



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

**NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MULTAS APLICADAS EN
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS REGIDOS POR LA LEY N°
19.886 MANDATADOS POR LOS SERVICIOS DE SALUD, A
CONTAR DE LA MODIFICACIÓN LEGAL MEDIANTE DECRETO
SUPREMO N° 1.410 DE 2015 DEL MINISTERIO DE HACIENDA**

GABRIEL PARRA ROMERO

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para
optar al grado de Magister en Derecho Público.

Profesor Guía: Gabriel Celis Danzinger

Santiago, Chile

2019

***Tantas coincidencias no pueden ser fruto del azar, tampoco ésta. Para ti, el
Creador, que me ha rodeado de favores.***

INDICE

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPITULO 1: Los Servicios de Salud, sus recursos e infraestructura

CAPITULO 2: Los contratos administrativos y la Ley 19.886

CAPITULO 3: El Decreto Supremo Nº 1410 de 2014, del Ministerio de Hacienda

CAPITULO 4: Los contratos administrativos en el sector salud y las multas

CAPITULO 5: Multas, naturaleza a la luz de la jurisprudencia administrativa, la doctrina y jurisprudencia judicial reciente

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La presente investigación trata uno de los aspectos más complejos de la relación público privada en la ejecución de vínculos contractuales generadas al alero de un contrato administrativo –particularmente referido en este caso a contrataciones reguladas por la ley 19.886-, y es que ante el incumplimiento de los proveedores del Estado en sus obligaciones para con aquel, surge para la Administración el imperativo de activar el mecanismo de medidas o sanciones previstas en dichos pactos y hacerlas efectivas sobre el incumplidor, por lo que desentrañar el carácter o naturaleza que tienen estas multas, pudiere esclarecer cada vez más la creciente actividad de negocios que representa este medio para los proveedores.

ABSTRACT

This report deals with the issue one of the most complex, on the public-private relationship in the execution of contractual links of the suppliers of the state in their obligations to that, arose for the administration the impulse to activate the mechanism of the measures or the results in the pacts and make them effective in the breach, reason why to unravel the character or the nature that these fines, what is happening in the environment?

INTRODUCCIÓN

Una de las políticas más relevantes que se han impulsado en el sector Salud, y se ha concretado mediando la intervención de los Servicios de Salud, Órganos descentralizados con cometidos especiales fijados por ley, ha sido la inyección de recursos para la capacitación y contratación de especialidades médicas, la provisión de insumos y, por cierto, contar con infraestructura asistencial y hospitalaria para la atención de la población beneficiaria del sistema público.

Sobre esto último, las políticas presidenciales a través de los años, han comprometido la proyección, contratación, ejecución y entrega de obras tales como hospitales, Centros de Atención Primaria de Salud Familiar (Cesfam) y otros dispositivos asistenciales de atención primaria de salud a lo largo de todo el territorio nacional.

Normativamente, el llevar a cabo estas grandes contrataciones, van precedidas de procesos reglados, en su mayoría ceñidos a la Ley 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y las particulares disposiciones que para cada caso se establezcan en el pliego de condiciones que la Entidad Mandante establezca, sea en las bases de licitación (para procesos concursales) o términos de referencia (para contrataciones directas con un proveedor previamente seleccionado).

Una vez formalizada la relación jurídica entre la Administración y el contratista ejecutor del proyecto, el contrato que les vincula comienza a surtir sus efectos, los que, a la luz del análisis de la jurisprudencia administrativa y judicial, transita entre aspectos y visiones que por momentos nos acercan al derecho común y las reglas de interpretación del acto jurídico que establece el Código Civil, y en otros instantes, nos llevan a mirar la innegable identidad que cabe a cada contratante,

donde aparece un Ente que persigue satisfacer el interés general, y un cocontratante que sólo desarrolla su giro mercantil y busca la propia ganancia.

En este orden de ideas, la presente obra, intenta analizar a la luz de las miradas administrativa, judicial y doctrinal, el escenario y las visiones que, -para el caso particular del incumplimiento contractual del contratista ejecutor, y consecuentemente la aplicación de multas por parte de la Entidad Mandante-, se generan ante tales eventos, y si en definitiva, este acápite contractual constituye un aspecto propio o inherente de su desarrollo y ejecución, o más bien, importa el despliegue de una prerrogativa punitiva de la cual está investido el Órgano Estatal.

CAPITULO 1:

Los Servicios de Salud, sus recursos e infraestructura

Las pinceladas de la historia, nos muestran que en 1952 se promulgó la Ley 10.383 que establece el Sistema Nacional de Salud (SNS), organismo encargado de la protección de la salud para toda la población y del fomento y recuperación de la salud de los obreros, esposa e hijos hasta los 15 años. Durante su existencia, llegó a ser la principal institución nacional de salud, con 120 mil funcionarios distribuidos en una red que alcanzó una importante cobertura geográfica y de población. Su planificación y gestión eran esencialmente centralizadas. Con bastante menor cobertura, existían otras entidades previsionales y asistenciales dependientes de universidades, algunas empresas públicas, fuerzas armadas y policiales. Este período termina abruptamente en 1973 luego de una crisis política y económica global en la cual el Estado estaba excedido en su capacidad de respuesta a las demandas sociales de la población, a los cambios radicales realizados en propiedad y producción, y a la diversidad de intereses contrapuestos y conflictos secundarios en la población.

Luego, en 1979 en virtud del Decreto Ley 2.763 se reorganizó al Ministerio de Salud y sus instituciones relacionadas y se creó el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS) el cual se fusiona con el Servicio Médico Nacional de Empleados (Sermena). Se crea el Fondo Nacional de Salud (Fonasa), la Central Nacional de Abastecimiento (Cenabast), y el Instituto de Salud Pública (ISP).

Con esta normativa se da inicio en Chile a un proceso de descentralización, separándose las funciones normativas (Ministerio de Salud), de las operativas (CENABAST, ISP y Servicios de Salud) y de las financieras (FONASA)¹

Los Servicios de Salud se definen como organismos estatales, funcionalmente descentralizados, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio para realizar acciones de salud, los que coordinadamente, tendrán a su cargo la articulación, gestión y desarrollo de la Red Asistencial correspondiente, para la ejecución de las acciones integradas de fomento, protección y recuperación de la salud y rehabilitación de las personas enfermas².

En lo que se refiere a su funcionamiento, se someten a la supervigilancia del Ministerio de Salud y deben cumplir con las políticas, normas, planes y programas que éste apruebe.

Cada Servicio de Salud es encabezado por un Director, quien es el Jefe Superior para todos los efectos legales, el cual es designado por Decreto Supremo del Ministerio de Salud como funcionario de confianza del Presidente de la República. El Director del Servicio de Salud se encuentra dotado de una serie de facultades en el orden técnico, administrativo, de personal y de inversiones, es decir, todas aquellas atribuciones y potestades necesarias para cumplir las funciones que legalmente competen desarrollar al Servicio a su cargo, de modo que si alguna función no está específicamente radicada en otra jefatura o funcionario del Servicio, debe entenderse que ella es de conocimiento y resolución del Director.

¹ Un lato estudio salubrista es posible consultar en "Derecho de la Salud", Ulises Nancuante Almonacid, Roberto Sotomayor Klapp, Editorial ConoSur Lexis Nexis Chile, 2001

² Definición contenida en el art. 16 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005 del Ministerio de Salud, cuerpo normativo que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469

En lo referido a la gestión patrimonial y financiera, los Servicios de Salud se alzan con una diversidad de recursos provenientes de distintas fuentes: aportes que pone a su disposición el Fondo Nacional de Salud (FONASA), con el ingreso por vía de aranceles percibidos por atenciones de salud que presten a los beneficiarios del sistema público, por el fruto de sus bienes propios y con el producto de la enajenación de esos bienes, por los bienes adquiridos por donación, herencia o legado³, participaciones, contribuciones, subvenciones, multas y otros recursos que les corresponda percibir.

