

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR SU ACTIVIDAD JURÍDICA BILATERAL: EL CASO DE LAS LICITACIONES EN MATERIA DE CONTRATO DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS BAJO LA LEY N° 19.886

*José Luis Lara Arroyo**

SUMARIO: I. Introducción. II. Acerca del funcionamiento y operación del Sistema de Compras y Contratación Pública chileno. III. Incumplimiento de las obligaciones de la entidad licitante y sus efectos: Responsabilidad del Estado: Su recepción Jurisprudencial. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El Estado y sus organismos actúan materialmente ya sea a través de su actividad jurídica unilateral (mediante la dictación de los correspondientes actos administrativos), o bien sea por medio de su actuar bilateral, esto es, por intermedio de la suscripción de contratos administrativos encaminados a la satisfacción de necesidades públicas concretas.

Es precisamente en el ejercicio de dicha actividad administrativa –sea unilateral o bilateral– que la Administración puede irrogar un daño a los particulares originando de suyo la obligación de repararlo, en cuanto la víctima de dicho daño no estaba jurídicamente obligada a soportarlo. De esta manera, se ha desarrollado a partir de la propia Carta Fundamental un régimen de responsabilidad del Estado de base constitucional y centrado en la víctima, que ha ido permeando las distintas formas de actuación de la Administración del Estado atendiendo al órgano y a la materia respecto de la cual recae, centrando su estudio principalmente respecto a la actividad unilateral prescindiendo la doctrina de un mayor análisis en la esfera bilateral.

*Abogado. Profesor Asistente de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actualmente cursa su Doctorado en Derecho en dicha Universidad.

Por lo anterior, nos abocaremos a intentar delinear las directrices del régimen de responsabilidad del Estado en materia de contratación pública (contratos de aprovisionamiento y prestación de servicios) bajo la Ley N° 19.886 y más propiamente en su etapa precontractual, que, como advertiremos, no ha sido objeto de una mayor atención por parte ni de la doctrina ni de la jurisprudencia, contrastando con el desarrollo que ha experimentado esta esfera de actuación pública durante los últimos años, circunstancia que demanda iniciar esta investigación.

Con tal objeto, identificaremos el régimen general aplicable a la contratación pública, las obligaciones de la entidad licitante, las prácticas susceptibles de irrogar un daño y, en definitiva, esbozar las particularidades de este régimen de responsabilidad conforme a la normativa aplicable y por cierto a una revisión jurisprudencial. Así, el análisis de la responsabilidad del Estado en esta especial esfera del quehacer jurídico bilateral de la Administración pasa inicialmente por precisar ciertas máximas que suelen ser invocadas por la propia Administración como vía para exonerarse de responsabilidad, como en la especie acontece cuando se sostiene que el oferente en un proceso de licitación carece de todo derecho para demandar perjuicios, toda vez que su “derecho” debe entenderse subordinado únicamente a la simple o mera expectativa de adjudicarse la licitación¹, afirmación que bajo nuestro sistema de responsabilidad constitucional, en modo alguno podría importar la exoneración de responsabilidad de la entidad licitante por los daños causados producto de su obrar, y que en definitiva devinieron en una afectación ya sea de la posibilidad de participar en el proceso licitatorio, la exclusión de un oferente, o bien lisa y llanamente la imposibilidad del adjudicatario de suscribir un determinado contrato por irregularidades o errores incurridos por la Administración licitante. En todo caso, previo a ello, efectuaremos un breve repaso acerca de la naturaleza, características y funcionamiento de la institucionalidad de las compras públicas en nuestro ordenamiento.

¹En tal sentido, se ha sostenido por la jurisprudencia que “*El demandante sabía o debía saber que él sólo tenía una posibilidad en relación a la citada licitación y no un supuesto derecho adquirido como lo ha planteado en autos, el que al no ser respetado le habría causado perjuicios. Planteamiento que esta Corte no acoge por cuanto el actor, por lo precedentemente señalado, conocía o debió conocer que sólo tenía una mera expectativa de llegar a adjudicarse la citada licitación y que el factor “menor valor” de su oferta no era determinante. Consta del proceso, además, que el demandante obtuvo el segundo lugar en el plazo y costo y tercer lugar en currículo, obteniendo el último lugar en el ranking de empresas*”. Sentencia Corte Suprema, 20 de septiembre de 2004, rol N° 5274-2003, Sammy Liberman Zelonka; con l. Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda. Considerando 9°. LegalPublishing: 30896.

II. ACERCA DEL FUNCIONAMIENTO Y OPERACIÓN DEL SISTEMA DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA CHILENO

En cuanto al funcionamiento del Sistema de Compras y Contratación Pública en Chile, éste se estructura sobre la base de proveedores y órganos públicos demandantes de bienes y servicios, quienes convergen en un sistema electrónico denominado Portal de Compras, administrado y gestionado por la Dirección de Compras y Contratación Pública (Chilecompras), servicio público descentralizado de la Administración del Estado y vinculado con el Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda².

La referida Dirección de Compras asesora a organismos públicos en la planificación y gestión en los procesos de compras tanto individuales como a través de la celebración de Convenios Marcos, no siendo responsable respecto de la regularidad de los mismos, desde que asume un rol de coordinador y administrador del sistema, recayendo la responsabilidad tanto respecto del proceso licitatorio como de la ejecución del contrato en la entidad licitante-demandante del bien o servicio.

Por otra parte, Chilecompras permanentemente emite instrucciones denominadas directrices sobre buenas prácticas en materia de compras públicas, instruyendo especialmente a los servicios licitantes³. Asimismo, el

²En cuanto al marco regulatorio de la Contratación Pública, éste se funda en la Ley N° 19.886 sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (en adelante, “Ley de Compras”), así como su Reglamento, contenido en el DS N° 250 de 2004, que aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios (en adelante “El reglamento”), que constituyen el marco jurídico principal regulador de los contratos de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Asimismo, existen una serie de otras disposiciones coadyuvantes de la Regulación de las compras públicas en Chile. Tal es el caso, por cierto, de la Constitución Política de la República, de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley N° 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información, etc.

