



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO

LA VÍA JUDICIAL EN LAS COMPRAS PÚBLICAS

LUIS CÉSAR A. SALINAS MUÑOZ

Artículo académico presentado 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

2020

La Vía Judicial en las Compras Públicas.

Luis César A. Salinas Muñoz.

Universidad Finís Terrae.

luiscesarsm@gmail.com

luis@salinasyojeda.cl

Resumen

El presente artículo se propone analizar la vía judicial en la compras públicas dividida en 2 fases, la primera de conocimiento del Tribunal de Contratación Pública, en la cual se abordara la expansión de su competencia, los parámetros de la suspensión del procedimiento licitatorio y, en el caso de que se deniegue ésta, la impugnabilidad de dicha resolución mediante el recurso de apelación, la segunda de competencia de los tribunales civiles, se examinará las multas que se aplican durante la vigencia del contrato administrativo.

Palabras clave: Tribunal de Contratación Pública, competencia expansiva, suspensión de la licitación, apelación, multas del contrato administrativo.

Abstract

This article intends to analyze the judicial process in public procurement divided into 2 phases, the first one of knowledge of the Public Procurement Court, in which the expansion of its competence, the parameters of the suspension of the bidding procedure and, in If this is denied, the impugnability of said resolution through the appeal, the second under the jurisdiction of civil courts, will examine the fines that apply during the term of the administrative contract.

Key words: Public Procurement Court, expansive competition, suspension of the tender, appeal, fines of the administrative contract.

1.- Introducción.

La Ley N° 19.886 ciertamente significó un gran avance, no solo desde la perspectiva de las compras públicas, sino que también respecto a la creación de los tribunales contenciosos administrativos en nuestro país.

El capítulo V del señalado cuerpo normativo creó al Tribunal de Contratación Pública, estableció sus atribuciones y el procedimiento par sustanciar la acción de impugnación, la que solo procede respecto de controversias acaecidas entre la aprobación de las bases y la adjudicación, ambos actos inclusive.

En las siguientes líneas nos proponemos analizar algunos temas de interés de dicha judicatura, principalmente referente a los temas que son de su competencia, lo cual en apariencia es un asunto pacífico; también intentaremos analizar bajo que parámetros se ha dictado la suspensión del procedimiento licitatorio y que se debe tener en vista a la hora de realizar dicha solicitud, cuestión del todo relevante en este tipo de juicios; posteriormente teniendo presente el carácter breve y sumario del procedimiento, se estudiará si es procedente o no la sustanciación de la apelación en caso de una resolución denegatoria a la solicitud de suspensión y la jurisprudencia al efecto.

Finalmente se examinará la vía judicial posterior al acto de adjudicación, la que es de conocimiento de los tribunales civiles, en esta fase el estudio se centrara en algunas materias relativas a las multas aplicadas por la Administración del Estado a proveedores o prestadores de servicios, la naturaleza jurídica de estas y la jurisprudencia administrativa y judicial relacionada.

2.- La vía judicial desde la aprobación de las bases hasta la adjudicación.

Al abordar la vía judicial que comprende desde la aprobación de las bases administrativas hasta el acto de adjudicación, ambos actos administrativos inclusive, nos estamos refiriendo a aquellos litigios que son de competencia del Tribunal de Contratación Pública (en adelante TCP), puesto que conforme al artículo 24 de la Ley N° 19.886, éste es el órgano competente para conocer las controversias suscitadas entre esos actos.

Tanto la parte orgánica como la parte procedimental del TCP están reguladas principalmente en el capítulo V de la Ley N° 19.886, en el cual por medio de los artículos 22 al 27 se regulan ambas materias, debido a la sucinta regulación, el mismo legislador

contempla que será al Excelentísima Corte Suprema la que mediante un auto acordado regulará ciertas materias relativas al funcionamiento del TCP. Es en virtud del mencionado mandato que se han dictado diversos autos acordados relativos a esta judicatura, siendo el vigente en la actualidad el Acta 165-2018 de fecha 5 de octubre de 2018. A lo anterior, se suma el hecho de que procedimentalmente y en carácter supletorio, se aplican las normas del Libro I del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) y las del juicio ordinario de mayor cuantía, siempre que sean conciliables con la naturaleza breve y sumaria del procedimiento ante el TCP, situación que ya nos parece una mala técnica legislativa, por cuanto, pareciera ser que si la naturaleza de este tipo de litigios es breve y sumaria lo idóneo sería la supletoriedad del juicio sumario y no las del ordinario de mayor cuantía, que es de lato conocimiento.

Fundamentalmente y como primera aproximación debemos señalar que el TCP es competente para conocer de la acción de impugnación, la cual en su esencia es un reclamo por exceso de poder y que busca la nulidad del acto administrativo licitatorio¹. La demanda se interpone en el plazo de 10 días contados desde el conocimiento del acto y/o contrato, o bien, desde la publicación del mismo y, estará legitimado para su interposición todo aquel que tenga un interés actualmente comprometido en el procedimiento licitatorio o de contratación. Además, esta impugnación debe ser motivada por la ocurrencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario que se suscite entre la aprobación de las bases y la adjudicación, ambos actos inclusive y durante su tramitación cabe la posibilidad de solicitar la suspensión del procedimiento licitatorio como medida cautelar especial.

Dicha acción es procedente respecto de los procedimientos administrativos de contratación de los órganos regidos por la Ley N° 19.886 (artículo 24 incisos 1° y 2° de la Ley N° 19.886), de los rechazos o aprobaciones de las inscripciones en la Dirección de Compras y Contratación Pública (artículo 16 inciso 6° de la Ley N° 19.886) y lo referente a los contratos relacionados con la ejecución y concesión obras públicas (artículo 3 letra e) inciso 3° de la Ley N° 19.886); en lo que respecta a estas materias podemos decir que es pacífico su conocimiento por parte del TCP.

¹ MUÑOZ, (2004), p. 13.

Teniendo presente lo anterior, se deben abordar ciertos temas de interés para comprender la evolución y analizar ciertos tópicos de relevancia en la litigación de uno de los pocos tribunales contenciosos administrativos de nuestro país.

2.1.- Competencia del TCP, ¿Un asunto zanjado?

Tal como se señaló precedentemente, es pacífico que el TCP es competente para conocer, por medio de la acción de impugnación, ciertas materias que expresamente se contemplan en la Ley N° 19.886, pero ¿Son las únicas materias sobre las cuales tiene facultades para conocer? Al respecto, la doctrina basándose en ciertos fallos del propio TCP han ido construyendo paulatinamente una visión expansiva de los asuntos que conoce esta judicatura.

Ahora bien, es menester reiterar que se ha entendido mayoritariamente por la doctrina² que al referirse el legislador, a la “aprobación de bases”, se excluye de su conocimiento los procedimientos de contratación por trato directo y convenio marco, dado que estos no requieren de elaboración de bases, no obstante, parte de la doctrina referente al convenio marco ha manifestado que “(...) en algún caso el TCP ha afirmado que concurriendo ciertas condiciones y características del proceso de compra podría entrar a conocer de conflictos suscitados en tales procedimientos”³.

Para un adecuado análisis de una eventual competencia para conocer de ciertas controversias suscitadas a propósito del convenio marco, es menester realizar una distinción previa entre el convenio marco -propriadamente tal- y el convenio marco “Grandes Compras”, este último tiene su sustento normativo en el artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886 (en adelante el Reglamento), dicho precepto comprende a las adquisiciones vía convenio marco de más de 1000 UTM, además, para proceder con la Gran Compra se debe comunicar a todos los proveedores adjudicados de la categoría respectiva para efectos que éstos realicen sus ofertas, éstas se valorarán de acuerdo a los criterios de evaluación y ponderación de las bases de licitación del convenio marco pertinente, siempre que les sean aplicables.

Respecto a las mencionadas Grandes Compras convenio marco, existe jurisprudencia emanada del TCP en la que no solamente se ha declarado competente para

² En ese sentido véase CELIS, (2016), p. 228.

³ VERGARA, (2016), p. 362.

conocer, sino que inclusive ha acogido las acciones de impugnación de forma favorable para el demandante. A nuestro juicio, los criterios o requisitos copulativos que la judicatura contenciosa administrativa ha asentado para conocer de la “Gran Compra” son los siguientes: 1) Que se trate de un procedimiento de contratación del tipo Gran Compra convenio marco; 2) Que exista discrepancia entre los porcentajes de valoración de la oferta técnica y/o económica del convenio marco propiamente tal (nos referimos a los criterios establecidos en la licitación para ser proveedor de la categoría de convenio marco respectiva) con los señalados en la Gran Compra convenio marco; 3) Que se configure la búsqueda de una condición más ventajosa conforme al artículo 15 del Reglamento y; 4) Que en los hechos la Gran Compra convenio marco, se estructure como una licitación pública (primacía de la realidad).