En cuanto a facultades contractuales, le han sido otorgadas al Director del Servicio una serie de atribuciones para celebrar distintos tipos de instrumentos que permitan disponer de bienes muebles e inmuebles que formen parte del patrimonio del Servicio, sin más limitaciones que las generales que establezcan las leyes y reglamentos y las que emanen de la naturaleza legal específica del Servicio.

Referido a las adquisiciones, es pertinente señalar que desde el Ministerio de Salud, se establecen pautas mediante los llamados Planes de Inversiones, los cuales son elaborados con el objeto de fortalecer la Red de Salud y generar un cambio oportuno y concreto a las múltiples necesidades de la población, a través de la construcción, reposición, mantenimiento y mejoramiento de infraestructura sanitaria.

Lo anterior, no es más que la disgregación del fin último o grado de especialidad que a los Servicios de Salud les incumbe, en cuanto integrantes del aparato estatal, de momento que al Estado le ha sido dada la gran misión de satisfacer el

³ Las donaciones van desde objetos muebles de bajo valor, a cantidades tales que han permitido el levantamiento de gran infraestructura hospitalaria, como es el caso de la donación efectuada por la Fundación Los Cedros, administradora del patrimonio quedado al fallecimiento del Monseñor Sergio Valech, en que por voluntad de éste expresada en vida, se entregaron bajo este título alrededor de 7 mil millones de pesos para iniciar la construcción de nuevas dependencias del Hospital de Urgencia Asistencia Pública (ex Posta Central).

bien común, conforme se consagra en el art. 1º inciso 4º de la Constitución Política de la República cuando expresa “El Estado está al servicio de la persona humana, y su finalidad es promover el bien común”, idea que se reitera en el art. 3 de la Ley Nº 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que señala “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal”.

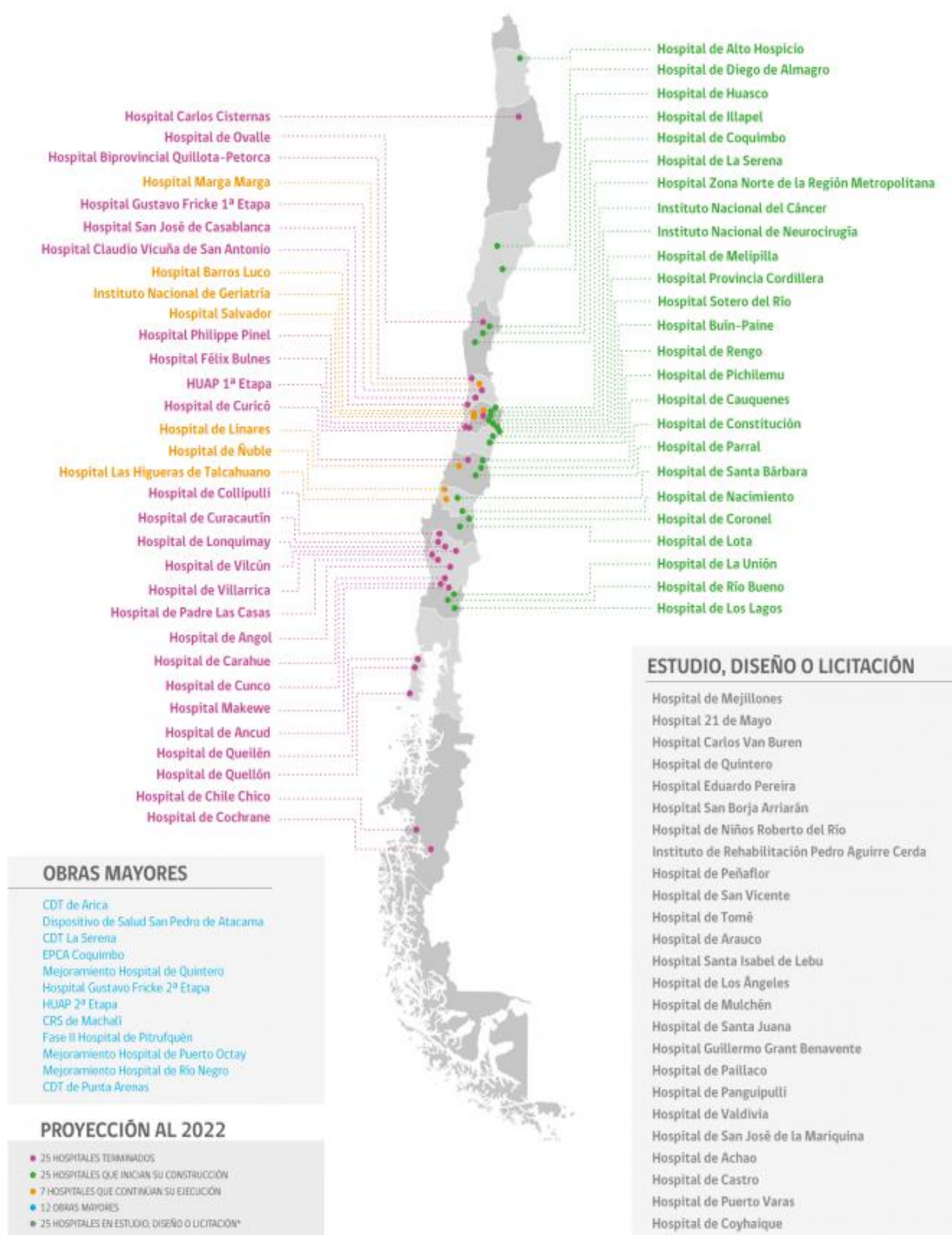
Actualmente, el Ministerio de Salud ha informado⁴ el Plan Nacional de Inversiones 2018-2022, elaborado sobre la base de seis criterios fundamentales; déficit de camas, demanda asistencial, estado de la infraestructura, madurez de los proyectos, capacidad de ejecución y factibilidad presupuestaria.

El compromiso del actual gobierno ha establecido como hito, el mes de marzo del año 2022, con las siguientes metas:

- A) Terminar la construcción de 25 Hospitales
- B) Iniciar la construcción de 25 Hospitales
- C) Dejar 25 Hospitales en estudio, diseño o proceso de licitación
- D) Dar continuidad a la ejecución de 7 grandes recintos
- E) Avanzar en 10 Obras Mayores hospitalarias

El resumen de la proyección del gobierno, se describe en la siguiente figura:

⁴ <https://plandeinversionesensalud.minsal.cl/>



Fuente: Ministerio de Salud, División de Inversiones, 2018.

Ahora bien, en el desarrollo de los planes de inversiones, corresponde a cada Servicio de Salud la ejecución de los recursos que cada año, vía Ley de Presupuestos, le son asignados, debiendo levantarse un sinnúmero de procesos de adquisición que decantan en contratos administrativos con proveedores.

Para comenzar a entender cómo se concretiza esta ejecución presupuestaria mediante actos administrativos, es necesario revisar normas fundantes sobre la materia, donde la Ley N° 19.880 que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, conceptualiza en su art. 3: “Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos” y agrega “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los Órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

Sin embargo, este contexto conceptual, debe ser complementado, pues la ejecución de los recursos no responde a una mera declaración unilateral de voluntad del ente fiscal, sino que implica mandar a un tercero (un privado), para que provinee de un bien, un servicio o ejecute una obra a cambio de una contraprestación pecuniaria, quien ofrece su capacidad técnica y patrimonial al Estado, gestándose entre ambos una relación jurídica administrativa-contractual sujeta a ciertas peculiaridades que le informan.

