EL RECURSO DE PROTECCIÓN Y EJECUCIÓN DE CONTRATOS REGIDOS POR LA LEY Nº 19.886 ¿POR QUÉ ES IMPROCEDENTE?

I. Introducción. Acerca de la incompetencia del Tribunal de Contratación Pública para conocer de la ejecución de contratos administrativos.

1.- Al revisar la escueta regulación de la ley Nº 19.886, se observa nítidamente una vocación reguladora sobre la etapa precontractual, orientada a la selección del contratista. Manifestación de esta especial preocupación del legislador es que el Tribunal de Contratación Pública (TCP), pese a lo que da a entender su propio nombre[1], conoce únicamente de las demandas de impugnación de quienes tengan un interés para participar en una licitación pública. Así, y en los términos expresados por Lara Arroyo y García-Huidobro Herrera[2] "… se concluye que su competencia es bastante reducida, y de carácter puramente precontractual, quedando, por tanto, la ejecución, interpretación o cumplimiento de los contratos administrativos en manos de los tribunales ordinarios**.**". Profundizando la idea, Olmos Carrasco precisa que "Aún más, no todos los procedimientos administrativos de contratación son conocidos por el Tribunal, sino sólo aquellos que tienen naturaleza concursal, es decir, la licitación pública y la licitación privada"[3].

2.- Probablemente, en la definición de la competencia del TCP se consideró la tendencia internacional de la época[4], quedando los aspectos de su ejecución a la competencia de los tribunales contenciosos administrativos de cada legislación interna, como sucede con el derecho español. Un caso especial lo constituye la Contract Disputes Act de 1978, por la que Estados Unidos establece una jurisdicción y procedimientos especiales para conocer y resolver reclamos contractuales respecto de contratos celebrados por un particular con una agencia ejecutiva, en materias de adquisición de bienes distintos de los bienes inmuebles, la contratación de servicios, la reparación o mantenimiento de bienes inmuebles o la enajenación de bienes muebles[5].

3.- De esta forma, y salvo los casos en que la administración contratante sea una municipalidad, a cuyo respecto es aplicable el procedimiento contenido en el artículo 151, letra b) y siguientes de la LOC de Municipalidades, no existe a la fecha un contencioso especial en materia de ejecución de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, realidad que puede cambiar si se aprueba un interesante proyecto que ingresó recientemente a la Cámara de Diputados (Boletín Nº 14137-05) que entre otras materias, entrega la competencia al TCP para resolver este tipo de disputas.

---

[1] VERGARA (2016) 359.
[2] LARA y GARCÍA (2013) 423.
[3] OLMOS (2013), 463.
[4] Así, por ejemplo, la Directiva 89/665/CEE, sobre Coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, y en el mismo sentido, la Ley Modelo de La CNUDMI Sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994.
[5] JONES (2017) 519 - 520.

II. Jurisprudencia en relación con la procedencia del Recurso de Protección frente a las sanciones contractuales impuestas por la Administración.

4.- En este contexto normativo, se hacía previsible que aquellos proveedores disconformes con la sanción impuesta por el organismo comprador acudieran al denominado Recurso de Protección, para intentar corregir o enmendar actos antijurídicos lesivos de sus derechos, "restableciendo un statu quo o apariencia de imperio del derecho"[6]. Este proceso no solo ha sido definido como un verdadero contencioso administrativo general por la doctrina[7], sino que han sido los mismos tribunales superiores quienes le han atribuido tal carácter[8].

5.- Sin embargo, y pese al entusiasmo de parte de la doctrina en cuanto a su aplicación[9], desde hace por lo menos 10 años los tribunales superiores han rechazado sistemáticamente recursos de protección interpuestos en contra de sanciones aplicadas en contratos administrativos. En su análisis, aún cuando es posible encontrar algún pronunciamiento que ordena la nulidad del acto administrativo recurrido[10], o un análisis a la fundamentación expuesta por la Administración en el acto recurrido[11], en su mayoría la judicatura no alcanza a pronunciarse acerca de la legalidad del acto[12], e incluso hay algunos que ni siquiera pasan el trámite de admisibilidad[13].