³Así, entre las directivas emitidas podemos encontrar: i) Directiva N° 1 sobre Instrucciones de uso, Tipos de Adjudicación y Emisión de Órdenes de Compra, de 2 de septiembre de 2005; ii) Directiva de Contratación Pública N° 6, Plan Anual de Compras, enero de 2007; iii) Directiva de Contratación Pública N° 7, instrucciones para uso de garantías en procesos de compras, 11 de octubre de 2007; iv) Directiva de Contratación Pública N° 8, instrucciones para la Contratación de bienes y servicios relacionados con tecnologías de la información y Comunicaciones de 3 de julio de 2008; v) Directiva de Contratación Pública N° 9, instrucciones para la Contratación de bienes y servicios incorporando criterios de eficiencia energética, 14 de mayo de 2008; vi) Directiva de Contratación Pública N° 10, imparte instrucciones para la utilización del trato directo, 2 de octubre de 2008; vii) Manual Jurídico de compras públicas para las Municipalidades, octubre de 2005; viii) Guía de Apoyo a Evaluación de la Gestión de Compras Institucional indicadores de transparencia, 2006; ix) Guía Práctica de Ayuda Plan Anual de Compras; x) Guía Básica para la elaboración y Publicación del Manual de Procedimiento de Adquisición; xi) Guía Práctica de Eficiencia Energética; xii) Manual de Compras Energéticamente eficientes, marzo de 2008; xiii) Guía Rápida Contratación de Servicios Personales Especializados, febrero de 2010; xiv) Manual de Contratación de

Sistema de Compras ha dispuesto la existencia de un Registro Electrónico Oficial de Proveedores del Estado (Chileproveedores), que comprende a todos aquellos proveedores que luego de un proceso de certificación se encuentran habilitados para contratar con el Estado, no siendo esto un requisito indispensable, aun cuando es cada vez más recurrente que se exija detentar dicha condición al momento de la suscripción del contrato administrativo respectivo⁴.

Así, Chilecompras se erige en la entidad pública encargada de administrar y coordinar un sitio electrónico que permite que órganos demandantes de bienes y servicios puedan ingresar sus solicitudes o requerimientos de adquisición de bienes al portal electrónico (www.mercadopublico.cl), a través de un proceso licitatorio y transparente contenido en bases de licitación (administrativas y técnicas), que como tal se inicia a través del llamado, contenido en el acto administrativo respectivo, por el cual la entidad licitante comunica a través del portal de compras la apertura de la licitación, frente al cual los oferentes de dichos bienes o servicios pueden formular consultas, las que son debidamente contestadas, todo ello, con el objeto que dentro de un plazo preestablecido se proceda a formular las ofertas tanto técnicas como económicas, acompañándose la respectiva boleta de garantía de seriedad de la oferta.

Una vez ingresadas electrónicamente las ofertas, se procede a la validación de los antecedentes administrativos y, acto seguido, la evaluación técnica y económica a objeto de escoger al contratante que efectúe la mejor oferta tanto desde el punto de vista económico como técnico, siguiendo los criterios de ponderación fijados en las bases. Una vez escogido el cocontratante, por parte de la entidad pública demandante del bien o servicio (que es efectivamente la responsable de conducir el proceso licitatorio), se efectúa la adjudicación electrónica a través del portal electrónico, la que debe ser aceptada por el proveedor adjudicatario.

Servicios Personales Especializados compradores, febrero de 2010; xv) Guía Rápida Consultas al Mercado-RFI, febrero de 2010. De esta manera, Chilecompras funda su facultad para emitir normas orientadoras para el sistema de compras y contratación pública en el artículo 30 letra h) de la Ley N° 19.886 al disponer entre las funciones del Servicio, “Establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles”. Como se advertirá, es un mandato bastante acotado, sin perjuicio de lo cual ha sido invocado para la dictación de una serie de directivas y otras manifestaciones normativas no contenidas propiamente en acto administrativos. Como se podrá advertir, se trata de instrumentos normativos denominados “Guías” que en principio y como bien lo señala su referencia, se trataría de actos internos de la Administración, asimilándose a la institución del “instructivo” ya visto y que como tal reconoce existencia en nuestro ordenamiento en la medida que sólo produzcan efectos *intra* administración.

⁴Ello, en virtud de la disposición facultativa prevista en el artículo 66 inciso 3 del Reglamento de Compras Públicas al disponerse que “Las Entidades podrán exigir a los Adjudicatarios su inscripción en el Registro de Proveedores para poder suscribir los contratos definitivos”.

Verificada la adjudicación electrónica, la entidad licitante dictará el acto administrativo formal de adjudicación que se traducirá en una resolución adjudicatoria que dará paso a la firma del contrato administrativo correspondiente, momento a partir del cual se originará la sustitución de las boletas de garantía (entregándose la boleta de fiel cumplimiento), y comenzará la ejecución material del instrumento contractual correspondiente.

II.1. OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD LICITANTE

Revisado ya el funcionamiento de los procesos de contratación pública, como hemos señalado, la entidad licitante ejerce potestades públicas, entendidas ellas como poderes jurídicos finalizados encaminados a la satisfacción de una determinada necesidad pública concreta⁵, y es precisamente el ejercicio de dicha potestad (en beneficio de las personas) la que debe subordinarse en todo momento al ámbito de actuación y potestades conferidas por la Constitución o en la mayoría de las veces por la ley.

De ahí, los órganos o entidades licitantes deben inexorablemente sujetarse al principio de juridicidad que implica una sujeción plena e integral –tanto en el ser como en el obrar– a Derecho, esto es, tanto a la Constitución como a las normas dictadas conforme a ella⁶.

En tal sentido, conviene tener presente que la propia Ley N° 19.886 establece una serie de obligaciones a las entidades licitantes tales como: i) respetar la prevalencia del convenio marco y la licitación pública como mecanismos de contratación; ii) propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en las contrataciones; iii) obligación de requerir las garantías correspondientes; iv) obligación de motivar las resoluciones; v) elaboración de un manual sobre procedimiento de adquisiciones; vi) exigencia de contenidos mínimos de las bases.

Y es precisamente el incumplimiento de algunas de estas obligaciones las que, de causar un daño al oferente, originarán de suyo la responsabilidad del Estado. A continuación, pasaremos revista de algunos de los casos que pudieren suscitarse en el contexto de la precontratación pública:

- i. *Selección del Mecanismo de Contratación: se insta trato directo en circunstancias que procedía licitación pública o privada*

Como ya señalábamos, el principio de la licitación pública viene a ser la regla general en la contratación pública, desde que asegura la libre concurrencia de oferentes en los procesos de adquisición y, como ya vimos,

⁵En tal sentido, vid. Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II. El principio de Juridicidad*. Editorial Jurídica de Chile, 1996, 149.