Así, esta relación contractual administrativa tiene un primer tratamiento en el art. 9 de la Ley N° 18.575, que establece la manera en que estos pactos de ejecución de recursos deben cumplir, al disponer que “Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La

licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”, por lo que a nivel legal, no es posible arribar a un concepto de contrato administrativo, sino solamente a los requisitos de forma que deben presentarse para su formalización, de modo que en los capítulos siguientes exploraremos someramente, sus acepciones doctrinarias y demás aspectos que le ciñen.

CAPITULO 2:

Los contratos administrativos y la Ley N° 19.886

Como se señalare más arriba, para que el Estado cumpla con su propósito de satisfacer el bien común, y particularmente los Servicios de Salud, de trabajar sobre la garantía constitucional del derecho a la salud, es que no basta el ejercicio de la potestad administrativa unilateral, debiendo el ente público, recurrir al concurso de otras voluntades, específicamente, a privados ajenos a la Administración mediante la suscripción de contratos administrativos.

La doctrina define los contratos administrativos como un acuerdo de voluntades entre un organismo de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas, y un particular u otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones⁵.

La referida definición ha sido objeto de crítica, especialmente desde el derecho privado, tanto así que se sostiene como desafortunada el empleo de la voz “contrato”, o más aún, el de “acuerdo de voluntades”, por cuanto estos pactos que el Estado suscribe con particulares, carecerían del referido elemento, siendo más bien una imposición de la voluntad de uno, de sus términos, a otro que las acepta y ejecuta en dicho margen de acción.

Esta desigualdad que impregna los contratos administrativos halla su cara más visible en las denominadas “potestades exorbitantes” con que cuenta la Administración, es decir, poderes jurídicos extraordinarios que no detentan otros

⁵ BERMÚDEZ Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, 2ª Edición Actualizada 2011, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile, pág. 196.

sujetos que integran el ordenamiento, fundamentado ello precisamente en la finalidad que persigue el Ente Público al momento de formalizar un contrato administrativo y que lo distingue del tercero o privado que concurre al mismo, esto es, la satisfacción del interés general o bien común, versus el interés propio o lucro particular del segundo.

Este elemento exorbitante ha sido ampliamente reconocido en la doctrina y jurisprudencia administrativa construida por Contraloría General de la República⁶, donde Marienhoff refiere “exorbitantes del derecho común, vale decir, cláusulas que sobrepasan el ámbito de ese derecho, sea porque en éste dichas cláusulas son inusuales o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual”⁷

Por su parte, el Órgano de Control sostiene sobre este tópico: “como lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Entidad de Control, expresada, entre otros, en los dictámenes N°s. 29.401, de 1984 y 12.251, de 1993, y como también se infiere de lo dictaminado en el oficio N° 14.540, del presente año, la expresión contrato administrativo se entiende con un alcance amplio, en el sentido de que abarca los diversos tipos de contratos que celebren los entes de la Administración,

⁶ Una de las principales fuentes del derecho administrativo, está constituido por la Jurisprudencia emanada desde los dictámenes de la Contraloría General de la República, vinculantes para todos los Órganos del Estado sujetos a su fiscalización, según su ley orgánica. A título ejemplar, se lee en Dictamen N° 40452 de 2006 “Sin perjuicio del indiscutido carácter vinculante y obligatorio que revisten los dictámenes para la Administración, característica que recoge el artículo 6°, inciso final de la Ley N° 10.336, debe hacerse mención del significativo aporte que a lo largo de toda su historia ha efectuado la Contraloría mediante su nutrida jurisprudencia administrativa, a la creación de reglas y principios que posteriormente han sido recogidos por la legislación positiva e inclusive aplicados por los Tribunales de Justicia con anterioridad a su concreción normativa”.

⁷ Marienhoff, Miguel S.: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A, N°598. Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, Argentina, Año 1988, p. 24.

tanto en el ámbito de sus potestades exorbitantes como en el de su actuación en un plano de igualdad con los particulares” (Dictamen N° 46460-2000)⁸.

Ahora bien, superado en parte el estadio conceptual, la regulación del contrato administrativo, a diferencia del contrato privado, no goza de una regulación unificada, sin embargo podemos encontrar su antecedente en diversas disposiciones de rango constitucional referidos a principios de probidad y publicidad, igualdad ante la ley y proscripción de discriminaciones arbitrarias, libertad económica (art. 8, art. 19 N° 2 y 22, art. 19 N° 21 de la Constitución Política de la República) y art. 63 del mismo texto sobre materias de ley.

Ya más específicamente, y como se hiciere mención antes, la contratación administrativa es presentada en su forma, en el art. 9 de la Ley N° 18.575, que establece como regla general el levantamiento de un procedimiento concursal, y por vía excepcional, la contratación directa.

I. LA LICITACION PUBLICA

Corresponde a un llamado abierto y público que efectúa un ente de la Administración del Estado a los particulares, requiriendo la contratación de un servicio, la adquisición de bienes o la ejecución de una obra, bajo ciertas condiciones, para que los referidos particulares manifiesten su interés presentando sus propuestas.

II. LA LICITACION PRIVADA

⁸ Sin perjuicio de lo señalado en este acápite, existe jurisprudencia judicial que ha intentado distender el concepto de “facultades exorbitantes” que detenta la administración, en aras de hacer prevalecer la garantía constitucional de igualdad ante la ley, como es posible leer en fallo de protección Rol 4272-1996, caratulado “Synapsys S.A. con Subsecretario de Salud” de la Corte de Apelaciones de Santiago

Es un proceso también público, con las mismas características de la licitación pública, pero donde el llamado a participar se reduce a un número determinado de oferentes.

III. TRATO DIRECTO O CONTRATACION DIRECTA

Es un proceso que se opone a los anteriores, por cuanto la Entidad Pública no efectúa proceso concursal alguno, sino que dispone contratar de manera directa con un proveedor determinado. Sin embargo, esta modalidad de contratación es de carácter excepcional, debiendo verificarse en los hechos, la concurrencia de ciertos supuestos específicos contemplados de manera taxativa en la normativa.

IV. LA LEY N° 19.886 DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACION DE SERVICIOS

Publicada en el Diario Oficial de 30 de julio de 2003, es también conocida como Ley de Compras Públicas, que nace de la mano de la modernización del Estado, y de las políticas destinadas a los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública, con el propósito de formular perfeccionamientos y reformas destinados a garantizar la transparencia de los procedimientos⁹

La Ley de Compras Públicas constituye una norma de base, es decir, contenedora de principios y directrices mínimos, fundamentales y obligatorios, por lo que establece la consecuente necesidad de regulación específica por vía reglamentaria, y que en su conjunto establece el marco normativo de ciertos contratos administrativos, a saber, aquellos “que celebre la Administración del

⁹ Historia de la Ley N° 19.886, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 30 de julio de 2003, pág. 9.

Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones”¹⁰.

V. EL DECRETO N° 250 DE 2004 DEL MINISTERIO DE HACIENDA QUE APRUEBA REGLAMENTO DE LA LEY N° 19.886.

Comúnmente conocido como Reglamento de Compras, es un cuerpo normativo dictado por mandato de la Ley 19.886 que refiere en diversas oportunidades a este cuerpo reglamentario con alusiones como “según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley”, “los criterios de evaluación que señale el reglamento”, “El reglamento determinará las características que deberán reunir las bases de las licitaciones”, etc.

Este cuerpo normativo complementa de tal manera a la Ley N° 19.886 que, juntamente consideradas componen una unidad normativa para la operatividad de las compras públicas, sin que sea posible considerarlas de manera apartada, tanto así que la Contraloría General de la República sostiene en Dictamen N° 50.246 de 2006 “Mediante la potestad reglamentaria se dictan las normas tendientes a poner en ejecución los preceptos de rango legal ya indicados, con estricta sujeción a lo que estos disponen. Lo anterior, por cuanto los reglamentos de ejecución y las normas de rango legal propiamente tales conforman un solo ordenamiento jurídicamente armónico e indisolublemente unido, de modo que todo el cuerpo normativo constituye aquellas normas legales que regulan la actividad. Es por ello que un reglamento de ejecución no hace más que contribuir a que la ley pueda producir efectos jurídicos plenos. Una norma de rango legal está destinada a producir efectos y carece de sentido si no puede provocarlos, por lo que toda remisión al reglamento de ejecución implica necesariamente su complementación y ejecución práctica...”.