6.- Los criterios que se han ido definiendo para rechazar estas acciones, sin analizar la juridicidad de la medida adoptada por la Administración, las podemos agrupar de la siguiente forma. En primer lugar, el origen o naturaleza contractual de la disputa, en términos que "se refiere a cuestiones que no son materia propia de protección; esto es, responde a materias relativas a la aplicación, ejecución e interpretación de un contrato válidamente celebrado entre los intervinientes". (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 23229-2011). El segundo criterio se refiere a un aspecto de procedimiento, indicando que la revisión de una medida sancionatoria de orden contractual por la Administración debe efectuarse a través de un juicio de lato conocimiento, "por no ser indubitado el hecho que el recurrente dio debido cumplimiento a la obligación que sirven de base a la administración para primeramente cursar las multas y luego hacer efectiva la boleta bancaria de garantía" (Corte de Apelaciones de Santiago, rol 7720-2014). En tercer lugar, desde el punto de vista de su finalidad, el Recurso

[6] ZÚÑIGA (2007) 133 – 134.
[7] FERRADA (2011) 268.
[8] CS, rol N° 6370-2015, considerando 5to. En el mismo sentido, CS roles 6363-2015 (considerando 5to), 6369/2015 (considerando 5to), 4241-2016 (considerando 6to), y 19309-2016 (considerando 3ero).
[9] ALARCÓN (2017) 127.
[10] CA de La Serena, rol N° 1437-2016.
[11] CA de Puerto Montt, rol 2334-2016; CA de Santiago, rol 81608-2015; y CA Talca, rol 7710-2019 (confirmada por CS, rol 1621-2020, que reproduce la sentencia en alzada, con excepción de su considerando quinto, que se elimina).
[12] Ver entre otros, CA de Santiago, roles 23229-2011 (confirmada por CS rol 3547-2012), 7720-2014 (confirmada por la CS, rol 24699-2014), 10396-2014 (confirmada por la CS, rol 23362-2014), 115539-2016 (confirmada por la CS rol 4765-2017), 46580-2019 (confirmada por la CS, rol 36.270-2019); CA de Punta Arenas, rol 1280-2016 (confirmada por CS, rol 100.677-2016); CA de Antofagasta, rol 251-2020 (confirmada por la CS, rol 30230-2020), CA de Valdivia, rol 3213-2020 (confirmada por la CS, rol 243-2021), CS, rol 1621-2020.
[13] CA de Santiago, rol 186941-2019 (confirmada por CS rol 1336-2020).

de Protección solo protegería un derecho fundamental que aparezca claramente infringido, y "dada la naturaleza jurídica que tiene la acción cautelar que se estudia, el recurrido carece de un derecho de carácter indubitado, presupuesto esencial para que el arbitrio pueda prosperar… a mayor abundamiento, ésta no es la vía para declarar derechos subjetivos". (CS 1621-2020).

III. Crítica a los argumentos expuestos por las cortes.

A. La supuesta improcedencia en asuntos contractuales. Dispares criterios que ha tenido en materia contractual.

7.- A partir de los fallos citados, los tribunales superiores se verían imposibilitados de revisar a través de esta acción actuaciones u omisiones de uno de los contratantes que tengan como fuente una disposición contractual. El fundamento sostenido ha sido que, al tratarse de un procedimiento de urgencia destinado a amparar el legítimo ejercicio de determinados derechos fundamentales, resulta incompatible efectuar una labor de interpretación de una determinada cláusula contractual, la que requiere para su correcta determinación de un proceso previo de lato conocimiento.

