

# Indemnización por actos ilegales o arbitrarios generados en la adjudicación de una licitación pública: Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema *González con Ilustre Municipalidad de Dalcahue* (2019)

Carolina Helfmann Martini\*

## I. Antecedentes de la sentencia

### 1. Historia procesal

En una reciente sentencia (15 de marzo de 2021) la Corte Suprema se pronunció acerca de la posibilidad de indemnizar perjuicios los ocasionados con motivo de una adjudicación declarada ilegal y arbitraria por parte del Tribunal de la Contratación Pública ("TCP").

Los antecedentes de esta controversia jurídica se remontan al año 2016 cuando la I. Municipalidad de Dalcahue convocó a un procedimiento de licitación pública para efectos de contratar la "Reposición Posta Tehuaco-Quetalco, comuna de Dalcahue". Tal procedimiento finalizó con uno de los proponentes adjudicados y con la presentación de una demanda ante el TCP por parte del oferente no adjudicado Sr. Fernando González Paredes. Esta acción fue acogida declarándose ilegal y arbitraria: el acta de apertura; la orden de compra; y el decreto de adjudicación. La sentencia del TCP fue emitida el 17 de junio de 2016.

Posteriormente, el 19 de junio del mismo año, el oferente no adjudicado inició una acción de indemnización de perjuicios, la cual fue tramitada ante el Juzgado de Letras de Castro (Rol N° 1070-2017) y

---

\* Abogada de la Pontificia Universidad Católica y LLM por la Universidad de Cambridge. Doctoranda de la Universidad de los Andes y Profesora de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: chelfma1@uc.cl. Dirección postal: Monseñor Álvaro del Portillo 12455, Santiago, Las Condes, Región Metropolitana.

Artículo recibido el 15 de mayo de 2021 y aceptado el 16 de junio de 2021.

rechazada por el mismo. La sentencia de primera instancia fundamenta el rechazo en la circunstancia de que el acto de adjudicación no se encuentra invalidado. Por ende, ha seguido produciendo todos sus efectos y consolidando la situación jurídica del tercero adjudicado de buena fe (considerando duodécimo). Adicionalmente, agrega que para dejar sin efecto el acto de adjudicación se debió haber ejercido la acción de nulidad de derecho público (considerando décimo tercero). También último, se citan las bases administrativas, dado que la mismas establecían que las propuestas no aceptadas no tendrán derecho a indemnización. En base a lo anterior, concluye que el actor tenía una mera expectativa de adjudicarse la licitación.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt (Rol N° 702-2018), emitida con fecha 17 de enero de 2019, procede a confirmar el pronunciamiento de primera instancia. Para fundamentar lo mismo, analiza y descarta, de manera breve, cada uno de los argumentos expuestos por el recurrente. En cuanto a la ausencia de adecuada fundamentación, la sentencia sostiene que el tribunal de primera instancia se hizo cargo de la prueba rendida y que además existe una adecuada resolución del asunto. Respecto del segundo argumento –en cuanto a no ser la vía idónea para anular el acto– la Corte de Apelaciones comparte lo sostenido por el recurrente y elimina este considerando, aunque sostiene que comparte los argumentos de fondo contenidos en el considerando décimo cuarto, de acuerdo al cual el recurrente tenía una mera expectativa de resultar adjudicado. El tercer argumento –ultra petita– es rechazado por considerar que el recurrente no sufrió perjuicios. Por último, se alega la improcedencia de la mera expectativa en base a la existencia de la sentencia del TCP. Al respecto la Corte de Apelaciones de Puerto Montt señala que, si bien la sentencia del señalado tribunal se pronuncia sobre la ilegalidad y arbitrariedad por parte de la denunciada Municipalidad, ella no decide la adjudicación y tampoco ordena que la demanda de perjuicios sea acogida. Por ende, es en sede civil donde se debe discutir la concurrencia de la totalidad de los requisitos exigidos para configurar un caso de responsabilidad.

