



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PUBLICO

LA NULIDAD Y SUS EFECTOS.
CAUSALES DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA
NEGAR LA RETROACTIVIDAD.

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

RODRIGO SIMÓN MUÑOZ CÁRDENAS

Profesor Guía: Raúl Letelier Wartenberg

Santiago

2017

ÍNDICE

ABSTRACT	3
TABLA DE ABREVIATURAS	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPITULO I: El Tribunal de Contratación Pública y su función	8
Procedimiento de Impugnación.....	16
La Declaración de Nulidad y sus Efectos.....	22
CAPITULO II: Las Causales para Negar la Retroactividad	32
El Interés Público.....	33
Derechos Adquiridos.....	44
La Buena Fe	57
Protección de Situaciones Jurídicamente Consolidadas.....	65
La Seguridad Jurídica.....	77
CAPÍTULO III: La Restricción a la Aplicación de los Efectos Retroactivos de la Nulidad de los Contratos Administrativos en el Derecho Español	84
Aspectos Relevantes del Recurso Especial.....	92
Los Efectos de la Declaración de Nulidad	97
Conclusiones	104
BIBLIOGRAFIA	113

ABSTRACT

La ausencia de un efecto específico a la declaración de nulidad de un acto dictado en un procedimiento licitatorio, ha permitido al Tribunal de Contratación Pública sostener que es posible que no se apliquen los efectos de la declaración de nulidad, en específico el retroactivo. Para negar la aplicación de este efecto ha recurrido al interés público, los derechos adquiridos, la protección de las situaciones jurídicas consolidadas, la buena fe y la seguridad jurídica. Estos fundamentos se obtuvieron del análisis de un conjunto de fallos compuestos por aquellos en que específicamente el tribunal negaba la posibilidad de aplicar el efecto retroactivo de la declaración de nulidad. Formo parte del análisis no solo lo sostenido en los considerandos de las sentencias, sino que también la fecha de dictación del acto y la fecha de redacción del fallo. Además, se estudió la doctrina nacional e internacional para explicar cómo puede ser posible el uso de los distintos conceptos.

Lo obtenido en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública fue contrastado con un estudio de derecho comparado, en el que se investigó como funciona un sistema en el que existen efectos específicos para la declaración de nulidad, los que no deberían poder ser soslayados. La elección recayó sobre España, quienes, a pesar de tener una norma expresa, durante bastante tiempo hicieron caso omiso de ella, por tanto, al igual que nuestro tribunal no aplicaban los efectos retroactivos de la nulidad.

La manera en que el Tribunal de Contratación Pública ha esgrimido las distintas causales no tiene reproche jurídico alguno. Sin embargo, se pudo apreciar a lo largo del

estudio que la razón última para su uso se debe tardanza en que son dictadas las sentencias, debiendo recurrir a estas causales como un salvavidas.

TABLA DE ABREVIATURAS

CC: Código Civil

CPC: Código de Procedimiento Civil

CPR: Constitución Política de la Republica

LCAP: Ley de Contratos de las Administraciones Publicas

LCSP: Ley de Contratos de Sector del Sector Publico

LBCA: Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios

TCP: Tribunal de Contratación Publica

TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales

TJUE: Tribunal de Justicia Europeo

TRLCAP: Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas

TRLCSP: Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Publico

INTRODUCCIÓN

La regulación de la contratación pública en nuestro país es un niño de 13 años, ya que la ley de bases de contrato de suministro y de prestación de servicios fue dictada el año 2003. Un poco menos de edad tiene el Tribunal de Contratación Pública, alrededor de 12, pues inició sus funciones en el año 2005. Estos cambios supusieron una mejora cualitativa en la forma como las instituciones contrataban con particulares, estableciendo procedimientos y creando nuevas instituciones.

El paso de más de una década ha hecho necesaria la revisión de cómo está resolviendo las controversias que se le plantean el tribunal, es posible suponer que con la declaración de nulidad se aplicarían los efectos de la misma. No obstante, esto, el tribunal ha tenido una posición distinta, negando en ciertas ocasiones que se apliquen los efectos anulatorios, basándose en la libertad otorgada por el inciso 2º del artículo 26 de la ley 19.886. Entender los fundamentos que ha utilizado y por qué lo ha hecho, para restringir el efecto anulatorio es la motivación de esta investigación. Para la construcción de estos fundamentos, se consideró tanto las palabras textuales del Tribunal de Contratación Pública como las ideas que presentaba.

En la necesidad de comprender este fenómeno se analizó toda la jurisprudencia disponible en el Tribunal de Contratación Pública que hubieran sido ingresadas hasta el año 2015 y que contaran con una sentencia anterior a septiembre de 2016. Diseccionando lo planteado por el tribunal en cada una de ellas y agrupándolas en causales, con el objetivo de entender si pueden ser un límite o no al efecto retroactivo.

También se realiza un examen de derecho comparado, específicamente del caso español. Se busca en él, poder entender lo que ocurre en un país que cuenta con disposiciones legales tan distintas a las nuestras, en algunos casos casi opuestas, y si en el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales aplican la misma categoría.

Esta investigación se compone de 3 capítulos. En el primero de ellos se analiza la función que cumple el tribunal, entendiéndola desde un punto de legal y doctrinario. Además, se estudian las principales normas del procedimiento de impugnación, poniendo énfasis en las etapas y plazos que establece. Por último, se revisa cuál ha sido la redacción del tribunal para negar la retroacción, es decir, qué palabras ha elegido para expresar que puede negar la aplicación de este efecto.

En el segundo capítulo se precisan los fundamentos que ha otorgado, intentando encontrar una explicación a su aplicación a partir de la doctrina y la legislación. Este análisis intenta partir casi desde cero y pretende escarbar en la lógica aplicada por el tribunal para su aplicación.

Por último, en el capítulo tercero, se realiza un somero estudio de la historia reciente de la legislación en materia de contratos públicos. Además, se analiza, tal como se hizo en el capítulo primero, el procedimiento del recurso especial en materia de contratación, poniendo énfasis en los mismos elementos. Finaliza con un análisis jurisprudencial de las resoluciones emanadas del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

CAPITULO I: El Tribunal de Contratación Pública y su función

Los contratos entre particulares y las instituciones que componen la administración del Estado han sido una constante a lo largo de la historia del Estado moderno. La administración ha recurrido a realizar estos pactos con personas naturales o jurídicas, abarcando los más diversos ámbitos y teniendo como fundamento las más variadas razones. Este tipo de contratos esta de tal forma presente en las economías nacionales, que el tráfico entre particulares y las instituciones del Estado pueden llegar al 15% del PIB según la OMC¹, porcentaje que no considera, por ejemplo, el gasto militar. En nuestro país hace 15 años se hablaba que la contratación entre el Estado y particulares representaba alrededor del 9% del PIB, lo que en términos de dinero era alrededor de US\$4.500 millones². En el año 2013 esa cifra superó en más del doble a la anterior, llegando a los US\$10.000 millones³, para el primer semestre del año 2016 la cifra llegó a los US\$2.464 millones⁴.

¹ Organización Mundial de Comercio. [en línea] https://www.wto.org/spanish/thewto_s/20y_s/gpa_brochure2015_s.pdf [consulta: 15 noviembre 2016].

² Meyer, David y Fath Meyer, Jean Marie. Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile. [en línea] https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093615/refor2_08_meyer.pdf [consulta: 11 noviembre 2016]. Pág. 548.

³ Dirección Chile Compra. Plan Estratégico 2014-2018. [en línea] <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/plan-estrategico-direccion-chilecompra-2014-2018-3.pdf> [consulta: 25 noviembre 2016].

⁴ Dirección Chile Compra. 2016. Indicadores Primer Trimestre 2016. [en línea] <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/indicadores-chilecompra-primer-trimestre-2016.pdf>> [consulta: 25 de noviembre 2016].

Si se consideran solo la cantidad de adjudicaciones realizadas por las distintas instituciones, es posible encontrarse con que estas superan las 500 mil al año, es decir, más de medio millón de procedimientos en los que una institución requiere un bien o un servicio de un particular. La importancia que adquiriría para la economía interna los contratos entre la administración y los particulares era apreciada ya a finales de la década de 1990, esto llevó al entonces Presidente Eduardo Frei a incluir esta área dentro de las políticas de modernización del Estado llevadas a cabo a finales de esa década y principios de la siguiente. La modernización tenía como principal fin generar una administración pública eficiente, a través de la incorporación de principios como la transparencia y la probidad.

En materia de contratación pública, los planes se concentraron en la dictación de una ley que regulara como el Estado adquiere bienes muebles y recibe prestaciones de servicios. Con tal norma, además se buscó crear una nueva institucionalidad que permitiera no solo un gasto más eficiente de los recursos públicos, sino que también brindara protección a los particulares que contrataran con el Estado. Una de las principales ideas era homogeneizar la forma en cómo se contrataba en el país, pues de forma anterior a esta ley, cada institución lo hacía de forma diferente. Para ello se buscaba crear distintos procedimientos que permitieran un entendimiento entre particulares y la administración⁵. También se buscó desarrollar cambios tecnológicos, integrando compras a través de un mercado online, donde pudieran participar la mayor cantidad de oferentes posibles. Y por último la creación un nuevo servicio público que

⁵ Meyer y Fath Meyer. Ob. Cit. Pág. 550.

tenía como única tarea desarrollar distintas funciones en el ámbito de la contratación pública, desde asesorar a las distintas instituciones, hasta el mantenimiento del mercado virtual.

El proyecto decantó en la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que fue promulgada el 11 de julio 2003 y publicada el 30 de julio del mismo año, otorgándole un año al Presidente de la Republica para que dictara la reglamentación necesaria para la aplicación de esta ley. Esta reglamentación se tradujo en la dictación del Decreto Supremo N°250 del Ministerio de Hacienda promulgado el 9 de marzo de 2004 y publicado el 24 de septiembre del mismo año. Ambos cuerpos normativos vienen a regular la forma en que las instituciones del Estado contratan con los particulares en Chile, específicamente como adquieren bienes muebles y reciben la prestación de servicios.

Pero los cambios no solo fueron en torno a regular la licitación pública y privada, el trato directo, ni crear la Dirección de Compras Públicas o el Registro de Contribuyentes, el legislador también consideró necesaria la creación de un Tribunal que pudiera resolver los conflictos que se produjeran en este ámbito. En un comienzo el ejecutivo previó la regulación de un recurso frente a la Dirección de Compras Públicas, sin embargo, esta idea fue desechada en el primer trámite constitucional. En su lugar, la comisión consideró la creación de un tribunal, que debía solo avocarse al conocimiento de los conflictos que se produjeran en este ámbito, por lo que sería especializado, además de ser administrativo. Esto generó problemas durante la tramitación del proyecto, ya que una parte del Congreso estaba por entregar esta función a los tribunales

civiles a la espera de la creación de los esperados tribunales contencioso-administrativo⁶.

Al final el legislador optó por la segunda idea, es decir, la creación de un tribunal administrativo especializado para que resolviera estos conflictos. Así la LBCA en su capítulo V se encarga de regular el Tribunal de Contratación Pública (en adelante TCP), un órgano jurisdiccional que tendrá por tarea vigilar que las distintas instituciones que desarrollen procedimientos de contratación se mantengan dentro del marco normativo. En este capítulo de la ley se regula, tanto la parte orgánica del TCP como el procedimiento de impugnación.

Los aspectos orgánicos más relevantes que se encuentran presentes en la norma, dicen relación con la forma de elección de los integrantes, el funcionamiento y la forma en que fallara el tribunal. De acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la LBCA este Tribunal se encuentra integrado por 3 abogados que serán elegidos por el Presidente de la Republica de una terna elaborada por la Corte Suprema. Para confeccionar la terna se tomarán los nombres de una lista elaborada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en ella solo podrán figurar abogados chilenos, que hayan destacado en la actividad profesional o universitaria, acrediten experiencia en la materia y tengan no menos de diez años de ejercicio profesional o hayan pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando hubieran figurado durante los últimos cinco años en la lista de sobresalientes.

⁶ Biblioteca del Congreso Nacional. 2003. Historia de la Ley 19886 de Bases sobre contratos administrativos de suministros y prestaciones de servicios. Pág. 122.

