, la realidad da cuenta de que el legislador otorga potestades discrecionales a la Administración que la habilitan para configurar las condiciones de aplicación de las normas jurídico-administrativas⁵⁷ (como ocurre con la regulación del artículo 13 de la Ley N° 19.886), o bien le confiere atribuciones sin explicitar los medios vinculados con ese fin predeterminado (como acontece con la regulación del contrato de obra pública), caso en el cual, la propia doctrina reconoce la existencia de poderes inherentes o implícitos, como aquellos que son necesarios para

⁵² Los SERVIU, como continuadores legales de las Corporaciones de Servicios Habitacionales, de Mejoramiento Urbano, de la Vivienda y de Obras Urbanas, asumieron las funciones y atribuciones entregadas por ley a dichas entidades. Véase: Chile, Decreto Ley 1305, Art. 26. Tales corporaciones, a su vez, eran empresas del Estado creadas por la Ley N° 16.391 y la Ley N° 16.472; esta última se limita a sustituir la Dirección General de Obras Urbanas (regulada en la Ley N° 16.391) por la Corporación de Obras Urbanas. En consecuencia, de todo este entramado normativo, la potestad para celebrar tales contratos y dictar el reglamento, se encuentra en: CHILE, Ley N° 16.391, Art. 17 letra c).

⁵³ OELCKERS (1977) p. 116. Del principio de legalidad como autorización previa, ver: BERMÚDEZ (2014) p. 65.

⁵⁴ Ello, por cuanto la atribución de poder debe gozar de una legitimación democrática que sólo da la ley, además de estar prohibida la autoatribución de potestades. ROJAS (2014) pp. 79-80. En el mismo sentido, ver: BERMÚDEZ (2014) p. 65, y CORDERO (2015) p. 79.

⁵⁵ Aseveración que, según explica el autor, se debe a los fuertes lazos de parentesco que existen entre la noción de potestad y el principio de legalidad. VALDIVIA (2018) pp. 146-147.

⁵⁶ CHILE, *Constitución Política de la República*, Artículo 7 inciso 2°. Para Valdivia, dicho precepto parece rechazar el recurso a las potestades implícitas en el Derecho chileno. VALDIVIA (2018) p. 157.

⁵⁷ Configuración normativa que se puede producir, ya sea completando o integrando el supuesto de hecho imperfecto, o bien –en un caso más extremo– creando el supuesto de hecho inexistente (ellas también son conocidas como normas de programación final o por objetivos). Al respecto, véase: BACIGALUPO (1997) pp. 181 y ss., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (2015) pp. 5-16.

que la autoridad pueda cumplir las funciones encomendadas por la ley⁵⁸, pues de no ser así, la falta de una regulación de detalle impediría a la Administración poder cumplir su función. Así, aquella visión formalista de la actuación administrativa debe morigerarse, desde una perspectiva material y finalista, con el principio de servicialidad del Estado que exige de una Administración activa encaminada a la satisfacción de las necesidades públicas de manera regular y continua⁵⁹.

En este contexto, la *potestas variandi* es un poder que se sitúa en la fase de ejecución de un contrato administrativo en sentido estricto que, a su vez, se caracteriza por comprometer la satisfacción de un interés público, ya sea que aquél se exprese en un régimen especial de contratación definido por el legislador, o bien emane del objeto que persigue, ya sea porque asegura el funcionamiento regular y continuo de un servicio público o porque se vincula con el tráfico peculiar y propio de la Administración contratante⁶⁰. Se trata, entonces, de un poder derivado de aquel que habilita a la Administración para celebrar este especial tipo de contratos, de manera que –en los casos en que esta potestad emana de normas infralegales– la pregunta que surge es: si el ejercicio de la *potestas variandi* requiere –necesariamente– de una habilitación legal especial o si basta la habilitación otorgada por la ley a la Administración para regular el contenido de estos contratos, para entender que el poder de modificación unilateral es inherente a aquellos. Para responder aquello, analizaremos la situación que plantea la regulación del contrato de ejecución de obra respecto del MOP y del SERVIU.

Respecto de la regulación de los contratos de obra que ejecuta el MOP, estando reconocida en la ley la atribución para dictar reglamentos que configuren el contrato de obra pública, así como la idea de mutabilidad del contrato, la ausencia de detalle –de parte de la norma habilitante– no es, ni debiera ser, un obstáculo a la reglamentación infralegal de la *potestas variandi* (en el Reglamento de Contrato de Obra Pública⁶¹), al ser la explicitación de un poder que encuentra su título habilitante en la ley, cuya regulación de detalle ha sido entregada al reglamento. Sin embargo, una situación diversa es la que plantea la regulación legal que atribuye poder al SERVIU para contratar la ejecución de obras, ya que se limita a delegar toda la configuración jurídica del contrato al reglamento, sin hacer mención a la mutabili-

⁵⁸ Al respecto, véase: ROJAS (2014) p. 71; VALDIVIA (2018) p. 147, y, CORDERO (2015) p. 81. Este último autor señala que el poder implícito supone la existencia de una potestad expresa que por sí sola sea imposible de ser ejercida, de manera que la potestad implícita sea el medio que permita el cumplimiento de aquella y sea consecuencia obvia y natural del núcleo esencial de la potestad asignada por la ley al órgano que la ejecuta. CORDERO (2015) p. 82.

⁵⁹ CHILE, *Constitución Política de la República*, Art. 1 inciso 4°. CHILE, Decreto con Fuerza de Ley 1-19.653, Art. 3.

⁶⁰ Caracterización del contrato administrativo en sentido estricto, véase: ASEÑO (2022) pp. 19-24.

⁶¹ CHILE, Decreto Supremo 75. En la misma situación se encuentra el Reglamento de Consultorías, véase: CHILE, Decreto Supremo 48.

dad de aquel⁶². En este caso, la regulación reglamentaria de la *potestas variandi* sólo se puede explicar como la explicitación de un poder inherente y necesario para la adecuada ejecución del contrato de obra; la negación de aquello, equivale a sostener la ilegalidad del reglamento en cuestión.

En los casos antes mencionados no existe un reconocimiento expreso de la *potestas variandi* por parte de legislador, pese a ello se mantiene la vigencia y validez de tales regulaciones reglamentarias en el tiempo. La remisión que hace la ley al reglamento –para la regulación de detalle de estos contratos especiales– confiere un ámbito de libertad normativa en la configuración de aquéllos, que supone el desarrollo de aquellas potestades que permitan a la Administración contratante asegurar el cumplimiento de la función específica encomendada al órgano administrativo en cuestión, para la satisfacción de un interés público. Así, la regulación infralegal de la *potestas variandi* en estos casos, no es más que el desarrollo de un poder inherente, necesario y derivado de la ejecución de este tipo de contratos.

Siguiendo la idea anterior, la realidad demuestra que los contratos de ejecución de obra pública son –esencialmente– contratos complejos e incompletos, susceptibles de verse expuestos al acaecimiento de circunstancias sobrevinientes que alteren las condiciones pactadas, de manera tal que ignorar aquello, negando la mutabilidad del contrato en ausencia de habilitación legal expresa, sólo podría anticipar la imposibilidad de llevarlos a término, afectando a la finalidad de interés público que emana de dicha contratación, y de paso el debido cumplimiento de las funciones que la ley ha encomendado a la Administración contratante. En tal sentido, no sólo es la práctica legislativa arraigada en nuestro ordenamiento jurídico de regular los aspectos de detalle de la ejecución de obra pública por vía reglamentaria⁶³, sino también los principios de eficiencia y eficacia que rigen la actuación administrativa⁶⁴, aspectos que fundamentan la validez de la regulación infralegal de la *potestas variandi*, como poder inherente a la ejecución de este tipo de contratos públicos.