⁶Adviértase el desarrollo del principio de juridicidad en Soto Kloss, cit. nota 5 precedente.

se encuentra consagrado en la propia Ley N° 18.575. Sin perjuicio de lo anterior y para el caso concreto que nos ocupa, la Ley N° 19.886 vino a profundizar y especificar los mecanismos de contratación pública al disponer la existencia de un Convenio Marco, Licitación Pública y sólo en casos debidamente calificados permitir a la entidad licitante recurrir a la licitación privada o al trato directo, mediando una resolución debidamente fundada al efecto.

Por lo anterior, especialmente grave resulta cuando la Administración del Estado, no obstante existir las condiciones para originar un proceso competitivo de selección de ofertas (convenio marco y licitación pública), pone en movimiento los mecanismos de licitación privada o trato directo, con el objeto, sea de acelerar el proceso o lisa y llanamente formalizar una licitación que en definitiva ya estaba pre adjudicada y en muchos casos ya su respectivo contrato en ejecución.

Este actuar “*torcido*” de la Administración importa contravenir precisas normas, constituyendo el acto administrativo (resolución) que contiene la decisión del trato directo o llamamiento a una licitación un acto espurio y, como tal, ilícito que si genera daño originará de suyo la responsabilidad del Estado de repararlo, desde que dicho actuar originó la pérdida de una legítima expectativa de negocio para todos aquellos potenciales oferentes que fueron excluidos de un proceso concursal competitivo.

ii. *Incumplimiento de obligaciones financieras. La entidad licitante debe contar con el presupuesto correspondiente para poder licitar*

Resulta a todas luces evidente la necesidad de que la entidad licitante deba contar con el presupuesto suficiente para iniciar el procedimiento licitatorio. Es más, la propia reglamentación sobre compras públicas hace necesario que la autoridad administrativa cuente con los recursos necesarios para solventar el pago que constituirá la debida contraprestación del bien o servicio que va a ser suministrado o provisto por un particular⁷.

Es por ello, que si la entidad licitante insta un procedimiento de contratación pública no puede, durante el suceder del mismo, finalizar dicho *iter* procedimental mediante la declaración de deserción o, más grave aún, mediante la no formalización del correspondiente contrato, argumentando la entidad licitante o la entidad superior de control que no cuenta con los recursos financieros necesarios⁸. Más grave aún resultaría si, en

⁷En tal sentido, el artículo 3 del Reglamento sobre Compras dispone expresamente las denominadas “*Autorizaciones presupuestarias*”, afirmando que “*Las Entidades deberán contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras y al Reglamento*”.

⁸Contraloría ha sido enfática en este tema y ha representado la ilegalidad en materia presupuestaria como se advierte en Dictamen N° 48.093 de 2010 que “*Finalmente, es del caso anotar –en armonía con el Dictamen N° 40.000, de 2010, de esta Entidad de Control–,*

definitiva, se adjudica la licitación no pudiendo formalizarse el contrato administrativo correspondiente por no contar el licitante con los medios económicos suficientes para afrontar su cumplimiento.

Esta circunstancia implica en definitiva no sólo teñir el acto administrativo respectivo de un vicio de ilegalidad por infracción de texto expreso, sino además causar un grave daño a los interesados y/o adjudicatarios del respectivo procedimiento licitatorio, dado que seguramente incurrieron en gastos para la preparación de la propuesta (estudios, costos financieros de las respectivas boletas de garantía, etc.), desviaron y comprometieron recursos para afrontar la ejecución del contrato, etc.

iii. *Situación de las declaraciones de deserción sin motivación*

Resulta ser lastimosamente una práctica habitual de la Administración y constitutiva, bajo nuestro parecer, de una cláusula y/o práctica abusiva en las respectivas bases, la inserción de la posibilidad de declarar desiertos los procesos licitatorios prescindiendo de la debida fundamentación⁹.

Dicha práctica importa desde ya desconocer la naturaleza del acto administrativo de dicha declaración (contenida en una resolución) y como tal la necesaria razonabilidad que debe subyacer a dicha declaración que, por lo demás, ya le viene impuesta por la propia Ley N° 19.880 en su

que en lo sucesivo se deberá acompañar la autorización presupuestaria pertinente a los actos administrativos como el de la especie, con el objeto de acreditar la existencia de recursos suficientes para solventar el gasto que irroga el cumplimiento del contrato respectivo”.

Así también, la Contraloría ha debido incursar bases de licitación por contravenir disposiciones presupuestarias. Así el Dictamen N° 61.981 de 18 de octubre de 2010 ha dispuesto que: *“Esta Entidad de Control ha debido abstenerse de dar curso a la resolución N° 567, de 2010, de la Dirección de Salud de Carabineros de Chile, que regulariza las bases de licitación pública para el suministro e implementación de la plataforma tecnológica RIS-PACS para el Hospital de Carabineros de Chile y aprueba el contrato respectivo suscrito con la empresa Tecnoimagen Ltda., por cuanto no se ajusta a derecho. En otro orden de ideas, cabe señalar que no procede imputar la totalidad del gasto que irroga el presente contrato al presupuesto del año 2008, toda vez que, de conformidad con el artículo 12 del Decreto Ley N° 1.263, de 1975, y en armonía con el criterio sustentado por la jurisprudencia de esta Contraloría General en los oficios N°s. 53.113, de 2008 y 40.996, de 2009, entre otros, el ejercicio presupuestario tiene carácter anual y debe coincidir con el año calendario y, en consecuencia, a partir del 1 de enero de cada año no puede efectuarse pago alguno con cargo a un presupuesto fenecido, sino al que esté vigente y de conformidad con las normas de ejecución contempladas en la respectiva ley del ramo, las que, por ende, deben aplicarse en el ejercicio”.*

⁹Contraviniendo el texto expreso del artículo 9 de la Ley N° 19.886 al señalarse: *“El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses. En ambos casos la declaración deberá ser por resolución fundada”.*

artículo 11 inciso 2¹⁰ y como corolario, en su artículo 41 inciso 4¹¹, todo ello sin perjuicio de la abundantísima jurisprudencia de la Contraloría General de la República¹².