8.- Sin embargo, desde hace varios años las cortes continúan acogiendo acciones de protección por parte de usuarios en contra de ISAPRES, a las que se encuentran afiliados los recurrentes por una vinculación contractual. En estos casos, el acto recurrido es una comunicación de la ISAPRE por la cual se le informa al afiliado contratante un aumento en el precio del plan, lo que a juicio de la jurisprudencia sobre la materia:

> *"(…) significa que la decisión de la recurrida de revisar o adecuar los planes de salud de sus afiliados debe encuadrarse en razonamientos efectuados de manera específica respecto del contrato particular cuyo precio se revisa y encontrarse debidamente justificado, nada de lo cual aparece en el formulario que motiva este recurso, de lo que se infiere, necesariamente, que la Isapre ha incurrido en una acción arbitraria que lesiona el derecho de propiedad del recurrente consagrado en el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República, por lo que la presente acción cautelar se acoger."* (CA de Valparaíso, rol 9439-2019, confirmada por la C.S., rol 28.357-2019)[14].

9.- Algo similar podemos encontrar respecto de la existencia o no de una obligación de pagar una determinada prestación médica[15], o en casos sobre fraudes informáticos en un contrato de cuenta corriente[16]. En todos ellos, las cortes no han tenido reparos en abocarse a conocer cláusulas contractuales, lo que revela un activismo que no resulta coherente para situaciones similares[17].

[14] Mismo sentido, CS, rol Nº 9432-2019.
[15] CA de Concepción, rol 49889-2019, considerandos 2º y 3º, confirmada por la CS, rol 30.418-2020.
[16] CA de Arica, rol N° 232-2020, confirmada por la CS, rol Nº 43.107-2020.
[17] BARROS (1996) 330.

B. Acerca de la carga de la prueba en materia de Protección.

10.- Asimismo, las cortes se han negado a revisar la motivación de la sanción contractual administrativa, aún si ésta priva al contratista de su titularidad. Ello, a pesar de la saludable tendencia que se ha venido dando en los últimos años para el caso del término de las contratas en el sector público. Entonces, si la jurisprudencia exige a la Administración que dispone la no renovación de una contrata la necesaria fundamentación que respalde dicha decisión (CS, roles 6800-2019, 32.983-2018, y 26.198-2018), no se advierte la razón de no exigir el mismo estándar motivacional para una medida sancionatoria en el ámbito contractual.

11.- A mi juicio, y en concordancia con lo expresado en el número anterior, si bien no es pacífico que las aplicaciones de multas, cobros de garantías de fiel cumplimiento y términos anticipados de contrato sean propiamente sanciones administrativas (cuestión que excede el ámbito de este trabajo)[18], lo que debiera ser motivo de consenso es que en todos los casos se trata de una decisión del organismo contratante que se materializa a través de un **acto administrativo terminal.** Por esa sola razón, existen requisitos de validez que corresponde revisar, siendo una cuestión secundaria llegar a determinar si las obligaciones del contratista efectivamente se encontraban cumplidas o no.

C.- Acerca de la existencia de un derecho de carácter indubitado en favor del contratista.

12.- A este respecto, conviene comenzar señalando que -tal como sucede en un contrato privado- el proveedor una vez que celebra el respectivo contrato con la entidad licitante, adquiere la titularidad de un crédito de carácter patrimonial. Dicha titularidad le permite, entre otras cosas, ceder su crédito a un tercero a través de los instrumentos que le ley le confiere, como celebrar un contrato de factoring, o ser indemnizado en los casos que la Administración resuelva ponerle término, para lo cual las respectivas bases podrán establecer los mecanismos respectivos (art. 13 de la ley Nº 19.886).