Queda de manifiesto, por los requisitos que impone el inciso 2° del artículo 22, que el perfil de integrantes para este tribunal va de la mano con la idea que tuvo el legislador al momento de su creación. Ella es la de tener un órgano especializado e independiente, debido a esto no pueden participar cualquier tipo de abogados, sino que solo aquellos que puedan acreditar experiencia en la materia. Sin embargo, el anhelo de tener un órgano independiente y especializado se ve truncado en mayor o menor medida, por la dependencia que tiene el TCP de la Dirección de Contratación Pública. Es preciso señalar que el tribunal depende de los recursos de esta dirección para poder funcionar, tanto económicos como humanos⁷.

Respecto del funcionamiento en sí mismo del tribunal, según el artículo 7° del auto acordado sobre el funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública las audiencias se celebrarán días martes y jueves, pudiendo funcionar extraordinariamente con una sesión más a la semana. Sin embargo, esta realidad duró hasta fines del año 2015, pues a partir del año siguiente, debido a una modificación en el inciso 6° del artículo 22 de la ley 19.886, se aumentan las sesiones de 12 a 21 mensuales. Estableciéndose que se podrá tener como máximo una diaria, pues hay que considerar que el tribunal solo funciona en días hábiles administrativos según el artículo 8° del mismo auto acordado.

La competencia del Tribunal se encuentra regulada en el artículo 24, el que dice:

⁷ Vergara Blanco, Alejandro. 2016. Tribunal de Contratación Pública: Bases Institucionales, Organización, Competencia y Procedimiento. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica (XLVI): pág. 356.

“El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”.

La función que tiene el TCP, entonces, es tutelar, la que se podría enmarcar dentro del esquema presentado por la profesora Silvia Diez en la tutela restitutoria⁸. Es posible decir que se alza como un vigilante respecto de la contratación administrativa, sin embargo, como se profundizará posteriormente actúa a petición de parte y su ámbito de conocimiento no abarca todos los contratos de la administración. De igual manera no queda claro, eso sí, si su deber es resguardar a los particulares que participan de estos procedimientos o si tiene por finalidad proteger la correcta aplicación de las normas que regulan la materia.

La tutela restitutoria o tutela primaria, busca restablecer al perjudicado en su derecho o en su interés que, en el caso particular de los juicios de nulidad, es el de volver a las partes al estado anterior al del acto que fue declarado nulo. Al particular que recurre ante un tribunal para solicitar que se declare ilegal y arbitrario un acto de la administración le interesa volver al momento anterior al de la dictación del acto, ello debido a que su interés se concentra en obtener la licitación a su favor, su fin es adjudicarse el contrato. A pesar de las intenciones del particular, el juez que declare la nulidad no siempre podrá volver al momento anterior de la dictación del acto. El efecto retroactivo en ciertas ocasiones encuentra límites, los que son variados y aparecen por el cumplimiento de los efectos del acto.

⁸ Diez Sastre, Silvia. 2012. “La Tutela de los Licitadores en la Adjudicación de Contratos Públicos”. Madrid, Marcial Pons.

En la práctica el juicio de nulidad se desarrolla en 2 momentos. En el primero de ellos, se realiza el juicio propiamente tal, en el que el tribunal hace un contraste entre la conducta y el ordenamiento jurídico. En el segundo momento, la tarea del tribunal consiste en aplicar los efectos de esta declaración de nulidad. Son 2 tareas distintas, cada una con sus particularidades, la primera supone que el ordenamiento jurídico está quieto, inmóvil, el juicio solo mira si el acto cumplió con los requisitos para ser válido al momento de su dictación, no puede tomar en cuenta cambios posteriores. Mientras que, en la segunda, el ordenamiento jurídico se encuentra en movimiento, “vivo” se podría decir, ello debido a que se considera al acto cumpliendo sus efectos en la vida jurídica.

Un claro ejemplo de este tipo de tutela es la que se encuentra presente en la nulidad civil. El artículo 1681 inciso 1° de nuestro Código Civil señala que “La nulidad es la sanción para todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad y estado de las partes”, entonces, la nulidad es la sanción a la omisión de algún requisito que la ley establece. Por ello, es que en el juicio de nulidad el ordenamiento jurídico se encuentra estático, pues se consideran las leyes vigentes al momento de realizar la conducta, no siendo consideradas leyes derogadas o leyes que entraran en vigencia posteriormente.

Una vez declarada la nulidad el juez civil debe aplicar sus efectos, los que se encuentran regulados en el artículo 1687 inciso 1° del CC. En él se establece que “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes

derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”. En el inciso 2° del mismo artículo, el legislador señala que “En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abandono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”. La retroactividad sancionada en la ley es una ficción, se entiende que el acto nunca existió, a pesar de que sí lo hizo, pero es debido a esta ficción que las partes vuelven al estado anterior a la existencia del acto. El volver atrás es sencillo si es que no se han ejecutado las obligaciones, o en el caso que la obligación no consista en entregar un consumible o ejecutar u omitir ejecutar una acción, pero si no es el caso, el mismo choque con la realidad hará imposible la vuelta atrás y la ficción no podrá cumplir su finalidad. Además, el mismo legislador ha establecido límites, como es el caso de que una persona que ha adquirido un bien por prescripción no se encuentra obligado a devolverlo. Ha establecido otros casos, pero no es objetivo de este trabajo analizarlos.

En síntesis, a pesar de lo simple que podría ser la declaración de nulidad civil, donde los efectos que produciría esta declaración son claros, el mismo legislador ha establecido los límites y la doctrina ha planteado los problemas que en la realidad se enfrentan.

Para entender cómo funciona la acción de impugnación y la declaración de nulidad que se regula en el capítulo V de la LBCA, primero se deben estudiar las reglas que se encuentran en los artículos 24 al 27 y posteriormente se realizará un examen de la recepción judicial de estas normas.

Procedimiento de Impugnación

En los casos que surjan conflictos respecto de acciones u omisiones por parte de la institución que lleva a cabo el procedimiento de contratación, los que a entender del particular puedan ser ilegales o arbitrarios, tendrá este último la posibilidad de impugnar aquellos actos frente al TCP.

En este apartado se analizará de manera sucinta las normas que regulan el procedimiento de impugnación, sin detenerse en una lata explicación de cada norma, pues no resulta provechoso para la finalidad de este estudio. La idea detrás de este análisis es poder elaborar un diagrama que permita entender cómo debería funcionar idealmente, en condiciones óptimas, el sistema implementado.

Lo primero que regula la ley 19.886 es la competencia del TCP, ella se encuentra en el artículo 24 inciso 1º y 2º, que señalan:

“El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.”

Sin embargo, no son solo esos dos preceptos los que delimitan la competencia. A las normas ya señaladas, se debe agregar lo prescrito en el artículo 3° letra e) inciso 3° de la misma ley, que dice:

“No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicara la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria, y (...)”.

Además, forman parte de su ámbito de competencia conocer sobre las decisiones que consistan en el rechazo o aprobación de las inscripciones en el registro de proveedores, de acuerdo al artículo 16 inciso 6°.

Entonces, la competencia del TCP consiste no solo en conocer los conflictos que se susciten en el ámbito precontractual de la adquisición de bienes y servicios, sino que a ellos se deben sumar tanto los que surjan respecto de los contratos de ejecución y concesión de obras públicas, como los que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines y los que se encuentren destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, en que participen terceros y que suscriban de acuerdo a la ley 19.865.

A continuación, en el inciso 3° del artículo 24, el legislador ha procedido a regular la legitimación activa, señalando que:

“La demanda mediante la cual se ejerza la acción de impugnación podrá ser interpuesta por toda persona natural o jurídica, que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación”.

De la forma como se ha regulado la legitimación activa queda claro que no es una acción popular, pues por interés actualmente comprometido se debe entender, tener una participación en el procedimiento o interés en tenerlo, como sería en el caso de impugnar las bases de una licitación.

En tanto, respecto de la tramitación de la acción, el mismo artículo, pero esta vez en la primera parte del inciso 4º, ha establecido el plazo en el que se deberá interponer la demanda de impugnación, el que es de días hábiles y fatal. La norma dice:

“La demanda deberá deducirse dentro del plazo fatal de 10 días hábiles, contado desde el momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquel”.

En la segunda parte del precepto legal recién citado, se señala que, si bien debe presentarse ante el TCP, en los casos que el domicilio del interesado se encuentre fuera de la ciudad de asiento del tribunal (Santiago), se podrá presentar por medio de las Intendencias o Gobernaciones. Los titulares de estos últimos, Intendente o Gobernador respectivamente, deberán remitirla al TCP el mismo día, o más tardar el día hábil siguiente.

Una vez presentada la demanda, el TCP podrá realizar un examen de admisibilidad sobre los requisitos que se regulan en los incisos precedentes del artículo 24, según ha sido establecido en el inciso final del mismo artículo, el que dice:

“El Tribunal podrá declarar inadmisibile la impugnación que no cumpla con los requisitos exigidos en los incisos precedentes, teniendo el demandante cinco días contados desde la notificación de la inadmisibilidad para corregir la impugnación”.

Si en el examen de admisibilidad el TCP no hubiera detectado ningún problema, se procederá a oficiar a la institución que tramitaba el procedimiento de contratación. Este oficio se hará siguiendo lo prescrito en el artículo 25 inciso 1°:

“Acogida a tramitación la impugnación, el Tribunal oficiará al organismo público respectivo, acompañando el texto íntegro de la demanda interpuesta, para que, en el plazo fatal de diez días hábiles, contado desde la recepción del oficio, informe sobre la materia objeto de impugnación y las demás sobre las que le consulte el tribunal”.

En cuanto a las medidas cautelares se puede sostener que, si bien el legislador ha regulado la solicitud de la suspensión en forma posterior al requerimiento del informe, el TCP puede acceder a ella al momento de la interposición de la demanda. Esta medida cautelar se encuentra establecida en el inciso 2° del artículo 25, señalando que:

“El Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación.”

Se establece un término probatorio después de haber sido oficiada la institución, sin embargo, dependerá del TCP el recibir o no la causa a prueba, si así lo estimare, en los términos que el inciso 3° del mismo artículo señala:

“Recibido el informe o transcurrido el plazo fatal de diez días hábiles indicado en el inciso primero, sin que el organismo público haya informado, el Tribunal

examinará los autos y, si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho substancial y pertinente, recibirá la causa a prueba y fijará, en la misma resolución, los hechos sustanciales controvertidos sobre los cuales deba recaer”.

En el caso de que el tribunal lo estime necesario, se abrirá un término probatorio de acuerdo a lo establecido en el inciso 4° del artículo 25, el que señala:

“Desde que esta resolución haya sido notificada a todas las partes, se abrirá un término probatorio común de diez días hábiles, dentro del cual deberán rendirse todas las probanzas que se soliciten...”.

Ya concluido el término probatorio se procederá a citar a las partes a oír sentencia, de acuerdo a lo prescrito en el inciso 5° del artículo 25. Realizada esta citación, el TCP tendrá un plazo de 10 días hábiles para dictar sentencia, según establece el inciso 8° del mismo artículo.

La sentencia dictada por el TCP debe cumplir con ciertos requisitos, los que se encuentran prescritos por el artículo 26 inciso 1°, que dice:

“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”.

Para finalizar el análisis exegético de los aspectos procesales que introduce la LBCA resulta inmensamente necesario detenerse en el artículo 27, ya que este señala que “Supletoriamente, se aplicaran las disposiciones comunes a todo procedimiento civil y las del juicio ordinario civil de mayor cuantía que resulte conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento”.

Ahora se manifiesta de forma clara lo señalado con anterioridad, la idea del legislador era establecer un procedimiento rápido y con pocos trámites judiciales, que permitiera una pronta solución del conflicto que se ha puesto en conocimiento del TCP. Si se comparara con el procedimiento del juicio ordinario de mayor cuantía, en la etapa de discusión solo encontramos demanda y contestación, no existe dúplica ni réplica. De igual forma, los plazos son más reducidos, solo 10 días para contestar la demanda y los mismos para el término probatorio y para dictar sentencia después de la citación. A diferencia de los 15 para contestar demanda, 20 días para el término probatorio y 30 para la dictación de la sentencia que establece el CPC para el juicio ordinario de mayor cuantía. También cabe señalar que según el inciso 7º del artículo 25, los incidentes no suspenden el curso del juicio y se substanciarán por separado.