De lo anterior, se desprende de manera irredargüible la imposibilidad de la Administración de resolver por mero *capricho* (voluntarismo administrativo) declarar desierta una determinada licitación sin exponer las motivaciones fácticas y jurídicas de dicha decisión¹³.

Cómo ya hemos señalado, no cabe duda alguna que dicho actuar importaría avasallar los derechos de los interesados en el procedimiento licitatorio. Quienes participaron y en la última etapa del mismo, se en-

¹⁰Al señalarse que *“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”*.

¹¹Disponiendo que *“Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”*.

¹²Así, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría ha dispuesto, mediante Dictamen N° 24.887 de 2009, que *“En este contexto, hace presente la necesidad que, en lo sucesivo, tratándose de actos administrativos, deben indicarse en su texto, de manera expresa, los motivos o razones que sirven de fundamento a la decisión que en ellos se adopta, en armonía con lo prescrito en los artículos 13 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; 16 y 41, inciso 4°, de la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, tal como se ha concluido, entre otros, en los dictámenes N°s 7.453 y 19.080, ambos de 2008, de este Organismo Contralor, aspecto el cual, como puede apreciarse, ha sido omitido en la especie”*. Vid en la misma línea Dictamen N° 27.893 de 2008, Dictamen N° 62.113 de 2006, Dictamen N° 31.951 de 2006, Dictamen N° 52.295 de 2004. En idéntico sentido, pero en un contexto jurisdiccional, adviértase Sentencia Corte Suprema, 4 de mayo de 2005, rol 838-2005. Recurso de Protección. N° Identificador LexisNexis N° 32076.

¹³En tal sentido, valga tener presente lo resuelto por el Tribunal de la Contratación Pública al señalar *“9° Que, analizando el mérito de los antecedentes expuestos en los considerandos que antecede no cabe duda que la exclusión por el órgano contratante de la oferta de Diseño y Producción Mugarte Limitada, en la primera etapa de evaluación, aduciendo que no cumplía con los requisitos establecidos en las bases de la licitación, corresponde a una declaración de inadmisibilidad, la que según los términos señalados en el artículo 9° de la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, debió haber sido efectuada por resolución fundada, dictada en su momento por la autoridad, lo que en la especie no se hizo”*. Sentencia Tribunal de la Contratación Pública, rol N° 11-2007, Diseño y Producción Mugarte Limitada con Consejo Nacional para el Control de Estupefaciente (CONACE)”, 14 de diciembre de 2007, Rol N° 11-2007. En la misma línea, se ha sostenido *“7°.- Que, de las normas señaladas en los considerandos precedentes cabe concluir que la resolución que declara el desistimiento de todas las ofertas presentadas en una licitación debe ser necesariamente fundada; esto es, debe contener los razonamientos, motivaciones y explicaciones necesarias que justifiquen suficientemente la dictación de dicho acto administrativo; puesto que en materia de licitaciones, rigen las normas especiales establecidas por la Ley N° 19.886 y lo dispuesto por las Bases de la respectiva propuesta pública que la regulan; las que establecen que la resolución, que en este caso ha sido impugnada, debe ser fundada”*. Sentencia Tribunal de la Contratación Pública con fecha 6 de julio de 2010, caratulada Zañartu Ingenieros Consultores con Dirección General de Obras Públicas, rol 14-2010. Confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 7 de septiembre de 2010.

cuentran con una decisión de la Administración de no perseverar en el mismo y más grave aún, sin siquiera exponer las razones de su actuar, que son precisamente las que deberán ser ponderadas por el destinatario del acto a objeto, de estimarlo, impugnar dicho acto decisorio si no se aviene con la normativa vigente.

iv. *Prácticas abusivas de la Administración*

La selección del cocontratante de la Administración en los procesos de contratación pública se funda en una serie de principios que en definitiva tienden a la igualdad entre los oferentes evitando toda discriminación arbitraria. Es por ello que no le es lícito a la entidad licitante incurrir en prácticas que importen un abuso de su posición de preeminencia desde el punto de vista del control del proceso licitatorio.

Por lo anterior, llama la atención cómo en determinados casos la entidad licitante efectúa un ejercicio abusivo de su potestad de diseño y conducción del proceso licitatorio incurriendo en una serie de prácticas tales como: (i) Establecimiento de requisitos que sólo pueden ser cumplidos por un actor del mercado; (ii) Reducciones de plazos para la presentación de las ofertas; (iii) Imposición de reuniones informativas de carácter obligatorio¹⁴; (iv) Imposibilidad de impugnar la licitación o alguna fase/etapa de la misma; (v) Establecimiento de multas injustificadas o desproporcionadas; (vi) Imposición de prohibiciones o inhabilidades no previstas en la ley; (vii) Imprecisiones en las descripciones de los factores/criterios a evaluar; (viii) Falta de motivación en las actas de evaluación; (ix) Exigencia de boletas de garantía por montos excesivos¹⁵.

Pues bien, la concurrencia de cláusulas abusivas por parte de la Administración, sin duda viene a afectar los derechos de los interesados en los procesos licitatorios, ya sea entorpeciendo su participación como llegando en algunos casos incluso a privarles del legítimo ejercicio de concurrir a la licitación misma, generando un daño que debe ser reparado.

¹⁴Al respecto es menester señalar que durante 2009 se impugnó el rechazo de una oferta presentada, entre otros, por incumplimiento de la obligación de haber asistido a una reunión obligatoria. A instancias del Tribunal de la Contratación Pública, las partes llegaron a conciliación, y la licitación fue dejada sin efecto, estableciéndose expresamente en la ficha de la nueva licitación que la reunión tenía el carácter de voluntaria. En tal sentido, es posible revisar ficha de Licitación N° 610-75-LP09 en contraposición con Licitación 610-51-LP09. Acta de Conciliación consta en P.H.Y.P.B Abogados Ltda. con Comisión Nacional de Energía (2009).

¹⁵Sobre este punto, Lara, José Luis y Helfmann, Carolina. *Sobre las Cláusulas Abusivas en la Contratación Pública: Su Establecimiento e Impugnación*, en Revista de Derecho de la Empresa de la Universidad Adolfo Ibáñez, N° 19, 2009.

v. *Faltas a la probidad/corrupción en licitaciones*

Como es sabido, la probidad administrativa resulta un principio transversal en el ejercicio de la función pública recogido generosamente en nuestro ordenamiento¹⁶ y que en líneas generales importa la preeminencia del interés general por sobre intereses particulares.