En refuerzo de lo anterior, si bien hasta aquí hemos problematizado el origen de la habilitación normativa que admite el ejercicio de la *potestas variandi*, cabe añadir a nuestro estudio el problema práctico que representa el acaecimiento de hechos sobrevinientes e imprevisibles durante la ejecución el contrato, que no están regulados o respecto de los cuales no se contempla el ejercicio de la *potestas variandi*, pero que ameritan dicha modificación. En tales casos, ha sido la jurisprudencia de la Contraloría General de la República la que –a través de sus dictámenes⁶⁵– ha

⁶² CHILE, Ley N° 16.391, Art. 17 letra c). Dicha norma se refiere a las funciones de la Dirección General de Obras Urbanas, la que fue reemplazada por la Corporación de Obras Urbanas (en virtud del Art. 33 de la Ley N° 16.742), y finalmente sustituida por los SERVIU, que asumieron dicha atribución.

⁶³ Como ha sido la histórica regulación del contrato de obra pública, véase: CALDERA (1979) p. 228.

⁶⁴ CHILE, Decreto con Fuerza de Ley 1/19.653, Art. 3 inciso 3°.

⁶⁵ Los dictámenes de la Contraloría General de la República son obligatorios para los órganos de la Administración sujetos a su control. CHILE, Decreto Supremo N° 2421, Arts. 5, 6, 9 y 19.

establecido la procedencia de la modificación contractual frente a hechos que configuren hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor, al tenor del artículo 45 del Código Civil Chileno⁶⁶. La aplicación supletoria del Código Civil da cuenta de la necesidad de contar con esta herramienta en el marco de la ejecución del contrato, a la vez que tales pronunciamientos permiten dar fuerza a la idea de la procedencia implícita del ejercicio de este poder ante situaciones de hecho no expresamente reguladas en el contrato⁶⁷.

A mayor abundamiento, la pretensión de generalidad y abstracción propia de la ley, unido a la imposibilidad de anticipar y condicionar la infinidad de variables susceptibles de afectar la ejecución de los contratos, evidencian la incapacidad del legislador de programar condicionalmente el contenido material de las decisiones administrativas, dada la complejidad de aquellas⁶⁸; siendo constitucionalmente admisible que elija entregar la configuración normativa de dicha atribución al reglamento⁶⁹, por ser lo más conveniente al interés general⁷⁰. En este sentido, el mandato constitucional de servir al bien común⁷¹ exige de la Administración una actuación flexible capaz de adaptarse a las necesidades de interés público que demanda la realidad social⁷², y así también lo demuestran los pronunciamientos del ente contralor, teniendo presente —como señala Muñoz Machado— que dicha actuación siempre resultará constreñida por su sometimiento general al Derecho, siendo un límite objetivo para el ejercicio de las potestades⁷³. En la línea anterior, del artículo 6 de la Constitución Política, es posible inferir que el principio de vinculación positiva que rige el actuar de la Administración, la obliga a someter su acción a Constitución “y

⁶⁶ Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 42.708/2008, N° 70.937/2011, N° 75.929/2011 y N° 65.120/2013, entre otros. Del mismo modo, la Contraloría acepta modificaciones ante hipótesis de *factum principis* en la medida que configuren un caso fortuito o fuerza mayor, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 41.409/1994, N° 35.996/2005, y N° 6.890/2011. Finalmente, respecto de la teoría de la imprevisión, no se admite la modificación a menos que configure un caso fortuito o de fuerza mayor. Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 36.724/2008 y N° 25.127/2005. En el mismo sentido, véase: VALENZUELA (2018) pp. 28-29.

⁶⁷ Otro tipo de situaciones que dan lugar a las modificaciones, son aquellas que proceden del error de la Administración que se ha producido en la fase de licitación. Al respecto, véase: Dictamen de la Contraloría General de la República N° 14.237/2018.

⁶⁸ DREIER (1993) p. 270.

⁶⁹ CHILE, *Constitución Política*, Art. 32 N° 6.

⁷⁰ MUÑOZ MACHADO (2015) p. 218.

⁷¹ CHILE, *Constitución Política*, Art. 1 inciso 4°.

⁷² Como señala Dreier: “La dinámica de la sociedad industrial moderna, la complejidad y abundancia de las funciones del Estado, el progreso rasante del desarrollo tecnológico, el cambio de las circunstancias sociales y, finalmente, la pluralidad de los criterios ponderativos a tener en cuenta [...] obligan al legislador a tener que contentarse en estos casos, en parte, con cláusulas generales muy vagas, fórmulas de compromiso, así como con normas de programación final y normas abiertas de competencia”. DREIER (1993) p. 271.

⁷³ MUÑOZ MACHADO (2015) pp. 224-225.

las normas dictadas conforme a ella”, lo que incluye al reglamento como producto normativo que dicta a partir del ejercicio de la potestad reglamentaria⁷⁴. En suma, la validez de la actuación administrativa debe ajustarse a las normas y principios constitucionales, legales y reglamentarios vigentes, no pudiendo –en caso alguno– desatender, modificar o desviar la finalidad de dicho marco normativo.

IV. PRESUPUESTOS PARA EL EJERCICIO DE LA *POTESTAS VARIANDI*

Hemos señalado que el ejercicio de la *potestas variandi* tiene por objeto provocar una modificación unilateral del contrato administrativo. Ello supone que la autoridad administrativa, previamente facultada para ello, frente a circunstancias sobrevinientes que impacten la correcta ejecución del contrato debe –en primer término– ponderar una serie de aspectos (que hemos identificado como las dimensiones fáctica, económico-presupuestaria y jurídica del contrato) que le permitan fundar razonadamente la decisión modificatoria. Luego, dicha decisión –en tanto ejercicio de una potestad– se expresará mediante un acto administrativo que, a su vez, debe cumplir ciertos requisitos y debe ser el resultado de determinados procedimientos para su dictación. Ahora bien, dado que la regulación nacional de los contratos administrativos no siempre establece un procedimiento especial que permita identificar los pasos que se deben seguir para llevar a cabo una modificación contractual, ni concentra todos los presupuestos que determinan la validez del acto administrativo que dispone la modificación del contrato (como acontece en materia de suministro de bienes y servicios), es que la falta de habilitaciones expresas en tal sentido, no debe ni puede ser un obstáculo al ejercicio de este poder modificatorio, cuando las circunstancias de hecho que atraviesa la ejecución del contrato así lo requieran. De esta manera, para poder identificar los presupuestos o condiciones que debe observar el ejercicio de la *potestas variandi*, tomaremos como base los elementos del acto administrativo –propuestos por Huepe⁷⁵– a fin de estructurar los presupuestos formales y sustanciales que se deben observar para el ejercicio de aquella⁷⁶, labor de que será complementada con la regulación particular de los supuestos que recogen esta figura y que nos permitirán elaborar un marco general de los presupuestos formales y sustanciales que debe observar el ejercicio de este poder administrativo contractual.

⁷⁴ CHILE, *Constitución Política*, Artículo 32 N° 6.