13.- Desde este punto de vista, el derecho subjetivo que tiene el contratista se refiere por una parte al pago por la ejecución de la prestación convenida con la Administración, y en tal sentido, sus efectos son relativos, pues solamente ese contratista podrá exigir el precio. Esta exigencia de pago se encuentra fuera del ámbito del Recurso de Protección, pues efectivamente, estaría declarando el incumplimiento de un derecho subjetivo; pero, por otro lado, esa relación de Derecho público da lugar a la titularidad que el contratista tiene sobre el derecho que ella representa, y que, siguiendo a Barros, es la que se encuentra protegida constitucionalmente cuando indica que sobre "las cosas incorporales hay también una especie de propiedad"[19]. Por ello, a pesar de que lo reclamado en la mayoría de los casos es efectivamente la afectación de un derecho fundamental, siguiendo a Pinochet Cantwell la objeción de las cortes más bien tendría que ver con un filtro de selección de causas, por cuanto a su juicio "no puede exigirse el estándar de prueba de un juicio de lato conocimiento,

[18] MORAGA (2007) 236 - 237, BARRA y CELIS (2018) 225 – 226, LARA y HELFMANN (2009), 123-156, y OSORIO (2017) 42 – 44. Dictámenes N°s 50.606, de 2012; 20.033, de 2013; 26.966 y 11.961, de 2018.
[19] BARROS (1996) 325.

porque lo que se pide en una acción de urgencia como lo es la de protección si no es tan solo para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, en presencia de una acción u omisión arbitraria o ilegal que amerite una solución urgente."[20]

IV.- Existen en la ejecución de los contratos regidos por la ley Nº 19.886, actuaciones de la Administración susceptibles de ser impugnadas a través del Recurso de Protección.

14.- Si bien la ley Nº 19.886 faculta a la Administración para que, con cargo a la garantía de fiel cumplimiento, se hagan efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas (art. 11, inciso tercero), así como para terminar anticipadamente el contrato (art. 13), tales medidas se tratan de una "potestad, capacidad, o competencia para actuar y no como una mera facultad o arbitrio"[21]. Por ello, cada vez que el Organismo Público contratante complete el supuesto de hecho que habilita su actuación, (que puede ser suficientemente determinado en el mismo contrato, como el incumplimiento de un nivel de servicio pactado; o conceptos jurídicos indeterminados, como un incumplimiento grave de las obligaciones), ejerce una potestad cognitiva y no volitiva, la que deberá enmarcarse dentro de límites tanto de carácter formal establecidos fundamentalmente en la ley Nº 19.880 (como la necesidad de respetar ciertos trámites procedimentales de carácter previo a la dictación del acto administrativo), y límites de fondo (como son el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, este último incorporado por el artículo 79 ter del Reglamento de la ley Nº 19.886).

15.- Según lo expuesto, sostenemos que como la Administración carece de una libertad de opción para sancionar el incumplimiento de su contratista, (por ejemplo, sin importar cuanto lo desee, no puede disponer un término anticipado o la aplicación de una multa por una causal no contemplada en las bases), sino que dispone únicamente de una facultad para evaluar los supuestos que se encuentran previamente definidos en la disposición contractual, las cortes deberían examinar en sede de protección los elementos del acto administrativo que disponen la sanción y sus antecedentes fundantes. Por el contrario, las excepciones que el recurrente pueda oponer para justificar su incumplimiento implicarían disponer necesariamente de un período de prueba para su acreditación, lo que es propio de un juicio de lato conocimiento.

16.- La necesidad de revisión del acto cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que a diferencia de la solución legal propuesta en el Código civil para los contratos entre privados (art. 1489), en el ámbito público se requiere únicamente la voluntad de la Administración, la que produce sus efectos apenas cumplidas las reglas para su tramitación, sin necesidad de una declaración judicial previa que la avale, por aplicación del artículo 3º, inciso final, de la ley Nº 19.880, de Bases sobre Procedimientos Administrativos. Esta particular naturaleza, que denota una notoria desigualdad entre las partes[22], exige como contrapartida una revisión judicial del acto administrativo que lo disponga en los aspectos que a continuación pasamos a indicar.

[20] PINOCHET (2020) 138.
[21] HUEPE (2016) 110.
[22] HUEPE (2016) 105.