¹⁰ Art. 1 de la Ley N° 19.886

CAPITULO 3:

El Decreto Supremo N° 1.410 de 2014, del Ministerio de Hacienda

Mediante Decreto N° 1.410 de 2014 del Ministerio de Hacienda, se introdujeron profundas modificaciones al Reglamento de la Ley N° 19.886, estableciéndose la entrada en vigencia de las mismas, para el 10 de agosto del año 2015.

Dichas modificaciones tuvieron por objeto perfeccionar el Reglamento en referencia, por cuanto a través de las mismas se propuso fortalecer ciertos valores jurídicos, protegidos por la Ley de Compras, y que se relacionan fundamentalmente con la regulación de la eficiencia del gasto público. Considerando que el Estado es el mayor comprador de bienes, obras y servicios, adquiere gran relevancia la calidad de la gestión que éste realice en dichos ámbitos, puesto que ello en definitiva impacta los niveles de desarrollo del país.

Los valores jurídicos a que aludimos, se refieren a la transparencia y publicidad de los actos de la Administración; la libre concurrencia y competencia de los oferentes; la sujeción estricta a las bases de cada procedimiento licitatorio; y la igualdad de trato para todos los participantes en el proceso licitatorio. Dichos valores propician que toda persona pueda postular con sus ofertas en las licitaciones de los organismos públicos, en los mismos términos, pudiendo así producirse, una amplia competencia entre los postulantes, lo que con mayor probabilidad redundará en ofertas competitivas, para beneficio de los organismos licitantes. Por otra parte, la transparencia y publicidad son determinantes en el objetivo de prevenir el fraude y la corrupción.

Las modificaciones introducidas por el Decreto N° 1.410, de 2014, a que hemos hecho mención, dicen relación con los siguientes aspectos.

I. TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD

En este ámbito, las modificaciones introducidas por el Decreto 1.410, se refieren a la existencia y relevancia del Manual de Procedimiento de Adquisiciones, a la probidad de los funcionarios actuantes, licitación pública, convenio marco y actuación de las comisiones evaluadoras. Estas modificaciones tienden a dotar a los procesos licitatorios de más transparencia y contribuyen a una mayor publicidad de los actos que los mismos involucran.

II. LIBRE CONCURRENCIA Y COMPETENCIA DE LOS OFERENTES

La participación de proveedores pequeños en procesos licitatorios, en condiciones de igualdad tales que implique la posibilidad real de acceder a una adjudicación, puede ser bastante difícil, puesto que es probable que no dispongan de un respaldo financiero que les permita postular, atendido, v. gr. las exigencias de garantías que pudiesen estar fuera del alcance de dichos oferentes.

Las modificaciones al Reglamento introducidas por el Decreto Supremo 1.410, contribuyen a la libre concurrencia y competencia entre oferentes, puesto que facilita que los de menor tamaño puedan establecer una unión, entre varios de ellos, para los fines de postular en conjunto, adquiriendo así la fortaleza de la que posiblemente están careciendo, individualmente.

III. SUJECCIÓN ESTRICTA A LAS BASES DE LICITACIÓN

La sujeción estricta a las bases de licitación implica que las disposiciones de las mismas han de aplicarse sin variaciones o modificaciones a lo largo de todo el proceso licitatorio; esto es, no se admite una aplicación modificando sus estipulaciones. Lo anterior no obsta a que las bases de licitación ya aprobadas puedan ser modificadas, hasta antes de la presentación de ofertas, lo cual debe sujetarse a las mismas formalidades a que se sometieron las bases que se modifican.

En suma, este principio de estricta sujeción a las bases de licitación obliga a la Entidad Licitante a que, previo a efectuar una aprobación de bases, mediante la dictación de la resolución correspondiente, deben tenerse claramente establecidas sus disposiciones, en función del objeto licitado y de los resultados que se esperan obtener.

El Decreto 1.410 introduce varias modificaciones que se relacionan con la estructuración de las bases de licitación, las que son indispensables de tener en cuenta durante el proceso de formulación de las mismas, ya que se refieren a los tipos de licitación y a las menciones mínimas que debe contener toda base de licitación.

IV. MODIFICACIONES PROCEDIMENTALES.

El Decreto N° 1.410 introduce modificaciones de carácter más bien procedimental, tales como, cumplimiento de requisitos para contratar directamente consultorías, adquisiciones inferiores a 10 UTM que privilegian materias de alto impacto social, grandes compras, readjudicaciones, documentos a publicar en el Sistema de Información, mención a conducta contractual anterior en el Registro de Proveedores, nueva función asesora para la Dirección de Compras, entre otras.

En lo que interesa a este trabajo, nos detendremos en la modificación que introduce una nueva mención a considerar en las bases de licitación, a saber, la determinación de las medidas a aplicar en los casos de incumplimiento del proveedor y del procedimiento para su aplicación.

En efecto, el Decreto N° 1.410 agregó también un artículo al Reglamento de la Ley de Compras, cual es el artículo 79 ter, con el objeto de dejar establecido algunas de las acciones que se pueden adoptar en casos de incumplimiento por parte del proveedor, a saber, aplicación de multas (las que deben tener un tope en las bases y el contrato), cobro de garantías, término anticipado del contrato, y otras

medidas determinadas en las bases de licitación. Asimismo, este artículo establece formalidades mínimas para proceder a la aplicación de estas medidas, las que deben implicar respeto a los principios de contradictoriedad e impugnabilidad. Es decir, siempre el procedimiento tiene que otorgar la oportunidad al proveedor de manifestar sus descargos, debiendo aplicarse las medidas que procedieren, mediante resolución fundada, la cual necesariamente debe pronunciarse sobre los descargos, si los hubiere, pudiendo la misma ser impugnada mediante los recursos de la Ley N° 19.880.

CAPITULO 4:

Los contratos administrativos en el sector salud y las multas

No teniendo el presente estudio, la finalidad de indagar en nociones profundas sobre el concepto de contrato administrativo, ni su clasificación dentro del derecho de contratos, y apegándonos a la definición que hemos citado en el capítulo anterior, estimamos necesario hacer presente el carácter amplio de estos pactos celebrados por un ente público preeminente, que le permite vincularse con un privado, para el logro de un objetivo público.

Siendo uno de los temas más relevantes y mediáticos en las políticas de salud pública (y, por cierto, los que involucran una importante destinación del presupuesto asignado a este sector), el levantamiento de infraestructura asistencial, nos referiremos al concepto de contrato de ejecución de obra pública, el que puede definirse como un acuerdo de voluntades entre la Administración con un tercero, llamado contratista, para construir una obra inmueble por un precio determinado. Puede revestir diversas modalidades, de las cuales las principales son “a suma alzada” (Aquel en que la oferta es a precio fijo, por lo que las cantidades de obras se entienden inamovibles, salvo aquellas partidas especificadas en los documentos de licitación cuya cubicación se establezca a serie de precios unitarios, y cuyo valor corresponde a la suma de las partidas fijas y a la de los precios unitarios, si los hubiere¹¹) o “Contrato a Serie de Precios Unitarios” (Aquel en que la oferta es a serie de precios unitarios fijos aplicados a cubicaciones provisionales de obras establecidas por el Servicio, y cuyo valor total corresponde a la suma de los productos de los referidos precios por dichas cubicaciones¹²). La regulación principal de esta clase de contratos se encuentra en el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 75, de 2004, cuerpo

¹¹ ¹² Presentación digital ppt., “Del Contrato de Obra Pública”, División de Infraestructura y Regulación Subdivisión Jurídica, Contraloría General de la República, Santiago de Chile, 2012

normativo que a su turno, define al contrato de obra pública señalando “Es un acto por el cual el Ministerio encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinan los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales” (art. 4 N° 15).