En lo que respecta al último requisito señalado, que designamos como de primacía de la realidad, es pertinente citar ciertos considerandos de la jurisprudencia del TCP, a saber, “10° (...) no obstante las bases agregaron que la modalidad de ella corresponde a “Convenio Marco”, de su estructura y contenido se concluye con certeza que se trata de un llamado a licitación pública”⁴, en el mismo sentido “13° Que no obstante la entidad demandada no calificó expresamente su llamado como una “Licitación Pública” sino como un “Requerimiento”, lo cierto es que los antecedentes del caso permiten concluir que en su esencia, este acto consistió efectivamente en una licitación”⁵. Teniendo presente lo anterior, es de relevancia indicar que la Dirección de Compras y Contratación Pública, con fecha 23 de septiembre de 2019, aprobó la actualización de Directiva N° 15 en la cual realiza una serie de recomendaciones para aplicar el mecanismo de Grades Compras⁶; en resumen, el mencionado documento hace reiteradamente la aclaración que la “Gran Compra” no es una nueva licitación y que no existen bases, por el contrario, la forma de plasmar el requerimiento es por medio de una “Intención de Compra” la que no necesariamente debe cumplir con las formalidades de una licitación, por otra parte, se hace hincapié en que no sería procedente que en la “Intención de Compra” se agregaran dentro de un determinado criterio otros subcriterios no previstos en las bases de licitación del

⁴ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 94-11, de 28 de julio de 2011.

⁵ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 124-11, de 17 de noviembre de 2011.

⁶ Dirección de Compras y Contratación Pública, Directiva N° 15, de 23 de septiembre de 2019.

convenio marco respectivo, pero sí podrían de forma selectiva adoptar uno o más subcriterios que componen un criterio general, por último, se indica en la Directiva que la forma en que se perfecciona la “Gran Compra” es mediante un acuerdo complementario, el cual es celebrado entre el órgano y el Proveedor seleccionado, no pudiendo, en caso alguno, apartarse el contenido del acuerdo complementario de las bases del convenio marco respectivo.

Conteste con lo señalado a propósito de la primacía de la realidad que se propone y que colegimos de la jurisprudencia del TCP, versus, la Directiva N° 15 emanada de la Dirección de Compras y Contratación Pública, haremos unos breves comentarios a continuación.

En primer lugar, llama la atención que en la misma Directiva se exprese que la “Gran Compra” tiene un carácter competitivo entre los proveedores de la categoría del convenio marco respectivo y que la finalidad es la obtención de mejores condiciones para compras de montos importantes, pues bien, conforme las condiciones propuestas y que harían competente para conocer la “Gran Compra” por parte del TCP, en nada alteraría lo señalado por la Directiva el criterio propuesto, inclusive, lo consagraría, ya que deja entrever que el objetivo que se busca es fomentar la selección natural entre los oferentes/proveedores con la única diferencia de que solamente podrán participar los proveedores del convenio marco respectivo, configurándose en la práctica, más una licitación privada -en la cual no necesariamente se configurarían las causales del artículo 8 de la Ley N° 19.886- que a un convenio marco propiamente tal, ergo, a la luz de la nueva Directiva, la “Gran Compra” en la cual se cumplan los restantes requisitos copulativos, seguirían siendo en nuestra opinión de conocimiento del TCP en caso de controversia, por cuanto, no se vislumbra un argumento sólido que pueda hacer ceder el principio de libre concurrencia de los oferentes, entendiendo que *“Este principio explica que toda persona es un potencial contratante con el Estado, ya que tiene el derecho de participar en un llamado de la licitación pública”*⁷, por cuanto, dicho principio, que se consagra fundamentalmente en el artículo 4 de la Ley N° 19.886, es el que se ha estimado como vulnerado a la hora de acoger las acciones en procedimientos relativos a la “Gran Compra”. A mayor abundamiento y, no obstante, los cambios que intenta consagrar la Directiva, cabe

⁷ CORDERO, (2015), p. 430.

preguntar, si lo que se busca es una competencia ¿Por qué limitarse a los proveedores de una categoría de convenio marco? Además, si la finalidad son mejores condiciones para el órgano ¿Cuál es el motivo de eliminar posibles ofertas ventajosas, al restringir a los oferentes? Recordemos que en la propia Ley N° 19.886 se ven reflejados principios constitucionales, como es la Interdicción de Arbitrariedad, el cual, si bien se ha vinculado al principio de igualdad de los oferentes⁸, no vemos imposibilidad alguna que también sirva de sustento para, a lo menos, cuestionar las limitadas ofertas que se recibirán al restringir oferentes a una determinada categoría de convenio marco, porque en la realidad lo que se realiza no es otra cosa que una licitación privada afectando al principio de libre concurrencia.

En segundo lugar, mucho se esfuerza el ente administrativo en clarificar que el “Requerimiento” de la “Gran Compra” debe nominarse como “Intención de Compra”, el cual será perfeccionado finalmente a través de un “Acuerdo Complementario”. Al respecto, el propio TCP ha declarado que resulta completamente irrelevante el incluir en los actos administrativos los términos “Convenio Marco” o “Requerimiento”, porque finalmente fue del análisis de los antecedentes que se pudo llegar a la conclusión que aquellos procedimientos eran, en el fondo, licitaciones encubiertas. Por lo tanto, deberá verificarse en el caso a caso si la mentada “Intención de Compra” y el procedimiento que conlleva es en la práctica una licitación pública, ya que, en el fondo el perfeccionamiento es por medio de un contrato administrativo que en esa hipótesis recibirá el nombre de “Acuerdo Complementario”; en síntesis, al realizar una “Gran Compra”, no será relevante los términos o expresiones que utilice la Administración, sino la concurrencia de los requisitos copulativos indicados.

Por último, se hace presente que recientemente el TCP ha confirmado su criterio de primacía de la realidad para conocer procedimientos de “Gran Compra”, el rechazar la excepción de incompetencia planteada por el órgano demandado y ha razonado que “5.- *Que, la Gran Compra corresponde a un procedimiento administrativo (...) en la intención de compra, se debe indicar al menos la fecha de decisión de compra, los requerimientos específicos del bien o servicio (...) Se advierte que estas menciones, exigidas en una intención de compra, corresponden al contenido mínimo establecido para las bases de*

⁸ CELIS, (2008), p. 77.

licitación (...) acto que, en definitiva importa una decisión de adjudicación propia de un proceso de licitación”⁹.

Sin perjuicio de lo señalado, parte de la doctrina afirma que la Gran Compra convenio marco no es una licitación y que no se afectaría, en su realización, el principio de libre concurrencia, por cuanto, todos los adjudicatarios del convenio marco respectivo son libres de ofertar¹⁰, consideramos que estas afirmaciones deben tomarse con beneficio de inventario y se deberá analizar caso a caso si se configuran o no los requisitos copulativos propuestos y, que en nuestra opinión, harían competente para conocer las controversias acaecidas en este procedimiento a esta judicatura especializada.

Habiendo abordado lo relativo a la Gran Compra convenio marco como una materia de conocimiento del TCP, otro tópico relativo a la competencia de este tribunal, es respecto a que se *“estimó dentro de su competencia las impugnaciones a propósito de una licitación de un contrato para el otorgamiento de subsidios a la prestación de servicios de transporte público urbano”¹¹*, dicha conclusión se fundamenta en una sentencia interlocutoria del TCP, en la que, se rechazó el incidente de incompetencia que se planteaba, el que tenía su basamento en que lo licitado no era un bien mueble, ni un servicio, ni tampoco un contrato de obra, por lo cual, no estaba dentro del ámbito de conocimiento del TCP al ser lo licitado un subsidio, que ni siquiera significa una contraprestación para el Estado. En esa oportunidad, la judicatura señaló ciertas condiciones, que en caso de estar presentes habilitaban para que entrara a conocer del asunto, a saber, *“4° (...) a) existencia de un “procedimiento administrativo de contratación”; b) dicho procedimiento debe haber sido convocado por un organismo público regido por la Ley N° 19.886; y c) el mencionado procedimiento debe contemplar un acto de “aprobación de las bases” del mismo, y, por último un acto de “adjudicación”¹²*. Por lo anterior, en caso de que se cumplan los requisitos establecidos, podría significar ampliar las materias de conocimiento del TCP.