17.- En todo acto administrativo que dispone alguna de las sanciones que estamos analizando, aparecen elementos que emanan de una potestad reglada y aquellos que derivan del poder para conocer y completar el supuesto de hecho que habilita su actuación, los que pueden ser suficientemente determinados en el mismo contrato (multa por cada día de atraso en la entrega del producto), o por el contrario requieren de una labor de interpretación de un concepto jurídico indeterminado (un "incumplimiento grave"), y que señalaremos brevemente:

a) Competencia e investidura regular: El acto administrativo debe emanar de parte de quien tiene la potestad para dictarlo, sea que dicha habilitación provenga de la ley o de un acto de delegación, según el artículo 41 de la LOCGBAE. Una sanción impuesta por una autoridad sin atribuciones infringe en términos generales los artículos 2 del citado cuerpo legal, y 6º y 7º de la Constitución Política.

b) Previo procedimiento administrativo: Por tratarse de un acto de esta naturaleza, es imperativo que se hayan respetado las garantías que tiene el contratista en esta materia, y que consisten básicamente en haber sido válidamente notificado, disponer de un plazo razonable para presentar sus descargos, la posibilidad de haber presentado pruebas dentro de un término que la Administración deberá establecer, y la facultad de presentar al menos, los recursos de reposición y eventualmente jerárquico que la ley Nº 19.880 consagra. La omisión de cualquiera de estos trámites implica una grave infracción al artículo 19 número 3, inciso 5º, de la Constitución Política, así como a los artículos 10, 15 y 41 de la ley Nº 19.880.

c) Acto administrativo formal: De la lectura del art. 79 ter del Reglamento, se desprende nítidamente que entre los requisitos que debe cumplir un organismo al momento de aplicar una multa, se encuentra el que la multa deberá formalizarse a través de una resolución fundada, por lo que un oficio no es –ni puede ser– una resolución. No importa que las bases de licitación hayan dispuesto que una autoridad tenga atribuciones para aplicar una multa por esta forma, por cuanto ello simplemente es nulo por contravenir tanto esta disposición, como los artículos 7º y 19 Nº 3 de la Constitución Política, el artículo 2° del DFL N° 1-19653, y el artículo 12 de la LOC de Municipalidades.

d) La tipicidad de la sanción en el contrato: Por aplicación del principio de estricta sujeción a las bases (art. 10, inciso 3º de la ley Nº 19.886), y de la expresa disposición del art. 79 Ter, inciso primero, del Reglamento, un órgano de la Administración no podría imponer una sanción que no se encuentre contemplada en las bases y el contrato, así como la sanción impuesta debe aplicarse únicamente sobre los supuestos de hecho contemplado en los mismos instrumentos.

e) La finalidad de la sanción: El elemento fin del acto administrativo, entendido como la materialización de su objeto, también puede y debe ser un elemento de análisis al momento de revisar la juridicidad de la sanción contractual, tal como ha sido el criterio de la Corte Suprema en materias sobre terminación de contratas de funcionarios públicos[23].

18.- Por su importancia, hemos dejado aparte **los motivos y la motivación del acto administrativo**. De acuerdo con la definición del profesor Bermúdez y acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema (rol 5120-2016), ellos corresponderían a "la razón que justifica cada acto administrativo emanado de la Administración Pública. En ella están

[23] OSORIO y VILCHES (2020) 228.

incorporados los elementos de hecho que se tuvieron para su dictación… como, asimismo, la causa legal justificatoria del acto administrativo"[24]

19.- Como es sabido, toda decisión en esta materia se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico de la atribución que se está ejerciendo, por ejemplo, el retraso en la entrega del bien objeto del contrato en una cantidad de días que habilita aplicar la sanción contractual. Este hecho (el incumplimiento tardío) ha de ser una realidad como tal, y si bien la valoración de la realidad podrá ser objeto de una facultad cognitiva, (como, por ejemplo, la imputabilidad del retraso en la entrega), la realidad como tal no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque "no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del Derecho Administrativo"[25]. En este contexto, el ámbito de apreciación de los hechos que el ordenamiento jurídico le entrega a cada entidad pública contratante no puede alcanzar para alterar su realidad, y cualquier decisión que no respete esta mínima consideración es arbitraria, lo que ha sido por lo demás examinado en materia de protección[26].