Finalmente, la sentencia de la Corte Suprema (Rol N° 4.960-2019) acoge el recurso de casación en la forma y luego revoca y acoge la acción de indemnización de perjuicios.

## 2. Cuestiones sometidas a conocimiento de la Corte Suprema a través del recurso de casación en la forma

El vicio denunciado fue la ausencia de consideraciones de hecho y de derecho para desestimar la demanda interpuesta, así como no ponderar la prueba rendida en autos, además de no realizar ningún análisis que le permitiera llegar a la determinación en cuanto a la inexistencia de los perjuicios demandados por concepto de lucro cesante.

## II. Decisión de la corte suprema y relevancia de la misma

### 1. Fundamentos de la decisión de la Corte Suprema

La Corte Suprema dictó dos sentencias. La primera acogiendo la casación en la forma y luego revocando la sentencia impugnada y dictando una de reemplazo.

En cuanto a la sentencia que revoca el fallo de la Corte de Apelaciones y acoge la acción de indemnización de perjuicios, lo primero que determina es el régimen de responsabilidad de acuerdo al cual se debe resolver la controversia. Así, cita el artículo 152 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que establece que la responsabilidad de los entes municipales “procederá especialmente por falta de servicio”.

En base a ello, sostiene que la falta de servicio imputada consiste en adjudicar indebidamente una licitación, concluyendo que:

Conforme a los hechos que se han tenido por establecidos en lo que precede, es posible concluir que la falta de servicio que el actor atribuye a la demandada efectivamente concurre en la especie, pues, al adjudicar la licitación pública denominada “Reposición Posta Tehuaco-Quezalco, comuna de Dalcahue” al oferente Álex Fritz Oyarzún, el municipio transgredió el principio de estricta sujeción a las bases consagrado en el inciso 3° del artículo 10 de la Ley N° 19.886. En efecto, la referida determinación configura el mal funcionamiento del servicio que sirve de basamento a la demanda, en tanto la misma fue acordada de manera ilegal, toda vez que, como se dio por establecido por el Tribunal de Contratación Pública, la oferta presentada por el interesado que obtuvo en el concurso quebrantó lo establecido en las Bases Administrativas que lo regían al no incorporar en su oferta económica el concepto llamado “número de hombres-mes”, evento en el que, de acuerdo a lo previsto en el N° 5.4 de las mismas, tal propuesta debió ser rechazada de plano (considerando séptimo).

Posteriormente, la Corte Suprema establece que se debe determinar si procede la demanda, considerando que el hecho generador de la misma se produjo en una fase previa al contrato mismo. Para tal efecto, revisa doctrina civilista en relación con la responsabilidad precontractual (considerando noveno). Luego, agrega que el contrato administrativo debe contar con ciertas formalidades previas y coetáneas. Respecto de las previas, se refiere a los mecanismos de contratación: licitación pública, licitación privada y trato directo.

En base a lo anterior, agrega que:

Así las cosas, y dado que dicha etapa preparatoria, como se dijo, forma parte integrante del proceso de contratación pública, del que constituye un elemento de la esencia, forzoso es concluir que la anotada falta de servicio obliga a la demandada a resarcir al actor los perjuicios que la misma le haya provocado, conforme a lo prescrito en el artículo 152 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, puesto que al

adoptar la decisión adjudicatoria en comento, vulneró los deberes que la buena fe le impone en esta etapa previa o inicial del íter contractual, considerando que, con infracción a las normas que la propia Administración se dio para regular el certamen de que se trata, declaró vencedor a un interesado que, no obstante, debió ser excluido del concurso (considerando décimo primero).

Luego, la Corte Suprema resume los puntajes obtenidos por cada uno de los tres proponentes y concluye que si la I. Municipalidad de Dalcahue hubiese actuado de manera debida debió haber adjudicado la licitación al recurrente pues contaba con una contundente ventaja en relación con el tercer oferente (considerando décimo tercero).