Entonces, y como forma de recapitular lo anteriormente señalado, si una persona que participa de un proceso de contratación se ve afectada por una acción u omisión realizada por la institución que tramita el procedimiento, tiene 10 días hábiles para interponer demanda de impugnación. Una vez interpuesta, el Tribunal debe solicitar a la institución demanda que evacúe informe dentro del plazo de 10 días hábiles desde la notificación. Posterior a esto, pueden ocurrir dos situaciones, que la institución remita el informe o que no lo haga. En la primera situación, el Tribunal de acuerdo a lo informado podrá recibir la causa a prueba inmediatamente, mientras que en la segunda deberá esperar que transcurran los 10 días hábiles, y luego decidir si la recibe a prueba o no. Si el TCP decidiera recibir la causa a prueba, se abrirá un término probatorio por 10 días hábiles, y una vez expirado se citará a las partes a oír sentencia, la que deberá ser

dictada dentro del plazo de 10 días hábiles. En el caso en que decidiera no recibir la causa a prueba, deberá citar a las partes a oír sentencia y después de esto, tendrá 10 días para dictar sentencia.

Con el esquema procedimental hecho, resta entender como el TCP ha aplicado el mandato del legislador.

La declaración de nulidad y sus efectos

A diferencia de lo establecido por el legislador civil, el legislador administrativo no ha señalado de forma expresa cuáles serán los efectos de la declaración de nulidad, el artículo 26 inciso 1° se limita a decir que declarada la ilegalidad o arbitrariedad en la sentencia definitiva ordenara las medidas que sean necesarias para reestablecer el imperio del derecho. Es claro que el sistema adscrito en la ley 19.886 es el de la tutela restitutoria, ya que se busca una declaración de nulidad. No obstante, el legislador no quiso amarrar al TCP con sancionar ciertos efectos predeterminados. Incluso se podría decir que esto no es necesario pues la misma ley 19.886 en su artículo primero establece como normas supletorias el derecho público y el derecho privado, por lo que deberían aplicarse las normas de la nulidad del derecho civil.

Esta posición, si bien es plausible, no puede ser adoptada, la norma expresa ubicada en la parte final del inciso 1° del artículo 26 de la ley 19.886 le otorga libertad al TCP para elegir qué medida tomar, pudiendo entonces, ordenar retrotraer o no las acciones. Si bien en la practica el TCP al momento de acoger la acción de impugnación

ha recurrido a varias medidas para reestablecer el imperio del derecho, las principales son 3 y tienen directa relación con la aplicación de los efectos de la nulidad.

La primera de ellas es la retroacción, que implica la aplicación directa de los efectos de la nulidad, aquí ordena expresamente que se debe volver atrás en un plazo determinado. Este es el final ideal del juicio, el particular demanda a la institución, y el TCP luego de la declaración, determina que se debe volver al estado inmediatamente anterior al de la conducta. En los autos rol 14-2010 la sociedad Zañartu Ingenieros Consultores S.A. demanda a la Dirección General de Obras Publicas del Ministerio de Obras Públicas. En ellos la demandante señala que en la licitación denominada “Asesoría a la Inspección Fiscal Programa de Concesiones de Infraestructura Hospitalaria, Hospital de Maipú y Hospital de La Florida” que la contraparte ha incurrido en ilegalidad al dictar la Resolución Exenta N°148 de fecha 18 de enero de 2010. En aquella resolución desestimaba todas las ofertas presentadas al procedimiento licitatorio y determinaba no adjudicar la propuesta pública a la empresa demandante. El TCP acoge la demanda y dice en el número 1 de la parte considerativa que se deja sin efecto la resolución exenta N°148 de fecha 18 de enero de 2010, además toma como medida para restablecer el imperio del derecho, el retrotraer el procedimiento administrativo, debiendo volver a la etapa de la apertura de las ofertas.

La segunda medida es la negativa de retrotraer las acciones, en ella el TCP considera que en ciertos casos no es posible la vuelta atrás, no se puede posicionar al particular afectado en el momento inmediatamente anterior al de la conducta. Ello pues, a pesar de la nulidad del acto, este sirvió o pudo haber servido como base para otros

actos que ya cumplieron sus efectos o hay un interés más importante que satisfacer y la vuelta atrás provocaría un mayor perjuicio que mantener la situación tal como está. Esta declaración de nulidad ha sustituido la restitución con la posibilidad de un resarcimiento, otorgándole al particular perjudicado la posibilidad de demandar ante los tribunales competentes una indemnización por los daños causados. Un ejemplo de ellos se encuentra en los autos rol 53-2013, en la que Importadora de Productos Médicos Limitada demanda al Hospital Guillermo Grant Benavente de Concepción, solicitando que se declare ilegal y arbitraria el acto de apertura electrónica de las ofertas, por el cual se rechazan sus ofertas, admitiéndolas y por tanto reincorporándolas. El tribunal niega expresamente la retroacción señalando que el artículo 26 no establece que la declaración de ilegalidad/arbitrariedad produzca por sí misma un efecto anulatorio, debido a que el legislador le ha entregado la libertad para tomar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. El fundamento para esta decisión es que se entregaron los elementos que eran materia de la licitación, por lo que no se podría volver a la etapa de evaluación de ofertas. En la mayor parte de los casos en que el TCP considera esta vía, ha establecido una especie de cláusula de protección para el particular, la que consiste en otorgarle la oportunidad de buscar una indemnización en la jurisdicción competente y también las sanciones administrativas a los funcionarios que actuaron incorrectamente.

Por último, la tercera medida consiste en una especie de mezcla entre las 2 primeras, la que se verificaría en 2 pasos. En el primero de ellos el TCP decreta la retroacción, de forma normal, ordenando a la institución volver el procedimiento al

estado anterior. En el segundo paso, y de forma más bien subsidiaria, el tribunal establece que en el caso de existir un elemento que impidiera volver al estado anterior se le otorga al particular la posibilidad de demandar la indemnización de perjuicios y la responsabilidad de los funcionarios en los tribunales competentes. Aquí el TCP intuye que algo podría salir mal, sin embargo, no ha tenido antecedentes que le permitan estar seguro de que no se podrá volver atrás, pero, prefiere dejar al particular en una situación de amparo y por ello establece la misma cláusula que otorga para los casos en que no se pueda retrotraer. En la sentencia dictada en autos rol 74-2012, el TCP en los números 2 y 3 de la parte resolutive señala “Que, en consecuencia, se ordena a la demandada retrotraer la tramitación administrativa del proceso licitatorio antes aludido, al estado en que se encontraba antes del día 26 de marzo de 2012, día en que se realizó el acto constitutivo de “Apertura Electrónica”, referida en el resolutive anterior, debiendo excluir de dicha Apertura la propuesta de la empresa Aseo Urbano y Áreas Verdes Transfich Limitada, efectuar una nueva evaluación con los proponentes que dieron cumplimiento íntegro a la normativa establecida en las Bases y, disponer su legal y reglamentaria prosecución, dentro del plazo de diez días hábiles siguientes a aquel en la presente sentencia quede ejecutoriada”.

“3º Que, si por cualquier razón de orden legal o reglamentaria no pudiese cumplirse con lo resolutive de este fallo, 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 estime corresponderle”⁹.

⁹ Tribunal de Contratación Pública. 7 de noviembre de 2013. Sentencia Causa Rol 74-2012.

Este trabajo se concentrará en la segunda medida que ha decidido adoptar el TCP, específicamente en la negativa a retrotraer. Ella se ha sustentado en la posición expresa de que la declaración de nulidad no tendría aparejada la obligación de aplicar los efectos de la misma.

En su jurisprudencia, el TCP ha recurrido a distintos argumentos jurídicos para explicar porque esta declaración y los efectos de la nulidad no siempre irían aparejados, por ejemplo, en la sentencia dictada en autos rol 19-2005 dice “19° que, los preceptos constitucionales y legales antes examinados permiten concluir que la declaración judicial de arbitrariedad o ilegalidad de una acción u omisión no produce por sí misma un efecto anulatorio, desde que según lo dispone dicha normativa ha quedado entregada al juez la facultad de disponer las providencias o medidas que estime procedente, según las circunstancias de cada caso, para el restablecimiento del orden jurídico.”¹⁰, la misma idea es expuesta en la sentencia dictada en autos rol 200-2011 “(...)Cabe señalar en este sentido que el citado artículo no establece que la declaración judicial de ilegalidad y/o arbitrariedad de una acción u omisión produzca por sí misma un efecto anulatorio toda vez que lo que dispone, es que el tribunal en su caso, ordenará las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, entregando con ello al juez la facultad de disponer las providencias que estime procedentes para el restablecimiento del orden jurídico según las circunstancias de cada caso”¹¹. Como ya ha sido señalado, el principal argumento que ha sostenido el TCP para negarse a retrotraer es la redacción que tiene la

¹⁰ Tribunal de Contratación Pública. 21 de junio de 2007. Sentencia Causa Rol 19-2005.

¹¹ Tribunal de Contratación Pública. 26 de junio de 2011. Sentencia Causa Rol 200-2011. Considerando 33°.

parte final del artículo 26 inciso 1°. El argumento judicial hace suyo la libertad otorgada por legislador, sosteniendo que, al no encontrarse amarrado por la ley a aplicar una u otra medida, es libre de poder elegir la que mejor sirva para el caso concreto. Esto lo hace suponer que no existe una obligación de unir la declaración a sus efectos. Sin limitaciones legales de por medio, el juez puede, y debe, buscar la mejor solución al caso posible.

Ahora bien, los argumentos no siempre han sido tan escuálidos. En ciertas ocasiones ha recurrido a ideas más elaboradas, tal como se aprecia en la sentencia dictada en autos rol 84- 2009 “(...) Y, por lo tanto, puede concluirse que, por disposición legal, la declaración de arbitrariedad e ilegalidad de una acción u omisión no produce por sí misma un efecto anulatorio, desde que según, lo previene dicha norma ha quedado entregado al Juez la facultad de disponer las providencias que estime procedentes, según las circunstancias de cada caso, para el restablecimiento del orden jurídico. Dicha prescripción se justifica plenamente si se tiene en cuenta que en numerosas ocasiones en que el juez acoge la demanda de impugnación, los efectos de la declaración de nulidad del acto u omisión impugnados no logra la finalidad perseguida por el legislador, cual es la de hacer imperar la juridicidad quebrantada, sino resultados facticos adversos a tal propósito.”¹². Mientras que en la sentencia dictada en autos rol 44-2015, el TCP sostuvo “Que, a fin de cumplir con plenitud el mandato contemplado en el artículo 26 de la Ley N° 19.886 se hace presente que la declaración de arbitrariedad e ilegalidad de actos administrativos no siempre produce la nulidad de los

¹² Tribunal de Contratación Pública. 10 de septiembre de 2010. Sentencia Causa Rol 84-2009. Considerando 22°.

mismos En el campo del Derecho Público, en especial las normas que consagran el recurso de protección de ciertos derechos y garantías establecidos en el artículo 19° de la Constitución Política de la República, la declaración de arbitrariedad o ilegalidad o de ambas, que acoge el recurso, no conlleva necesariamente una declaración de nulidad del acto u omisión impugnado, pues es la Corte de Apelaciones, de acuerdo con el artículo 20 del texto Constitucional, quien determina “Las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”. El artículo 26 de la ley N° 19.886, contiene en esta materia el texto normativo casi idéntico al del precepto constitucional, en la parte que dispone que este Tribunal, en la sentencia definitiva, se pronunciara sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenara en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho.”¹³

La actividad del TCP, eso sí, no se ha limitado solo a decretar la imposibilidad de retrotraer. Es posible encontrar diferentes sentencias en las que ha elaborado una explicación para su actuar. En ellas constata la existencia de “aspectos”, “elementos” o “multiplicidad de particulares situaciones” que no le permiten volver al estado anterior. Todos ellos serían componentes de lo que se denomina ordenamiento jurídico dinámico. Lamentablemente, nunca ha dado un concepto general de lo que debería entenderse por ellos, sino que solo se ha limitado a nombrarlos, otorgando, incluso, diferentes nombres en cada una de las distintas sentencias.