2.2.- La suspensión del procedimiento licitatorio: criterios e impugnación de resolución que la deniega.

⁹ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 207-19, de 02 de septiembre de 2019.

¹⁰ NICÓLAS, (2015), p. 71.

¹¹ ESCANILLA, (2013), p. 109.

¹² Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 152-09, de 29 de enero de 2010.

Se contempla en el capítulo V de la Ley N° 19.886, específicamente en el artículo 25 inciso 2° que “*El Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación*”, disposición que indica la posibilidad de suspender el procedimiento licitatorio que se está objetando mediante la acción de impugnación, en la especie, esta suspensión es una medida cautelar especial. Como se observa, en un breve inciso el legislador contempló una medida que es de vital relevancia en la litigación administrativa de compras públicas, toda vez que en no pocas ocasiones la negativa al concederla incide directamente en la tramitación de la causa, acarreado como consecuencia que se abandone la prosecución del litigio por parte del actor¹³. A lo anterior, se suma el hecho de que en la práctica son escasas las ocasiones en que el TCP accede a la solicitud de la suspensión del procedimiento licitatorio. Así las cosas, en consideración a lo escueto de la disposición legal, la relevancia práctica de la medida y la incidencia que muchas veces tendrá en una eventual solicitud de cumplimiento de una sentencia favorable, convierten en un objeto de relevancia el estudio de los elementos y criterios que la doctrina, la práctica forense y el TCP han ido construyendo respecto a esta institución.

Para analizar esta medida, previamente debemos cuestionarnos sobre la verdadera relevancia de los contratos que celebra la Administración del Estado, para esto cabe preguntarse ¿Cuál es la real diferencia entre éstos y los contratos celebrados por entidades privadas? Al respecto razona la doctrina que los elementos de relevancia de los primeros son “*En nuestra opinión sólo el sujeto (que da cuenta de un cometido público) y los fondos públicos comprometidos*”¹⁴, siendo aquellos la divergencia esencial entre una y otra convención, por lo tanto, podemos colegir que los contratos celebrados por la Administración son un medio por el cual el Estado interviene e intenta satisfacer necesidades públicas con miras al bien común -que es el cometido público-, lógicamente, no ocurre lo mismo con las convenciones suscritas por entidades privadas, que básicamente persiguen fines particulares. Por lo anterior, en este estudio debemos tener presente la siguiente premisa: **La Administración del Estado por intermedio de los contratos administrativos, los cuales son una consecuencia de un procedimiento licitatorio (para**

¹³ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, (2018), p. 5.

¹⁴ CORDERO, (2006), p. 33.

el caso en análisis), tienen por objeto el satisfacer necesidades públicas con miras al bien común, esto, como se verá en lo sucesivo, no es baladí y resulta de absoluta pertinencia en cuanto a la suspensión del procedimiento licitatorio se refiere.

Como una primera aproximación y desde una perspectiva general, debemos recordar que indica el artículo 27 de la Ley N° 19.886 que a la acción de impugnación le es aplicable, supletoriamente, las normas del juicio ordinario de mayor cuantía (en el cual se contemplan las medidas cautelares civiles) y las disposiciones contenidas en el Libro I del CPC, dicha supletoriedad, en teoría, permitiría la aplicación sin matices en este contencioso administrativo de todas las medidas cautelares contempladas en las normas de enjuiciamiento civil¹⁵. Sobre este punto y a propósito del contencioso administrativo en la tramitación de la acción de nulidad de Derecho Público, plantean los autores que *“se ha hecho una aplicación supletoria de las normas existentes en esta materia en el Código de Procedimiento Civil, utilizando lamentablemente la misma lógica civil y sin comprender la relevancia y centralidad de éstas en la justicia administrativa”*¹⁶, en otras palabras, se plantea la dificultad y el desafío de la aplicación de medidas cautelares a esa clase de acciones contenciosas administrativas. De conformidad a lo anterior, en nuestra opinión, creemos que, así como existen dificultades para aplicar las medidas cautelares civiles durante la sustanciación de la acción de nulidad de Derecho Público, la cual tiene un carácter general, con mayor razón se complejiza en el contencioso administrativo especial de compras públicas, lo anterior, se colige al comparar los principios que subyacen en la legislación civil sustantiva y procedimental, versus, la premisa esbozada en este acápite, en la cual se plantea la preeminencia de los intereses de la comunidad tras la contratación administrativa; no obstante, conteste con la supletoriedad que establece el legislador no se puede descartar dicha aplicación a esta clase de litigios.

En este punto es menester recordar que el TCP ha sido un gran avance en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez, que funciona como el garante entre los intereses particulares del proveedor y el interés público detrás de la contratación pública como forma de intervención del Estado¹⁷, por lo anterior, no solo en la sentencia misma deberá reflejar

¹⁵ LARA, (2018), p.744.

¹⁶ FERRADA, (2011), p. 272.

¹⁷ ARÉVALO, (2014), p. 4.

su condición de garante, sino que también, en toda la tramitación del procedimiento, lo cual por cierto, comprende la facultad de conceder la solicitud de suspensión del procedimiento. Resulta de alta complejidad entonces, el pronunciarse sobre esta medida cautelar, ya que, de acceder siempre a ella podría afectar el interés general de la comunidad provocando, inclusive, una falta de servicio por parte del órgano licitante lo que acarrearía graves consecuencias, en cambio, de rechazar siempre la suspensión podría dejar en la indefensión al particular, puesto que, el diseño de este contencioso es limitado e imperfecto y muchas veces pese a la obtención de una sentencia favorable no es posible invocar su cumplimiento, llevando a declarar al TCP que el demandante deberá perseguir perjuicios en sede ordinaria, en la cual la sentencia de éste no es garantía del establecimiento de los hechos, pudiendo discutirse todas aquellas cuestiones que se ventilaron en el contencioso especial, además de la dificultad práctica de probar perjuicios en este tipo de asuntos, todo lo cual, podría llevar a la impunidad del órgano licitante infractor de los principios y normas de la contratación pública afectando con ello el debido proceso como derecho fundamental. Así las cosas, cada vez que el TCP se pronuncia sobre una solicitud de suspensión, debe aquilatar caso a caso entre el interés de la comunidad con miras al bien común, versus, el interés del particular con miras a un debido proceso y la correcta administración de justicia.

En concordancia con lo desarrollado precedentemente, ya se vislumbran en diversos textos criterios respecto a cuando se debería conceder la medida en comento, al respecto se señala que *“El Tribunal ha otorgado esta medida cuando del mérito del proceso apareció que existan graves vulneraciones a principios de contratación administrativa en los procesos licitatorios”*¹⁸, no obstante, pudieran existir casos de abierta ilegalidad y/o inobservancia de los principios de contratación pública e igualmente cabría la posibilidad del rechazo de la medida, lo que ocurriría en el supuesto que la paralización de la licitación significara un riesgo a la población o a la comunidad, es decir, en casos de urgencia o relevancia¹⁹. En contrario, existen autores que, como ajustes necesarios en la tramitación de

¹⁸ TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, (2018), p. 5.

¹⁹ (ARÉVALO, (2014), p. 7; LARA, (2018), p.745; VERGARA, (2016), p. 371) a modo de ejemplo, no sería posible acceder a la suspensión del procedimiento en caso de suministros de raciones alimenticias de la JUNAEB o por la adquisición de vacunas para la influenza.

la acción de impugnación, postulan la obligatoriedad de la suspensión del procedimiento o de la adjudicación (en la hipótesis que el acto ilegal no sea la adjudicación) y en cuanto a los casos de urgencia, para esta postura, éstos no serían óbice para decretar la suspensión obligatoria, toda vez que existen otras alternativas de contratación distinta de la licitación²⁰. En nuestra opinión, si bien el diseño de la tramitación de la demanda de impugnación es sin lugar a dudas mejorable y adolece de ciertos elementos que no se condicen con las normas de carácter supletorias del CPC, consideramos que no es la vía correcta el establecer una suspensión obligatoria, ésta siempre debe ser facultativa, pero bajo parámetros o criterios claros en cuanto a su otorgamiento.