Convive también con estos instrumentos, el contrato de concesión de obra pública, el cual es un acuerdo de voluntades de la Administración con un contratista para ejecutar, reparar o conservar una obra inmueble a su costa, con cargo a tarifas pagadas por los usuarios de la obra.

En el caso de los contratos de ejecución de obras en salud, los mandantes (Servicios de Salud) establecen su propia regulación en bases de licitación pública elaboradas por dichos órganos, aplicando de manera subsidiaria, diversos cuerpos normativos atinentes a aspectos contractuales (como la Ley y Reglamento de compras públicas) y constructivos (principalmente el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 75, de 2004).

Por cierto, estos pliegos de condiciones contenidos en las bases de licitación, no pueden ser levantados en términos arbitrarios, de momento que están sometidos al control de mérito que incumbe a la propia Administración en su calidad de Entidad Licitante (expresada en un acto administrativo aprobatorio del texto de las bases, debidamente fundado), como también al control preventivo de juridicidad que compete de manera exclusiva a la Contraloría General de la República, según la Ley N° 10.336 y la Resolución N° 7, de 2019¹³, de dicho ente de control, que fija normas sobre exención del trámite de toma de razón, de acuerdo a la cual, se

¹³ Conforme con lo señalado en el artículo transitorio de la resolución N° 7, de 2019, el Contralor General dictará en marzo de 2019 una resolución para determinar los montos en unidades tributarias mensuales a partir de los cuales los actos que se indican quedarán sujetos a toma de razón. Lo anterior se ha plasmado en Resolución N° 8, de 27 de marzo de 2019, que entró en vigencia a partir del 1 de julio de 2019.

encuentra afectos a dicho control las adquisiciones para la ejecución de obras públicas por trato directo o licitación privada por un monto superior a 10.000 UTM y las adquisiciones para la ejecución de obras públicas por licitación pública por un monto superior a 15.000 UTM.

Y, por último, existe un control que podría llamarse “ciudadano”, en virtud del cual, los particulares pueden efectuar sus alegaciones a objeto de observar los procesos de adquisición de obra pública, sea ante la propia Entidad Mandante, ante el Tribunal de Contratación Pública (tratándose de procesos de licitación hasta la adjudicación de los mismos), ante la judicatura ordinaria (recurso de protección) o mediante reclamo administrativo, ante la Contraloría General de la República.

CAPITULO 5:

Multas, naturaleza a la luz de la jurisprudencia administrativa, doctrinal y judicial reciente

Asentado ya, tal vez de modo mezquino, el contexto o antecedente que persigue el desarrollo del tema central del presente trabajo, es que nos corresponde exponer uno de los elementos doctrinariamente más diferenciados en materia de contratación administrativa (y aun así, escasos en literatura), concretamente lo referente a la aplicación de multas por el Estado ante incumplimientos de proveedores, donde han separado aguas, por una parte, la Contraloría General de la República, quien, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley N° 10.336, tiene la exclusiva facultad de ir construyendo jurisprudencia en materia administrativa y dar el carácter de vinculante a ella, para con los Órganos de la Administración del Estado que se encuentren bajo su fiscalización, y por la otra, la jurisprudencia judicial, que actúa conforme al llamado “efecto relativo de las sentencias”, por el cual una sentencia es obligatoria sólo respecto del caso concreto en que se pronunció y, por ende, no constituye lo que se denomina un precedente, tal como lo señala el inciso segundo del artículo 3 del Código Civil, la cual, sin embargo, ha ido de la mano de la mayoría doctrinaria que informa sobre esta materia.

Es un ejercicio muy recurrente en ensayos y obras jurídicas, el recurrir a la Real Academia de la Lengua para dar sentido a un vocablo o frase, y no estimamos baladí repetir esta sana práctica en aquel catálogo lingüístico, que define “multa” como “Sanción administrativa o penal que consiste en la obligación de pagar una cantidad determinada de dinero”¹⁴.

¹⁴ Diccionario de la Real Academia Española, plataforma electrónica <https://dle.rae.es/?id=XrQm9i9>

Ahora bien, originalmente las multas, sean entendidas como medida contractual o como sanción administrativa, son mencionadas de manera muy dispersa y escuálida en el texto original de la Ley 19.886.

En efecto, el Proyecto de Ley discutido en el Congreso, contempla menciones como: “Art. 9 ... En caso que un proponente se adjudique la licitación y desista de la celebración del contrato, la caución será cobrada a título de multa”; “Art. 10... Con cargo a ella se harán efectivas las multas y otras sanciones que afectaren al contratista”; “Art. 12... La Superintendencia de Valores y Seguros estará facultada para autorizar que las compañías de seguros otorguen pólizas de garantía en la forma indicada, las que cubrirán, además, las multas estipuladas en los respectivos contratos”; en fin. Sin embargo, resulta revelador lo que el Mensaje Presidencial señala sobre las facultades contractuales que posee la Administración en estos contratos, de momento que refiere “Estas se fundan en que la Administración representa los intereses colectivos. Las facultades son, interpretar administrativamente el contrato; ponerle término anticipado; modificarlo por causa de interés público; imponer administrativamente las multas pactadas; y retener estados de pago en caso de existir mora en el pago de las imposiciones de los trabajadores que emplea el contratante en el objeto del contrato”¹⁵.

Lo que llama la atención en la historia de la norma, es la potencia con que se alude a la voz multa, equiparándola a una sanción, y más aún, situándola junto a otras medidas gravosas para el cocontratante, por ejemplo, la posibilidad de modificar el contrato por razones de interés público, de momento que *deben* ser impuestas administrativamente, razonamientos que nos alejan del equilibrado escenario que construyen los contratantes privados, quienes cuentan con la garantía recíproca establecida en la *ley del contrato* (art. 1545 del Código Civil)¹⁶.

¹⁵ Historia de la Ley N° 19.886, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 30 de julio de 2003, pág. 17.

¹⁶ Contraloría General de la República ha sido invariable, en el sentido que, tratándose de multas en contratos administrativos regidos por la Ley 19.886, la administración no tiene opción, sino más

Finalmente, el texto definitivo que fuere promulgado en 2003, hace alusión en su art. 11 inciso 3º: “Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas”, sin que existiera, ni en la Ley ni en el Reglamento, algún tratamiento más acucioso como para permitir entender cabalmente la naturaleza de este elemento incluido en los contratos que celebra la Administración.

Ahora bien, con la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 1.410 de 2014 del Ministerio de Hacienda, que modifica al Reglamento de la Ley N° 19.886, y no obstante la ausencia de un antecedente formal para indagar en la historia de la discusión de las modificaciones, pareciera ser que, se tiende a suavizar o disfrazar el vocablo multa, de momento que el art. 64 modificado, a propósito del contrato de suministro y servicio y su contenido mínimo, establece entre otros “las *medidas* a ser aplicadas por eventuales incumplimientos del proveedor”. Misma idea se advierte en el encabezado del Párrafo 7 “*Efectos* derivados del incumplimiento contractual del proveedor” y nuevo art. 79 ter “En caso de incumplimiento por parte de los proveedores de una o más obligaciones establecidas en las bases y en el contrato, la Entidad podrá aplicar multas...”, agrega el inciso 2º “Con todo, las *medidas* que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento. Si la *medida* a aplicar consistiere en el cobro de multas, las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo para su aplicación.”, y el inciso 3º “Asimismo, las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de las *medidas* establecidas para los casos de incumplimientos... La *medida* a aplicar deberá formalizarse a través de una resolución fundada”.