¹³ Tribunal de Contratación Pública. 18 de mayo de 2016. Sentencia Causa Rol 44-2015. Considerando Vigésimo Primero.

Se puede apreciar que la sentencia dictada en autos rol 200-2011, es una muestra de cómo el TCP establece cuales son estos límites. En ella sostiene “Que, en la perspectiva antes señalada, en silencio de la ley, es posible afirmar que los arbitrios que en este procedimiento especial pueden adoptarse para restablecer el orden jurídico quebrantado, corresponden a aquellos que este tribunal determine de acuerdo a sus propias y exclusivas atribuciones. No obstante, resulta evidente que para conseguir tal finalidad deben atenderse, entre otros elementos, al contenido del acto u omisión impugnado y al grado de desarrollo de sus efectos, a la naturaleza y magnitud de la eventual lesión causada al interés privado de quien ha accionado por esta vía, a la conveniencia y posibilidad fáctica de retrotraer al estado de las cosas al que se encontraba antes de ejecutarse la acción o incurrir en la omisión materia del reproche y también a los propios efectos de la sentencia que declara su ilegalidad o arbitrariedad, cuidando que estos no perjudiquen el interés público comprometido en la mayor parte de los actos administrativos que en materia de licitaciones deben realizar los órganos de la administración para satisfacer necesidades del mismo carácter”¹⁴. Entonces, el TCP expresa que al momento de aplicar los efectos de la nulidad, es decir, de declarar la retroacción de las actuaciones, debe considerar “al contenido del acto u omisión impugnado y al grado de desarrollo de sus efectos”, “a la naturaleza y magnitud de la eventual lesión causada al interés privado de quien ha accionado por esta vía”, “a la conveniencia y posibilidad fáctica de retrotraer al estado de las cosas” y “los propios

¹⁴ Tribunal de Contratación Pública. Ob. Cit. Considerando 34º.

efectos de la sentencia que declara su ilegalidad”, cuidando eso sí que no perjudiquen el interés público.

La inexistencia de una definición clara respecto de lo que significan estos elementos, así como la imprecisión respecto de su naturaleza jurídica, genera la necesidad de indagar cuales son las razones que se encuentran detrás de ellos para ser utilizados como límites al efecto retroactivo de la nulidad, ya que a pesar de que se podría entender que son bienes jurídicos y como tales dignos de protección, esto no está del todo claro en la jurisprudencia del tribunal. Por ejemplo, si entendiéramos que lo sostenido por el tribunal es una especie de iceberg, es claro que en su superficie se encuentra “el grado de desarrollo del acto impugnado”, sin embargo, de la sola lectura es imposible entender si lo que está cubierto por el agua es una protección a un derecho adquirido o la seguridad jurídica. Lo mismo sucede con “la conveniencia y posibilidad fáctica de retrotraer al estado de las cosas”, pues este elemento contiene el mismo nivel de dificultad para determinar qué es lo que se quiere cuidar, será que no se puede volver atrás porque la obligación consistía en asfaltar una calle, y como ella ya ha sido cumplida es imposible volver atrás, o que la prestación consistía en entregar un equipo para que fuera utilizado en un hospital, el que una vez entregado fue utilizado, por lo que, retornarlo es más difícil que devolver uno que aún no ha sido usado.

La importancia de entender a qué se ha querido referir el TCP con ellos es radical, pues la elección de cada una de las múltiples variables que pueden presentarse en un juicio como este, claramente estarán limitadas por estos “aspectos”. Y dependiendo de la existencia de cada uno de ellos y cómo se han configurado es que el

juez declarara la retroacción. Por lo tanto, la idea de restaurar el imperio del derecho está sometida plenamente a ellos, no pudiendo ser obviados de ninguna manera.

No es, entonces, completamente cierto que, la aplicación de los efectos de la nulidad sea dependiente solo de la libertad otorgada en el artículo 26 de la ley 19.886, sino que más bien, es fruto de una intención conciliadora presente en el espíritu del TCP. Pues, la protección del particular no es el único interés presente en su vida, es claro que la negativa a la restitución deja en un mal pie a quien solicitó la nulidad, pues debe dirigirse a los tribunales civiles en busca de una indemnización. A raíz de esto se podría sostener que la correcta aplicación del derecho es la principal motivación del TCP, por ello, es que existe de forma tan directa una división entre la declaración y sus efectos.

Con la declaración, el TCP mantiene el control respecto de la conducta de las instituciones de la administración. Mientras que la existencia de estas múltiples opciones le permiten ver un panorama más completo, y buscar la mejor alternativa para todos los intereses en juego. El juicio respecto de cómo se consideran estos intereses y como en ellos hay bienes jurídicos que tienen el poder de limitar los efectos de la nulidad, será la guía rectora del capítulo segundo.

CAPITULO II: LAS CAUSALES PARA NEGAR LA RETROACTIVIDAD

En este capítulo se procederá a señalar cuales son los principales fundamentos que ha entregado el Tribunal para negarse a retrotraer una licitación, que son las siguientes cinco: el interés público, los derechos adquiridos, la buena fe, la existencia de situaciones jurídicas consolidadas y la seguridad jurídica. Estas causales han sido utilizadas como una forma de barrera por el TCP, sin embargo, han carecido de un

desarrollo conceptual. El tribunal en muchos de los casos se ha limitado a decir que, por ejemplo, existe interés público o que se encuentra cumplido el contrato, por ello el trabajo de clasificación se vio compuesto por 2 tareas, que se verificaron en distintos períodos. En la primera tarea se realizó una clasificación meramente textual, determinando cuál era el límite que en la sentencia se invocaba. En la segunda etapa, la actividad pasó a ser interpretativa, debido a que el tribunal en ciertas sentencias se limita a entregar cierta información, y para poder determinar la causal invocada era necesario determinar cuál era el principio que buscaba proteger.

Estas causales no han sido siempre utilizadas de manera individual, sino que en varias ocasiones el tribunal las ha ocupado todas o algunas. Por ejemplo, hay veces que utilizó el interés público y la existencia de situaciones jurídicas consolidadas, en otros sólo la existencia de situaciones jurídicas consolidadas, en otras recurrió a todas.

EL INTERÉS PÚBLICO

El TCP ha usado al interés público como un límite al efecto retroactivo de la nulidad en una gran cantidad de sentencias, este se encuentra presente en las dictadas en a lo menos 50 causas. Esta aplicación ha sido constante a lo largo de los 10 años de funcionamiento con que cuenta el TCP, se podría decir que es uno de los límites más importantes, no obstante, no es el de mayor uso.

Pareciera que el TCP al momento de usarlo como límite, recurriría a comprender que el interés público se encontraría presente en cada actuar de la administración. Y por

ello cada vez que se declarara la retroacción se estaría comprometiendo el interés general. Esto se puede derivar de cómo han sido redactadas las justificaciones, pues en ellas el tribunal a veces lo ha señalado de forma expresa y a veces de forma tácita. Sin embargo, se hace necesario un análisis doctrinal un poco más profundo para determinar si aquella aseveración es correcta.

Para entender cómo podría el TCP señalar al interés público como un límite al efecto retroactivo de la nulidad, se debe revisar que es lo que se ha entendido y cuál es su función dentro del derecho administrativo. En primer lugar, es necesario decir que es un concepto indeterminado, forma parte de aquellos que no tienen una definición precisa, a pesar de que han existido variados intentos por elaborar una, debido a la importancia que presentaría dentro de la Teoría Democrática, ninguno de ellos ha llegado a buen puerto. Las búsquedas por lograr un concepto preciso han sido infatigables, se han dedicado libros enteros buscando su precisión, no obstante, ello no ha sido posible. Para algunos su falta de determinación, se debe en gran medida a su capacidad de poder ser utilizado para explicar distintas temáticas. Si se le precisa se le estaría quitando esa maleabilidad, y por tanto la posibilidad de poder ser aplicado a distintas áreas, transformándose en un concepto rígido.

En el área de la filosofía política los primeros intentos para lograr una definición se hicieron a partir del interés individual, el resultado de la suma de estos sería el interés general o público, así de sencillo. No obstante, de esta definición surgían varios contratiempos, por ejemplo, cómo podría ser posible identificar a la mayoría o cómo saber específicamente el interés de una persona, los que de una u otra forma resultan

insoslayables. Buscando no caer en las complicaciones de la definición anterior es que aparece otra manera de concebir este interés, en esta el interés público sería un interés social, y debido a ello sería superior¹⁵. Esta visión está fuertemente influenciada por las corrientes organicistas que representan al Estado como un ente con vida propia, y a raíz de esto sería superior a las personas. Es aquella idea la que se encuentra presente en la noción de interés público que perdura hasta nuestros días. La concepción del interés de la colectividad que, si bien a veces se puede entender como una suma de intereses privados, es más grande y generalmente distinto de lo que quieren las personas en un momento determinado. El fundamento para que este sea superior al privado es sencillo, si se protege o realiza los beneficios que produciría irían directamente a la colectividad, es decir a todos, en cambio, en el privado, van directamente al individuo, quizás pueden ser varios, pero, de todas formas, su concepción es individual.

En el ámbito jurídico el interés público se ha visto estrechamente relacionado con el derecho público, tanto con el derecho constitucional como con el derecho administrativo, son varias las disposiciones que se pueden encontrar en los distintos ordenamientos jurídicos en las que se hace referencia a este interés. Además, es posible encontrar variada jurisprudencia donde los jueces lo utilizan como referencia para identificar la actuación del Estado.

Este concepto, busca ser representativo de los fines que persigue el Estado, debido a que tiene por principal función la satisfacción del interés general, lo que es posible de apreciar desde la dictación de una ley o hasta la dictación de un acto

¹⁵ López Calera, Nicolás. 2010. El interés público: entre ideología y el derecho. Anales de la Catedra Francisco Suarez, (44): 127.

administrativo. En la práctica el cumplimiento de este fin se puede dar de varias formas, por ejemplo, la construcción de una carretera o la compra de medicamentos, así como una ley expropiatoria de una bien raíz para la construcción de un aeropuerto. El actuar del Estado, y en específico de la administración pública, debe estar imbuido en todo momento y ámbito de la búsqueda por satisfacer un interés superior, que es el interés general o público. Si se tomara en cuenta nuestro propio ordenamiento jurídico, y en específico nuestra Constitución, sería posible sostener que la noción de bien común recogería la idea del interés público.

Además de ser un sustento para los actos del Estado, el interés público puede ser utilizado como una norma ética, la legalidad de un acto administrativo o de una ley dependerá del beneficio que este pueda reportar a la gran colectividad de donde fue sancionada, a su vez su idoneidad también estará bajo este parámetro. Por ello, dependerá de los beneficios que de manera global puedan afectar a la comunidad, la conducta que tomará el Estado. Un ejemplo claro de esto es la prohibición de utilizar leña para calefaccionar las casas en las distintas ciudades de Chile, a lo largo del año 2016 se evidenciaron situaciones críticas de contaminación no solo en Santiago, sino que también en Temuco y Aysén a lo menos. Los habitantes del sector pueden señalar que utilizar ese medio de calefacción es más barato, sin embargo, los beneficios de no usarlo son mayores, por ejemplo, disminuirían los problemas respiratorios, lo que, a su vez reduce los recursos que necesitan los servicios de salud de estas áreas, y por lo tanto la administración puede destinarlos a otras. Además, por lo menos en el caso de Santiago, al reducir las emergencias y preemergencias las fábricas pueden funcionar

más días al año, lo que se traduce en mayor producción. Los efectos beneficiosos para la comunidad son ostensiblemente mayores y ello de alguna forma valida la decisión tomada por la autoridad.