Por ende, el perjuicio ocasionado es la pérdida de la ganancia a la que tenía legítimo derecho dado que su oferta era la mejor evaluada, estableciendo la sentencia que:

(...) contaba con una chance relevante de obtener en la licitación de que se trata, puesto que los antecedentes objetivos con que cuenta esta Corte acreditan que la ventaja que obtuvo respecto de su único competidor era de tal relevancia que, un proceder guiado por la razón y la objetividad, debió conducir al ente edilicio a preferir a aquel interesado que satisfacía de mejor manera las exigencias establecidas por el ente público (considerando décimo cuarto).

Finalmente, en cuanto a la naturaleza y montos de los perjuicios resarcidos, se declara inadmisibles el monto solicitado correspondiente a la "obtención de mejor precio por compra en volumen de materiales de construcción", dado que no se explica en qué consiste y tampoco su vinculación con la falta de servicio. En cuanto al lucro cesante, lo declara comprobado (considerando décimo séptimo) y concluyó que la ganancia justa corresponde al 5% del precio total de la oferta presentada por el recurrente.

## 2. Relevancia de la decisión de la Corte Suprema

Esta sentencia trata acerca de la posibilidad de demandar perjuicios en caso de no resultar adjudicado en un procedimiento de contratación, dada la ocurrencia de una actuación ilegal o arbitraria por parte de la entidad pública adjudicadora, siendo lo mismo acreditado por el TCP.

Las interrogantes que se han planteado se relacionan principalmente con los elementos que permiten configurar una hipótesis de responsabilidad extracontractual.

Así, se trata de un tema que ha sido objeto de varios pronunciamientos judiciales previos y que hoy adquiere especial relevancia dado que actualmente se tramita una modificación a la Ley N° 19.886 sobre Bases de los Contratos de Suministro y Prestación de Compras Públicas ("Ley de Compras Públicas"), que pretende aclarar este tema según se expondrá a continuación.

### III. Consideraciones previas al análisis de la sentencia rol N° 4.960-2019

#### 1. Aspectos generales en cuanto a la responsabilidad extracontractual del Estado

##### a) *Dos sistemas de responsabilidad: teorías objetiva y subjetiva*

Como es bien sabido, en relación con la responsabilidad del Estado, la jurisprudencia ha transitado entre dos teorías. Así, han existido períodos marcados por la teoría objetiva y otros por la teoría subjetiva. Hoy no hay duda de que se aplica esta última teoría. Por ende, se requiere acreditar un factor de imputación. En el caso de nuestro ordenamiento, y en virtud de un análisis armónico entre el texto constitucional (artículo 38) y la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (artículos 4 y 42), ese factor de imputación es la falta de servicio. Así, se debe acreditar que: la Administración no ha actuado; ha actuado de manera tardía; o bien ha actuado de manera indebida.

##### b) *Distinción entre ilegalidad y falta de servicio*

Adicionalmente, la jurisprudencia también se ha encargado de distinguir entre ilegalidad y falta de servicio. Así, en causas relativas a la indemnización de perjuicios derivadas de procedimiento de licitación, ha señalado:

Que en el mismo orden de ideas, y tal como lo ha resuelto esta Corte Suprema, es necesario precisar “que no toda ilegalidad necesariamente es constitutiva de falta de servicio, por cuanto las nociones de ilegalidad y falta de servicio son independientes. De este modo una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, lo que resulta evidente por ejemplo tratándose de ilegalidades de forma, o de incompetencia cuando la misma medida hubiere podido ser este modo una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, lo que resulta evidente por ejemplo tratándose de ilegalidades de forma (...) (considerando décimo sexto)<sup>1</sup>.

Asimismo, se ha señalado que: “(...) Lo mismo ocurre tratándose de errores de apreciación que puedan conducir a la anulación de un acto, o cuando la misma medida hubiera podido ser tomada empleando un procedimiento regular” (Considerando décimo octavo de la sentencia de reemplazo, de fecha 02 de Agosto de 2010, dictada en autos Rol N° 7.522-2008, caratulados “Inmobiliaria San Andrés con Municipalidad de Villarrica; reiterado en los autos Rol N° 3.706-2010, caratulados “Pozo Saavedra con Municipalidad de Las Condes”, sentencia de 30 de enero de 2013)” (considerando noveno)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Corte Suprema. Rol N° 22.222-2018.