Desde el 2008 a la fecha, el TCP ha concedido 200 suspensiones del procedimiento licitatorio durante la tramitación de la acción de impugnación (Fuente: Registro histórico de suspensiones decretadas por el Tribunal de Contratación Pública. Solicitud realizada en <http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/contacto/> y remitida vía correo electrónico con fecha 27 de agosto de 2019). Como condiciones formales para el otorgamiento de la cautelar, del texto legal se desprenden dos, a saber, que se haya interpuesto una acción de impugnación ante el TCP y que la suspensión sea decretada por resolución fundada. Observada la práctica forense, en la mayoría de las ocasiones esta solicitud se realiza en un otrosí de la acción de impugnación, o bien, en un escrito aparte de la demanda durante la tramitación del procedimiento, sin perjuicio de lo anterior, podríamos decir que casi de forma invariable, en las oportunidades que es concedida esta medida la resolución es la siguiente: *“Vistos: Atendido el mérito de los antecedentes, en especial el estado en que se encuentra el procedimiento administrativo que es materia de la acción de impugnación y lo dispuesto en el artículo 25 inciso 2º de la Ley N° 19.886, ha lugar, por ahora, a la suspensión solicitada, sólo en cuanto se ordena a la Intendencia Regional de Aysén, abstenerse de ejecutar cualquier acto administrativo dirigido a la prosecución y resolución del procedimiento licitatorio impugnado”*²¹. Teniendo presente lo anterior, cabe preguntarse ¿Se cumple con el estándar de una resolución fundada al concederse la medida? A nuestro juicio la respuesta es no, ya que simplemente se hace alusión a los

²⁰ CONCHA, (2016), p. 307.

²¹ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 48-09, de 18 de junio de 2009.

antecedentes expuestos por el demandante y al estado de la licitación, por lo cual, resulta inoficioso intentar desprender algún tipo de criterio directamente de dichas resoluciones.

No obstante lo anteriormente señalado, referente a algunos criterios que el TCP ha empleado para conceder la medida de suspensión, queremos llamar la atención en ciertas situaciones de relevancia y que pudieran ser de interés en la litigación. En primer lugar, ha ocurrido que el TCP durante la tramitación de una impugnación, negó al demandante en reiteradas oportunidades la suspensión solicitada, posteriormente ambas partes fueron citadas a la audiencia de conciliación y, ante la incomparecencia de la demandada a ésta, finalmente se concede la medida, lo cual deje entrever un criterio de aplicación que más se asemeja a un castigo ante una rebeldía que a una motivación dada por los antecedentes aportados²². En segundo lugar, otra situación de interés, es aquella en que se solicitó previamente una medida prejudicial probatoria y conjuntamente la suspensión del plazo para interponer la demanda de impugnación, cabe señalar que el TCP accedió a ambas peticiones, subsiguientemente, al deducir la acción se impetró la suspensión del procedimiento licitatorio, la cual fue concedida pero sin que se desarrollara mayormente por la judicatura la motivación²³ -repetiéndose básicamente la resolución previamente citada-. En tercer y último lugar, debemos detenernos en aquel escenario en el cual un municipio adujo la incompetencia del TCP en base a que lo que se estaba licitando era una concesión de estacionamientos, lo cual no correspondería al suministro de un bien ni a la prestación de un servicio, desechada la incompetencia por el tribunal, se pronunció concediendo la solicitud de suspensión del procedimiento; en dicha resolución -que consideramos debería ser el estándar de una fundamentación ante la petición de suspensión del procedimiento administrativo- se tuvo especialmente presente para dar lugar a ésta, primero, que lo licitado no correspondía a una concesión de estacionamiento pura y simple, por cuanto, lo que realmente se estaba otorgando era la concesión de un servicio y, segundo, que al no haberse aplicado la Ley N° 19.886, debiendo aplicarse, se vulneraron gravemente los principios de transparencia y publicidad²⁴.

²² Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 102-14, de 23 de diciembre de 2014.

²³ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 191-12, de 19 de octubre de 2012 y de 23 de noviembre de 2012.

²⁴ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 115-10, de 16 de noviembre de 2010.

Analizada la práctica de este contencioso administrativo especial, lo que se plasma en las peticiones de suspensión, en general, no es un gran desarrollo argumentativo en la solicitud propiamente tal, dándose un mayor énfasis en la urgencia del otorgamiento de la medida y los perjuicios que se pudieren ocasionar en caso de denegarse (peligro en la demora), a modo de ejemplo, como fundamento se ha aludido a la inminencia en la adjudicación, indicándose que pudiere ocurrir tal situación antes de que sea evacuado el correspondiente informe por la entidad licitante²⁵; en otras ocasiones se cimenta en que se debe evitar que la adjudicataria comience con la ejecución de los servicios²⁶; también se ha dado lugar a la medida, al resolver un recurso de reposición que denegó la suspensión en primer momento, éste se sustentó en un mayor énfasis en el hecho que adjudicada la licitación se había sobrepasado el plazo establecido para la celebración del contrato²⁷; de lo mencionado, se desprenden circunstancias que han sido alegadas ante la judicatura como configuración de mora procesal y que fueron acogidas por ésta, dando lugar a la medida cautelar. En cuanto a otro de los factores de la solicitud de suspensión (apariencia de buen derecho), fundamentalmente ésta se sustenta en los argumentos vertidos en la propia acción de impugnación y principalmente en las ilegalidades planteadas. A modo de ilustración en cuanto a los argumentos que se han utilizado, podemos señalar que se mencionan la presencia de elementos dirigidos en las bases de licitación, en las cuales se indican características específicas de un producto que solamente tenía un proveedor configurándose, a juicio del demandante, una decisión ex ante por parte del órgano licitante²⁸; otra fundamentación es la actitud del órgano licitante, el cual retiró del trámite de toma de razón la adjudicación realizada configurándose, en la especie, una suspensión de facto ante la imposibilidad de avanzar en el procedimiento²⁹; también se ha utilizado como argumentación el incumplimiento del plazo de vencimiento de la boleta de garantía establecido en la bases³⁰; la aparente aplicación de criterios inexistentes en la bases y la

²⁵ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 108-17, de 08 de junio de 2017.

²⁶ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 15-15, de 12 de enero de 2015.

²⁷ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 119-13, de 22 de junio de 2013.

²⁸ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 92-10, de 16 de agosto de 2010.

²⁹ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 106-10, de 29 de diciembre de 2010.

³⁰ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 117-19, de 14 de mayo de 2019.

inobservancia de los que efectivamente se encontraban establecidos³¹; exigencia de certificación especial y prohibición de ejercer acciones judiciales en contra de la entidad licitante³², de lo mencionado, podríamos agrupar los fundamentos utilizados en distintas vulneraciones a los principios de libre concurrencia de los oferentes, igualdad de los oferentes ante las bases, estricta sujeción a las bases, entre otros; cabe señalar que en todos los casos aludidos se concedió la suspensión del procedimiento licitatorio.

Corolario de lo indicado en este acápite, a nuestro juicio, se pueden colegir ciertos criterios para que se acceda a una solicitud de suspensión del procedimiento. Para lo anterior, no se debe perder de vista el carácter supletorio de las normas de enjuiciamiento civil en esta sede, ergo, se debe tener presente y le es aplicable con matices lo desarrollado por la doctrina civil-procesal, ésta establece como presupuestos copulativos para el otorgamiento de medidas cautelares expresamente contempladas en el ordenamiento jurídico los siguientes: a) *periculum in mora* o peligro en la demora, y b) *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho³³. A lo anterior, se suma el hecho que el contencioso administrativo no sigue la misma lógica civil, lo cual queda de manifiesto en el artículo 1 inciso 1° de la Ley N° 19.886 que señala el marco normativo aplicable a los contratos que celebre la Administración, los que “(...) *se ajustaran a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas de Derecho Privado*”, pero ¿Cómo conciliar la supletoriedad del CPC (adjetiva) con la disposición precitada (sustantiva)? Pues bien, bajo la premisa que tanto en el contencioso civil como en el contencioso administrativo, para conceder una cautelar debe existir una apariencia de buen derecho, como condición esencial, indefectiblemente los parámetros para configurar dicha apariencia ante el TCP deberán ser a la luz de las normas y principios de la Ley N° 19.886, el Reglamento, las normas de Derecho Público y las normas de Derecho Privado -en ese orden de prelación-; como se observa, si bien el tratamiento de la suspensión del procedimiento licitatorio es eminentemente una cuestión adjetiva (por corresponder a una medida cautelar), dada sus características, no está ajena a las consideraciones sustantivas

³¹ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 82-10, de 22 de julio de 2010.

³² Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 302-18, de 07 de diciembre de 2018.