20.- Asimismo, deberá revisarse si los motivos expresados tienen correlato en el expediente administrativo. Como en el ejemplo del retraso en la entrega, debe constar la respectiva acta de recepción del bien que indique la fecha, o que la contabilización del plazo sea la correcta, de acuerdo con lo establecido en los pliegos de la licitación. Si estos antecedentes no se encuentran, la decisión administrativa carece de sustento y por lo tanto es arbitraria.

21.- Otro criterio que cabe dentro del análisis de los motivos del acto, corresponde a lo que Fernández enmarca dentro de un *test* de "racionalidad", consistente en determinar si la Administración tuvo o no en consideración "algún factor jurídicamente relevante o se ha introducido por ella en el procedimiento de elaboración de la decisión algún otro factor que no lo sea"[27]. Sería de esta clase, una circunstancia de fuerza mayor previamente aceptada por la entidad pública contratante o que sea de público conocimiento (como la pandemia de Covid-19), y que no fue considerada al momento de aplicarse la sanción contractual.

22.- Por último, corresponderá que la judicatura efectúe un control de razonabilidad, no para efectos de determinar cuál hubiera sido la decisión más razonable, sino más bien para "determinar si la decisión adoptada por la Administración en ejercicio de su potestad "fue o no razonable" (o a lo menos mínimamente razonable o aceptable)"[28]. De esta manera, frente a un incumplimiento contractual de carácter mínimo, calificado así no sólo a ojos no sólo del tribunal con conocimientos jurídicos y técnicos avanzados, sino de cualquier persona sensata[29], no podría válidamente motivar una sanción en extremo gravosa como lo es el término anticipado o una multa que implique un monto desproporcionado, a menos de que la

[24] BERMÚDEZ (2014) 149.
[25] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNEZ (2018) 516.
[26] "Inspección Comunal del Trabajo de Providencia con Gestión Regional de Medios S.A.", CS, rol 8393-2013, considerando 4º.
[27] FERNÁNDEZ (2008) 236.
[28] HUEPE (2018) 262.
[29] FERNÁNDEZ (2008) 237.

medida tenga un claro e inequívoco respaldo en el texto del contrato, pues en tal caso coincidiríamos en cuanto a que se trata de un trabajo de interpretación que no es materia de un recurso de Protección.

23.- En contraposición a los aspectos del acto administrativo que a nuestro juicio son revisables a través del Recurso de Protección, y que persiguen únicamente la nulidad de la sanción contractual, aquellos que son propios de un recurso contencioso de plena jurisdicción no son susceptibles de ser revisados por esta vía, toda vez que el conocimiento de su contexto (y su acreditación por los medios de prueba disponibles) excede el carácter sumarísimo de dicha acción constitucional. Tal es el caso de la alegación que haga el recurrente relacionado con la "*exceptio non adimpleti contractus*", o aspectos asociados a la concurrencia de la fuerza mayor, o cuando el incumplimiento se intente justificar en la denominada "Teoría de la imprevisión". En todos ellos, si bien a nivel doctrinal existe una tendencia hacia entenderlas como procedentes en la contratación pública[30], su determinación implica un conocimiento no solo de los elementos del acto administrativo sancionatorio, sino de toda la ejecución del contrato, así como del contexto que justifica esta alegación que hace el recurrente, aspectos que requerirán para su acreditación de un término probatorio propio de un proceso de lato conocimiento. La misma respuesta debe entregarse si lo debatido incluye aspectos propiamente indemnizatorios que puedan derivarse de la decisión administrativa, como sería el caso de un término anticipado de común acuerdo o en el que se justifique debidamente un interés público o la seguridad nacional.