⁷⁵ Se sigue la propuesta de este autor, por ser la que refleja de mejor forma el consenso jurisprudencial y normativo que existe respecto de los elementos que conforman el acto administrativo. HUEPE (2021) pp. 105-111.

⁷⁶ HUEPE (2021) pp. 105-121.

1. PRESUPUESTOS FORMALES O PROCEDIMENTALES PARA EL EJERCICIO DE LA *POTESTAS VARIANDI*

Son presupuestos de este tipo, aquellas condiciones establecidas por el ordenamiento jurídico para la preparación, tramitación y ejecución del acto administrativo que contiene el ejercicio de este poder modificatorio contractual. Para la determinación de aquello, debemos tener presente, por un lado, que son elementos formales del acto administrativo: la competencia⁷⁷ y la forma, entendiendo por esta a las formalidades que debe observar el acto y el procedimiento administrativo (y que incluyen a la motivación como requisito formal de exteriorización de los motivos del acto)⁷⁸; por otro lado, si bien existen regulaciones que pormenorizan los elementos formales del acto administrativo modificatorio (como en materia de construcción o concesión de obra pública⁷⁹), existen casos en los que no se detallan o dicha regulación es insuficiente⁸⁰, de manera que se debe recurrir a las normas generales de la Ley N° 19.880 que rigen supletoriamente la validez del acto administrativo⁸¹. En términos generales, cualquier acto administrativo modificatorio debiera observar los siguientes presupuestos formales:

- a) La presencia de un contrato administrativo vigente y en etapa de ejecución, respecto del cual recae el acto administrativo modificatorio. En cuanto a la oportunidad de la modificación, por regla general opera con posterioridad al perfeccionamiento del contrato y antes de su extinción, sin perjuicio de la existencia de reglas particulares como las siguientes: i) en materia de concesión de obra pública se establece que el ejercicio de la *potestas variandi* no podrá hacerse efectivo en una fecha posterior a las tres cuartas partes del plazo total de la concesión⁸²; ii) la regulación del contrato de obra que ejecutan las Fuerzas Armadas permite prorrogar el plazo una vez vencido el plazo de ejecución, en casos justificados a juicio del servicio⁸³.

⁷⁷ Entendida por el autor como el conjunto de funciones y atribuciones que la Constitución y la ley otorgan al órgano administrativo para que, dentro de su ámbito espacial y en su grado respectivo, cumpla la finalidad establecida por el legislador. HUEPE (2021) pp. 111-112.

⁷⁸ A partir de la exigencia del acto establecida en el Art. 11 inciso 2° y 41 inciso 4° de la Ley 19.880. HUEPE (2021) pp. 112 y 113.

⁷⁹ En materia de ejecución de obra pública (sea de aquellas que ejecuta el MOP, el SERVIU o las Fuerzas Armadas), las modificaciones deben respetar formalidades que están establecidas a nivel reglamentario, indicando los montos y las autoridades que están llamadas a su suscripción, las formalidades que deben observar, entre otros. Véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 90. CHILE, Decreto Supremo 1093, Arts. 1 y 2. Chile. Decreto Supremo 355, Art. 46. CHILE, Decreto Supremo 803, Arts. 39 y 40.

⁸⁰ Como acontece con las normas que regulan el contrato de suministro de bienes y servicios.

⁸¹ A modo de ejemplo de dicha supletoriedad al contrato, véase: Dictámenes de la Contraloría General de la República N° 2.785/2014, N° 31.782/2018.

⁸² CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19 inciso 4.

⁸³ CHILE, Decreto Supremo 803, Art. 105.

b) La autoridad administrativa es competente para ordenar la modificación unilateral del contrato, siempre que una norma habilitante le confiere dicho poder como parte de sus funciones y atribuciones, sea en una norma de rango legal o reglamentario; sin perjuicio de su procedencia ante situaciones de hecho excepcionales que configuren un caso fortuito o fuerza mayor al tenor de los pronunciamientos de la Contraloría General de la República. Respecto de la competencia, por regla general, quien decide e instruye la modificación del contrato es la misma autoridad facultada para suscribirlo⁸⁴, sin perjuicio de que se le exija el visto bueno de otra autoridad⁸⁵; excepcionalmente, en casos de urgencia y por razones de interés público, se autoriza a una autoridad distinta –como el Inspector Fiscal de Obra, el Inspector Técnico de la Obra o el Director General de Concesiones de Obras Públicas–, a ordenar la modificación previo visto bueno de la autoridad respectiva⁸⁶.

c) Validación presupuestaria: previo a la adopción de la decisión modificatoria, se debe contar con autorización presupuestaria y se deben respetar los límites máximos de aumento permitidos por el contrato. La regulación particular de los contratos administrativos suele establecer límites presupuestarios, ya sea respecto del ejercicio particular de algún supuesto de *potestas variandi*⁸⁷, o bien respecto de las modificaciones contractuales en general⁸⁸, que se calculan a partir del monto originalmente pactado en el contrato.

⁸⁴ A modo ejemplar, véase: Chile, Decreto Supremo 236, Art. 4 N° 3.

⁸⁵ Como acontece con la contratación de servicios de consultoría para obras públicas, véase: Chile, Decreto Supremo 48, Art. 59. En relación con el ejercicio de la *potestas variandi* en el contrato de concesión de obra pública se requiere la autorización del Ministro de obras públicas en conjunto con el ministro de hacienda, véase: CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19 inciso final.

⁸⁶ En situaciones de urgencia el Inspector Fiscal de Obra puede ordenar una modificación, previo visto bueno de la autoridad que corresponda, de acuerdo al reglamento de montos de los contratos de obra pública. Véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 103. Chile, Decreto Supremo 1093, Art. 2 N° 2.5.1. Asimismo, en situaciones de urgencia el Director General de Concesiones de Obra Pública, con el visto bueno del Ministro de Obras Públicas y el Ministro de Hacienda, podrá exigir la modificación de las obras y servicios desde el momento que lo estime conveniente, aunque esté pendiente la determinación sobre la indemnización. Véase: CHILE, Decreto Supremo 956, Art. 69 numeral 4. Dicho visto bueno se otorga con posterioridad al acto administrativo que dispone la modificación del contrato, véase: Contraloría General de la República, Dictamen N° E393412/2023. Finalmente, en relación con la ejecución de obras del SERVIU, el Inspector Técnico de Obras está facultado para ordenar modificaciones hasta en un 1% de la obra, que obedezcan a exigencias de buena construcción que sean indispensables y cuya ejecución evite detener la marcha de la obra, dando cuenta de ello a la autoridad que corresponda. CHILE, Decreto Supremo 236, Art. 66 inciso 2°.

⁸⁷ En el contrato de concesión de obra pública el límite es de un 15%, versus el límite máximo que es de un 25% del monto originalmente pactado. CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19.