<sup>2</sup> Corte Suprema. Rol N° 2.795-2015.

c) *Requisitos de la responsabilidad*

Finalmente, cabe tener en consideración que la responsabilidad del Estado requiere la acreditación de ciertos requisitos. En este sentido, y en relación con las sentencias del TCP, se ha sostenido lo siguiente:

Que, adicionalmente, atendido los contornos en que se ha dado la litis, resulta necesario poner de relevancia que ni aun el establecimiento de que la Administración ha incurrido en falta de servicio, conduce necesariamente al acogimiento de una pretensión resarcitoria, por cuanto para que esta prospere se precisa de la concurrencia de los demás elementos de la responsabilidad, siendo fundamental la existencia del daño, pues sin este último no nace el derecho a ser indemnizado; requiriéndose forzosamente que el daño alegado y probado se encuentre en relación de causalidad con el actuar ilícito del demandado, que para el caso de la Administración se produce cuando ha mediado la falta de servicio (considerando décimo octavo)<sup>3</sup>.

Así, para que se lugar a una acción resarcitoria se debe acreditar: la falta de servicio por parte de un organismo de la Administración del Estado; el daño causado con motivo de tal falta de servicio; y la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño sufrido por un particular. Todos estos elementos serán analizados en relación con los sostenido por la sentencia Rol N° 4.960-2019.

2. La competencia del TCP y los efectos de sus sentencias

a) *El texto normativo actual*

El TCP actualmente cuenta con una competencia limitada desde el inicio del procedimiento de contratación y hasta la adjudicación. Además, su competencia se encuentra circunscrita a la declaración de actos arbitrarios o ilegales. Así, como ha recogido la doctrina nacional, el TCP tiene competencia restrictiva en términos procedimentales, objetivos y materiales<sup>4</sup>.

De conformidad a lo anterior, no cuenta con facultad para declarar los perjuicios sufridos con motivo del acto ilegal o arbitrario. Sin embargo, el texto normativo vigente prevé lo siguiente en relación con la sentencia definitiva: "(...) el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho" (artículo 26 inciso primero de la Ley N° 19.886)

De esta manera, si bien no hay un reconocimiento expreso en cuanto a servir de título para efectos de demandar perjuicios en un tribunal ordinario, se reconoce la posibilidad de ordenar "medidas para reestablecer el imperio del derecho". La pregunta, por tanto, es si esta facultad permite dar lugar a

<sup>3</sup> Corte Suprema. Rol N° 22.222-2018.

<sup>4</sup> VERGARA y BARTLETT, 2017, 66.

un derecho a demandar perjuicios o no sin tener que acreditar el daño y el vínculo de causalidad. En el caso municipal la jurisprudencia se ha basado en el artículo 152. Por ende, no existe una regla general. En línea con lo mismo, el pasado 30 de marzo ingresó un proyecto de ley que intenta, entre otras cosas, aclarar el efecto de las sentencias del TCP.

*b) La modificación normativa en actual tramitación*

El referido Proyecto de Ley (Boletín N° 14.137-05), tiene por propósito modificar la Ley de Compras Públicas, entre otros cuerpos legales, introduce una serie de cambios relativos al TCP. Respecto de los efectos de las sentencias, el texto propuesto (artículo 26 septies) es el siguiente:

Cuando por sentencia firme ejecutoriada se hubiere dado lugar a alguna de las acciones de impugnación señaladas en los numerales 1), 2) y 5) del artículo 24, el interesado podrá presentarse a los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas del juicio sumario, la indemnización de los perjuicios que procedieren.

La acción para perseguir esta responsabilidad prescribirá en seis meses, contados desde la fecha en que se encuentre firme la sentencia a que hace alusión el inciso primero.