³³ MARIN, (2015), pp. 243-255.

reseñadas por poseer una lógica distinta a la procesal civil. También, se debe reiterar que la contratación administrativa es una forma en que el Estado intenta satisfacer de mejor forma las necesidades públicas, tal como se indicó en la premisa formulada. Por último, se debe indicar que la doctrina administrativista indica tres factores a considerar respecto de la medida cautelar en comento, a saber, “i) la apariencia de buen derecho en que funde el demandante su demanda; ii) la gravedad de la ilegalidad o arbitrariedad imputada; y iii) los elementos que miren al interés de la comunidad (por ejemplo, si el contrato ya ha sido adjudicado y ya estuviese en ejecución; o la urgencia en la prestación del servicio licitado)”³⁴. Con todo, consideramos que los criterios a considerar deben ser los siguientes:

- 1) Que no exista una afectación de interés público de la comunidad, si bien, compartimos en parte la crítica realizada respecto a que también existe un interés público en la legalidad del procedimiento licitatorio³⁵, creemos que el sentido y alcance de esta afectación es en el supuesto que producto de una suspensión del procedimiento impida la obtención de un insumo esencial para el fin o cometido del organismo licitante y/o se impida la obtención de un elemento cuya inminencia temporal lo haga indispensable en el corto plazo para la población o la comunidad, en esos supuestos, cualquier interés en la legalidad debe ceder en aras del interés general, ya que se configuraría una falta de servicio por parte del órgano como consecuencia de la suspensión, lo anterior es sin perjuicio, de la búsqueda de eventuales responsabilidades administrativas que llevaron al Estado a ejecutar un procedimiento que por sentencia del TCP se declare ilegal;
- 2) Que exista una apariencia de buen derecho, vale decir, que de la teoría del caso del demandante o de la solicitud propiamente tal, se vislumbre una grave inobservancia de los principios y normas de la contratación pública, del Derecho Público, o del Derecho Privado (en esa prelación), todo lo cual debe ser sustentado por elementos de convicción;
- 3) Que exista mora procesal, es decir, que producto de la negativa en conceder la suspensión se pudiere evadir los efectos de una ilegalidad decretada por el TCP, se celebrara el contrato administrativo, se ejecutara, comenzara o terminara de ejecutar el contrato administrativo, entre otras hipótesis; es un fuerte elemento respecto de este punto la acotada competencia de la judicatura que abarca solamente desde la aprobación de las bases hasta la adjudicación, ambos actos inclusive.

³⁴ VERGARA, (2016), p. 366.

³⁵ CONCHA, (2016), p. 293.

En lo sucesivo abordaremos la plausibilidad de impugnar la resolución que no da lugar a la suspensión del procedimiento licitatorio. Para comprender que recursos eventualmente procederían respecto de la resolución que se pronuncia sobre la medida cautelar, debemos intentar aclarar la naturaleza jurídica de ésta conforme la clasificación contemplada en el artículo 158 del CPC, para Marín este tipo de resoluciones corresponde a un Auto³⁶, en cambio, par Escanilla pertenecerían a una Sentencia Interlocutoria³⁷, si bien una de las posturas mencionadas es desde una mirada procesal civil, esto no le resta validez en el presente análisis, toda vez que lo que se analiza es la naturaleza jurídica de la resolución relativa a la suspensión del procedimiento licitatorio, como medida cautelar. En el supuesto que la resolución fuera un Auto, de acuerdo con el artículo 181 del CPC, correspondería el recurso de reposición y eventualmente el de apelación, en la hipótesis del artículo 188 de la misma codificación, por otra parte, si fuera una Sentencia Interlocutoria solo procedería el recurso de apelación, conteste con lo preceptuado en el artículo 187 del CPC. En nuestra opinión, la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de suspensión es un Auto, siendo procedente, teóricamente, el recurso de reposición y el de apelación, en subsidio, no obstante, en la práctica solamente es admitido por el TCP el recurso de reposición y se deniega la apelación, a modo de ejemplo se ha declarado que *“En cuanto a la apelación interpuesta en subsidio: Atendido que los artículos 26 y 27 de la ley 19.886 sólo contemplan la posibilidad de recurrir de reclamación contra la sentencia definitiva, no ha lugar al recurso interpuesto, por improcedente”*³⁸, de esto surge la interrogante ¿Es correcta la interpretación de no conceder la apelación en subsidio? Cabe hacer presente que esta es la interpretación hegemónica tanto en el TCP como en la Corte de Apelaciones de Santiago y antes de contestar la pregunta planteada señalaremos los argumentos que sustentan esta postura; el primero es que el artículo 26 de la Ley N° 19.886 solo contempla un único recurso posible en el litigio, éste es el recurso de reclamación y solo procede en contra de la sentencia definitiva; el segundo es que, si bien, el artículo 27 de la Ley N° 19.886 establece la supletoriedad del Libro Primero del CPC -en el que se contemplan las normas relativas al recurso de apelación-, esta supletoriedad debe ser

³⁶ MARIN, (2015), p. 289.

³⁷ ESCANILLA, (2013), p. 118.

³⁸ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 102-11, de 19 de julio de 2011.

conteste con la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento, ergo, el conceder la apelación subsidiaria, atentaría contra dicha naturaleza; el tercero es lo señalado en la Historia de la Ley, específicamente se alude al Boletín N° 2429-05 y; el cuarto es la mención tanto a la jurisprudencia de la Corte Suprema como de la Corte de Apelaciones respectiva; todos estas argumentaciones se han dado a propósito de recursos de hecho que han sido conocidos por la Corte de Apelaciones referente a la negativa en conceder el recurso de apelación subsidiario, rechazada la reposición sobre conceder la cautelar³⁹, pero también se han replicado en otras situaciones, por ejemplo, referente a la sentencia interlocutoria que recibe la causa a prueba⁴⁰, respecto de la resolución que declaró inadmisibile la acción de impugnación⁴¹, la resolución que denegó la solicitud de una nueva audiencia de absolución de posiciones⁴², en cuanto a haber acogido la excepción de extemporaneidad⁴³ y la sentencia interlocutoria que rechazó el incidente de incompetencia⁴⁴.

Aclarado lo anterior, corresponde intentar responder la pregunta esbozada precedentemente, cuya respuesta a nuestro juicio es que no es correcta la hermenéutica dominante, los fundamentos serán expuestos a continuación. En primer lugar, del sentido y alcance del artículo 26 inciso final de la Ley N° 19.886 se desprende que solo respecto de la sentencia del TCP se establece un recurso especial y solo respecto de la sentencia que falle éste, es improcedente deducir recurso alguno, por lo tanto, nada se ha legislado en cuanto a los recursos de otras resoluciones distintas de la sentencia definitiva y de la sentencia que falle el recurso de reclamación, por ende, debe regirse ese vacío por las reglas generales y/o supletorias. En segundo lugar, el artículo 27 de la Ley N° 19.886 establece la supletoriedad del Libro Primero del CPC y del juicio ordinario de mayor cuantía, siempre y cuando esas normas sean coincidentes con la naturaleza breve y sumaria de esta litis, en ese orden de ideas, no se observa como una apelación subsidiaria que será conocida en el solo

³⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4552-16, de 11 de agosto de 2016; Rol N° 9190-16, de 26 de septiembre de 2016.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2039-17, de 18 de mayo de 2017.

⁴¹ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 3257-16, de 23 de junio de 2016.

⁴² Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 6844-10, de 03 de marzo de 2011.

⁴³ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9134-11, de 17 de mayo de 2012.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 11811-15, de 15 de enero de 2016.

efecto devolutivo, de acuerdo lo preceptúa el artículo 194 N° 2 del CPC, pudiere atentar contra una tramitación rápida, es más, ese argumento solo sería válido si esa apelación debiera ser conocida en ambos efectos -devolutivo y suspensivo-, o bien, se tratara de la apelación del auto de prueba, en la hipótesis que acogida ésta se tuviere que fijar un término probatorio especial para rendir pruebas respecto de un punto de prueba agregado, según se indica en el artículo 339 inciso final del CPC; en esos supuestos tendría asidero la negativa a conceder un recurso de apelación, pero no se vislumbra como una apelación conocida en el solo efecto devolutivo, respecto de una medida cautelar que no generará que la causa se paralice o se retrotraiga pudiera ser un obstáculo para una tramitación breve y sumaria. En tercer lugar, cuando el legislador ha querido limitar el uso de un recurso, como la apelación u otro, lo señala de forma expresa, a modo ilustrativo, el artículo 4 de la Ley N° 20.720, el artículo 8 N° 9 de la Ley N° 18.101, el artículo 133 del Código Tributario y el artículo 26 de la Ley N° 20.600, En cuarto lugar, si bien siempre ha sido la postura minoritaria, la Corte de Apelaciones de Santiago ha concedido el recurso de apelación subsidiario, por lo tanto, existe jurisprudencia favorable al respecto⁴⁵, también se ha concedido a propósito de otro tipo de resoluciones, por ejemplo aquella que declaró extemporánea la demanda⁴⁶, aquella que acogió la excepción de extemporaneidad⁴⁷ e inclusive respecto de la resolución que recibió la causa a prueba⁴⁸. Tributario de los motivos plasmados, correspondería y no afectaría en nada a la tramitación breve y sumaria de este contencioso administrativo, que se concediera la apelación subsidiaria ante la negativa de conceder la suspensión del procedimiento licitatorio por parte del TCP.