⁸⁸ A modo de ejemplo, en materia de ejecución de obra se establece como tope un aumento máximo de un 35% del monto originalmente pactado. Véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 106. Los contratos de consultoría de obras públicas, establecen un límite máximo de aumento de un 50%. Véase: CHILE, Decreto Supremo 48, Art. 59. En materia de contrato de suministro de bienes y servicios, el tope máximo de aumento del monto pactado es de un 30%. Véase: CHILE, Ley N° 21.634,

d) Recomendación técnica y económica: la decisión modificatoria de la autoridad debe fundarse en un análisis de carácter técnico y económico que justifique la necesidad de la medida⁸⁹. El fundamento de aquello emana del proceso de formación del contrato, toda vez que la determinación del contenido contractual es el resultado de un proceso de selección (de la oferta más conveniente) en el que se pondera –precisamente– el cumplimiento de criterios técnicos y económicos, de manera que su modificación debe asegurar el cumplimiento de tales criterios⁹⁰. Del mismo modo, existen casos en los que la ley exige la presencia de recomendaciones favorables especiales, a modo de ejemplo, tratándose de una iniciativa de inversión pública (cuyo monto supere el umbral de modificación permitido y requiera una reevaluación del proyecto) se debe contar con la recomendación satisfactoria del Ministerio de Desarrollo Social⁹¹; en materia de concesión de obra pública, si la modificación supera el 10% del monto del contrato se debe contar con un informe de conveniencia del Concejo de Concesiones⁹²; o si se trata de la modificación de un contrato de participación regulado por la Ley N° 19.865, puede intervenir la comisión conciliadora o el Tribunal Arbitral de forma previa a la adopción de la modificación respectiva, incidiendo en el contenido de aquella⁹³.

e) Formalización del acto administrativo modificatorio: en este punto existen reglas especiales establecidas en la regulación particular del contrato, en silencio de aquellas rige la Ley N° 19.880. En términos generales, el acto administrativo que ordena la modificación debe ser notificado al particular contratante para que se proceda a la suscripción de un convenio modificatorio que, posteriormente, debe ser aprobado mediante un acto administrativo que surtirá efectos desde su notificación. La suscripción del acuerdo modificatorio apunta a que –independientemente de que la autoridad pueda ordenar una modificación del contrato– se deben determinar y acordar con el particular las

Art. 1°, numeral 18, inciso final. En materia de concesión de obra pública, el monto máximo de aumento que puede experimentar el contrato es de un 25%. Véase: CHILE, Decreto Supremo 900, Arts. 20 bis y 28 ter.

⁸⁹ En virtud del principio de distribución de funciones al interior de los órganos de la Administración del Estado, existen funcionarios encargados de la ejecución y fiscalización de los contratos que deben velar por el fiel y oportuno cumplimiento de los aspectos técnicos, económicos y administrativos del contrato. Así, a modo de ejemplo, en materia de obra, será el inspector fiscal o inspector técnico de la obra, véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 4 numerales 9 y 10. Chile, Decreto con Fuerza de Ley 458, Art. 143.

⁹⁰ Ello se extrae, entre otros, de los siguientes preceptos normativos: CHILE, Ley N° 19.886, Arts. 6 y 10. CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 84.

⁹¹ CHILE, Ley N° 20.530, Art. 3 letra g). Del mismo modo, véanse: las normas, instrucciones y procedimientos (NIP) para el proceso de Inversión Pública del Ministerio de Desarrollo Social, disponibles en: <https://sni.gob.cl/normas-instrucciones-y-procedimientos-inversion-publica>. Fecha de consulta: 12/12/2023.

⁹² En materia de concesiones, véase: CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19 inciso 8°.

⁹³ CHILE, Decreto Supremo 132, Arts. 72 y 73.

sumas de dinero que deben ser compensadas por el ejercicio de la *potestas variandi*. Cuando no se produce acuerdo, existen reglas especiales que permiten ordenar las modificaciones que sean urgentes sin esperar la tramitación antes mencionada (caso en el cual la ley determina cómo se realiza el cálculo de la indemnización), y en caso de negativa del particular a dar cumplimiento a la instrucción o a suscribir el convenio modificatorio, puede dar lugar al término anticipado del contrato⁹⁴. Por otro lado, en materia de concesión de obra pública, el ejercicio de la *potestas variandi* se materializa en un Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas que debe llevar la firma del Ministro de Hacienda y rige desde su publicación en el Diario Oficial, sin perjuicio de que su contenido sea posteriormente transcrito, protocolizado y suscrito por el particular co-contratante ante Notario en señal de aceptación de su contenido⁹⁵; en casos de urgencia y por razones de interés público, dicha modificación puede ser ordenada por una resolución administrativa del Director General de Concesiones de Obra Pública, con el visto bueno de ambos ministros⁹⁶.

f) Motivación del acto administrativo, este requisito –en el plano formal– alude a la explicitación de los motivos o antecedentes que se han tenido a la vista para la dictación del acto modificatorio del contrato⁹⁷.

g) La toma de razón del acto modificatorio, por parte de la Contraloría General de la República, es un requisito que se debe cumplir en los casos en que (de acuerdo al monto y la materia involucrada) ello corresponda⁹⁸, y que se extiende –inclusive– a las modificaciones de aquellos contratos exentos de este trámite, por haber seguido bases tipo, previamente aprobadas por el ente contralor⁹⁹.

h) Se debe dar cumplimiento al deber de publicidad y transparencia del acto administrativo modificatorio en el Sistema de Información a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública¹⁰⁰.

2. PRESUPUESTOS SUSTANCIALES DEL EJERCICIO DE LA *POTESTAS VARIANDI*

Los presupuestos sustanciales aluden a aquellas condiciones de fondo que deben ser observadas por la Administración para el ejercicio de la *potestas varian-*

⁹⁴ CHILE, Decreto Supremo 75, Art. 151 letra f) ante el incumplimiento de las ordenes de aumento, disminución u obras extraordinarias de conformidad a lo establecido en los Arts. 104, 104 y 105.

⁹⁵ CHILE, Decreto Supremo 900, Art. 19 inciso final.

⁹⁶ CHILE, Decreto Supremo 956, Art. 69 numeral 4.

⁹⁷ CHILE, Ley N° 19.880, Arts. 11 y 41.

⁹⁸ De conformidad a lo establecido en: CHILE, Resolución N° 7 de la Contraloría General de la República.

⁹⁹ Dictamen N° E427743/2023 de la Contraloría General de la República.

¹⁰⁰ Véase: CHILE, Ley N° 19.886, Arts. 19, 20 y 21. Por su parte, el Reglamento respectivo, dispone que el acto administrativo que disponga el término o la modificación del contrato debe ser publicado en el Sistema de Información, dentro de las 24 horas siguientes a su dictación. CHILE, Decreto Supremo 250, Art. 79.

di. Para la determinación de tales presupuestos, debemos tener presente, como elementos sustanciales de todo acto administrativo, los siguientes: el motivo o la fundamentación (alude a las razones suficientes y eficaces que justifican el acto administrativo), el objeto (o contenido de la decisión) y el fin del acto administrativo¹⁰¹. Tales elementos, a su vez, serán analizados en función de los aspectos que caracterizan el ejercicio de la *potestas variandi*, y que hemos revisado en el título II del presente trabajo. De esta manera, los presupuestos sustanciales que debe observar el ejercicio de la *potestas variandi*, son los siguientes:

- a) El motivo o la fundamentación del acto administrativo que dispone el ejercicio de la *potestas variandi* (como elemento de fondo) requiere: por un lado, la explicitación de las actuaciones y trámites que se han efectuado y el modo en que ellos son requeridos para dar validez a la decisión modificatoria (alude a los presupuestos formales indicados en el punto precedente); y, por otro lado, alude a la explicitación razonada y coherente de los presupuestos facticos, técnicos, económicos, presupuestarios y jurídicos que concurren y fundamentan la decisión adoptada¹⁰² (aspectos cuyas dimensiones hemos analizado en el capítulo II del presente trabajo). Ello, por cuanto la motivación exige dar cuenta no sólo de los fundamentos de hecho y de derecho, sino también de la finalidad perseguida¹⁰³; siendo un elemento sustancial para la validez y transparencia de la actuación administrativa, pues a partir de aquél se ejerce el control jurídico de la actuación administrativa¹⁰⁴.
- b) El objeto o contenido del acto administrativo que ejerce la *potestas variandi* consiste, por un lado, en la modificación del objeto sobre el cual recae el contrato¹⁰⁵, esto es, la prestación asumida por el particular co-contratante¹⁰⁶. Dicha modificación puede consistir, a su vez, en: la alteración parcial del objeto de la prestación (los bienes, servicios u obras contratadas); en el aumento o disminución de aquella; en la contratación de bienes, servicios u obras extraordinarias, accesorias o complementarias; o bien, en la variación del plazo, modo o condición exigida para el cumplimiento de la prestación acordada.