Como es posible advertir, las modificaciones del Decreto N° 1.410 de 2014, tienen especial cuidado en no hablar de sanción o pena para referirse a las multas, y en

bien, se encuentra en el “imperativo” de aplicarlas (V.gr. Dictámenes N°s. 5.633/2011, 19.472/2011, 11.273/2018, 31.421/2018).

su lugar sólo se refieren a ellas como “medidas”, atenuando considerablemente la fuerza -¿punitiva?- que originalmente tenía la multa, haciéndole, de paso, un guiño a la tesis de Contraloría General de la República, cuyos planteamientos, desarrollaremos en el punto siguiente.

I. MULTAS EN CONTRATO REGIDOS POR LA LEY 19.886, A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA.

Como se hiciere cita con anterioridad, los dictámenes emanados de Contraloría General de la República tienen la virtud de ser vinculantes para todos los Órganos de la Administración del Estado sometidos a su fiscalización. Ello resulta fundamental a la hora de exponer la tesis que el Ente fiscalizador ha construido jurisprudencialmente respecto de la naturaleza jurídica de las multas aplicadas en el contexto de un contrato administrativo, dada la repercusión de esta fuente.

Así dadas las cosas, Contraloría ha informado de manera reiterada que las multas aplicadas por la Administración a proveedores del Estado, revisten no el carácter de una infracción, ni una sanción, sino que responden al natural efecto asociado al incumplimiento contractual, es decir, un mero resultado de lo ya previsto en tales pactos para el caso de verificarse alguna inobservancia por parte del prestador. En la abundancia de la jurisprudencia nacida en la potestad dictaminante del Ente Contralor, podemos citar a modo ejemplar lo señalado en Dictamen N° 21.861 de 2018, donde se expresa que las multas “no revisten la calidad de una sanción administrativa. Más bien se trata de una consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato”.

En Dictamen N° 34.523 de 2013, el Órgano Contralor va más allá, cuando señala: “el fundamento que origina la multa es un incumplimiento contractual y que no reviste la naturaleza de una sanción administrativa. Más bien se trata de la consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el

contrato, correspondiendo a la mera ejecución de las estipulaciones de tales acuerdos de voluntades y no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado”, y también agrega “los dictámenes Nos 30.642, de 1989, 5.287 y 6.010, ambos de 1992, entre otros, han reconocido que las estipulaciones contractuales que contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal, la que se encuentra definida por el Código Civil en su artículo 1.535 como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal, disposición que se aplica supletoriamente a las contrataciones regidas por la Ley N° 19.886 según lo prevé su artículo 1° antes aludido”.

El último de estos dictámenes resulta ilustrativo de la tesis de Contraloría, por cuanto explícitamente equipara las multas en comento, a la institución de la cláusula penal prevista en el art. 1.535 del Código Civil, cuerpo normativo aplicable a los contratos administrativos regidos por la Ley 19.886 de manera residual.

CRITICAS A LA TESIS DE CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Sostiene el Ente Fiscalizador, que las multas responden a un efecto natural de los contratos, y específicamente derivado del incumplimiento, como una situación ya prevista en los mismos.

Para tal afirmación, Contraloría General pone énfasis en la aplicación subsidiaria que recibe el derecho civil en materia de contratación administrativa, conforme se lee en el art. 1° de la Ley 19.886, de lo cual se desprende que, salvo la pertinencia o no de su aplicación por parte de la Administración, el Órgano de Control ha

sostenido permanentemente que corresponde a los tribunales ordinarios de justicia pronunciarse sobre las controversias relativas al monto de las multas¹⁷.

Luego, Contraloría General de la República va más allá y expresa que las multas equivalen a la institución de la cláusula penal, prevista en el art. 1535 del Código Civil.

Lo afirmado aquí no es un hecho pasivo (tanto para el mundo civilista como para los administrativistas), y por ende criticable, por cuanto, pareciera pasar por alto que la regulación subsidiaria que señala el aludido art. 1º de la Ley 19.886 principia con las normas de derecho público, marco normativo que nos sitúa en territorio que dista en su naturaleza e instituciones, respecto de lo que en materia contractual nos presenta el derecho privado.

En esta línea de crítica, equiparar las multas a una cláusula penal, resulta difícil de sostener, por cuanto si esta convención accesoria responde a una evaluación previa o anticipada de los daños que las partes, de común acuerdo, efectúan como previsión ante el incumplimiento de alguna de ellas (según la noción civilista), ello pugna con la realidad del ejercicio que presenta la contratación administrativa, donde el establecimiento de multas tiene su origen en un acto unilateral, determinado por la Administración en sus pliegos de condiciones para la ejecución de un contrato, en que la sanción (o medida, si aquí se prefiere) no podría tener un carácter resarcitorio para la Entidad Licitante, de momento que cuantificar previamente los daños que ella experimenta por el incumplimiento del proveedor, no resulta factible, atendido el objetivo que persigue uno y otro contratante (beneficio colectivo frente a beneficio propio).

En efecto, si pensamos que un contratista no cumple con el encargo que un Servicio de Salud le encomienda, de construir un hospital (o cumple de modo

¹⁷ Dictámenes N°s. 65.248 de 2011, 8.297 de 2012, 13.354 y 31.848 de 2014.

deficiente), podríamos estimar que el daño provocado debe vincularse a la mera obra material inconclusa, sin embargo para este Mandante, el daño se extiende más allá, atendido los objetivos que persigue, por ejemplo, con los objetivos sanitarios planificados, con la entrega a la comunidad de mejor infraestructura, con las expectativas de la población beneficiaria de contar con un establecimiento que responda a sus demandas, en fin, el bien común, cuestiones todas difíciles de valorizar, por lo que cuantificar previamente tales factores para efectos el cálculo de una multa por incumplimiento contractual, si es que se insiste en considerar a aquella como una cláusula penal, se vuelve un ejercicio impracticable e inverosímil.

Por otra parte, y siendo la cláusula penal en el derecho privado, un elemento accidental inserto en el concurso de voluntades, y como tal, optativo en su ejercicio para quien tiene su acreencia, surge que, en contrapartida, la Administración no tiene tal nivel de discrecionalidad, y muy por el contrario, verificado que sea un incumplimiento por parte del contratista, la Entidad Licitante se encuentra en el imperativo de aplicar las multas. En efecto, pese a la equivalencia que efectúa Contraloría General de las multas con la cláusula penal, la fuente de jurisprudencia administrativa ha sido uniforme, en orden a que los Órganos de la Administración deben inexorablemente aplicar las multas, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad administrativa por omisión a los deberes funcionarios¹⁸.

Finalmente, en un aspecto de suyo relevante, y que dice relación con la prescripción extintiva para la aplicación de multas, donde el situarnos en la tesis contractual implica aplicar el largo plazo de 5 años del art. 2515 del Código Civil (en la vereda contraria, la tesis del *ius puniendi* hace aplicable el plazo contemplado en el art. 94 del Código Penal, es decir, 6 meses), se ha criticado tal aspecto de la tesis en estudio, por cuanto “existe jurisprudencia de la Contraloría

¹⁸ Dictámenes N° 23.048, 23.050, 26.232 y 56.887, todos de 2011 y N° 11.273 y 31.421 de 2018

que, por la vía de desconocer ciertas características o elementos del Derecho Civil, le niega a estas sanciones la naturaleza contractual. (...) La aplicación parcial actualmente vigente entrega a la Administración ciertas ventajas del Código Civil (como la prescripción de largo tiempo de cinco años, para imponer las multas), pero no ciertos límites que benefician al particular contratante (como la excepción de contrato no cumplido)¹⁹.