3.- La vía judicial posterior al acto de adjudicación.

Conforme a lo señalado en el acápite anterior, la competencia del TCP es acotada referente a los momentos precisos y determinados en que surge la controversia entre las partes, pero también, respecto de los órganos que pueden quedar bajo la esfera de su potestad de imperio. Es así, que la doctrina de forma unánime califica al TCP como un

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 8094-13, de 28 de noviembre de 2013; Rol N° 9277-13, de 28 de marzo de 2014.

⁴⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1952-11, de 09 de septiembre de 2011.

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1740-12, de 09 de noviembre de 2012.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 4665-14, de 28 de agosto de 2014.

tribunal de carácter precontractual o de formación del consentimiento en cuanto los conflictos que son de su conocimiento⁴⁹; inclusive Escanilla va más allá y expresa que la denominación correcta de la judicatura es de “*Tribunal para las Licitaciones de la Administración*”⁵⁰, dando cuenta de que la nomenclatura “Contratación Pública” sería comprensiva del Estado en su totalidad, lo cual no es efectivo ni en la práctica ni en la legislación, toda vez que no se comprende a toda la Administración del Estado dentro del conocimiento del mentado tribunal especial.

En mérito de lo anterior, una gran cantidad de conflictos que se suscitan en el ámbito de la Contratación Pública o Contratación Administrativa, si se es más preciso, quedan fuera de la esfera del contencioso administrativo especial. El día de hoy se encuentra superada aquella bizantina discusión sobre la existencia de los tribunales contenciosos administrativos, los cuales tienen su antecedente inmediato en la Constitución de 1925 y, en la actualidad, en el artículo 38 inciso 2° de la Constitución de 1980, en virtud de esta disquisición devino, inclusive, un periodo en que no era posible accionar contra el Estado por no existir dicha judicatura, pero desde hace mucho se ha entendido que mientras no existan éstos, serán los tribunales ordinarios civiles los competentes para conocer las materias contenciosas administrativas que no estén bajo el conocimiento de tribunales especiales.

Así las cosas, los tribunales ordinarios son de gran relevancia en materia administrativa y la Contratación Administrativa no es la excepción, teniendo especialmente presente la acotada competencia del TCP. Por lo anterior, toda controversia posterior al acto administrativo de adjudicación será resuelta por la judicatura común, siendo atingente entonces el conocer y analizar una materia de gran relevancia práctica como lo es la aplicación de multas en la Contratación Administrativa.

En lo sucesivo, se abordarán ciertas materias atingentes a la aplicación de multas contractuales en el contrato administrativo; recordemos entonces que conforme al artículo 1 de la Ley N° 19.886 se aplican en primer lugar los preceptos de ese cuerpo legal, seguidamente las normas de Derecho Público y, si las anteriores no fueran suficientes, se aplicarán las normas del Derecho Privado, por lo anterior, esa debería ser la lógica para

⁴⁹ (ESCANILLA, (2013), p. 135; VERGARA, (2016), p. 359; LARA, (2018), p.741; CELIS, (2016), p. 119).

⁵⁰ ESCANILLA, (2013), p. 112.

conocer el fondo de la solución de controversias por parte de la judicatura civil respecto a las disputas de las multas, aunque en la forma sea un contrato no diferenciado en gran medida de los celebrados entre privados, lo mismo ha sido explicado por la doctrina al señalar que *“sus elementos esenciales, su técnica jurídica siguen al contrato civil, pero su régimen jurídico, su fondo, está constituido por particularidades del Derecho Administrativo”*⁵¹.

3.1.- Sanción o multa por incumplimiento.

Debemos hacer presente referente a las sanciones o multas que derivan del contrato de suministros y/o servicios y de las bases administrativas de éstos, que existen dos posturas bien definidas. Por una parte, algunos estiman que el fundamento de éstas se encuentra en la potestad pública del órgano, para otros, el origen sería netamente civil y, específicamente, no sería más que la aplicación de una cláusula penal⁵².

Aquellos que estiman que la multa por incumplimiento es una sanción administrativa, se basan fundamentalmente en 2 argumentos, el primero, sería que al colegir ésta como una cláusula penal pura y simple se estaría vulnerando el artículo 1 de la Ley N° 19.886, toda vez, que se aplicaría el Derecho Privado de forma directa y sin matices o supletoriamente, tal como ordena el legislador⁵³, el segundo de los argumentos, corresponde a que toda multa que emane de un órgano de la Administración del Estado se manifiesta o concreta en un acto administrativo⁵⁴. En un sentido similar se pronuncia Bermúdez, indicando que la aplicación de una multa por incumplimiento de las cláusulas contractuales sería una manifestación de la potestad sancionadora⁵⁵, de la misma opinión es Celis señalando que la naturaleza de la sanción en la contratación administrativa es potestativa y no derivada del contrato⁵⁶. Sin perjuicio de lo que señalará en el párrafo siguiente, existe un curioso y tal vez único pronunciamiento de la Contraloría General de la Republica que apoya esta doctrina, a saber, se expresó que *“la aplicación de multas por parte de la Administración del Estado deriva del conjunto de potestades con que ésta ha*

⁵¹ OELCKERS, (1979), p. 137.

⁵² LLEDÓ Y PARDO, (2015), pp.54-55.

⁵³ LARA Y GARCIA, (2014), p. 380.

⁵⁴ LARA Y GARCIA, (2014), p. 385.

⁵⁵ BERMÚDEZ, (2011), p.230.

⁵⁶ CELIS, (2016), p. 84.

sido dotada por el ordenamiento jurídico en el ámbito de los contratos administrativos, las que no son propias del ámbito contractual, de modo que a su respecto no se aplica el artículo 1.552 del Código Civil”⁵⁷.

Por otra parte, la teoría imperante es aquella que entiende a la multa como de origen eminentemente contractual, al respecto se razona que “(...) *dichas multas tienen su fundamento en el contrato mismo, y no en una infracción administrativa establecida en la ley*”⁵⁸, ésta tiene su origen en la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República, a modo de ejemplo, se ha declarado que “(...) *cabe señalar que el fundamento de la multa a que se ha venido haciendo mención, corresponde a un incumplimiento contractual que no reviste la naturaleza de una sanción administrativa*”⁵⁹, en el mismo sentido “(...) *en lo que atañe a una supuesta infracción al principio de proporcionalidad que derivaría de la imposición de las multas impuestas -aspecto que también alegan los recurrentes-, es menester precisar que las estipulaciones contractuales que contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal*”⁶⁰. Es dable colegir entonces, que a nivel del órgano de control esto resulta un criterio asentado en la actualidad⁶¹.

No obstante lo anteriormente señalado, una gran diferencia que existía al comparar ambas posturas, en cuanto a sus alcances, era el plazo de prescripción aplicable a una y otra, puesto que, si fuera la multa de naturaleza potestativa, ésta prescribía en el plazo de 6 meses aplicando el artículo 94 del Código Penal, en cambio, al ser de naturaleza contractual la prescripción era de 5 años aplicando el artículo 2515 del Código Civil. En la actualidad dicha discusión ha quedado en el pasado, por lo menos ante la entidad contralora, quien en un reciente dictamen señaló “(...) *atendida la falta de una norma que regule el plazo de prescripción de la responsabilidad por infracciones administrativas, procede aplicar el plazo general de prescripción de 5 años establecido en el artículo 2.515 del Código Civil,*

⁵⁷ Contraloría General de la República, Dictamen N° 26263-09, de 25 de mayo de 2009.

⁵⁸ OSORIO, (2017), p. 55.

⁵⁹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 55133-16, de 26 de julio de 2016.

⁶⁰ Contraloría General de la República, Dictamen N° 64608-15, de 13 de agosto de 2015.