En todo caso, ello no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al funcionario que produjo el perjuicio, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra.

Así, en términos generales, el Proyecto de Ley no es lo suficientemente claro en cuanto a los efectos de las declaraciones realizadas por el TCP. Por lo mismo, resulta conveniente revisar los elementos de la responsabilidad a partir de la sentencia en comento y teniendo presente la jurisprudencia previa.

#### IV. Comentarios a la sentencia Rol N° 4.960-2019

*1. Una primera aclaración: en materia de perjuicios ocasionados con motivo de un procedimiento de contratación se aplica el régimen general de la responsabilidad*

Como fue antes señalado la situación fáctica que suele darse es una sentencia del TCP que declara ilegal o arbitraria la adjudicación, pero en que ya no es posible adjudicar a otro de los oferentes, por cuanto el contrato se encuentra en ejecución. En este sentido, el TCP suele agregar al término de sus sentencias una declaración de un tenor similar a la siguiente: "sin perjuicio de otros derechos que a la demandante puedan corresponder para reclamar las indemnizaciones que estime procedentes, en la sede jurisdiccional que la ley establece".

En este sentido, la Corte Suprema ha sostenido que:

(...) la declaración de ilegalidad contenida en la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública a propósito de la licitación de que se trata es insuficiente por sí sola para reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado por los daños que reclama, en especial porque el oferente tiene una mera expectativa (y no un derecho adquirido como ha sostenido el actor) de adjudicarse el contrato, posibilidad que para concretarse depende, entre otros factores, de que la Administración califique su oferta como la más conveniente al interés público (...). En resumen, no se advierte la ocurrencia de los vicios que el recurrente imputa a los sentenciadores, pues, a diferencia de lo alegado por él, para que proceda la indemnización exigida es preciso que se demuestre la concurrencia de todos y cada uno de los supuestos de la acción resarcitoria intentada, sin que baste a este fin y por sí sola la declaración de ilegalidad efectuada por el Tribunal de Contratación Pública (...) (considerando noveno)<sup>5</sup>.

De esta manera, en esta sentencia redactada por el ex ministro Pierry, se deja claramente establecido que siempre en sede civil se deben acreditar los elementos de la acción resarcitoria. Por ende, la existencia de un fallo favorable del TCP no implica sustraerse de la acreditación de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado.

De acuerdo a lo anterior, en la materia en comento se mantiene el régimen general de responsabilidad que exige la acreditación de ciertos requisitos, como por lo demás ha sido reconocido por la Corte Suprema en oportunidades anteriores<sup>6-7</sup>. En este sentido, sin perjuicio de las declaraciones que haga la sentencia del TCP igualmente será necesario probar en sede de justicia ordinaria todos los elementos de la responsabilidad.

Lo anterior, en teoría resulta efectivo y así lo señala expresamente la jurisprudencia de la Corte Suprema. Sin embargo, es un hecho cierto que esta misma jurisprudencia ha reconocido en algunos casos la relevancia de las sentencias del TCP, al punto de eximir en la práctica de la acreditación de alguno de los elementos de la responsabilidad, especialmente en lo referido al factor de imputación. Ello justamente ocurre en el caso en comento.

2. Análisis de los elementos para configurar la responsabilidad de los entes públicos en el caso de licitaciones indebidamente adjudicadas

a) *La falta de servicio como factor de imputación*

Como ya fue sostenido, en materia de actuaciones pre contractuales declaradas ilegales o arbitrarias cualquier aspiración de resarcimiento patrimonial debe acreditar la falta de servicio por parte de la Administración.

<sup>5</sup> Corte Suprema. Rol N° 11.364-2015.

<sup>6</sup> Corte Suprema. Rol N° 22.222-2018.

<sup>7</sup> Corte Suprema. Rol N° 16.702-2014.



La sentencia objeto de este comentario mantiene el mismo criterio. Sin embargo, resulta interesante que la misma, sin decirlo expresamente, reconoce un efecto particular a la sentencia del TCP. Así, también ha sido reconocido por doctrina<sup>8</sup> comentando sentencias previas<sup>9-10</sup>.