II. MULTAS EN CONTRATO REGIDOS POR LA LEY 19.886, A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA RECIENTE DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

En contrapartida a Contraloría General de la República, pero con un carácter meramente informativo (en el caso de la doctrina) y de efecto relativo aplicable exclusivamente para quienes son parte de un determinado conflicto (fallos de Tribunales Superiores de Justicia), podemos advertir aquella posición que francamente sitúa a las multas en contratos administrativos como el ejercicio del poder punitivo del Estado, una sanción que es el ejercicio puro de las facultades exorbitantes que ostenta aquel y sobre las cuales no les es facultativo sino imperativo aplicarlas²⁰.

¹⁹ Lledó Veloso, C., & Pardo Donoso, J. (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Santiago, Chile (82), pág. 65.

²⁰ Debemos ser rigurosos, en cuanto a que hay autores que en algún momento (antes de la modificación al Reglamento de la Ley 19.886) adhieren o van en la línea de la tesis contractual de las multas aplicadas por la Administración, como plantea Contraloría General de la República (Ver: 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), págs. 123-156)

En efecto, cuatro autores de nuestra doctrina nacional, cuáles son: Lara Arroyo²¹, Moraga Klenner²², Barra Gallardo y Celis Danzinger²³, critican duramente la tesis de Contraloría General de la República, sosteniendo que las multas son real expresión del *ius puniendi* del Estado, por tratarse éstas de verdaderas sanciones administrativas.

Sostiene la doctrina que las multas son una reacción de la Entidad Contratante, prevista, por cierto, en el pliego de condiciones que ella misma elabora y propone a quien se interese en contratar y (según sea el proceso) se adjudique o se seleccione, sin que este cocontratante cuente con la atribución de negociar o discutir el contenido de las estipulaciones.

Como consecuencia de lo expuesto, y dado que las multas en contratos administrativos son expresión del derecho punitivo, resultará necesario que la aplicación de estas sanciones debe sujetarse a principios formales y sustanciales del Derecho Administrativo Sancionador, a saber:

- a) Legalidad, tipicidad y prescripción, según el cual, se requiere la existencia de una norma previa que describa la conducta que se sanciona, y el plazo dentro del cual es posible perseguir su incumplimiento.
- b) Principio de culpabilidad, de acuerdo al cual, la culpa del particular debe hallarse debidamente fundada y acreditada.
- c) Debido proceso, principio señero de rango constitucional que asegura al particular a ser oído y defenderse.

²¹ Lara Arroyo, José Luis. Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la contratación administrativa bajo la Ley N° 19.886, publicado en “Sanciones Administrativas” IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, 2014, pág. 384.

²² Moraga Klenner, Claudio. La Actividad Formal de la Administración del Estado. Tratado de Derecho Administrativo. tomo VII. Chile: Legal Publishing, 2010, pág. 324-326

²³ Barra Gallardo, Nancy & Celis Danzinger, Gabriel. Contratación administrativa bajo la ley de compras, Thomson Reuters Chile, 2018, pág. 222-226.

e) Irretroactividad, proporcionalidad y doble sanción. El primero de ellos es irrelevante, dado que las infracciones se encuentran descritas en el pliego de condiciones. No obstante, el de proporcionalidad es la vinculación directa entre la Entidad del incumplimiento y el quantum de la multa en sí. Y finalmente, el de doble sanción, refiere a no ser sancionado nuevamente por el mismo hecho.

El Decreto Supremo 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, sobre Reglamento de la Ley 19.886, señala en su art. 79 ter: “las medidas que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento” “las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de las medidas... que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad” “La medida a aplicar deberá formalizarse a través de una resolución fundada” “En contra de dicha resolución procederán los recursos dispuestos en la Ley N° 19.880”.

Como es posible advertir, la normativa transcrita hace eco de los principios de derecho punitivo descritos más arriba.

Enseguida, la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores, siguiendo ésta línea de argumentación, ha informado en recientes fallos el carácter de sanción que revisten las multas.

“La aplicación de una multa impuesta por la Administración en el marco de los contratos administrativos de la Ley N° 19.886, constituye una sanción administrativa o bien una manifestación de la potestad sancionadora de la Administración, en tanto se trata de una reacción que el ordenamiento atribuye a un obrar que se considera ilícito en el contexto de una relación de Derecho Público, cuestión por la que en definitiva se persigue reponer un equilibrio que se

ve quebrantado con motivo del incumplimiento del contratista y que se materializa a través de un acto administrativo”²⁴.

Misma idea ha expresado el máximo tribunal, haciéndose cargo incluso de la fuente que origina las multas, es decir, el pliego de condiciones establecido por la Administración: “la fijación de multas con ocasión de los incumplimientos descritos por la recurrida, de modo alguno se condicen con la atribución de competencias propias de un Órgano diverso, pues, su inclusión en las bases de licitación no es más que la expresión de la potestad sancionatoria del Estado como consecuencia del incumplimiento de un contrato administrativo de la Ley N°19.886”²⁵.

En fin, también es posible constatar la existencia de fallos que conceptualizan a las multas con una pena o sanción administrativa prevista en este tipo de contratos (a modo de ejemplo: fallos de casación Rol de Ingreso Corte Suprema N° 13.986-2013, Rol N° 3.389-2015, y Rol N° 38.856-2017).

CONCLUSIONES

CRITICAS A LA TESIS DE LA DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL.

La principal crítica que enfrenta la tesis en estudio, se enfoca en la fuente de las sanciones administrativas. En efecto, la potestad sancionadora del Estado, como manifestación del derecho punitivo, reconoce como fuente exclusiva a la norma previamente establecida (la ley y en menor medida la potestad reglamentaria) y difícilmente pudiere originarse en un pacto contractual, por cuanto ello implicaría

²⁴ Sentencia de reemplazo de fecha 21 de diciembre de 2017, dictada en recurso de casación Ingreso rol N° 4001-2017, de la Corte Suprema.

²⁵ Sentencia que resuelve recurso de apelación de amparo económico, de fecha 4 de julio de 2017, dictada en causa rol N° 6080-2017, de la Corte Suprema.

pasar por alto un elemento esencial del *ius puniendi* como es, el principio de tipicidad.

Por otra parte, en el caso de las multas establecidas en el ordenamiento normativo como expresión pura de la actividad fiscalizadora del Estado, tales sanciones deben ser aceptadas de modo obligatorio por los administrados. Pensamos de modo práctico, en la hipótesis de un restaurant, para quien, el cumplimiento de normas sanitarias y eventualmente el ser sancionado por incumplirlas, no es una cuestión que pueda ser objeto de pacto o acuerdo entre fiscalizador y fiscalizado, mientras que para el caso de las multas aplicadas en un contrato administrativo, ello supone el concurso de voluntades, y aun cuando se observe que el proveedor no concurre a la creación de las cláusulas contenidas en el pliego de condiciones, siempre será soberano de presentarse o no a la firma del respectivo contrato, y por ende, de aceptar o no las multas contenidas en el mismo.

En definitiva, la tesis judicial y doctrinaria, aparenta ser dubitativa al momento de enfrentar la crítica y se refuerza no tanto en lo que en sí misma ofrece, sino más bien adquiere fuerza en los reproches que plantea sobre la tesis de la jurisprudencia de Contraloría General de la República.

Sin duda que, en la consecución de objetivos por parte de la Administración, esto es, el bienestar común, se ha constatado la necesidad de éste de llamar en colaboración a privados, de quien se requieren bienes y servicios.

Particularmente en el sector de la salud pública, ello compromete a la Administración de modo especialmente sensible, de momento que la sociedad reclama como uno de sus temas prioritarios, el contar con prestaciones oportunas y de mayor calidad para la población beneficiaria²⁶, debiéndose encaminar

²⁶ Según la Encuesta del Centro de Estudios Públicos (CEP) del mes de mayo de 2019, después de los temas “delincuencia” y “pensiones”, la población pone en relevancia a la salud, al contestar

esfuerzos en la inversión de recursos para poder aumentar la oferta de profesionales de la salud, medicamentos e insumos, y por cierto, contar con infraestructura mayor y más moderna.