¹⁰¹ HUEPE (2021) pp. 114-121.

¹⁰² CHILE, Ley N° 19.880, Arts. 11 inciso 2° y 41 inciso 4°; Chile, Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.653, Art. 13.

¹⁰³ Así lo ha señalado la Corte Suprema, al indicar “que la ausencia de una fundamentación adecuada no permite conocer las razones de interés público en base a las cuales se adopta la decisión (puede hacer presumir que el fin querido por la autoridad no es precisamente el interés general o particular)”. Corte Suprema, 18/03/2020, c. 12 y 14.

¹⁰⁴ CORDERO (2015) pp. 90-91.

¹⁰⁵ MARIENHOFF (1994) p. 397.

¹⁰⁶ En Chile, el Art. 1438 del Código Civil confunde el objeto del contrato, que debiera ser la obligación asumida por las partes, con el objeto de la obligación que es la prestación. La prestación, a su vez, son las cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. Por ello, nos referimos a la prestación directamente, como objeto de la modificación. LÓPEZ (2010) p. 5.

Por otro lado, el acto modificatorio debe resolver el desequilibrio económico que se produce con ocasión de la modificación impuesta al particular, indicando cómo se paga y a qué ítem presupuestario se imputa el mayor valor que representa la modificación que se ordena¹⁰⁷.

Respecto del primer contenido del acto modificatorio, la determinación de qué aspectos del contrato se puede modificar y hasta qué punto se admite aquello, depende de los siguientes factores: a) el contenido de la norma que habilita el ejercicio de la *potestas variandi*, en tanto determina el supuesto de hecho que condiciona su aplicación, así como los límites materiales y presupuestarios de aquella; b) el contenido de la prestación contratada (objeto de la obligación), en tanto admita una alteración que no implique una sustitución o la desnaturalización de aquella¹⁰⁸. Ello implica distinguir –dentro del contenido obligacional del contrato– la presencia de un campo normativo que es susceptible de adecuación y otro que es inmodificable, lo que permitirá, a su vez, diferenciar una modificación de una novación extintiva del contrato¹⁰⁹ (pues en el segundo caso se extingue la obligación primitiva para dar paso a una nueva, lo que –en materia de contratación pública– debiera ser objeto de un nuevo proceso de contratación); y, c) la presencia de circunstancias de hecho que motivan la necesidad de adecuar el contrato y determinan el contenido de la modificación que debe aplicar¹¹⁰. Tales circunstancias deben afectar de modo directo el interés público existente en la continuidad del vínculo, y deben ser coherentes con el contenido de la modificación que se pretende ejecutar.

Respecto del segundo contenido del acto modificatorio, la imposición de una modificación a las obligaciones asumidas por el co-contratante tiene –como contrapartida– el resguardo del equilibrio económico y financiero del contrato, en virtud de la conmutatividad propia de este tipo de contratos¹¹¹. Dicha conmutatividad prestacional se extrae del proceso de formación del contrato, en el momento en que la Administración acepta la oferta económica del proponente y le adjudica el contrato, pues en él se determina la equivalencia de las prestaciones asumidas por el co-contratante y su precio, pudiendo incorporar cláusulas de reajustabilidad o de revisión de precios que permitan res-

¹⁰⁷ Aspecto que se relaciona con la dimensión presupuestaria y económica que hemos analizado en el título II del presente trabajo.

¹⁰⁸ Véase: OELCKERS (1988) p. 82. A modo de ejemplo, algunas disposiciones normativas que reconocen esta idea, véase: CHILE, Decreto N° 48, artículo 79; CHILE, Ley N° 21.634, Artículo primero numeral 18.

¹⁰⁹ CHILE, *Código Civil*, Artículo 1567 N° 2. Un análisis de aquello, en: ABELIUK (2014) Tomo II, pp. 1215-1303.

¹¹⁰ Aspecto que se relaciona con la dimensión fáctica que hemos desarrollado en el capítulo II del presente trabajo.

¹¹¹ MORAGA (2019) p. 455.

guardar dicha equivalencia durante la ejecución del contrato¹¹². En esta línea, la regulación normativa del ejercicio de la *potestas variandi*, habitualmente, incorpora mecanismos de compensación al particular¹¹³, sin embargo, existen casos regulados en los que se omite tal mención, como acontece en la regulación del contrato de suministro y prestación de servicios, ya que tanto el artículo 13 de la Ley N° 19.886 como su reglamento, aún vigentes¹¹⁴, limitan los mecanismos de compensación sólo al caso en el que se proceda al término anticipado de contrato¹¹⁵. Al respecto, la jurisprudencia reconoce el derecho del particular a exigir la compensación, en el entendido de que es la Administración, y no el particular, quien debe soportar el mayor valor que dicha modificación representa para el interés público, señalando que

aparece como un imperativo elemental de justicia que el ejercicio de esta prerrogativa encuentre límites dentro de los cuales está que no se ponga al contratante particular en la obligación de soportar cargas públicas que no le corresponden so pretexto de la necesidad de la autoridad por velar por el bien común¹¹⁶.

c) La finalidad del acto administrativo modificatorio alude al objetivo perseguido con la dictación de aquel. Ello se relaciona, por un lado, con la satisfacción de una concreta necesidad pública que emana, en este caso, de la suscripción del contrato administrativo y que tributa al bien común¹¹⁷; y, por otro lado, al objetivo que persigue la atribución de dicha potestad respecto de las funciones encomendadas al órgano administrativo contratante¹¹⁸. Ahora bien, la finalidad de interés público que fundamenta el ejercicio de la *potestas variandi* procede de las razones que justificaron la celebración del contrato, siempre que no hayan desaparecido¹¹⁹. Ello es coherente con la regulación del sistema español, que frente al peligro de que la modificación distorsione el sistema de licitación, entiende que el interés público prevalente de la modificación se encuentra en la licitación inicial (licitocentrismo)¹²⁰. En este punto,

¹¹² Véase: Dictamen de la Contraloría General de la República N° 94.386/2014.

¹¹³ Sea que se negocien o no, a modo de ejemplo, véase: CHILE, Decreto Supremo 75, Arts. 103 a 106.

¹¹⁴ Dicha regulación se mantiene vigente por el transcurso del año de vacancia que introduce la Ley N° 21.634, ya que la nueva regulación del Art. 13 consagra expresamente el resguardo del equilibrio económico y financiero del contrato como un límite al ejercicio de la *potestas variandi*. CHILE, Ley N° 21.634, Art. Primero Transitorio.