Así, para la Corte Suprema la sentencia del TCP tiene valor y sirve para configurar la falta de servicio. En efecto, la Corte Suprema intenta justificar la acreditación de la falta de servicio, sin embargo, principalmente se refiere al pronunciamiento del TCP. Igualmente, llama la atención que sin resultar necesario cita doctrina civilista para concluir que las formalidades que preceden a un contrato administrativo son de la esencia del mismo al ser parte de los tratos preliminares, etapa que de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema debe siempre estar guiada por la buena fe (ver considerando noveno). Así, reafirma la falta de servicio en base al quebrantamiento de la buena fe. Este último punto, resulta interesante, aunque no determinante en cuanto al elemento de la falta de servicio.

Adicionalmente, lo que resulta de gran interés de la sentencia en comentario, es que no solo reconoce un especial efecto a la sentencia del TCP, sino que también al dictamen emitido por la Contraloría Regional respectiva. Esto lleva a preguntarse si se podría considerar que ante la ausencia de una sentencia del TCP un dictamen de la Contraloría produce el mismo efecto. Preliminarmente, es posible sostener que ello resulta muy discutible dado la forma en que opera actualmente la potestad dictaminante de la Contraloría General de la República, especialmente en cuanto a la infracción al debido proceso.

*b) La acreditación del daño: ¿daño cierto y objetivo o la pérdida de chance?*

La distinción entre pérdida de chance y lucro cesante, implica, como sostiene doctrina nacional, distinguir entre pérdida de una oportunidad de legítima ganancia y un perjuicio efectivamente sufrido<sup>11</sup>. Así, jurisprudencia previa ha señalado que:

(...) Al respecto se debe considerar que la indemnización por la pérdida de oportunidad o de la chance, responde al criterio de la "oportunidad", concepto que encierra una chance y un riesgo; aludiendo, por tanto a "una situación teleológicamente orientada hacia la consecución de una utilidad o ventaja y caracterizada por una posibilidad de éxito presumiblemente no privada de consistencia" (Ríos Erazo, Ignacio y Silva Goñi, Rodrigo, Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad, Editorial Jurídica de Chile, primera edición, Chile, 2014, pág. 37). Debe recordarse, a su turno, que la indemnización por lucro cesante (...) refiere a la frustración de una legítima utilidad de no haber mediado el

<sup>8</sup> CISTERNA, 2019.

<sup>9</sup> Corte Suprema. Rol N° 19.233-2017.

<sup>10</sup> Corte Suprema. Rol N° 2.795-2015.

<sup>11</sup> RÍOS, 2015.

hecho dañoso. En cambio, en la pérdida de la chance se indemniza la privación de la oportunidad de acceder al beneficio (considerando décimo cuarto)<sup>12</sup>.

Esta idea de la pérdida de chance ha sido reconocida por la jurisprudencia en casos previos<sup>13</sup> y rechazado en otros<sup>14</sup>. Cabe preguntarse qué ocurre en la sentencia en comento. Al respecto, es posible sostener que no es del todo clara, aunque parece inclinarse por el lucro cesante, por cuanto como fue sostenido anteriormente declaró que “este resultó debidamente comprobado” (considerando décimo séptimo). Sin embargo, previo a esta declaración la sentencia sostiene que el reclamante:

(...) contaba con una clara y contundente ventaja para que el concurso le fuera adjudicado, pues no se divisa razón alguna que hubiera permitido al municipio preferir a un concursante que presentaba una ponderación inferior en más de un 20% a la de González Paredes (considerando décimo tercero).

Por lo mismo, concluye que “(...) contaba con una chance relevante de obtener en la licitación de que se trata (...)” (considerando décimo cuarto).