V.- Conclusiones.

1) En ausencia de un procedimiento especial (el TCP hasta la fecha carece de competencia para conocer conflictos en el ámbito de la ejecución contractual), el Recurso de Protección se ha erigido en nuestro derecho como un procedimiento contencioso general para la revisión judicial de decisiones administrativas que infringen derechos subjetivos. No obstante, cuando se trata de conocer la juridicidad de una sanción de carácter contractual, la reiterada jurisprudencia de las cortes de apelaciones y la Corte Suprema han rechazado su procedencia, e incluso llegando hasta el nivel de la inadmisibilidad. La explicación para tal rechazo la encontramos en el origen o naturaleza contractual de la disputa, por no ser indubitado el debido cumplimiento a la obligación que sirve de base para imponer la sanción y, en tercer lugar, la carencia de un derecho subjetivo de carácter indubitado.

2) Este rechazo no es coherente con casos en el ámbito de la contratación privada, en los que –existiendo una asimetría de las partes– aquella que está en una posición desmejorada recurre por una actuación de su contratante, tal como sucede con el alza unilateral de planes de ISAPRE, o la negativa de un banco para indemnizar al cuentacorrentista afectado por un fraude informático, situaciones en las que no existe desde un punto de vista dogmático una lesión a la titularidad del acreedor a su derecho de propiedad sobre el contrato, sino que resuelve una controversia relativa al incumplimiento de sus estipulaciones.

[30] MORAGA (2007) 253 – 254; ABELIUK (1993) pág. 699, y VALENZUELA (2018) 102.

3) Independiente de su discutida naturaleza jurídica, lo que resulta pacífico es que, frente a un eventual incumplimiento, la decisión del organismo público contratante se materializa a través de un acto administrativo terminal, el que por sus propias características (ejecutividad, ejecutoriedad, presunción de legalidad) refleja una asimetría en la posición que se encuentra el contratista frente al organismo público contratante y, por lo tanto, al igual que en los casos de contratación privada señalados, el primero se encuentra en una posición desmejorada, por lo que el Recurso de Protección aparece como una vía válida para su defensa.

4) Además, si la misma Corte Suprema ha establecido que frente a la inexistencia de un procedimiento contencioso administrativo especial que contemple el control de la legalidad de la actividad de la Administración por los tribunales de justicia, necesariamente puede y debe hacerse a través del Recurso de Protección. Una vez interpuesto, debería revisar si la sanción contractual plasmada en el acto administrativo cumple con los requisitos de validez que el ordenamiento jurídico le impone. De este modo, más que analizar las razones que justifiquen el incumplimiento del deudor, lo que realmente importa en sede de Protección es si la sanción contractual fue ejercida de conformidad a las bases de licitación y el contrato, así como si se respetó el ineludible procedimiento administrativo previo. Dado el carácter sinalagmático del contrato, nos parece que la aplicación antijurídica de la sanción por parte de la entidad pública implica una afectación de alguno de los derechos fundamentales de contenido patrimonial, todos los cuales se encuentran resguardados por el Recurso de Protección.

5) Como sucede con la revisión judicial de cualquier acto administrativo, corresponde que las cortes que conocen de un Recurso de Protección analicen la sanción contractual a partir de la legalidad de sus elementos, esto es competencia, forma, fin y motivos. Tratándose de este último, deberá determinar si la sanción contractual se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico, así como si los motivos expresados tienen correlato en el expediente administrativo, o si la Administración tuvo en consideración algún factor jurídicamente relevante o ha introducido alguno que no lo sea, y finalmente, si la decisión adoptada por la Administración en ejercicio de su potestad fue a lo menos mínimamente razonable. Si el acto administrativo cumple con este estándar motivacional, no podría ser anulado a través del Recurso de Protección.