De ahí que concurriendo una irregularidad en un proceso licitatorio cuyo antecedente resulte ser una falta a la probidad incurrida por un determinado funcionario público, como podría acontecer con la recepción de dádivas para favorecer a un determinado oferente en la etapa de evaluación, no reparar defectos en la oferta de un interesado, suministrar las bases de licitación a un interesado con anterioridad a su publicación en el portal electrónico, de suyo importarán un trato discriminatorio en detrimento de los restantes oferente afectando la legalidad de las bases, igualdad entre los oferentes y constituyendo conductas que al generar un daño originarán no sólo la responsabilidad disciplinaria del funcionario, sino en definitiva la responsabilidad del servicio/entidad licitante, esto es, la responsabilidad del Estado.

vi. *Imprecisiones en los términos de referencia*

Los términos de referencia importan la exteriorización por parte de la entidad licitante de las características de los bienes y servicios que se pretenden adquirir y, como tales, deben ser lo suficientemente precisas como para orientar a los interesados en participar en la licitación para la elaboración de sus correspondientes propuestas.

Los señalados términos de referencia se contienen propiamente en las bases de licitación, sean éstas administrativas o técnicas. La imprecisión en el contenido de las mismas puede perfectamente impedir la participación de interesados o afectar la oferta de los mismos y en definitiva causar un daño.

vii. *La imposibilidad de la toma de razón por causas imputables a la Administración*

Como es sabido, en atención a las características del contrato y en especial de sus montos, una vez adjudicada una determinada licitación se procede a la suscripción del correspondiente contrato el que puede quedar afecto a toma de razón por parte de la Contraloría General de la República¹⁷.

¹⁶Tanto en nuestra Constitución como en la Ley N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, la Ley N° 19.880 sobre procedimiento administrativo y el Estatuto Administrativo.

¹⁷Ello, conforme a las normas previstas en la Resolución N° 1600 de Contraloría General de la República que determina los actos afectos al trámite de toma de razón.

Es precisamente en esta última fase del *iter* procedimental licitatorio donde la entidad superior de control deberá proceder a efectuar un control de la juridicidad del acto administrativo y el momento en que revisará en definitiva el proceso licitatorio pudiendo encontrar determinados vicios que de resultar sustanciales originarán que se abstenga de tomar razón del acto administrativo que contiene el contrato correspondiente.

En tal sentido, pudiese ocurrir que Contraloría se abstenga de tomar razón del contrato correspondiente por un vicio imputable a la Administración generando el consecuencial daño al adjudicatario¹⁸, no pudiendo imputarse a este la impericia de la Administración (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).

¹⁸En efecto, mediante Dictamen N° 43.322 de 2009, Contraloría General ha debido abstenerse de tomar razón de la resolución N° 107, de 2009, de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, que aprueba el contrato de prestación de servicios para la “habilitación, administración y soporte de una red WAN, telefonía, Internet y video conferencia”, suscrito entre la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas y la empresa Telmex Servicios Empresariales S.A., por las razones que a continuación se indican, “*Sobre el particular, debe hacerse presente que según consta de los antecedentes acompañados, la apertura de las propuestas se produjo el día 18 de diciembre de 2007, designándose la comisión evaluadora con posterioridad a esa fecha –el día 2 de enero de 2008, mediante la resolución exenta N° 27–, circunstancia que no resulta conciliable con las bases administrativas –contenidas en la resolución N° 194, de 2007, de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas–, las que en su punto VIII, párrafo primero, dispusieron que una comisión evaluadora se debía designar, a través de resolución exenta del Secretario General del citado Servicio, “en forma previa a la fecha de apertura de las ofertas”. Añadiéndose que “En otro orden de consideraciones, cabe observar que el artículo 2° de la resolución en trámite contiene una doble imputación presupuestaria del gasto, al subtítulo 22, ítem 05, asignación 008, Enlaces de Telecomunicaciones, por un lado, y al subtítulo 22, ítem 05, asignación 005, Telefonía Fija, por otro, sin identificar la parte del precio y los servicios específicos que se imputarán a una u otra asignación, circunstancia que altera el principio de legalidad del gasto. Asimismo, cabe observar que los montos que ese Servicio deba pagar a la empresa adjudicada durante los años 2010 y 2011, de acuerdo a lo establecido en la cláusula octava del convenio en estudio, deberán materializarse en el entendido que exista la correspondiente disponibilidad presupuestaria, cuestión que debe indicarse expresamente en la referida cláusula”. En la misma línea anterior, cabe citar el Dictamen N° 20.043 de 2008, por el cual Contraloría establece que “esta Entidad Fiscalizadora cumple con hacer presente que mediante Dictamen N° 11.788, del presente año, cuya copia se acompaña, se devolvió sin tramitar la citada resolución N° 6.952, de 2007, por cuanto no se ajustaba a derecho, atendidas las consideraciones expuestas en el referido pronunciamiento, razón por la cual, mientras no se subsanen las observaciones formuladas, no es posible convocar válidamente a la licitación de que se trata y, en consecuencia, proceder a la suscripción del respectivo contrato, acto administrativo este último que sí se encuentra afecto al control preventivo de legalidad, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 3° de la resolución N° 520, de 1996, de esta Contraloría General. Consecuente con lo anterior, corresponde que ese Servicio deje sin efecto el aludido procedimiento concursal y convoque a una nueva licitación, debiendo aprobarse, al efecto, las bases administrativas pertinentes que se ajusten a derecho, conforme los criterios contenidos en el citado Dictamen N° 11.788, sin perjuicio de hacerse efectivas las eventuales responsabilidades que pudieren afectar a los funcionarios que convocaron a dicho procedimiento licitatorio. Por las consideraciones expuestas, se devuelve sin tramitar el acto administrativo”.*

Como hemos tenido la oportunidad de reseñar brevemente, todas estas prácticas contravienen, en mayor o menor entidad, los principios de: i) libre concurrencia; ii) legalidad de las bases; y, iii) igualdad entre los oferentes, deviniendo en un actuar ilícito que al provocar un daño a los oferentes en los procesos licitatorios origina de suyo la obligación de reparar a la víctima (oferente) mediante la consecuencial responsabilidad del Estado.

III. INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE LA ENTIDAD LICITANTE Y SUS EFECTOS: RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: SU RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL

Lastimosamente, como ya hemos referido, son abundantes los casos en que la entidad licitante incurre en actos ilegales y arbitrarios que en definitiva importan impedir la participación de un determinado interesado en un proceso licitatorio, la exclusión de un oferente del procedimiento o lisa y llanamente la privación de los efectos patrimoniales de una adjudicación con motivo de infracciones o torpezas incurridas por las entidades licitantes originando un daño.

Lo cierto es que dicho daño irrogado a un interesado, oferente o adjudicatario de un proceso licitatorio es susceptible de ser reparado en sede de responsabilidad del Estado, es decir y conforme a lo ya señalado en capítulos precedentes, constatado el actuar dañoso de la entidad licitante, la víctima puede concurrir directamente a la sede ordinaria a demandar la responsabilidad del Estado.

No obstante lo manifiesto de los daños originados por las entidades licitantes, llama la atención la ausencia de un tratamiento doctrinario respecto de la misma¹⁹ refrendado por la escasez de jurisprudencia judicial

¹⁹En efecto, en materia de contratación administrativa véase Soto Kloss, *La Contratación Administrativa. Un retorno a las fuentes clásicas del Contrato*, en Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Editorial Jurídica de Chile, Editorial LegalPublishing, segunda edición 2010; *La Contratación Administrativa en el Derecho Público Chileno (ideas básicas y principios)*, en Derecho Administrativo cit., Aróstica Maldonado, Iván, *La Teoría de la Imprevisión en la Contratación Administrativa*, en Actualidad Jurídica N° 6 /2002, 191-201; Moraga Klenner, Claudio, *Los Contratos Administrativos en la Doctrina Chilena (1859-2009)*, en Derecho Administrativo. 150 años de Doctrina. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2009. 379-427. Por su parte, lentamente el contrato de suministro y prestación de bienes y servicios bajo la Ley N° 19.886 ha comenzado a ser objeto de atención en nuestra doctrina, encontrando hoy día algunos trabajos, a saber: Barra, Nancy y Celis, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la ley de Compras*. Editorial LegalPublishing, 2008. Camacho Céspedes, Gladys, *Los Contratos Administrativos en especial el Contrato de Suministro*, en Derecho Administrativo, 120 años de Cátedra cit., 357-391; Lara, José Luis (et al.) (2009): *Sobre las Cláusulas Abusivas en la Contratación Pública: Su Establecimiento e Impugnación*, Revista de Derecho de la Empresa de la Universidad Adolfo Ibáñez, 19; Lara,

en sede de responsabilidad del Estado existente²⁰, circunstancia que podría deberse, en nuestra opinión, principalmente tanto al desincentivo de las partes interesadas para demandar la responsabilidad del Estado como a lo intrincado del diseño del mecanismo de solución de controversias en materia de Contratación Pública.

Primeramente, cabe señalar que dada la frecuencia de los llamados a licitación existentes al interior de la Administración, resulta habitual que los oferentes frente a irregularidades acaecidas dentro de los procesos de contratación se abstengan de gatillar procedimientos de impugnación bajo la convicción de que ello podría condicionar y afectar su participación en futuras licitaciones, circunstancias que afortunadamente, como veremos, se han ido modificando a la luz de los ingresos al Tribunal de Contratación²¹.

En segundo término, la Ley N° 19.886 vino a trastocar el sistema de impugnación en materia de compras públicas, al establecer un órgano jurisdiccional especial denominado Tribunal de la Contratación Pública²² para conocer de los actos arbitrarios o ilegales producidos entre la aprobación de las bases y la adjudicación, ambas etapas inclusive. Ello va a importar la coexistencia de diversos órganos competentes para conocer de las impugnaciones suscitadas en los procesos de compras, encontrándonos primeramente con la Contraloría General de la República en el control de la juridicidad de las bases de licitación (de estar afectas), luego, resulta competente el Tribunal de Compras y una vez adjudicada, nuevamente el acto correspondiente queda afecto a toma de razón y con posterioridad, en lo que a ejecución del contrato refiere, se mantiene vigente la competencia tanto de los tribunales ordinarios como de la Contraloría General.

Por lo anterior, no cabe duda acerca de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia para conocer de acciones de responsabilidad

José Luis (*et al.*), *Principios Generales del Derecho aplicables a la Contratación Pública*, en Revista de Derecho Administrativo N° 3/2009, Editorial LegalPublishing. Sin perjuicio de la literatura nacional existente, lamentablemente y como se advertirá, el suscrito hace eco de este cuestionamiento, toda vez que no ha existido una mayor atención por esbozar un estudio respecto de la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados con motivo de este especial tipo de contratación pública.

²⁰En efecto, hemos efectuado una exhaustiva revisión de las bases de datos electrónicas LegalPublishing, Microjuris y de las revistas Gaceta Jurídica y Revista de Derecho y Jurisprudencia sin advertir un fallo sobre responsabilidad del Estado en materia de licitaciones públicas bajo la Ley N° 19.886.

²¹Así, de acuerdo a información pública proporcionada por Chilecompras el año 2005 se ingresaron 46 acciones de impugnación, el año 2006 se ingresaron 100, el año 2007, 90; el año 2008 tan sólo 37. En el año 2009 los ingresos del Tribunal ascendieron a 166, mientras que en 2010 fueron de 169 causas, lo que demuestra un aumento permanente de ingresos al Tribunal.

²²Siendo que en realidad dada su esfera competencial debiese ser más bien un Tribunal de la Precontratación.

del Estado por actos acaecidos durante los procesos licitatorios, conforme lo ha reconocido la propia jurisprudencia judicial ordinaria en materia de licitaciones en general, al señalar que: “ (...) para que se configure esta especie de responsabilidad y la necesidad de indemnización que le es inherente, se requiere la existencia de un acto proveniente de un órgano de la administración según el concepto amplio previsto en la citada disposición de la Ley N° 18.575 y que, en lo que interesa a esta litis, abarca, según antes se indicó, a las municipalidades y de un perjuicio que sea consecuencia directa de ese acto en una relación de causa a efecto”²³.

Es más, ahora también en sede de procesos licitatorios bajo la Ley N° 19.886 se ha dispuesto por la jurisprudencia que: “lo anterior no significa eximir de responsabilidad al órgano de la Administración del Estado y a los agentes que han obrado en su representación, ejecutando el acto administrativo que ha merecido la calificación de arbitrario e ilegal, puesto que, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, y las demás disposiciones legales que regulan estas materias, aquellos interesados que con ocasión del agravio han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal que sea competente, las acciones indemnizatorias que crean corresponderles; y además, recabar a las autoridades que ejercen el control jerárquico o jurisdiccional sobre los mismos, adopten las medidas correctoriales que procedan y las que puedan ser conducentes a sus particulares intereses”²⁴.