En el ámbito particular del derecho administrativo, la doctrina ha alzado este concepto como uno de sus pilares fundamentales, incluso hay algunos autores que lo han nombrado como el objeto de esta rama del derecho. Con el fin de identificar los cambios que ha tenido esta rama del derecho en el siglo XX, Daniel Hugo Martins realiza un análisis sobre su objeto, y dentro de los criterios rectores de este, establece la noción de servicio público, ahora bien, entendido ya como utilidad pública o interés general¹⁶. El autor también plantea que la misión de la administración es la de atender las necesidades del grupo comunitario¹⁷, posición que debe ser alineada con la definición que ha sido entregada por la filosofía política, que buscaba precisar el interés público como interés de la colectividad. El mismo autor, mientras recorre los postulados de varios autores, se detiene a explicar la posición de Eduardo Soto Kloss, la que, si bien precisa que el objeto del derecho administrativo tendría como función el bien común y la libertad, en ella de igual manera establece que la administración debe satisfacer las necesidades públicas, por lo que en ella se encuentra implícita esta idea de cumplir con los requerimientos de la colectividad. Continuando el mismo análisis Martins se detiene en lo planteado por Escola, para quien la idea misma de interés público es el fundamento del derecho administrativo, entendiéndolo no solo como la

¹⁶ Martins, Daniel Hugo. 2000. Objeto, contenido y método del derecho administrativo en la concepción integral del mundo del derecho. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria. Pág. 251. El autor presenta esta idea como una exposición acerca de una nueva noción de servicio público.

¹⁷ Martins. Ob. Cit. Pág. 257.

mayoría de intereses individuales, sino también como el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidad en la que la mayoría de los individuos reconocen su propio interés¹⁸.

Queda claro que, por lo menos para una parte de la doctrina, este puede ser el fundamento del derecho administrativo, y debe ser entendido como lo plantea Escola. De la misma forma como el interés público es el fundamento del derecho administrativo, la función administrativa se encuentra marcada por este concepto. Según Martins la función administrativa es la actividad estatal que tiene por objeto satisfacer las necesidades de la población, entonces, la función de la administración es cumplir con los requerimientos de los ciudadanos.

El derecho administrativo nacional ha sido receptivo de estas ideas. Ellas se encuentran presente tanto en la doctrina como en el ordenamiento jurídico e incluso en la jurisprudencia. En particular la doctrina clásica nacional ha tomado estas ideas, sin embargo, le ha brindado una fisonomía distinta, que es la del bien común. La concepción de la búsqueda del bien común como eje del derecho público y principalmente del derecho administrativo se encuentra fuertemente influenciada por el catecismo de la Iglesia Católica, Eduardo Soto Kloss ha sido el principal autor que ha defendido esta posición, como ya ha sido señalado.

En cuanto a la recepción en nuestro ordenamiento jurídico, este concepto se encuentra incluido en el artículo 1° de la Constitución política de la República. En esta norma el constituyente ha señalado que el Estado se encuentra al servicio de la persona

¹⁸ Martins. Ob. Cit. Pág. 260.

humana y debe velar por el bien común. Esta manera de entender el interés público también ha llegado a la Ley de Bases Generales del Estado, ya que en su artículo 3° señala que la Administración del Estado estará al servicio de la persona humana y su finalidad es fomentar el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente. Esto debe ser relacionado con el artículo 1° inciso 2° de la misma ley, que sostiene que la Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa.

A partir de lo establecido en la Constitución y en la Ley de Bases Generales del Estado, es posible sostener que la contratación administrativa debe estar sometida al bien común. Los órganos contratantes como parte de la administración pública, deben tener el bien común como principal finalidad al momento de contratar. Estos como servicios públicos fueron creados expresamente para satisfacer necesidades públicas¹⁹, para desarrollar estas actividades requerirán de distintos insumos, sin los que no podrían prestar ningún servicio, estos insumos pueden ser útiles de oficina, servicios de fotocopias, softwares varios, etc. elementos que permiten el funcionamiento de las oficinas o reparticiones públicas. Una segunda necesidad de bienes surgirá, ya no para mantener el funcionamiento del servicio, sino como un bien que necesite la comunidad en sí misma, pero que de igual forma deberá ser gestionado por el servicio público, pues la gestión de estas necesidades se encuentra dentro de sus tareas, este bien puede ser la

¹⁹ Caldera Delgado, Hugo. 2001. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Santiago, Ediciones Parlamento. Pág. 276

construcción de un camino, nueva iluminación pública, la adquisición de vacunas contra la influenza, etc.

La jurisprudencia que ha sido elaborada por el TCP ha seguido la senda establecida por la doctrina. Este órgano, ha tenido 2 variantes para mostrar su adhesión, una expresa y otra tácita. En la primera de ellas ha sosteniendo expresamente que, al ser el órgano contratante un servicio público, de ser retrotraído el procedimiento de licitación se estaría afectando a la sociedad entera. Una muestra de ello es lo que sostiene en el considerando 21° de la sentencia dictada en la causa rol 21-2010, donde señala “Que adicional a lo razonado, 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 contratos de orden privado. En el caso de autos, es un órgano de la Administración del Estado el que ha intervenido como parte en el contrato licitado y es este conjuntamente con su contratante quien resultaría afectado por la declaración de nulidad del acto administrativo de aceptación y los actos posteriores, que es el interés público el que aparece directamente comprometido y obligado en el acto, en función de cumplir dicho organismo con la necesidad de satisfacer una necesidad pública”²⁰.

De igual forma, en otro grupo de sentencias ha optado por adherir de forma tácita a la posición doctrinal que pone al interés público como el interés de la

²⁰ Tribunal de Contratación Pública. 30 de diciembre de 2010. Sentencia Causa Rol 21-2010. La misma idea se encuentra en las sentencias dictadas en las causas 29-2009, 73-2009, 84-2009, 92-2009, 106-2009, 113-2009, 120-2009, 121-2009, 122-2009, 138-2009, 3-2010, 6-2010, 13-2010, 21-2010, 30-2010, 50-2010, 73-2010, 74-2010, 134-2010, 156-2010, 161-2010, 11-2011, 135-2011, 200-2011, 251-2011, 270-2011 y 132-2012.

administración. En estas ha preferido señalar expresamente cuál es el fin público que la institución tenía, esto sucede en el considerando 23 de la sentencia dictada en autos rol 222-2012, donde señala “Que, para resolver esta materia debe tenerse en cuenta que la Institución demandada, al convocar la licitación que tuvo como fin satisfacer una necesidad pública, cual es la obtención de un medicamento destinado a preservar la salud de eventuales pacientes. En este caso, la supremacía del interés general ha surgido como una limitación necesaria a la facultad jurisdiccional de este Tribunal para constreñir los efectos propios de la anulación de un acto administrativo, omitiendo deliberadamente una declaración de retroactividad, que, además de ser inoportuna provocaría perjuicio al interés público, inseguridad jurídica y perturbación de derechos de terceros, calidad que posee el adjudicatario”²¹.

Esta última forma de redacción ha sido encontrada en varias sentencias, como, por ejemplo, en la dictada en la causa rol 287-2014, en donde señala en el considerando Décimo Quinto que la Institución tenía como fin velar por la calidad de la educación de niños y adolescentes, y no decir interés general sino interés superior²². Lo mismo ocurre en autos rol 120-2014, en donde la institución hace un llamado para licitar la construcción de un cuartel de bomberos; en la causa rol 287-2014 en la que el Tribunal ha señalado que la Municipalidad de Vallenar tuvo como fin velar por la “calidad de la educación de niños y adolescentes”²³ en la licitación “Servicio de asistencia técnica educativa denominada midiendo aprendizajes finales, en las cuatro asignaturas

²¹ Tribunal de Contratación Pública. 27 de agosto de 2015. Causa Rol 222-2012.

²² Tribunal de Contratación Pública. 9 de marzo de 2016. Causa Rol 287-2014.

²³ Tribunal de Contratación Pública. 17 de noviembre de 2015. Causa Rol 120-2014.

fundamentales”; en la causa rol 241-2012 Laboratorios Silesia S.A. impugna la licitación denominada “Adquisición del medicamento consistente en Propanolol CM 40 en blíster envase resistente con sello que asegure inviolabilidad del contenido”, en la sentencia dictada el tribunal señala que el fin es “la obtención de un medicamento destinado a preservar la salud de eventuales pacientes”²⁴; y por último, en la causa rol 21-2013 el tribunal, respecto de una licitación sobre la compra de equipos para el Servicio de Imagenología del Nuevo Hospital de Puerto Montt, señaló que la institución tuvo como fin “dotar (...) de equipos adecuados para un hospital de alta complejidad, destinado a velar por la salud de los habitantes de la Región”²⁵.

El tribunal ha buscado proteger la satisfacción de este interés, entendiendo que, en el caso de retrotraer la licitación, estas necesidades quedarían insatisfechas provocando un perjuicio para la comunidad entera. En estos casos, el TCP pone la satisfacción de esta necesidad primero. Para ello, es necesario que se realice la adjudicación y se formalice el contrato, pues de no hacerlo, como podrían ejecutarse las obligaciones, y como podrían, llegar los equipos para el servicio de imagenología, por ejemplo. Lo complejo aquí, entonces, es deshacer todo, como podría el Hospital de Puerto Montt devolver el resonador magnético y seguir esperando que se resuelva la licitación, la que además estaría en etapa de apertura de ofertas, pues el acto impugnado fue la adjudicación del contrato y la formalización de este. Es complicado de solo imaginar el retrotraer las acciones, pues, en este caso, el Hospital de Puerto Montt

²⁴ Tribunal de Contratación Pública. 1 de septiembre de 2015. Causa Rol 241-2012. Mismo fundamento que para la sentencia de la causa rol 222-2012.

²⁵ Tribunal de Contratación Pública. 30 de octubre de 2015. Causa Rol 21-2013

recibió el equipo, debido a que la adjudicación fue realizada el 27 de noviembre de 2012 y el contrato fue celebrado el 31 de diciembre de 2012, mientras tanto la sentencia fue dictada el 30 de octubre de 2015, casi 3 años después. Es imposible no buscar resguardar el interés público cuando la tardanza ha sido bastante, pensando en que se debe reactivar esta licitación y a pesar de que solo se deban analizar nuevamente las ofertas, el tiempo sin el equipo no sería menor a 3 meses.

En los autos rol 21-2010 sucede algo similar. La sociedad Servicio de Estacionamientos Controlados S.A. demanda a la Ilustre Municipalidad de Coyhaique en la “Concesión Estacionamientos Regulados Mediante Tarjetas Parquímetros en el Sector Centro de la Ciudad de Coyhaique”, impugnando la adjudicación y la evaluación de la Comisión, solicitando que se declaren ilegales y arbitrarias. El tribunal decide declarar ilegal ambos actos, pues si bien, la empresa recurrente, omitió una entrega física de la oferta, esta es solo formal pudiendo ser subsanada fácilmente, por lo que su oferta no podía ser dejada fuera de la licitación. A pesar de esta declaración de nulidad, el TCP decide no aplicar sus efectos, considerando que la municipalidad cuando decidió contratar, lo hizo en función del interés público, y por ello, aunque la sentencia llega sólo 10 meses después de la dictación del acto, específicamente el 30 de diciembre de 2010, sostiene que sería perjudicial volver todo al momento de la presentación de las ofertas. La aplicación de los efectos de la nulidad implicaría dejar nulo el contrato, con ello no habría quien prestara el servicio, esta ausencia de prestador, y quien sabe por cuánto tiempo, generaría un problema tanto para los ingresos a las arcas de la

municipalidad como para quienes utilizan los estacionamientos. Esto sería un abierto perjuicio al interés público.

La función que le ha sido asignada por el tribunal, entonces, es la de desplazar el interés privado, pues, lo que está en juego, es paralizar el funcionamiento de un servicio versus el derecho a la tramitación justa del procedimiento. Como ya fue señalado, el interés general o público, siempre será superior, y esto es el fundamento para que sea desplazado. Mientras este interés beneficie a la colectividad, siempre primará por sobre el privado. Por otra parte, aquí tampoco tiene el particular un interés que podría generalizar, ya que la finalidad que tuvo al momento de la interposición de la acción de impugnación no fue más que la de obtener una declaración de nulidad y la retroacción a fin de obtener la adjudicación, un interés absolutamente privado. Ante esto, la lógica del tribunal es inobjetable.

DERECHOS ADQUIRIDOS

Los derechos adquiridos son un concepto que ha sido utilizado a lo largo de la historia del tribunal de distintas formas. Su fisionomía ha ido cambiando con el tiempo, ya que en un comienzo fue bastante compleja, con un aporte conceptual considerable, y con un planteamiento que era considerablemente similar a lo que había hecho Soto Kloss en la nulidad de derecho público. Sin embargo, con el pasar de los años fue variando, disminuyendo la carga conceptual, hasta llegar incluso a solo señalar que se había celebrado el contrato.