¹¹⁵ CHILE, Decreto Supremo 250, Art. 78.

¹¹⁶ Corte Suprema, 09/05/2022, c. 5.

¹¹⁷ SOTO KLOSS (1978) p. 577.

¹¹⁸ HUEPE (2021) p. 120. Las potestades se otorgan para el cumplimiento de las funciones encomendadas al órgano administrativo. Véase: CORDERO (2015) pp. 78-81.

¹¹⁹ HORGUÉ (1997) pp. 38 y 60.

¹²⁰ Sobre la noción de lícitocentrismo y su relación con el interés público, ver: CODINA (2019) pp. 125, 149 y 152. En el mismo sentido: MEILÁN GIL (2018) p. 683.

el acto administrativo debe esbozar cómo las circunstancias de hecho que atraviesa la ejecución del contrato impactan la continuidad del mismo exigiendo la adecuación del contrato, dicho análisis se relaciona con la dimensión fáctica a la que hemos aludido con anterioridad.

V. CONCLUSIONES

La presencia de la *potestas variandi* en el ámbito de la contratación pública se fundamenta en la necesidad de adaptar los términos del contrato a la presencia de circunstancias sobrevinientes que impidan que este pueda cumplir con la finalidad de interés público que motiva su celebración, para lo cual el ordenamiento jurídico habilita a la Administración a introducir modificaciones unilaterales al pacto original que resultan obligatorias al co-contratante particular, debiendo resguardar –a cambio– el equilibrio económico del contrato. Dicho ejercicio, en la práctica, enfrenta a la Administración a la valoración de una serie de aspectos –que hemos definido como las dimensiones fáctica, económico-presupuestaria y jurídica– que preceden, influyen y determinan la decisión administrativa.

La *potestas variandi* es una figura que, si bien ha sido reconocida y desarrollada por la doctrina, a partir de diversos supuestos normativos que la recogen, no cuenta con una regulación general que determine su procedencia respecto del contrato administrativo y que sistematice sus condiciones de ejercicio; en lugar de ello, existe una multiplicidad de preceptos que –con distintos niveles de intensidad y extensión– admiten su procedencia en la regulación particular de los contratos administrativos, mientras que su configuración ha sido desarrollada en normas de rango legal, reglamentario e incluso en las bases de licitación. En este contexto, frente a la falta de sistematicidad existente en la materia, hemos definido dos objetivos: por un lado, analizar su procedencia respecto del contrato administrativo; y, por otro lado, proponer los presupuestos formales y sustanciales que debe observar su ejercicio.

Respecto del primer objetivo, dado que se trata del ejercicio de una potestad, su origen no emana del contrato sino de la ley. Así, se ha sostenido que el reconocimiento y la configuración normativa de la *potestas variandi* deben emanar de una norma legal expresa que confiera su ejercicio a la Administración, estando prohibida la autoatribución de potestades. Dicha premisa colisiona con aquellos supuestos regulados de *potestas variandi*, cuyo reconocimiento y configuración jurídica emana de normas reglamentarias generadas previa habilitación conferida por la ley a la Administración para la determinación del contenido del contrato; la validez de aquello sólo se puede explicar a partir de la procedencia implícita de esta potestad (como un poder inherente y peculiar derivado del contrato administrativo en sentido estricto). En este sentido, negar la procedencia de la *potestas variandi* a este tipo de contratos en ausencia de una habilitación legal expresa, impediría a la Administración poder llevarlos a término, afectando el interés público inmerso en la contratación, así como los principios de eficiencia y eficacia que rigen el cumplimiento de las funciones administrativas. En refuerzo de aquello, la jurisprudencia de la Con-

traloría General de la República admite el ejercicio de este poder modificatorio ante circunstancias extraordinarias que configuren un caso fortuito o de fuerza mayor, pese a no encontrarse previa y expresamente regulada dicha potestad en el contrato. En esta línea, el mandato constitucional de servicio al bien común exige una actuación administrativa flexible que sea capaz de satisfacer las necesidades de interés público, lo que unido al principio de vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, impiden que aquella pueda desatender, modificar o desviar el fin de dicho marco normativo en un caso concreto.

En relación al segundo objetivo planteado, se elabora una propuesta de aquellos presupuestos formales y sustanciales que debe observar el ejercicio de la *potestas variandi*, la cual se construye a partir de los elementos que conforman el acto administrativo, así como de las diversas normas que condicionan la validez de la actuación administrativa en general y, en particular, respecto de los supuestos regulados de *potestas variandi* existentes en nuestro sistema jurídico. Son, por tanto, presupuestos formales del acto administrativo que ejercita este poder modificatorio, los siguientes: a) la presencia de un contrato administrativo vigente y en etapa de ejecución, respecto del cual recae el acto administrativo modificatorio; b) que el acto administrativo modificatorio emane de una autoridad competente para su dictación; c) que dicha decisión cuente con una autorización o validación presupuestaria; d) que dicha decisión cuente con las validaciones técnicas y económicas, tanto internas como externas, que justifiquen la modificación contractual; e) que el acto administrativo se tramite, exteriorice y notifique de conformidad a la ley; f) que se expliciten los motivos que la respaldan; g) que se cuente con la toma de razón de la Contraloría General de la República, en los casos que proceda; y f) que se transparente y publique en el Sistema de Información a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Por otro lado, son presupuestos sustanciales o de fondo que condicionan el ejercicio de la *potestas variandi*, los siguientes: a) la fundamentación del acto modificatorio implica que el mismo debe explicitar no sólo el cumplimiento de los presupuestos formales que validan la dictación del acto, sino también debe exteriorizar los fundamentos fácticos, técnicos, económicos, presupuestarios y jurídicos que justifican la validez de la actuación administrativa; refiriéndose a los hechos que la motivan, al derecho que la valida y a la finalidad que se persigue con su dictación; b) el objeto del acto administrativo es el ejercicio de la *potestas variandi* respecto de un determinado contrato administrativo en curso, para lo cual debe pronunciarse, por un lado, sobre el contenido de la modificación contractual que altera el objeto de la obligación asumida por el particular co-contratante; y, por otro lado, debe resolver el desequilibrio económico provocado por la modificación, indicando cómo se paga y a qué ítem presupuestario se imputa el mayor valor que representa la modificación que se ordena; y c) la finalidad del acto modificatorio alude a que las razones que justificaron la celebración del contrato, son las que –frente a circunstancias sobrevinientes no previstas por las partes al momento de su celebración– demandan la adecuación de aquel, a objeto de satisfacer la concreta necesidad de interés público