En lo que refiere al Tribunal de Contratación Pública, como es sabido, la competencia del tribunal se acota al periodo comprendido entre la aprobación de las bases de licitación y la adjudicación, correspondiendo al tribunal: “En 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”, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 19.886. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal ha sido clara en orden a reconocer la posibilidad de demandar responsabilidad del Estado por actos incurridos por las entidades licitantes.

En efecto, el aludido Tribunal de la Contratación ha señalado que: “²⁴ Que lo anterior no significa eximir de responsabilidad a los órganos de la Administración del Estado y a los agentes que han obrado en su representación ejecutando el acto administrativo que ha merecido la calificación

²³Sentencia pronunciada por la Excm. Corte Suprema con fecha 20 de septiembre de 2009, en sede de casación, autos caratulados “Sammy Liberman Zelonka; con I. Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda”, rol 5274-2003, Considerando 15°, N° Identificador LegalPublishing: 30896.

²⁴Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de noviembre de 2009 que Acoge parcialmente reclamación Fiscal, en autos caratulados, “AGA S.A. con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud CENABAST” N° Identificador LegalPublishing: 42949.

de ilegal, puesto que, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, y las demás disposiciones legales que regulan estas materias, aquellos interesados que con ocasión del agravio han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal que sea competente, las acciones indemnizatorias que crean corresponderles; y además, recabar a las autoridades que ejercen el control jerárquico o jurisdiccional sobre los mismos, adopten las medidas correccionales que procedan y las que sean conducentes a sus particulares intereses”²⁵. Asimismo, se reitera en el resuelvo primero: “Que se acoge la demanda de fojas 1 presentada por doña Mónica Ugarte Salcedo, en representación de Diseño y Producción Mugarte Limitada, y corregida a fojas 41, y deducida en contra del Ministerio del Interior sólo en cuanto se declara ilegal lo decidido en el acta de apertura técnica incorporada al portal informático de Chilecompras con fecha 28 de marzo de 2007, mediante la cual se rechaza la oferta técnica presentada por la demandante en el proceso licitatorio ID-623-34-LE07, para la contratación de servicios de diseño, diagramación, ilustración y producción de originales de difusión masiva, para el Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes, 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”²⁶.

En la misma línea anterior, se ha sostenido: “Que, como ha reflexionado este Tribunal en otras sentencias (Roles 62-2007 y 3-2008), según se desprende del artículo 26 de la Ley N° 19.886, la declaración judicial de arbitrariedad e ilegalidad de una acción u omisión no produce por sí misma un efecto anulatorio, ya que dicho precepto establece que es el Tribunal, quien, en su caso, ordenará las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del Derecho. Es decir, ha quedado entregado al juez la facultad de disponer las providencias o medidas que estime procedentes, según las circunstancias de cada caso, para el restablecimiento del orden jurídico”²⁷. Añadiéndose: “Que, aparte de lo anteriormente expuesto, también es posible afirmar que, tratándose de situaciones reguladas por el Derecho Público, no resulta posible la aplicación lisa y llana de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contrato de orden privado. En efecto, en el caso sublite, ha sido un órgano de la Administración del Estado el que ha intervenido como parte en los contratos de servicios, y, aparece de manifiesto que la necesidad pública que se pretendía satisfacer estuvo referida a un período ya transcurrido

²⁵Sentencia Tribunal de la Contratación Pública, pronunciada con fecha 14 de diciembre de 2007, rol N° 11-2007, caratulados “Diseño y Producción Mugarte Limitada con Consejo Nacional para el Control de Estupefaciente (CONACE)”, Considerando 24°. Extraída desde base de datos jurisprudencial del Tribunal de Contratación Pública.

²⁶Idem, Resuelvo 1°.

²⁷Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 22 de junio de 2010, rol N° 13-2010, Considerando 14°.

a la fecha de esta resolución judicial”²⁸. Agregándose, “Que, lo anterior no significa eximir de responsabilidad a los órganos de la Administración del Estado y a los agentes que han concurrido a la ejecución de los actos administrativos que han merecido la calificación de arbitrarios e ilegales, puesto que, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, y conforme a lo que previenen las demás disposiciones legales que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico regulan estas materias, aquellos interesados que, con ocasión de un agravio, han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal competente, las acciones indemnizatorias que crean corresponderles, y además, recabar a los organismos que ejercen el control sobre los mismos, adopten las medidas que procedan y las que sean conducentes a sus particulares intereses”²⁹.

Asimismo, en otro caso, no obstante la afectación de derechos adquiridos que podría originar el retrotraimiento de un determinado procedimiento licitatorio, igualmente la jurisprudencia del Tribunal de Contratación ha efectuado expresa declaración en cuanto a que ello no obsta la consecuen- cial responsabilidad del Estado, al sostener: “Que lo anterior no significa eximir de responsabilidad a los órganos de la Administración del Estado y a los agentes que han concurrido a la dictación del acto administrativo que ha merecido la calificación de ilegal y arbitrario, puesto que de acuerdo a las disposiciones constitucionales y legales que rigen la actuación de dichas instituciones, en especial las relativas a su responsabilidad administrativa y civil, y, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, aquellos interesados que con ocasión del agravio han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal que sea competente, las acciones indemnizato- rias que crean corresponderles, y además, recabar a las autoridades que ejercen control jerárquico o jurisdiccional sobre los mismos, adopten las medidas correccionales que procedan y las que sean conducentes a sus particulares intereses”³⁰.

Por su parte, el mismo Tribunal ha sentenciado que “si se acreditare el íntegro cumplimiento del contrato de prestación de servicios que debió suscribirse con motivo de la propuesta pública en que incide la demanda, y no pudiese, por tal motivo, cumplirse con lo dispuesto por el tribunal, se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias que estime pertinentes, en resguardo de los derechos que crea corresponderle”³¹.

Con todo, resulta interesante hacer presente el rol que ha asumido la Contraloría General de la República tanto en el contexto de la toma de

²⁸*Idem*. Considerando 15°.

²⁹*Idem*. Considerando 16°.

³⁰Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 22 de junio de 2010, rol N° 19-2010, Considerando 24°.