En los primeros años el TCP recurrió bastante a este concepto para frenar los efectos de la nulidad, por ejemplo, en los años 2009 y 2010 se utilizó en las sentencias dictadas en 16 causas. Pero este uso ha decaído, por ejemplo, en los años 2013 y 2014 sólo fue usada en las sentencias dictadas en 6 causas. De igual forma el número total de casos en los que el tribunal recurrió a este concepto supera los 40 casos, por lo que se hace necesario determinar que entiende el TCP por derechos adquiridos. Para ello se deben analizar no solo conceptos del derecho público sino también aquellos presentes en la legislación civil y que irradian a todo nuestro ordenamiento jurídico.

En el derecho privado se ha señalado que los derechos forman parte de las cosas incorporales. De acuerdo al artículo 576 del Código Civil pueden ser derechos reales o personales, los reales son, de acuerdo al artículo 577 del mismo cuerpo legal, los que se tiene sobre una cosa sin respecto a una determinada persona. Los personales o créditos, por su parte, son de acuerdo al artículo 578 del Código Civil, los que “solo pueden reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas (...)”. Respecto de estas cosas incorporales también existe un derecho de dominio de acuerdo a lo establecido en el artículo 583 del mismo Código. A raíz de este derecho de dominio sobre los bienes incorporales es que en el país surgió una corriente de autores que sostuvo que la protección entregada al derecho de propiedad en el artículo 19 N°24 de la Constitución de la República, irradiaba a los derechos personales pues se tenía respecto de ellos una especie de propiedad.

Los derechos, y sus obligaciones correlativas, por su parte, se crean, modifican o extinguen a través de hechos jurídicos, y a estos últimos se les denominan fuentes de las obligaciones²⁶. Una clasificación de estas fuentes se encuentra en el artículo 1437 del Código Civil. En aquella norma el legislador señala a: los contratos o convenciones, los cuasicontratos, los delitos, los cuasidelitos y la ley. De esta forma los derechos y sus correlativas obligaciones pueden emanar tanto de la ley como de un contrato, por lo que se hace necesario determinar si en materia de contratación pública los derechos emanaran de uno u otro, pues la diferencia puede implicar mayores trabas o plazos para determinar cuándo se adquiere o no el derecho.

Del análisis de la Ley 19.886, se podría derivar que los derechos nacen de la adjudicación. En el artículo 10, en su inciso 1º, el legislador ha señalado que “El contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente”. Esta norma no es precisa respecto de la época ni de la fuente de la que emana el derecho, por ello es necesario buscar en la definición legal de adjudicación. Esta se encuentra en el decreto 250 del 2004 del Ministerio de Hacienda, el que la establece en su artículo 2 número 1, diciendo que es el “Acto administrativo fundado, por medio del cual la autoridad competente selecciona a uno o más Oferentes para la suscripción de un Contrato de Suministro o Servicios regido por la ley N° 19.886(...)”. Cuando el legislador define el acto de adjudicación, no está precisando si de él nacen obligaciones y derechos, sino que precisa que es el acto terminal del procedimiento de licitación, en el momento en que se adjudica, el órgano ya decidió

²⁶ Ramos pazos, Rene. 2008. De las Obligaciones. Santiago, Legal Publishing.

quién prestará los servicios o suministrará los bienes, debido a esto la doctrina lo ha entendido como el acto culmine del proceso de formación de la voluntad. Así del concepto dado, se entiende que existe un tercero que fue oferente en el proceso, el que se denomina adjudicatario, y el decreto lo define en el número 2 del artículo 2, como el “oferente al cual le ha sido aceptada una oferta o una cotización en un Proceso de Compras, para la suscripción del contrato definitivo”.

De aquellos conceptos no puede inferirse el momento ni el acto que sirve de fuente de los derechos. El Decreto en su artículo 2º, por su parte, no otorga una definición genérica de contrato administrativo, los conceptos entregados hacen referencia a lo que debe entenderse particularmente por contrato de suministro y por contrato de prestación de servicios. Ante la ausencia de un concepto general de contrato, y a fin de lograr determinar cuándo nacen los derechos, es necesario revisar las normas que se encuentran en el capítulo VIII del Decreto N° 250 de 2004, que recibe por nombre Contrato de Suministro y Servicio. El artículo 63 señala que “Para formalizar las adquisiciones de bienes y servicios regidas por la ley N°19.886, se requerirá la suscripción de un contrato (...)”, por su parte el artículo 65 de la Suscripción del Contrato de Suministro y Servicio dice “El contrato definitivo será suscrito entre la Entidad Licitante y el Adjudicatario dentro del plazo establecido en las Bases, debiendo publicarse en el Sistema de Información”.

La cuestión aquí es determinar, entonces, si el origen de los derechos es la adjudicación o el contrato. Del análisis, se entiende que la adjudicación otorga el derecho a celebrar el contrato, y que posteriormente, una vez celebrado el contrato,

nacerían los demás derechos y obligaciones. En un primer momento el adjudicatario adquiere en sí el derecho a que en una fecha determinada se celebre el contrato definitivo, y mientras este no se celebre, el particular conserva el derecho, pudiendo exigir en cualquier momento que suscriba el contrato. La administración, por otro lado, al haberlo elegido, tiene la obligación de concurrir a la celebración del contrato, no teniendo posibilidad alguna de eximirse de esto. La única opción que podría invocar para evitar la celebración del contrato, es que el adjudicatario se desistiere de firmar el contrato o se negare a aceptar la orden de compra, o que no cumpliera con las demás condiciones o requisitos establecidos en las bases para la suscripción o aceptación de los del contrato o la orden de compra, así la entidad licitante podrá dejar sin efecto la adjudicación y realizar una nueva adjudicación. Entonces una vez que realiza la adjudicación el órgano licitante no puede dejarla sin efecto, salvo que concurran los requisitos ya nombrados, los que dependen solo del particular.

La Contraloría General de la República, por otro lado, sostiene que en la adjudicación quedan fijados los derechos y las obligaciones de las partes de acuerdo al artículo 1545 del Código Civil. Si los derechos y obligaciones quedan fijados en ella, la celebración del contrato tendría por efecto la formalización de estas y no una labor creadora de derechos. Entonces si los derechos emanan de un acto administrativo, y no del contrato en sí, se hace necesario revisar lo que ha sostenido parte de la doctrina y el derecho público sobre los límites al efecto retroactivo de la nulidad en este campo. Para Eduardo Soto Kloss “quienes de buena fe han adquirido derechos en razón de actos administrativos viciados se encuentran protegidos y amparados por el derecho de

propiedad que les reconoce el art. 19 N° 24° de la Constitución Política de la República y que les asegura su art. 20 inciso 1° (...)²⁷. Se podría leer como un impedimento sólo para que la administración hiciera uso de la potestad invalidatoria, es decir, impediría a los órganos contratantes declarar nulo el acto si es que hay un tercero que ha adquirido derechos de buena fe, no obstante, según el mismo Soto Kloss la jurisprudencia emanada de los Tribunales de Justicia ha reconocido este límite. Por lo que, respecto de la potestad invalidatoria, los derechos adquiridos tienen la protección entregada por el artículo 19 n°24 de la Constitución Política

Los planteamientos de Soto Kloss llegaron antes que la misma ley de Bases de Procedimiento Administrativo, por ello no trata de manera específica la invalidación establecida por el legislador. Esta ley en su artículo 53 señala que “La autoridad administrativa podrá, de oficio o a petición de parte, invalidar los actos contrarios a derecho (...)”, esto es un reconocimiento expreso de la posibilidad de dejar sin efecto un acto administrativo, lo que puede ocurrir en el caso de cualquier acto en un procedimiento de licitación, salvo en la adjudicación, donde por ser ley especial se debe aplicar lo establecido en el Decreto 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda. Con las limitaciones ya señaladas, es decir, que sólo podrá proceder a una nueva licitación en los casos en que haya negativa por parte del adjudicatario o que este no cumpla con requisitos específicos, la posibilidad de invalidación se ve reducida. Para Dorn, cuando haga uso de esta potestad deberá tener en cuenta lo señalado en el inciso final del artículo 13 de la misma ley, que dice “La administración podrá subsanar los vicios de

²⁷ Soto Kloss, Eduardo. 1996. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Pág. 208.

que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros”²⁸.

En el caso de la revocación de un acto de la administración, el legislador ha establecido de forma expresa en el artículo 61 letra a) que “Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente” no podrán ser revocados. Si bien, en este caso la administración no deja sin efecto un acto que adolece de nulidad, por lo que realmente no estaríamos hablando de límite a los efectos de la nulidad, es relevante que el legislador la haya regulado de manera específica.

El TCP ha adherido a esta posición doctrinaria y jurisprudencial, y se podría decir que lo ha hecho de manera casi textual. Por ejemplo, en la sentencia dictada en la causa 114-2011 ha señalado “(...) la declaración de nulidad lesionaría derechos adquiridos legítimamente por el adjudicatario amparados en su ejercicio por una garantía constitucional expresa, como lo es la establecida en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política del Estado, quien resulta ser un tercero que no ha sido parte en esta causa respecto de quien además, no se ha demostrado que de algún modo haya intervenido en el acto ni contribuido a causar ilegalidad declarada, ni que haya existido mala fe en su obrar en el proceso que dio origen a la propuesta pública”²⁹. En la sentencia dictada en la causa 60-2007 dice “(...) no caben dudas que el efecto retroactivo que normalmente originaría tal declaración, lesionaría derechos adquiridos

²⁸ Dorn Garrido, Carlos. 2008. Ley de Bases de Procedimiento Administrativo y Nulidad de Derecho Público. Revista de Derecho, (17): pág. 13.

²⁹ Tribunal de Contratación Pública. Sentencia Causa Rol 114-2011. Santiago, 2012.

La misma redacción es posible encontrarla en las sentencias dictadas en las siguientes causas: 73-2009, 84-2009, 106-2009, 120-2009, 121-2009, 122-2009, 251-2011 y 132-2012.

legítimamente por el adjudicatario, (de todos modos, amparados en su ejercicio por una garantía constitucional expresa, como es la contenida en el artículo 19 número 24 de la Constitución de la República), quien resulta ser un tercero que no ha sido parte en este proceso”³⁰. Y, por último, en la sentencia dictada en la causa 92-2014 estableció “(...) que la declaración de nulidad lesionaría derechos adquiridos legítimamente por el adjudicatario, de todos modos, amparados en su ejercicio por una garantía constitucional expresa, como es la contenida en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la Republica, quien ha sido un tercero que no ha sido parte en este juicio (...)”³¹.

No obstante, esta no ha sido la única forma que ha tenido el tribunal para sostener que la existencia de derechos impide la aplicación de efectos de la nulidad. En la sentencia dictada en la causa rol 66-2007 señala “(...) que habiéndose perfeccionado dicho acto se han originado derechos y obligaciones recíprocos y situaciones jurídicamente consolidadas, en particular las derivadas del contrato suscrito entre las partes, para la ejecución de la obra requerida (...)”³², en esta ocasión el tribunal ha omitido la protección constitucional que tendrían los derechos adquiridos, pero es claro que busca otorgar la misma protección. En la sentencia dictada en la causa rol 52-2008, el TCP ha tomado una posición más intermedia, pues ha sostenido “(...) es claro que la declaración de nulidad lesionaría derechos adquiridos legítimamente, por el adjudicatario, esto es, Constructora COIR Limitada, quien resulta ser un tercero en

³⁰ Tribunal de Contratación Pública. 20 de noviembre de 2008. Sentencia Causa Rol 60-2007.

³¹ Tribunal de Contratación Pública. 31 de diciembre de 2015. Sentencia Causa Rol 92-2014.

³² Tribunal de Contratación Pública. 8 de agosto de 2008. Sentencia Causa Rol 66-2007.

juicio (...)”³³, pues no dice expresamente que se encuentran protegidos por el artículo 19 n° 24 de la constitución, aunque la posición asumida es la misma que si lo dijera. En otras sentencias, su posición ha estado incluso más simplificada que en la primera, llegando a señalar en algunas que “(...) considerando que el Decreto Alcaldicio que adjudica la propuesta al Banco BCI fue dictado con fecha 21 de noviembre de 2012 y que con fecha 13 de diciembre de 2012 fue celebrado el contrato entre las partes”³⁴. En cambio, en otras ha sido aún más concisa, como en la sentencia dictada en la causa 215-2011 “(...) que con fecha 22 de noviembre de 2011 se celebró el contrato licitado para la región de la Araucanía (...) motivo por el cual no resulta conveniente dejar sin efecto los actos administrativos impugnados, toda vez que la necesidad pública se encuentra en gran parte satisfecha y existen derechos adquiridos por el tercero adjudicatario (...)”³⁵.