⁶¹ En el mismo sentido: Contraloría General de la República, Dictámenes N° 34523-13, de 4 de junio de 2013, N° 20033-13, de 03 de abril de 2013, N° 65248-11, de 17 de octubre de 2011, entre otros.

contados desde el momento que se comete la infracción''⁶², ergo, en la actualidad, sea que se conciba a la multa como de naturaleza potestativa, o bien, contractual, el plazo de prescripción en uno u otro caso, es el mismo, vale decir, de 5 años.

Teniendo presente lo anterior, desde el prisma práctico ante una multa aplicada por parte de un órgano de la Administración del Estado, el tercero proveedor o prestador de servicio puede ejercer aquellas acciones vinculadas con la responsabilidad contractual⁶³. Recordemos que los requisitos de la responsabilidad contractual son: acción u omisión que corresponde al incumplimiento, perjuicios, relación de causalidad entre los perjuicios y la acción u omisión, imputabilidad (culpa o dolo), no concurrencia de causal de exención y mora del deudor⁶⁴. Sin perjuicio de lo indicado, se han ejercido reclamos de ilegalidad, acciones de nulidad de Derecho Público y otras, con el objeto de impugnar la aplicación de multas.

Ahora bien, la jurisprudencia nos ha estado exenta de litigios sobre multas, un claro ejemplo, que inclusive confrontó a las 2 posturas ya indicadas, fue propósito de un reclamo de ilegalidad municipal en el cual se aplicaron multas en el ámbito de la contratación administrativa, las cuales fueron aplicadas directamente por el Inspector Técnico de Servicio (en adelante ITS) e informada al prestador por medio de un memorándum y no por un decreto alcaldicio; en dicho litigio se impugno la forma de la aplicación de la multa, alegándose que éstas solo podían aplicarse mediante acto administrativo, que en la especie correspondía al decreto alcaldicio, toda vez, que solo el Alcalde y no el ITS detenta la potestad de sancionar; tanto la Corte de Apelaciones de San Miguel como la Corte Suprema confirmaron la aplicación de la multa por el ITS, coligiendo que las multas eran la expresión de un incumplimiento contractual y no la manifestación de la potestad sancionadora⁶⁵.

Otra decisión que revela la relevancia entre las dos posturas, en cuanto a la naturaleza de las multas, acaeció en una acción de Nulidad de Derecho Público que un proveedor presentó en contra de la aplicación de multa, la cual se aplicó de forma extemporánea, bajo la premisa del plazo asociado al artículo 94 del Código Penal; se acogió

⁶² Contraloría General de la República, Dictamen N° 24731-19, de 12 de septiembre de 2019.

⁶³ LLEDÓ Y PARDO, (2015), p. 69.

⁶⁴ ABELIUK, (2011), p. 814.

⁶⁵ Corte Suprema, Rol N° 32254-15, de 31 de marzo de 2016.

la demanda en primera instancia, se revocó el fallo en segunda instancia y se rechazó la demanda en todas sus partes; presentado el recurso de Casación, la Corte Suprema confirmó el fallo de segunda instancia pero sin pronunciarse sobre la naturaleza de la multa, puesto que, existía inconsistencias entre lo impugnado como arbitrio y lo pedido en la demanda; en este caso de mayor interés son los votos de prevención, en especial el del Ministro Muñoz, quien se pronuncia por la aplicación expresa del plazo contemplado en el artículo 2515 del Código Civil⁶⁶.

Como se puede observar, si bien el máximo Tribunal de la República se inclina por la tesis imperante y que emana del ente contralor, no es del todo clara esa postura en la judicatura ordinaria de primera instancia, lo cual se puede explicar porque no detenta el carácter de especializada en la materia administrativa.

4.- Conclusiones.

Se ha querido abordar la vía judicial en el ámbito de las compras públicas, conforme a la redacción de la Ley N° 19.886 en lo relativo al TCP, es claro que se puede dividir el estudio de este tema en 2 grandes temas, por una parte, los asuntos de conocimiento del tribunal contencioso administrativo especial, por otra parte, aquellos que están fuera de su competencia y que caen en la judicatura común.

Existe una mezquina regulación del TCP, tanto en su parte orgánica, como procesal, que es la que más nos interesa. No obstante, en fallos del contencioso administrativo especial se observa un prístino carácter expansivo de su competencia en sus decisiones, ampliándose, inclusive a materias que no han sido comprendidas por el legislador, como ocurre con el Convenio Marco “Grandes Compras” prevaleciendo, finalmente, el principio de la realidad licitatoria por sobre los términos nominales que se empleen. Sin duda estamos de acuerdo con el criterio del TCP, pero lamentamos que no exista claridad legislativa al respecto, carencia que también se manifiesta en la aplicación supletoria del Libro Primero del CPC y del juicio ordinario de mayor cuantía al procedimiento especial de esta instancia, ya que, se ha dejado en la indefensión al litigante que desea recurrir a ciertas resoluciones, so pretexto de que la apelación subsidiaria referente a la resolución que deniega la suspensión del procedimiento licitatorio atentaría contra la naturaleza breve y

⁶⁶ Corte Suprema, Rol N° 38856-17, de 18 de octubre de 2018.

sumaria de este litigio, craso error dicha argumentación y esperamos que este trabajo aporte en ese sentido.

Punto aparte dada su relevancia significa el estudio de criterios más claros en cuanto bajo que parámetros el TCP debe acoger una suspensión de la licitación, en ese sentido esperamos que lo analizado sirva como un comienzo para un estudio más profundo y que pueda dar mayores luces a todos los operadores jurídicos. No podemos dejar de mencionar que tal medida, dada su real importancia, que puede hacer o no viable el litigio, es escasamente fundamentada en la resolución que la concede, lo cual dificulta el tratar de colegir parámetros claros.

Dada la acotada competencia del TCP, lo cual no es novedad, muchos litigios relacionados con la contratación administrativa caen bajo la esfera de la competencia común de los tribunales civiles, lamentablemente la extensión de este artículo impide el abordarlos todos los tópicos de interés, pero, respecto a las multas derivadas de este tipo de contratos a nivel doctrinario existe una marcada tendencia a calificarlas como sanciones administrativas, en cambio, la Contraloría y los tribunales superiores la conceptualizan como de naturaleza contractual vinculándola a la cláusula penal.

Bibliografía.

Doctrina:

ABELIUK MANASEVICH, René (2011): Las Obligaciones, Tomo I y II, Quinta edición, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

ARÉVALO ADASME, Álvaro (2014): “Rol del Juez en el Proceso Administrativo Licitatorio”, en Discurso en el Seminario de Contratación Administrativa y Compras Públicas. Disponible en: <https://docplayer.es/37382139-Rol-del-juez-en-el-proceso-administrativo-licitatorio-alvaro-arevalo-adasme-presidente-del-tribunal-de-contratacion-publica.html> [visitado el 21/10/2019].

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): Derecho Administrativo General, Segunda edición (Santiago, Editorial Legal Publishing).

CELIS DANZINGER, Gabriel (2008): “Principios Constitucionales en la Ley de Compras”, en Nomos -Revista de Derecho de la Universidad de Viña del Mar- (N° 1), pp. 71-106.

CELIS DANZINGER, Gabriel (2016): Contratos Administrativos (Santiago, Editorial El Jurista).

CONCHA MACHUCA, Ricardo (2016): “Crítica a la Falta de Declaración de Nulidad y a la Consiguiente Configuración de Eficacia del Contrato Público Invalido Soportado en un Procedimiento Ilegal”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Volumen 46, N° 1), pp. 287-310.

CORDERO VEGA, Luis (2006): “Los Contratos Públicos como medio de Intervención y Regulación Estatal”, en Revista de Derecho Administrativo Económico (N° 17), pp. 31-46.

CORDERO VEGA, Luis (2015): Lecciones de Derecho Administrativo, Segunda edición (Santiago, Editorial Legal Publishing).

ESCANILLA ABARZA, Eduardo (2013): “El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un Análisis Crítico Propositivo”, en Revista de Derecho Público Iberoamericano (N° 2), pp. 103-149.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2011): “Los Procesos Administrativos en el Derecho Chileno”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Volumen 36, N° 1), pp. 251-277.

LARA ARROYO, José Luis (2018): “Funcionamiento del Sistema Nacional de Compras Públicas y Evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: Propuestas de Cambio”, en ANINAT, Isabel y RAZMILIC, Slaven (editores): Un Estado para la Ciudadanía. Estudios para su Modernización (Santiago, Centro de Estudios Públicos).

LARA ARROYO, José Luis y GARCIA-HUIDOBRO, Luis Eugenio (2014): “Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la Contratación Administrativa bajo la Ley N° 19.886”, en ARANCIBIA, Jaime y ALARCON, Pablo (coordinadores): Sanciones Administrativas. X Jornadas de Derecho Administrativo. Asociación de Derecho Administrativo (ADA) (Santiago, Editorial Legal Publishing).