³¹Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 29 de mayo de 2009, rol 61-2008 Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile (2008).

razón como de sus funciones dictaminantes y de auditoría al constatar una serie de irregularidades verificadas en los procesos de selección del cocontratante bajo la Ley N° 19.886, circunstancias que la han llevado en oportunidades a abstenerse de tomar razón representando la ilegalidad en razón de ilícitos incurridos por los funcionarios durante los procesos de compras³². Todas estas circunstancias han irrogado un daño a oferentes y adjudicatarios con motivo de no cursarse los actos administrativos correspondientes en la sucesión procedimental, lo que hace pregonar la procedencia de la responsabilidad del Estado.

En consecuencia, no cabe duda de que la víctima podrá demandar directamente la responsabilidad del Estado en sede judicial bastando la acreditación del daño causado por la Administración, sea directamente o habiendo mediado previamente una sentencia que así lo declare por parte del Tribunal de Compras o un dictamen de la Contraloría General de la República.

IV. CONCLUSIONES

Resulta interesante advertir cómo el desarrollo de la contratación pública en Chile y más precisamente el contrato de suministro (aprovisionamiento) y prestación de servicios, se han desarrollado notablemente los últimos años a partir de la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad sobre compras públicas instaurada por la Ley N° 19.886 de 2003. En tal sentido, se ha incrementado y profundizado la relación entre demandantes (entidades de la Administración del Estado) y oferentes de bienes y servicios (particulares) a fin de satisfacer necesidades públicas concretas.

Sin perjuicio de lo anterior, advertimos cómo las entidades licitantes incurren a menudo en el desarrollo de sus procesos de compras, en ilícitos e irregularidades que en definitiva irrogan un daño a los particulares, sean estos potenciales interesados en concurrir a los procesos electrónicos de adquisición, oferentes que participan efectivamente y son excluidos, o derechamente adjudicatarios que no pueden formalizar los respectivos contratos administrativos como consecuencia de los efectos de dichos vicios e irregularidades o lisa y llanamente de la mera voluntad de la Administración.

Así, estas prácticas abusivas de la Administración irrogan un daño a los interesados, oferentes y adjudicatarios en el contexto de los procesos de licitación y compras públicas que al no estar jurídicamente obligados a soportar, hacen surgir el derecho de estos a requerir en sede jurisdiccional ordinaria su reparación conforme a las normas de responsabilidad

³²Tal es el caso de una serie de pronunciamientos como el Dictamen N° 45.271 de 2010.

del Estado de base y contenido constitucional. Lo planteamos así, dado que no obstante la exhaustiva revisión jurisprudencial efectuada, no encontramos jurisprudencia pronunciada en sede de responsabilidad del Estado, no obstante que existirían demandas ya ingresadas.

Los motivos justificantes de la escasez jurisprudencial radicarían en el tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.886, lo intrincado del sistema de solución de controversias con el advenimiento del Tribunal de Contratación Pública, pero, en especial, por la dinámica de la contratación pública, en cuanto importa mantener vinculados a los entes licitantes y a los oferentes de manera continua en futuros procesos de contratación que origina un efecto inhibitorio que se apreció en un comienzo en la exigua interposición de acciones de impugnación ante el Tribunal de Compras y hoy en el ejercicio de acciones de responsabilidad del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, la escasa jurisprudencia pronunciada en sede ordinaria y emanada del propio Tribunal de Contratación Pública es clara en orden a dejar siempre abierta la posibilidad de demandar la responsabilidad del Estado en la sede correspondiente, esto es, la ordinaria, y no podía ser de otra manera dado que la propia Constitución establece un régimen de carácter general y autosuficiente para amparar a la víctima –en este caso interesado, oferentes o adjudicatarios– de los daños causados por el Estado y sus organismos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Lara Arroyo, José Luis y Helfmann Martini, Carolina. *Sobre las Cláusulas Abusivas en la Contratación Pública: Su Establecimiento e Impugnación*, en Revista de Derecho de la Empresa de la Universidad Adolfo Ibáñez, 19, 2009.
- Soto Kloss, Eduardo. *La Contratación Administrativa. Un retorno a las fuentes clásicas del Contrato*, en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (2ª ed.), LegalPublishing-Abeledo. 2010.
- Soto Kloss, Eduardo. *La Contratación Administrativa en el Derecho Público Chileno (ideas básicas y principios)*, en *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, cit.
- Soto Kloss, Eduardo. *Derecho Administrativo* (2 vols.), t. 2º. *El principio de juridicidad*. Editorial Jurídica de Chile. 1996.

Constitución Política de la República de Chile
Ley N° 19.886
Reglamento
Directivas de la Dirección de Compras y Contratación Pública

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema con fecha 20 de septiembre de 2009, en sede de casación, autos caratulados “Sammy Liberman Zelonka; con I. Municipalidad de Pedro Aguirre Cerda”, rol 5274-2003, Considerando 15°, N° Identificador LegalPublishing: 30896.
- Sentencia Corte Suprema, 4 de mayo de 2005, rol 838-2005. Recurso de Protección. N° Identificador LexisNexis 32076.
- Sentencia Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, de 24 de noviembre de 2009 que acoge parcialmente reclamación fiscal, en autos caratulados, “AGA S.A. con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud CENABAST” N° Identificador LegalPublishing: 42949.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública, rol N° 11-2007, Diseño y Producción Mugarte Limitada con Consejo Nacional para el Control de Estupefaciente (CONACE)”, 14 de diciembre de 2007, rol N° 11-2007.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública con fecha 6 de julio de 2010, caratulada Zañartu Ingenieros Consultores con Dirección General de Obras Públicas, rol 14-2010. Confirmada por la I. Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 7 de septiembre de 2010.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 22 de junio de 2010, rol N° 13-2010, Considerando 14°.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 22 de junio de 2010, rol N° 19-2010, Considerando 24°.
- Sentencia Tribunal de la Contratación Pública de 29 de mayo de 2009, rol 61-2008 Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile (2008).

DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

- | | |
|--------------------|-------------------|
| N° 61.981 de 2010 | N° 48.093 de 2010 |
| N° 45.271 de 2010 | N° 43.322 de 2009 |
| N° 24.887 de 2009 | N° 52.295 de 2007 |
| N° 27.893 de 2008 | N° 62.113 de 2006 |
| N° 31.951 de 2006. | |