En otras sentencias, como la dictada en la causa rol 135-2015 solo sostiene que “(...) omitiendo deliberadamente una declaración de retroactividad que, además de ser inoportuna provocaría (...) perturbación de derechos de terceros, calidad que posee el adjudicatario. Se debe tener presente que, según aparece del documento acompañado bajo el numeral 19 de los antecedentes que se encuentran bajo custodia, el contrato entre la Entidad Licitante y la adjudicataria, fue suscrito con fecha 26 de mayo de 2015”³⁶. El tribunal entiende que no es relevante señalar que existe un derecho que cuenta con la

³³ Esta redacción también es posible encontrarla en las sentencias dictadas en las siguientes causas: 77-2008, 86-2010, 278-2011, entre otras.

³⁴ Tribunal de Contratación Pública. 4 de noviembre de 2014. Sentencia Causa Rol 232-2012.

³⁵ Un estilo similar se encuentra en la causa rol 216-2013.

³⁶ Tribunal de Contratación Pública. 20 de junio de 2016. Sentencia Causa Rol 135-2015.

protección de la Constitución, sino que le basta con expresar que ha sido suscrito el contrato, pues estándolo se encuentran adjudicado.

En la jurisprudencia estudiada queda claro que para el TCP es relevante el hecho de si se encuentra o no suscrito el contrato. La celebración del contrato en estos casos vendría a ser un mecanismo de protección, pues si bien la mayoría de las sentencias llegan después de un año de la dictación del acto impugnado o desde que se ingresó el recurso, existe la posibilidad de que aun no existiendo adjudicación el particular se desista, negándose a firmar el contrato o a aceptar la orden de compra emitida, o que no cumpla con los requisitos que se establecen para la recepción de aquellos documentos, por lo que el órgano licitador quedaría en libertad de acción para solicitar otra adjudicación en el plazo de 60 días o no solicitarla, pues el artículo 41 del Decreto 250 establece que la decisión de readjudicar depende únicamente del órgano. Por ello, si existe suscripción del contrato definitivo, es evidente la existencia de derechos.

Con la firma del contrato el TCP se asegura de que el adjudicatario no ha renunciado a los derechos y también se asegura de que cumplía con los requisitos para suscribir contratos o aceptar las órdenes de compra. Con ello la relación jurídica está completa, por lo que la administración tendrá derecho a exigir la prestación debida y el particular tendrá derecho al precio.

Por tanto, ambos actos son requisitos copulativos para que el tribunal pueda utilizar los derechos adquiridos como un límite al efecto retroactivo de la declaración de nulidad. De faltar uno el tribunal no podría usar esta causal, ello pues, de no haber adjudicación no existe la culminación de la voluntad, por ende, de mala manera, se

podría celebrar un contrato. Si falta la adjudicación no existe una aceptación expresa de la oferta. Si, en cambio, no se ha suscrito el contrato, aun puede existir la posibilidad de desistimiento, por ejemplo, con lo que podría el particular renunciar a los derechos que se han creado en su patrimonio.

Con la perspectiva algo más clara es posible revisar el accionar del TCP. En la sentencia de la causa 58-2006, el tribunal, señala como límite que un tercero haya adquirido derechos, el problema presente dice relación con que los derechos nacieron de una adjudicación dictada en otra licitación. Lo que sucedió en esta causa fue que Correa 3 Arquitectos Limitada demanda a la Ilustre Municipalidad de Recoleta, pues ella puso término a la licitación pública para el desarrollo del Proyecto de Arquitectura y Especialidades del Nuevo Edificio Consistorial y Centro Cívico de la comuna. El término se dio a conocer mediante una simple aclaración, aunque de forma posterior se dicta el decreto que declara desierta la licitación, esto fue realizado antes de recibir las propuestas, por lo que es inoportuno, dado que solo se puede declarar desierta la licitación una vez que se han recibido las propuestas. La Municipalidad después de declarar desierta la licitación procedió a realizar un llamado a una nueva licitación, pero que tenía como objeto el desarrollo de las mismas actividades que la licitación anterior, salvo, que esta vez se dividía en 2 etapas, la primera el anteproyecto de arquitectura y la segunda el diseño de especialidad. El TCP declara la nulidad del decreto, no obstante, al encontrarse adjudicado el contrato en la segunda licitación, considera que existen derechos adquiridos.

La diferencia sustancial entre esta sentencia y las demás emanadas del TCP, es que en ella la adjudicación se realizó en otro procedimiento, el que no fue impugnado de ninguna manera ante el tribunal. Esta ausencia de impugnación demostraría que la adjudicación realizada en la segunda licitación no adolecería de ningún vicio de nulidad. En cambio, en las otras causas al impugnarse la adjudicación, y esta ser declarada nula, la fuente del contrato y los derechos mismos es un acto nulo. Como ya fue señalado, si un acto nulo origina derechos, estos serán límites al efecto retroactivo, sin embargo, es necesario entender cómo se adquieren estos derechos. Soto Kloss³⁷ señala que los derechos solo necesitan del justo título para ser adquiridos, no necesitando de un modo de adquirir, ya que con ello bastaría la existencia de la adjudicación y la posterior formalización del contrato.

A pesar de lo plausible que suena, ante la ausencia de normas claras que puedan sustentar la tesis de Soto Kloss, debemos remitirnos a lo que señala el Código Civil para estos casos. El artículo 1689 del Código Civil establece que la declaración de nulidad otorga acción reivindicatoria contra los terceros poseedores, con esto, quién obtuvo la declaración puede iniciar otra acción judicial y recuperar la cosa que se encuentra en poder del tercero. El tercero poseedor, no obstante, podrá interponer, ante la acción reivindicatoria, excepción de prescripción adquisitiva. Aunque este tercero deberá cumplir con los requisitos que establece la ley para poder adquirir por este modo. Por tanto, como el tercero tiene derecho al precio, y este debe pagarse en dinero y este es un bien mueble, así, los derechos que adquirió son sobre bienes muebles, por ello en el

³⁷ Soto Kloss, Eduardo. Ob. Cit. Pág. 225.

mejor de los casos podría aplicarse la prescripción adquisitiva de bienes muebles que establece 4 años para adquirir, y en el peor de los casos la prescripción extraordinaria de 10 años.

Es innecesario determinar si corresponderá a uno u otro caso, pues de todas maneras no se cumple con los plazos establecidos en la ley, ya que las sentencias se dictaron con promedio de 1 año después de la celebración del contrato. El tercero nunca lograría adquirir el derecho, por lo que no se puede hablar de la existencia de derechos adquiridos. Es entendible que el TCP quiera utilizar esta tesis para proteger al tercero que lleva a lo menos 1 año ejecutando el contrato, ya que este tercero destinó tiempo y bienes para poder ejecutar el contrato, pero ello no quiere decir que tenga un derecho adquirido.

El tribunal estableció que existen derechos adquiridos, que se encuentran, incluso protegidos por el artículo 19 n° 24 de la Constitución de la República, pero no precisa cuáles son los derechos ni cómo los adquirió. Como fue señalado, se podría entender que es el derecho al precio, como regla general, y quizás otros que podrían ser regulados dependiendo del contrato en específico. La falta de precisión respecto de cómo se adquirieron hace difícil otorgarles la protección de aquel precepto constitucional, sobre todo porque, el constituyente lo desarrolló como un límite a la acción de la administración, la que no podrá privar a un particular de su derecho de propiedad sino en virtud de una ley expropiatoria. No es el caso de un acto que haya sido declarado nulo, en donde un Juez de la República puede retrotraer las actuaciones. Claro que, en ciertas ocasiones, el juez en vista del tiempo que ha mediado podría

aplicar la prescripción adquisitiva, pero esto es una medida que dice relación exclusivamente por el tiempo transcurrido, ya que, en función de él, se busca proteger las relaciones que se han dado, por mantenerse estas durante un tiempo considerable, lo que no sucede en los casos de los contratos administrativos.

La Buena Fe

El TCP ha utilizado este principio jurídico como un límite al efecto retroactivo en pocas situaciones, pero a pesar del exiguo número, su aplicación se ha mantenido constante en el tiempo. Específicamente este principio se encuentra presente en las sentencias dictadas en 16 causas.

En el trabajo de aplicación de este principio, el TCP no ha sido explícito en señalar a cuáles de las manifestaciones se refiere. Sin embargo, ha señalado ciertos elementos que podrían ayudar a identificar cuál es el tipo de buena fe que usó. Para determinar cuál es el tipo de buena fe a la que recurre y si esta es aplicable como límite al efecto retroactivo de la nulidad se hace necesario analizar este principio del derecho desde su generalidad.

La buena fe es un principio general del derecho y por ello irradia todo nuestro ordenamiento jurídico, su aplicación se hace tanto en el derecho público como en el derecho privado.

La doctrina civilista ha señalado que está compuesta por dos facetas, una no jurídica y una jurídica, en la primera la buena fe tiende a evocar la idea de rectitud, es la

idea de estar actuando o haber actuado correctamente, es un estado de ánimo. En tanto, la jurídica, que a su vez tiene nuevamente 2 facetas, mira hacia el actuar dentro del ordenamiento jurídico. Las dos facetas que componen la buena fe jurídica se denominan subjetiva y objetiva. La subjetiva es la convicción interna o psicológica de encontrarse el sujeto en una situación jurídica regular, aunque objetivamente no sea así; aunque haya error³⁸. En este caso quien actúa cree estarlo haciendo dentro del marco otorgado por el ordenamiento jurídico, es una creencia propia, una convicción, y como tal puede que no sea exteriorizada, sino que hasta, por ejemplo, una posible declaración de nulidad.

Por su parte la buena fe objetiva es un estándar de conducta. Este busca ser la norma mínima que deben observar los contratantes, ya sea antes, durante y después de la vida del contrato. La finalidad de este es imponer a los contratantes el deber de comportarse correcta y lealmente. Al ser un estándar de conducta, este no funciona a nivel de fuero interno, no es una intención personal de actuar según una determinada regla, o de apearse a normas más o menos estrictas por una convicción personal. A diferencia de lo que sucede con la buena fe subjetiva, en la objetiva la imposición se hace de forma externa, y por ello puede ser exigible, la conducta debe ser correcta y leal, porque es el nivel mínimo para que funcionen las relaciones interpersonales. Una conducta que no tiene esos dos elementos como base llevaría a un caos, en el caso de la contratación, generaría desconfianza que derivaría en una imposibilidad de contratar, debido al miedo de no obtener el cumplimiento de lo pactado. Dada la relevancia que

³⁸ López Santa María, Jorge. 2005. Los Contratos. Parte General. Tomo II. 4ta Ed. Santiago, Editorial Jurídica. Pág. 398.

tiene en la vida diaria, es que tiene una recepción legal, la que se encuentra en el artículo 1546 del Código Civil, que dice “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”. Es decir, quien celebra un contrato no está obligado sólo a aquello que se encuentra escrito, sino a aquello que además emana de la naturaleza misma del contrato, por lo que podría no estar escrito, pero igual se debe entender integrado, o lo que la ley o la costumbre han hecho que pertenezca a la obligación.

La regulación civil de la buena fe objetiva mira hacia la etapa de cumplimiento del contrato. El artículo 1546 del Código Civil no señala de forma expresa como debe aplicarse para la etapa precontractual, sin embargo, la doctrina a partir de la norma expresa, ha ido elaborando un estándar de buena fe precontractual³⁹. Esto se ha traducido en exigir que los negociadores presenten las cosas conforme a la realidad, ellos deben informar al otro futuro contratante respecto de aspectos particulares que pueden afectar tanto la validez del contrato como el cumplimiento de las obligaciones que de él se deriven. Esta exigencia tiene por finalidad que las partes puedan saber cuál es el estado de ambos antes de celebrar el contrato, así no se arriesgan a caer en vicios del consentimiento que después los afectaran.