Por otra parte, y a objeto de propiciar esta relación simbiótica, el Estado intenta mostrarse atractivo y como una real oportunidad de negocios para con las empresas de todo tipo, añadiendo un sentido de colaboración a los índices de productividad y desarrollo del país²⁷.

Conforme a un estudio levantado por el Banco Interamericano de Desarrollo²⁸, en Chile, convive por una parte, la apertura económica de las exportaciones a grandes mercados (siendo Asia y Europa los principales demandantes) mediante acuerdos de libre comercio o acuerdos de complementación económica, y por otra parte, la disciplina en la gestión pública del presupuesto interno, inspirado ello en factores cada vez más cuidados, de transparencia y probidad en el gasto público.

Precisamente la modificación al Reglamento de Compras Públicas, mediante Decreto Supremo N° 1.410 de 2014, del Ministerio de Hacienda, recoge dicha realidad, y como ya se hizo referencia, viene a fortalecer ciertos valores jurídicos, protegidos por la Ley de Compras, y que se relacionan fundamentalmente con la regulación de la eficiencia del gasto público. Por tal razón es que resulta

la pregunta ¿Cuáles son los tres problemas a los que debería dedicar el mayor esfuerzo en solucionar el Gobierno? (disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190612/20190612104953/encuestacep_mayo2019.pdf).

²⁷ El Portal de Mercado Público informa que “Transacciones de organismos a través de ChileCompra superaron los US\$ 5.916 millones durante el primer semestre” (<https://www.chilecompra.cl/2019/08/transacciones-de-organismos-a-traves-de-chilecompra-superaron-los-us-5-916-millones-durante-el-primer-semester/>)

²⁸ Evaluación del Sistema Nacional de Compras y Contrataciones Públicas (CPAR) 2008, Documento del Banco Interamericano de Desarrollo y del Gobierno de Chile, disponible en <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/evaluacion-del-sistema-de-compras-y-contrataciones-publicas-de-chile-cpar.pdf>

interesante detenerse y revisar el comportamiento de las compras públicas, y en definitiva si la Administración cumple su mandato responsablemente y si el particular, está viendo en el nicho de estas compras, una real oportunidad de crecimiento, donde la aplicación de multas resulta un tema de suyo álgido para la relación de colaboración, por lo que entender la naturaleza de estas sanciones (o medidas, según prefiera el lector) se vuelve clave.

Sin embargo, abordados ya los argumentos que sostienen una y otra tesis que pretenden fijar la naturaleza de las multas aplicadas en un contrato administrativo, y dado el disímil rol de las partes que se ven en uno y otro extremo de este vínculo jurídico, nos resulta difícil poder sostener una visión privatista de aquellas, por cuanto no es posible afirmar que este acápite accidental de los instrumentos que suscribe la Administración con el proveedor para el incumplimiento de éste último, sea previamente consensuada por éstos, y pese a que la fuente de las multas en este caso no tenga origen normativo ni persiga un fin fiscalizador, como naturalmente se concibe a éstas, lo cierto es que, ellas responden a una previsión impuesta por el Ente Estatal, restándole al interesado, únicamente concurrir o no a su aceptación.

Como bien razonó la Corte Suprema “Precisamente, es la evaluación de aquellas circunstancias, que determinados prestadores deciden no intervenir en calidad de oferentes, en razón de que su participación en el proceso de licitación, queda supeditada al resultado obtenido de la relación costo-beneficio que han de asumir en base al cumplimiento de obligaciones predeterminadas”²⁹.

Apartados entonces del razonamiento privatista, emerge lo que, a nuestro entender, es aquella postura que se ajusta más a los elementos que informan a las multas en contratos administrativos, tal como ya en 1996 el Tribunal Constitucional sostenía: “los principios inspiradores del orden penal contemplados

²⁹ Sentencia Rol N° 6080-2017, de la Corte Suprema, ya citada.

en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, esto en la medida que ambos constituyen distintas manifestaciones del *ius puniendi* del Estado”³⁰.

Sin embargo, esta afirmación debe ser entendida con los matices propios que distinguen a las multas como expresión de la natural labor de fiscalización ejercida por ciertos Entes Estatales con fuente normativa, de aquellas multas objeto de la imperativa labor de persecución del proveedor incumplidor de sus obligaciones contractuales, que también debe aplicar la Administración cuando actúa como contratante.

Así entonces, la multa en materia contractual administrativa surge inexorablemente como una verdadera sanción, la cual es una reacción a una conducta infraccional del proveedor, respecto de las obligaciones que éste asumió con la Administración, hipótesis previamente prevista por la Entidad en su pliego de condiciones, aplicada mediante un proceso racional, contradictorio e impugnabile.

Hacemos nuestro lo razonado por la Iltrma. Corte de Apelaciones de La Serena, tribunal que conociendo un reclamo de ilegalidad interpuesto por un contratista sancionado con multa por parte de la Intendencia de la Región de Coquimbo, en el contexto de la ejecución de un proyecto constructivo, finalmente resolvió “la sanción de multa es una manifestación de la potestad sancionatoria del Estado, aun cuando la infracción que la causa se configure por el incumplimiento de algún deber cuyo origen puede hallarse en un vínculo contractual preexistente entre la Autoridad Administrativa y un particular, puesto que no cabe duda que aquí a la Administración se le reconoce *ab initio* una potestad de autotutela mediante la imposición de consecuencias jurídicas destinadas a castigar determinadas

³⁰ Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional, en causa rol N° 244-1996, sobre Control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley N° 4.601, Ley de Caza.

conductas previamente establecidas en las Bases Generales, la cual no responde en su naturaleza a las sanciones típicamente civiles, pues aquí la Administración (el Gobierno Regional) no actúa como simple contratante que pretende una consecuencia jurídica contractual frente al particular, sino antes bien actúa como autoridad pública que tiene la potestad (por sí misma) de imponer una sanción a un particular verificado un supuesto de infracción normativo”³¹.

³¹ Fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de La Serena en Reclamo de Ilegalidad caratulado “Jorge Fonseca Dittus con Sr. Intendente de la IV Región de Coquimbo”, rol N° 220-2011, que fuera conocido también por la Corte Suprema mediante recurso de queja (rol 9727-2011).

BIBLIOGRAFÍA

Nancuante Almonacid, Ulises & Sotomayor Klapp, Roberto, “Derecho de la Salud”, Editorial ConoSur Lexis Nexis, 2001

Barra Gallardo, Nancy y Celis Danzinger, Gabriel. Contratación administrativa bajo la ley de compras, Thomson Reuters Chile, 2018.

Bermúdez Soto, Jorge, Derecho Administrativo General, 2ª Edición Actualizada 2011, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile.

Celis Danzinger, Gabriel, Los Contratos Administrativos, 2ª Edición Actualizada, Editorial El Jurista, Santiago, 2018.

Marienhoff, Miguel S.: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IIIA, N°598. Editorial Abeledo –Perrot, Buenos Aires, Argentina, Año 1988.

Historia de la Ley N° 19.886, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 30 de julio de 2003.

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)

Lara Arroyo, José Luis. Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la contratación administrativa bajo la Ley N° 19.886, publicado en “Sanciones Administrativas” IX Jornadas de Derecho Administrativo, Legal Publishing Chile, 2014.

Lledó Veloso, C., & Pardo Donoso, J. (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Santiago, Chile (82).

Presentación digital PPTT., “Del Contrato de Obra Pública”, División de Infraestructura y Regulación Subdivisión Jurídica, Contraloría General de la República, Santiago de Chile, 2012.

Moraga Klenner, Claudio. La Actividad Formal de la Administración del Estado. *Tratado de Derecho Administrativo*. tomo VII. Chile: Legal Publishing, 2010.