En cuanto a la naturaleza de esos daños, concluye que se trata de daños patrimoniales<sup>15</sup>. Específicamente da lugar a la demanda por lucro cesante. Para determinar el monto, la sentencia no retoma la idea de pérdida de chance, aunque tampoco queda claro que haya estado pensando en el monto cierto y efectivo que el demandante habría dejado de obtener, por cuanto concluye, aunque sin mayor sustento, que: “(...) una ganancia justa e idónea para un trabajo como el descrito alcanza al 5% del precio total de la oferta presentada por Luis Fernando González Paredes, cifra a cuyo pago, en definitiva, se condenará a la demandada” (considerando décimo octavo).

De esta manera, la jurisprudencia en comento parece encontrarse en una etapa de confusión en cuanto al concepto de indemnizar, por cuanto da por acreditado el lucro cesante y lo vincula con la ganancia que se dejó de obtener. Sin embargo, al determinar parece más bien aplicar una sanción que un lucro cesante propiamente tal, pues no analiza los costos y la utilidad esperada.

*c) Relación de causalidad: la mera expectativa de ser adjudicado*

Este es probablemente uno de los requisitos más complejos de acreditar. Se encuentra íntimamente vinculado al daño e implica acreditar que entre la actuación u omisión de la Administración y el daño hay un vínculo directo.

<sup>12</sup> Corte Suprema. Rol N° 22.222-2018.

<sup>13</sup> Corte Suprema. Rol N° 16.582-2014.

<sup>14</sup> Corte Suprema. Rol N° 2.795-2015.

<sup>15</sup> Corte Suprema. Rol N° 11.364-2015.

En este sentido, cabe cuestionarse si la sentencia del TCP permite acreditar el vínculo de causalidad. Sin perjuicio de que la sentencia en comento no lo señala expresamente, cabe destacar la siguiente declaración:

Asimismo, ha quedado suficientemente demostrado que los daños padecidos por el actor derivan, precisamente, del referido e indebido obrar municipal, pues, de no mediar su ilegal determinación, el demandante habría llevado a cabo la obra de que se trata y, en consecuencia, habría podido gozar de las utilidades que la misma debía reportar (considerando décimo quinto).

Así, pareciera que la sentencia del TCP tiene la aptitud suficiente para acreditar el vínculo de causalidad. Lamentablemente, ello no queda del todo claro desde que la jurisprudencia<sup>16</sup> ha señalado que mientras que no exista adjudicación solo existe una mera expectativa, ello en base a disposiciones que emanan de la misma Ley de Compras Públicas, como aquella que establece que se adjudicará a la oferta más conveniente (artículo 7) o bien aquella que habilita a declarar la licitación desierta cuando las ofertas no sean convenientes (artículo 9).

Sin embargo, la sentencia en comento aplicando el principio de razonabilidad sostiene que los daños derivan de la actuación administrativa por cuanto una actuación normal de la Administración habría llevado a la conclusión en cuanto a que de no haber mediado la actuación ilegal o arbitraria el recurrente debió haber resultado adjudicado.

Así, la sentencia parece avanzar en cuanto a la verificación de este requisito, aunque debe destacarse que efectivamente el lucro cesante en un contrato administrativo resulta siempre incierto, no solo por las normas antes referidas, sino que también considerando la facultad exorbitante que ostenta la Administración para poner término anticipado al contrato. Ello, en todo caso, es posible considerar que no debiese ser considerado para efectos de determinar el monto a indemnizar.

### 3. Otros aspectos de relevancia

#### a) *El camino procesal: necesidad demandar la nulidad del acto ilegal o arbitrario*

Hasta el momento, este comentario ha planteado que siempre se acciona ante el TCP y luego en base a esa sentencia se recurrirá a un tribunal civil. Sin embargo, se podrían plantear otras estrategias procesales. Por ejemplo, ejercer un reclamo de ilegalidad municipal o bien una acción de nulidad de derecho público.