6) Por último, el rechazo o la inadmisibilidad de la acción intentada se justifica cuando su fundamento se basa en circunstancias que pretenden justificar su incumplimiento, por cuanto ello implicaría entrar a conocer el contexto de la ejecución del contrato, circunstancia para la que el Recurso de Protección no es idóneo. Solo a partir de esta distinción elemental, los contratistas podrán contar con un remedio eficaz para el resguardo de sus derechos, al menos frente a las irregularidades más evidentes cometidas por la Administración.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELIUK MANASEVICH, René: "Las obligaciones". Editorial jurídica de Chile, 1993.

ALARCÓN JAÑA, Pablo: "Notas acerca del contencioso administrativo contractual administrativo en Chile". En "El derecho administrativo y la protección de las personas". Ediciones UC, 2017.

BARRA GALLARDO, Nancy; y CELIS DANZINGER, Gabriel: "Contratación administrativa bajo la Ley de Compras". Editorial Thomson Reuters, 5ta ed., 2018.

BARROS BOURIE, Enrique: "El recurso de protección como medio de amparo de los contratos". En Instituciones modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri. Editorial Jurídica Conosur, 1996.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge: "Derecho Administrativo General". Editorial Thomson Reuters, 3era ed., 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNEZ, Tomás Ramón: "Curso de Derecho Administrativo". Editorial Civitas Thomson Reuters, 18ava ed., 2017.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón: "De la arbitrariedad de la Administración". Thomson Reuters Civitas, 5ta edición, 2008.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos: "Los procesos administrativos en el Derecho chileno". En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre).

HUEPE ARTIGAS, Fabián: "La facultad de la administración para poner término unilateral al contrato y su impugnación". En "Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa". Publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, 2016.

HUEPE ARTIGAS, Fabián: "Discrecionalidad administrativa y razonabilidad". Thomson Reuters, 2018.

JONES JR John T: "Government Contract Law. The Deskbook for procurement professionals" 4ta ed., American Bar Association.

LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio: "Aspectos críticos de la solución de controversias en la contratación administrativa bajo la ley Nº 19.886: El caso del Tribunal de Contratación Pública". En Lara Arroyo, José Luis y Bocksang Hola, Gabriel (coordinadores) "Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a 10 años de la entrada en vigencia de las leyes Nº 19.880 y Nº 19.886", Santiago, LegalPublishing – Thomson Reuters, 2013.

LARA A., José Luis y HELFMANN M., Carolina, "Las Cláusulas Abusivas en la Contratación Pública: Su Establecimiento e Impugnación", Santiago, Revista de Derecho de la Empresa de la Universidad Adolfo Ibáñez N°19, diciembre, año 2009.

MORAGA KLENNER, Claudio: "Contratación administrativa". Editorial Jurídica de Chile, 2007.

OLMOS CARRASCO, Felipe: "Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública" En Lara Arroyo, José Luis y Bocksang Hola, Gabriel (coordinadores) "Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a 10 años de la entrada en vigencia de las leyes Nº 19.880 y Nº 19.886", Santiago, LegalPublishing – Thomson Reuters.

OSORIO VARGAS, Cristóbal Salvador: "Manual de procedimiento administrativo sancionador". Editorial Thomson Reuters, 2da ed., 2017.

OSORIO VARGAS, Cristóbal y VILCHES YÁÑEZ, Leonardo: "Derecho Administrativo. Acto Administrativo". Ediciones DER, Santiago, 2020.

PINOCHET CANTWELL, Francisco: "El recurso de protección". Editorial El Jurista, 2da ed., 2020.

VALENZUELA CONCHA, Andrés: Teoría de la Imprevisión en las compras públicas en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República". Ediciones DER, Santiago, 2018.

VERGARA BLANCO, Alejandro: "Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento". En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLVI, Valparaíso, Chile, 1er semestre de 2016.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco: El recurso de protección y sus límites. A propósito de las "cuestiones técnicas". En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 14 - No 2, 2007.