que subyace a la contratación, y que se relaciona con el cumplimiento de las funciones encomendadas al órgano administrativo contratante.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las Obligaciones*, Tomo II (Santiago, Legalpublishing, sexta edición).
- AMILHAT, Mathias (2014): *La notion de contrat administratif. L'influence du droit de l'Union Européenne*. (Bruselas, Bruylant).
- AMILHAT, Mathias (2019): *Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics*. Memoria para optar al grado de Doctor en Derecho Université de Lille.
- ARAYA IBÁÑEZ, Álvaro (2018): “El Contrato de Construcción en Chile. Análisis económico y jurisprudencial”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, pp. 221-276.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968): *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* (Madrid, Instituto de Estudios Administrativos).
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván (2002): “La estabilidad de los contratos administrativos”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 6, pp. 191-201.
- ASENJO ASEENJO, Karen (2022): “Contratos administrativos en sentido estricto y contratos privados de la administración. Criterios para su delimitación”, *Revista de Derecho Administrativo y Económico*, N° 35, pp. 5-34.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio (1963): *Derecho Administrativo*, Tomo II (Santiago, Editorial Universitaria S.A.).
- BACIGALUPO, Mariano (1997): *La Discrecionalidad Administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución* (Madrid, Marcial Pons).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2014): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Thomson Reuters, tercera edición).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012): “Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados en la actuación de la Administración Pública”, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, pp. 3-26.
- CALDERA DELGADO, Hugo (1979): *Manual de Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CAMPOS, Nicolás y otros (2020) *Renegociaciones y corrupción en el sector de infraestructura: El caso Odebrecht*. Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible en: <https://publications.iadb.org/es/renegociaciones-y-corrupcion-en-el-sector-de-infraestructura-el-caso-odebrecht>. Fecha de consulta: 07/09/2023.
- CARRETERO PÉREZ, Andrés (1964): “El Contrato Administrativo ante la Ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963”, *Revista de Administración Pública* N° 45, pp. 105-189.
- CELIS DANZINGER, Gabriel (2017): *Los Contratos Administrativos* (Santiago, El Jurista, segunda edición)
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2011): “Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local”, *Anuario del Gobierno Local*, N° 1, pp. 277-313.

- CODINA GARCÍA-ANDRADE, Xavier (2019): *La Modificación de los Contratos del Sector Público* (Madrid. Boletín Oficial del Estado).
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2012): *Nulidad del Contrato de la Administración* (Santiago, Legalpublishing-Thomson Reuters).
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (2020): *Radiografía de la Corrupción: Ideas para fortalecer la probidad en Chile* (Santiago, Contraloría General de la República).
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición)
- DE LA CUÉTARA, Juan (1986): *Las potestades administrativas* (Madrid, Tecnos).
- DE SOLAS RAFECAS, José María (1990): *Contratos Administrativos y Contratos Privados de la Administración* (Madrid, Tecnos).
- DREIER, Horst (1993): “En torno a la ‘independencia’ de la Administración”, *Documentación Administrativa*, N° 234, pp. 257-280.
- FARINA, Marco (2015): “Integración del contrato ‘incompleto’ en el ordenamiento italiano”, *Revista de Derecho Privado*, N° 29, pp. 113-139.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan (2007): “Las Potestades y Privilegios de la Administración Pública en el Régimen Administrativo Chileno”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 20 N° 2, pp. 69-96.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan (2015): “La tutela cautelar en la justicia administrativa chilena: Fundamentos, regulación, limitaciones y desafíos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. N° 44, pp. 337-369.
- FLORES RIVAS, Juan (2021): *Aspectos críticos de la contratación administrativa* (Santiago, Thomson Reuters).
- GAUDEMET, Yves (2001): *Traité de Droit Administratif*, Tomo I (Paris, L.G.D.J., décimosexta edición).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás (2017): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Madrid, Civitas, decimoctava edición).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1963): “La figura del contrato administrativo”, *Revista de la Administración Pública*, N° 41, pp. 99-128.
- GIMENO FELIÚ, José (2013) “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, en CANO CAMPOS, Tomás y BILBAO ALEXIADES, Elena (Coords.), *La Contratación Pública: Problemas Actuales* (Madrid, Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid), pp. 83-142.
- GIMENO FELIÚ, José (2017): “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma: Nueva Época*, N° 7, pp. 45-67.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2003): *El Contrato Administrativo* (Madrid, Civitas)
- HART, Oliver y MOORE, John (1988): *Incomplete Contracts and Renegotiation*, *Econometrika*, Vol. 56, N° 4, pp. 755-785.
- HORGUÉ BAENA, Concepción (1997): *La Modificación del Contrato Administrativo de Obra. El Ius Variandi* (Madrid, Marcial Pons).
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2021): “Técnicas y propuesta metodológica para el control de legalidad de los actos administrativos reglados y discrecionales”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 33, pp. 101-142.

- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los Contratos. Parte General* (Santiago, Abeledo Perrot quinta edición).
- LONG, Marceau y otros (2017): *Jurisprudencia del Consejo de Estado Francés. Las Grandes Sentencias de la Jurisprudencia Administrativa* (Madrid, Boletín Oficial del Estado-Dalloz).
- MARIENHOFF, Miguel (1994): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A (Buenos Aires, Abeledo Perrot).
- MEILÁN GIL, José Luis (2018): “El contrato público determinado por el interés general”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVIII, N° 271, pp. 669-706.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado*, Tomo VII (Santiago, Legalpublishing).
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019): *Contratación Administrativa* (Santiago, Thomson Reuters, segunda edición).
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2015): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Los Principios de Constitucionalidad y Legalidad*, Tomo III (Madrid, Boletín Oficial del Estado).
- NAVARRETE MEDINA, Paulina (2016): “La modificación de los contratos públicos. Una mirada comparativa a la normativa de la Unión Europea, España y Chile”, *Aletheia: Cuadernos Críticos del Derecho*, N° 2, pp. 37-58.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1977): “El principio de legalidad como supuesto de la potestad administrativa”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 1, pp. 111-151.
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1988): “La facultad de la administración de modificar unilateralmente los contratos administrativo”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, N° 12, pp. 69-90.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando (2008): *Los Contratos Administrativos*. Apuntes de clase, Universidad de Chile. Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2004/2/D123A0525/1/material_docente/bajar?id_material=52483. Fecha de consulta: 10/09/2023.
- PEREIRA FREDES, Esteban (2016): ¿Por qué obligan los contratos? Justificación normativa de la obligatoriedad del vínculo contractual (Santiago, Thompson Reuters).
- POBLETE VINAIXA, Julia (2010) *Actos y Contratos Administrativos* (Santiago, Legalpublishing, quinta edición).
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime (2008): “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas”, *Revista de Derecho Público (Santiago)*, vol. 70. pp. 197-213.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2015): “Normas de conducta y normas de control. Un estudio metodológico sobre la discrecionalidad planificadora, la ponderación y su control judicial”, *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1, pp. 1-45.
- ROJAS CALDERON, Christian (2014): *Las Potestades Administrativas en el Derecho Chileno* (Santiago, Thomson Reuters).
- SÁNCHEZ, Ricardo y CHAUVET, Pablo (2019): *Contratos de concesión de infraestructura* (Santiago, CEPAL, Naciones Unidas).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1978): “La Contratación Administrativa: Un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, *Revista de Administración Pública*, N° 86, pp. 569-583.
- VALDIVIA, José Miguel (2018): *Manual de Derecho Administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).

- VALENZUELA CONCHA, Andrés (2018): *Teoría de la Imprevisión en las Compras Públicas en la Jurisprudencia de la Contraloría General de la República* (Santiago, DER).
- VARAS CONTRERAS, Guillermo (1948): *Derecho administrativo* (Santiago, Nascimento, segunda edición).
- VAYSSE, Carine (2022): *La théorie générale du contrat administratif. Analyse de la résilience d'une notion oscillant entre forces de conservation et besoin de renouvellement*. (Paris, L'Harmattan).
- VELASCO, Belisario (1996): “Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 18, N° 1-2, pp. 202-247.
- VILLAR PALASÍ, José Luis (1969): *Lecciones sobre Contratación Administrativa* (Madrid, Facultad de Derecho Universidad Complutense).