Al respecto, el Máximo Tribunal ha sido claro en cuanto a:

Que en esas condiciones, resultaba plenamente aplicable el artículo 24 de la Ley No 19.886 que establece como competente para conocer de

<sup>16</sup> Corte Suprema. Rol N° 52.848-2016.

la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por dicha ley al Tribunal de Contratación Pública, de manera que la resolución que se revisa al declarar la incompetencia de la jurisdicción ordinaria no ha cometido los errores de derecho que se le atribuyen (considerando séptimo)<sup>17</sup>.

Por ende, no solo no existe un deber de demandar la nulidad, sino que la sede competente en caso de actos u omisiones ilegales o arbitrarios es el TCP.

*b) La prescripción de la acción para demandar perjuicios*

La norma actual nada señala en cuanto al plazo de prescripción para reclamar perjuicios en sede civil, a diferencia del Proyecto de Ley que establece un plazo de seis meses desde que la sentencia queda ejecutoriada.

A nivel jurisprudencial se ha aplicado también una norma de prescripción y se ha contado el plazo desde el mismo momento propuesto por el Proyecto de Ley. Así, la jurisprudencia ha señalado que:

En este sentido, tal como ha resuelto esta Corte con anterioridad (CS Rol N° 12.911-2018), el acto dañoso no está determinado únicamente por la falta de adjudicación de la licitación, en tanto el perjuicio se consolida con la imposibilidad de cumplir lo resuelto en la sentencia que, de manera posterior, declara la ilegalidad y arbitrariedad de tales actuaciones. En otras palabras, no es sino en esta última oportunidad –con la dictación de la sentencia y la constatación de la imposibilidad de cumplirla– cuando se materializa la discriminación de que fue objeto el actor, al no poder retrotraerse sus efectos a un estado anterior, escenario que autoriza a deducir la acción indemnizatoria por la responsabilidad municipal (considerando quinto)<sup>18</sup>.

Ello sin perjuicio de que declarando lo mismo en otra sentencia, también se ha realizado una prevención por parte del Ministro Muñoz en cuanto sostiene que no corresponde aplicar normas de derecho privado para resolver la materia, o por cuanto es una institución no regulada de modo general en el Derecho Público<sup>19</sup>.

### Bibliografía citada

- CISTERNAS, M. (2019). La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Materia de Licitaciones Públicas Adjudicadas Ilegalmente. <https://lyd.org/wp-content/uploads/2019/01/cap-2-cisternas.pdf>.
- RÍOS, I. (2015). Corte Suprema, licitación y pérdida de la oportunidad (chance). <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904363&Path=/OD/CC/>.
- VERGARA, A. y BARTLETT, D. (2017). Propuestas para la Regulación del Tribunal de la Contratación Pública. Organización, competencia y procedimiento. *Estudios Públicos*, (147), 33-93.

<sup>17</sup> Corte Suprema. Rol N° 16.079-2019.

<sup>18</sup> Corte Suprema. Rol N° 27.522-2019.

<sup>19</sup> Corte Suprema. Rol N° 27.522-2019.

## Normativa citada

- Constitución Política de Chile [Const.]. Artículo 38. 17 de septiembre de 2005. (Chile).
- Decreto N° 1-19.653 [con fuerza de ley]. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 13 de diciembre de 2000. D.O. 17 de noviembre de 2011.
- Decreto N° 1 [con fuerza de ley]. Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades. 9 de mayo de 2006. D.O. 26 de julio de 2006.
- Ley N° 19.886 de 2003. Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. 11 de julio de 2003. D.O. 30 de julio de 2003.

## Jurisprudencia citada

- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 11.364-2015. 3 de septiembre de 2014.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.702-2014. 29 de septiembre de 2014.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 2.795-2015. 30 de septiembre de 2015.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 52.848-2016. 6 de marzo de 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 19.233-2017. 15 de noviembre de 2017.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 22.222-2018. 10 de enero de 2019.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 12.911-2018. 12 de agosto de 2019.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.079-2019. 28 de mayo de 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 27.522-2019. 15 de octubre de 2020.
- Corte Suprema. Tercera Sala. Rol N° 16.582-2014. 9 de septiembre de 2014.