LLEDÓ VELOSO, Camilo y PARDO DONOSO, José (2015): “Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministros y prestación de

servicios: La incerteza como un problema de política pública”, en Revista de Derecho Público (Volumen 82), pp. 53-77.

MARIN GONZALEZ, Juan Carlos (2015): Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

MUÑOZ CHIU, Natalia (2004): “Contratación Administrativa”, en Revista de Derecho -Consejo de Defensa del Estado- (N° 12), pp. 13-40.

NICÓLAS TURRYS, Jenny (2015): “Contratación Administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica”, en Revista de Derecho Administrativo Económico (N° 20), pp. 43-80.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1979): “En torno al concepto de contrato administrativo”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N° 3), pp. 135-160.

OSORIO VARGAS, Cristóbal (2017): Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General, Segunda edición (Santiago, Editorial Legal Publishing).

PEREIRA, Hugo (1992): “Embargo y cautela en el proceso chileno”, en Revista de Derecho Procesal (N° 17), pp.81-98, en MARIN GONZALEZ, Juan Carlos (2015): Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil Chileno (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2018): “Cuenta Pública 2018”, en Pagina web del Tribunal de Contratación Pública. Disponible en: <http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/cuenta-publica/> [visitado el 21/10/2019].

VERGARA BLANCO, Alejandro (2016): “Tribunal de Contratación Pública: Bases institucionales, Organización, Competencia y Procedimiento”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Volumen 46, N° 1), pp. 347-378.

Jurisprudencia citada:

Car S.A. con Carlos Alberto Lagos Toro (2015): Corte Suprema 31 de marzo de 2016 (reclamo de ilegalidad municipal) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Mellafe y Salas S.A. con Fisco de Chile (2017): Corte Suprema 18 de octubre de 2018 (recurso de casación) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de Valparaíso con Tribunal de Contratación Pública (2010): Corte de Apelaciones de Santiago 03 de marzo de 2011 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Daniela Álamo Salazar con Tribunal de Contratación Pública (2011): Corte de Apelaciones de Santiago 17 de mayo de 2012 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Pfizer Chile S.A. con Tribunal de Contratación Pública (2011): Corte de Apelaciones de Santiago 09 de septiembre de 2011 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

José Rivas Valladares con Tribunal de Contratación Pública (2012): Corte de Apelaciones de Santiago 09 de noviembre de 2012 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Juan Carlos Madariaga Montes con Tribunal de Contratación Pública (2013): Corte de Apelaciones de Santiago 28 de marzo de 2014 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Municipalidad de Contulmo con Tribunal de Contratación Pública (2013): Corte de Apelaciones de Santiago 28 de noviembre de 2013 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Hernán Vizcarra Vergara con Tribunal de Contratación Pública (2014): Corte de Apelaciones de Santiago 28 de agosto de 2014 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Carolina Requena Duschner y Otro con Tribunal de Contratación Pública (2015): Corte de Apelaciones de Santiago 15 de enero de 2016 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

B. Braun Medical SpA con Tribunal de Contratación Pública (2016): Corte de Apelaciones de Santiago 26 de septiembre de 2016 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Natalia Ocampo Naveas con Tribunal de Contratación Pública (2016): Corte de Apelaciones de Santiago 23 de junio de 2016 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Unión Temporal de Proveedores Sumicar-Mafer con Tribunal de Contratación Pública (2016): Corte de Apelaciones de Santiago 11 de agosto de 2016 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Banco del Estado de Chile con Tribunal de Contratación Pública (2017): Corte de Apelaciones de Santiago 18 de mayo de 2017 (recurso de hecho) en: Consulta unificada de causas del Poder Judicial.

Inversiones Aéreas Patagonia Limitada con Intendencia Regional de Aysén (2009): Tribunal de Contratación Pública 18 de junio de 2009 (acción de impugnación/resolución sobre la suspensión del procedimiento licitatorio) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Grupo Bios S.A. con Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente (2010): Tribunal de Contratación Pública 16 de agosto de 2010 (acción de impugnación//escrito de demanda de impugnación) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Isabel Eugenia Berrios Recabarren con Intendencia XII Región de Magallanes y Antártica Chilena (2010): Tribunal de Contratación Pública 29 de enero de 2010 (acción de impugnación/sentencia interlocutoria sobre incidente de incompetencia del tribunal) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Maximiliano Montenegro Peña con Municipalidad de Santiago (2010): Tribunal de Contratación Pública 16 de noviembre de 2010 (acción de impugnación/resolución sobre la suspensión del procedimiento licitatorio) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Socovesa Ingeniería y Construcción S.A. con Servicio de Salud el Maule (2010): Tribunal de Contratación Pública 29 de diciembre de 2010 (acción de impugnación/escrito de suspensión del procedimiento) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Sonda S.A. con Servicio de Registro Civil e Identificación (2010): Tribunal de Contratación Pública 22 de julio de 2010 (acción de impugnación/escrito de suspensión del procedimiento) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Constructora San Felipa S.A. con Dirección Regional de Vialidad y Seremi de Obras Públicas de la XIV Región de Los Ríos (2011): Tribunal de Contratación Pública 19

de julio de 2011 (acción de impugnación/resolución sobre recurso de reposición) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Dimacofi S.A. con Policía de Investigaciones de Chile (2011): Tribunal de Contratación Pública 28 de julio de 2011 (acción de impugnación/sentencia definitiva) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Dimacofi S.A. con Ministerio de Obras Públicas (2011): Tribunal de Contratación Pública 17 de noviembre de 2011 (acción de impugnación/sentencia definitiva) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Casa de Moneda de Chile S.A. con Servicio de Registro Civil e Identificación (2012): Tribunal de Contratación Pública de 19 de octubre de 2012 y de 23 de noviembre de 2012 (acción de impugnación/resolución sobre medida prejudicial/resolución sobre suspensión del procedimiento licitatorio) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Zigor Chile S.A. con Municipalidad de Lebu (2013): Tribunal de Contratación Pública 22 de junio de 2013 (acción de impugnación/escrito de recurso de reposición) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Seguridad Integral TMI S.A. con Hospital Doctor Félix Bulnes Cerda (2014): Tribunal de Contratación Pública 23 de diciembre de 2014 (acción de impugnación/resolución sobre recurso de reposición) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Estudio Jurídico Pfeffer y asociados LTDA. con Superintendencia de Casinos de Juego (2015): Tribunal de Contratación Pública 12 de enero de 2015 (acción de impugnación/escrito de demanda de impugnación, primer otrosí) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Canal 13 S.A. con Municipalidad de Olmué (2017): Tribunal de Contratación Pública 08 de junio de 2017 (acción de impugnación/escrito de demanda de impugnación, primer otrosí) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Soloverde S.A. con Municipalidad de Iquique (2018): Tribunal de Contratación Pública 07 de diciembre de 2018 (acción de impugnación/escrito de demanda de impugnación, primer otrosí) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Proveedora de Productos Alimenticios LTDA. con Ejército de Chile (2019): Tribunal de Contratación Pública 02 de septiembre de 2019 (acción de impugnación/sentencia interlocutoria sobre incidente de incompetencia del tribunal) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Unión Temporal de Proveedores Seneka SpA, MWL Telecomunicaciones, Ingeniería y Proyectos SpA con Municipalidad de Río Verde (2019): Tribunal de Contratación Pública 14 de mayo de 2019 (acción de impugnación/escrito de demanda de impugnación) en: Información de causas del Tribunal de Contratación Pública.

Jurisprudencia administrativa citada:

Directiva N° 15 (2019): Dirección de Compras y Contratación Pública 23 de septiembre de 2015 en: Centro de documentación, Directivas de Compra.

Dictamen N° 26263 (2009): Contraloría General de la República de 20 de mayo de 2009 en: Buscador de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 65248 (2011): Contraloría General de la República de 17 de octubre de 2011 en: Buscador de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 20033 (2013): Contraloría General de la República de 03 de abril de 2013 en: Buscador de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 34523 (2013): Contraloría General de la República de 04 de junio de 2013 en: Buscador de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 64608 (2015): Contraloría General de la República de 13 de agosto de 2015 en: Buscador de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 55133 (2016): Contraloría General de la República de 26 de julio de 2016 en: Buscador de la Contraloría General de la República.

Dictamen N° 24731 (2019): Contraloría General de la República de 12 de septiembre de 2019 en: Buscador de la Contraloría General de la República.