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 05/08/2008, rol 2525-2006, casación en la forma y en el fondo.
- Corte Suprema, 08/05/2020, rol 4800-2018, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 09/05/2022, rol 63.273-2021, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 23/07/2020, rol 24.212-2019, casación en el fondo.
- Corte de Apelaciones de Santiago, 29/12/2021, rol 623-2020, apelación reclamo ilegalidad municipal.
- Corte Suprema, 24/08/2015, rol 1126-2015, casación en el fondo.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 19/08/2014, rol 1387-2011, apelación y casación en la forma.
- Corte Suprema, 23/12/2011, rol 810-2009, casación en la forma y en el fondo.
- Corte Suprema, 07/04/2014, rol 9432-2013, casación en el fondo.
- Corte Suprema, 27/10/2020, rol 23.080-2019, casación en la forma y en el fondo.
- Corte Suprema, 04/06/2020, rol 36.478-2019, casación en el fondo.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26/09/2016, rol 1111-2016, apelación.
- Tribunal Constitucional, 27/07/2006, rol 480-2006, requerimiento de inaplicabilidad.
- Tribunal Constitucional, 07/07/2022, rol 11.786-2021, requerimiento de inaplicabilidad.
- Tribunal Constitucional, 16/08/2022, rol 12.382-2021, requerimiento de inaplicabilidad.

NORMAS CITADAS

- CHILE, *Constitución Política de la República* (11/08/1980).
- CHILE, *Código Civil* (s.d.)
- CHILE, Ley N° 19.886 (30/07/2003): *De bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*.
- CHILE, Ley N° 21.634 (11/12/2023): *Moderniza la ley N° 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado*.

- CHILE, Ley N° 20.530 (13/10/2011): *Crea el Ministerio de Desarrollo Social y Familia y modifica cuerpos legales que indica.*
- CHILE, Ley N° 20.285 (20/08/2008): *Sobre acceso a la información pública.*
- CHILE, Ley N° 20.730 (08/03/2014): *Regula el Lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.*
- CHILE, Ley N° 20.880 (05/01/2016): *Sobre probidad de la función pública y prevención de los conflictos de intereses.*
- CHILE, Ley N° 21.516 (20/12/2022): *De Presupuestos del sector público para el año 2023.*
- CHILE, MINISTERIO DE HACIENDA, Decreto Ley 1263, *sobre Administración Financiera del Estado.*
- CHILE, MINISTERIO DE HACIENDA, Decreto Supremo N° 2421, Chile (10/07/1964), fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto con Fuerza de Ley 850, *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960 (25/02/1998).*
- CHILE, MINISTERIO DEL INTERIOR, Decreto con Fuerza de Ley 1-19.653, *Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional De Municipalidades (26/07/2006).*
- CHILE, MINISTERIO DE FOMENTO, Decreto Supremo 1867, *Reglamento para Contratos de Obras Públicas (11/11/1935).*
- CHILE, MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, Decreto Supremo 355, *Reglamento Orgánico de los Servicios de Vivienda y Urbanización (04/02/1977).*
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo 900, *fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL N° 164, de 1991, Ley de Concesión de Obra Pública (18/12/1996).*
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo 956, *Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991 modificado por las Leyes N° 19.252 de 1993 y N° 19.460 de 1996 (20/03/1999).*
- CHILE, MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, Decreto Supremo 236, *Aprueba Bases Generales Reglamentarias de Contratación de Obras para los Servicios de Vivienda y Urbanización (01/07/2003).*
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo 75, *Reglamento para Contratos de Obras Públicas (01/12/2004).*
- CHILE, MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Decreto Supremo 48, *Reglamento para contratación de trabajos de consultoría (09/09/1994).*
- CHILE, MINISTERIO DE DEFENSA, Decreto Supremo 803, *Reglamento para la ejecución de obras para las Fuerzas Armadas (11/02/1972).*
- CHILE, MINISTERIO DE VIVIENDA Y URBANISMO, Decreto Supremo 132, *Reglamenta Sistema de Financiamiento Urbano Compartido (30/08/2003).*
- Chile, Resolución N° 7 de la Contraloría General de la República, *Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón (29/03/2019).*
- CHILE, Dictamen N° 41.409 de la Contraloría General de la República (02/12/1994).

- CHILE, Dictamen N° 4718 de la Contraloría General de la República (08/02/2000).
- CHILE, Dictamen N° 59.566 de la Contraloría General de la República (01/12/2004).
- CHILE, Dictamen N° 25.127 de la Contraloría General de la República (26/05/2005).
- CHILE, Dictamen N° 35.996 de la Contraloría General de la República (02/08/2005).
- CHILE, Dictamen N° 36.724 de la Contraloría General de la República (06/08/2008).
- CHILE, Dictamen N° 42.701 de la Contraloría General de la República (10/09/2008).
- CHILE, Dictamen N° 75.983 de la Contraloría General de la República (16/12/2010).
- CHILE, Dictamen N° 6890 de la Contraloría General de la República (03/02/2011).
- CHILE, Dictamen N° 70.937 de la Contraloría General de la República (11/11/2011).
- CHILE, Dictamen N° 75.929 de la Contraloría General de la República (05/12/2011).
- CHILE, Dictamen N° 10.858 de la Contraloría General de la República (12/02/2014).
- CHILE, Dictamen N° 2785 de la Contraloría General de la República (14/01/2014).
- CHILE, Dictamen N° 35.844 de la Contraloría General de la República (15/06/2012).
- CHILE, Dictamen N° 61.001 de la Contraloría General de la República (02/10/2012).
- CHILE, Dictamen N° 2453 de la Contraloría General de la República (22/01/2018).
- CHILE, Dictamen N° 14.237 de la Contraloría General de la República (07/06/2018).
- CHILE, Dictamen N° 31.421 de la Contraloría General de la República (18/12/2018).
- CHILE, Dictamen N° 31.782 de la Contraloría General de la República (21/12/2018).
- CHILE, Dictamen N° 11.548 de la Contraloría General de la República (26/04/2019).
- CHILE, Dictamen N° E27209 de la Contraloría General de la República (13/08/2020).
- CHILE, Dictamen N° E6087 de la Contraloría General de la República (20/05/2020).
- CHILE, Dictamen N° 6854 de la Contraloría General de la República (25/03/2020).
- CHILE, Dictamen N° 8507 de la Contraloría General de la República (29/04/2020).
- CHILE, Dictamen N° E198169 de la Contraloría General de la República (28/03/2022).
- CHILE, Dictamen N° E278510 de la Contraloría General de la República (18/11/2022).
- CHILE, Dictamen N° E370752 de la Contraloría General de la República (20/07/2023).
- CHILE, Dictamen N° E427743 de la Contraloría General de la República (14/12/2023).
- ESPAÑA, Ley N° 9 (08/12/2017): De Contratos del Sector Público.
- FRANCIA, *Code de la Commande Publique* (01/04/2019).
- UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (26/02/2014) relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Diario Oficial UE, L 94/1, 28/03/2014.
- UNIÓN EUROPEA, Directiva (UE) 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (26/02/2014) sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Diario Oficial UE, L 94/65, 28/03/2014.