Como ha sido señalado, en materia del cumplimiento del contrato la Dirección de Compras públicas ha expresado que uno de los principios que rigen los contratos entre la administración y los particulares es la buena fe, el que se encuentra integrado a

³⁹ López Santa María. Ob. Cit. Pág. 405.

través de la aplicación supletoria del derecho privado. La buena fe, en este caso, no mira ya a una conducta que solo beneficiará a los contratantes, sino que en el caso de los contratos administrativos, mira hacia la satisfacción del interés superior que lleva a la administración a contratar. Por ello, la lectura del artículo 1546 debe hacerse desde esta perspectiva, sin dejar de obviar que el particular al momento de ejecutar el contrato, debe privilegiar siempre la satisfacción del interés superior. Su rol al contratar con la administración es de colaborador, por ello debe preocuparse que la finalidad pública que llevó a la administración a contratar no quede sin satisfacer.

Por su lado, la administración tiene la exigencia de no incurrir en prácticas que implique comprometer los intereses superiores que ella está obligada a preservar⁴⁰, es decir, la administración pública no puede tener ningún comportamiento que pueda implicar un riesgo en el cumplimiento del interés público que persigue. No puede arriesgar que se dejen de otorgar las prestaciones por el particular con quien contrató, y tampoco podría arriesgar con su conducta que no se celebrara un contrato para otorgarlas, ya que su estándar a diferencia de lo que ocurre con los privados, es un poco más alto debido a la complejidad que significa satisfacer el interés público.

En el caso de la contratación administrativa la etapa de negociación es el procedimiento licitatorio mismo, es a través de este que la administración expresa su intención de contratar y hace un llamado a los particulares que estén dispuestos y en condiciones de contratar, que hagan sus ofertas, las que serán revisadas por la administración y se elegirá la que mejor se ajuste a los requerimientos. Por ello, en esta

⁴⁰ Ivanega, Miriam Mabel. 2011. El Procedimiento de la Licitación Pública. Revista Derecho PUCP (66): pág. 261.

etapa previa, la buena fe debe relacionarse con conceptos como la diligencia del contratista, pues, si el particular presenta una oferta en una licitación, es porque realizó un estudio que indicaba en forma precisa su capacidad de realizar lo solicitado, por ello ofertó y conforme a ella puede adjudicarse el contrato. Esto lo obliga, por ejemplo, a solicitar modificaciones en las bases de licitación, en caso de que en ellas se encuentren plazos imposibles de cumplir, pues si no las solicitara, y de igual forma ofertara, y se llegara a adjudicar el contrato, debería cumplir conforme a lo dictado en las bases, no pudiendo después expresar que no puede hacerlo en los plazos indicados.

La buena fe, entonces, permite determinar cómo han de actuar, tanto la administración como el particular desde la etapa de licitación hasta el cumplimiento, para el TCP, no obstante, este principio también ha sido un límite al efecto retroactivo. A pesar del uso que le ha otorgado, el tribunal no ha precisado por qué es un límite. En la gran mayoría de las sentencias en que aplica este principio como límite, ha esbozado casi la misma frase en la que dice que: “Debiendo destacarse que el adjudicatario resulta ser un tercero, que no ha sido parte en este juicio y que no ha intervenido en el acto impugnado, ni contribuido a causar la ilegalidad y arbitrariedad declarada, ni tampoco consta que haya existido mala fe en su actuación en el proceso”⁴¹. En otras, solo se ha limitado a nombrar la buena fe como un elemento que se podría ver afectado por el efecto de la declaración de nulidad.

⁴¹ Tribunal de Contratación Pública. 10 de septiembre de 2010. Causa Rol 84-2009.

La misma idea se encuentra en las sentencias dictadas en otras causas, tales como, la 40-2007, 41-2007, 42-2007, 73-2009, 106-2009, 120-2009, 121-2009, 122-2009, 30-2010, 50-2010, 86-2010, 200-2011, 251-2011, 278-2011, 132-2012, 216-2013 y 120-2014.

Para el tribunal hay 2 requisitos necesarios para entender que hay buena fe por parte del particular que se adjudicó el contrato. Estos son los siguientes:

1. No haya intervenido en el acto impugnado ni contribuido a causar la ilegalidad y arbitrariedad declarada.
2. No haya existido mala fe en su actuación en el procedimiento de licitación.

A la luz de la jurisprudencia estos dos requisitos deben ser copulativos, debiendo estar ambos presentes, si uno falta es claro que este tercero no estará de buena fe. Cada uno de estos requisitos es de clara comprensión. En el caso del primer requisito el adjudicatario no debe a través de ningún medio intervenir en el acto impugnado o haber contribuido a causar la ilegalidad y arbitrariedad. Es difícil imaginar cómo podría el adjudicatario no haber cumplido con este requisito, a no ser que hubiera de alguno modo sobornado a los funcionarios que participaban del procedimiento de licitación. El segundo requisito señala que no debió existir que mala fe en su actuación en el procedimiento de licitación, ello significa que el tercero tuvo que mantener su actuar dentro del marco jurídico establecido. Cada uno de estos elementos debería ser probado en el juicio por el tercero que no se adjudicó el contrato.

En la causa rol 77-2008 la sociedad Ingeniería Maquinaria y Construcción Limitada demanda a la Dirección Regional de Aeropuertos de la décima región de Los Lagos, solicitando que se declare la nulidad del proceso licitatorio “Construcción nuevo aeropuerto isla de Chiloé: cierre perimetral”. Señala la recurrente en su demanda, que en la apertura de ofertas técnicas y económicas se deja constancia de que habría cometido

un error consistente en no aportar los antecedentes correspondientes al “cálculo capacidad mínima disponible definido en el artículo 73 RCOP”, por lo que no habría dado pleno cumplimiento a las bases. Sin embargo, ella aportó todos los antecedentes necesarios y requeridos en el procedimiento, por lo que su exclusión es ilegal y arbitraria. El TCP declara la ilegalidad del acto, pues, la oferta del recurrente si cumplía con todos los requisitos. Lo que sucedió es que la comisión de apertura de las ofertas, no revisó exhaustivamente la oferta de la recurrente, por ello no advirtió que si se encontraba el cálculo exigido. Esta situación fue de hecho ratificada por el mismo organismo, ya que la recurrente le solicitó una nueva revisión de los antecedentes en donde se percataron del error cometido. Al ser excluida la oferta de la recurrente se vulneraron una serie de principios, como el de la estricta sujeción a las bases y el de igualdad de los oferentes, que es el fundamento del tribunal para decretar la nulidad.

En este caso como podría haber demostrado que el particular que se adjudicó el contrato intervino o contribuyó de alguna la conducta de la administración, o como sería relevante para la aplicación de los efectos de la nulidad que su conducta en el proceso de licitación pueda haber estado enmarcada dentro de la mala fe.

Una falta al principio de buena fe se encuentra implícita en el error de la administración, ya que ellos durante el procedimiento licitatorio no tuvieron una conducta que les permitiera corregir en el mismo momento el acto sin excluir a la recurrente del proceso licitatorio. De haberlo hecho, el recurrente no se habría visto perjudicado y podría haber participado de la apertura de ofertas en igualdad de

condiciones que el resto de los ofertantes, y con ello su oferta podría haber sido analizada en aquella oportunidad.

A pesar de lo anterior, lo que ha buscado el TCP, entonces, es proteger la conducta del particular que se adjudicó el contrato, y que, en virtud de él realizó las prestaciones a que allí se obligaba. Si se aplicaran los efectos de la nulidad, también debería declararse nulo el contrato, pues tuvo como causa un acto nulo. Esta nulidad posterior del contrato tendría más un efecto perjudicial para el que actuó de buena fe, que un efecto resarcitorio en sí mismo, ya que el recurrente solo tenía un derecho a obtener la debida tramitación del procedimiento licitatorio y no un derecho al contrato. En este caso, el particular que se adjudicó el contrato debió realizar gastos para cumplir con sus obligaciones, tenía una expectativa de ganancia e incluso cumplió con gran parte del contrato. Por ende, más que la aplicación de una estándar de conducta, está protegiendo al que actuó pensando que se encontraba amparado por el derecho, pues no fue su culpa que durante la tramitación del procedimiento existieran vicios que pudieran afectar la legalidad del procedimiento y por ende la celebración del contrato. En este sentido la protección que brinda el TCP es similar a la que brindan otros órganos de la administración o los mismos tribunales de justicia, que buscan proteger a aquellos que se vieron beneficiados con la dictación del acto pero que no tuvieron ninguna participación en su dictación.

Entonces para alzar a la buena fe como un límite al efecto retroactivo, el TCP ha considerado el eventual daño que generaría al particular que contrató, pues, este no debería ser objeto de un perjuicio por la actuación de la administración. Y a fin de evitar

tal perjuicio, es que el tribunal decide no retrotraer las acciones, en el caso de que no se pudiera generar perjuicio alguno para el particular que adjudica el contrato, la retroacción debería ser aplicada sin dudar.

Protección de Situaciones Jurídicamente Consolidadas

Este concepto es usado de manera frecuente desde su creación por el Tribunal de Contratación Pública, se encuentra presente en las sentencias que ha dictado durante todos los años de su funcionamiento. Específicamente es posible hallarlo en las dictadas en a lo menos 90 causas. Lo anterior genera que deba ser considerado como uno de los límites más importantes de aquellos establecidos por el TCP.

A pesar del amplio uso que ha tenido, el TCP no ha brindado una definición de este concepto, tampoco ha brindado parámetros que permitan entender que es una situación jurídicamente consolidada. Esta falta de precisión hace difícil vincular a primera vista lo que significa la protección de las situaciones jurídicamente consolidadas con los antecedentes que el tribunal brinda como justificación para limitar el efecto retroactivo de la nulidad. La actuación del TCP se ha limitado a señalar que en base a ciertos antecedentes existe un avance en el cumplimiento del contrato. Ante esto se hace necesario partir desde cero para encontrar un vínculo entre el concepto de situación jurídica consolidada y la justificación que otorga el tribunal.

Por ello es necesario entender lo que es una situación jurídicamente consolidada. Y se debe determinar en primer lugar lo que estas palabras significan. Una

aproximación se puede hacer desde la doctrina, principalmente lo que Víctor Vial del Río sostiene en su “Teoría General del Acto Jurídico”. En aquella obra el autor plantea que el concepto de situación se encuentra comprendido dentro del sentido amplio de hecho, por lo que se deben considerar sinónimos, de esta manera cada hecho es una situación, con lo que nos aproximamos al concepto de la primera palabra. A su vez, también plantea que un hecho puede ser tanto un fenómeno de la naturaleza como un acto del hombre, independiente de la finalidad que persiga el hecho en sí mismo. Estos hechos serán jurídicos cuando tengan relevancia jurídica, y la tendrán solo cuando su acaecimiento permita cambiar una realidad preexistente, creándose nuevas situaciones que van a tener una distinta calificación jurídica⁴². Entonces, una situación o un hecho cualquiera no tendrá esta relevancia cuando mantenga todo igual que antes, sin embargo, será jurídico cuando por su llegada se cree una situación nueva.

Una aproximación distinta para determinar que se puede entender por situación jurídica, es la que se puede obtener de la búsqueda de las definiciones de estas propias palabras. Los hechos jurídicos al igual que las situaciones jurídicas son definidos por los efectos que producen, precisamente efectos jurídicos. Ahora, la Real Academia de la Lengua Española ha definido el verbo consolidar en su primera acepción como “dar firmeza y solidez a algo”, en su segunda acepción la define como “convertir algo en definitivo y estable”⁴³.

⁴² Vial del Río, Víctor. 2006. Teoría del Acto Jurídico. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 5ta ed. Pág. 12.

⁴³ Real Academia de la Lengua Española. [En Línea] <http://dle.rae.es/?id=AQYuJQa> [consulta: 15 diciembre 2016].

De estos elementos se podría señalar que, una situación jurídicamente consolidada es aquella que ha producido efectos de manera estable en el tiempo, esta situación que nació al derecho y durante su vida no se ha visto afectada por ningún elemento que interrumpiera la producción de sus efectos. Lo que la caracteriza entonces, es su capacidad de producir efectos de forma ininterrumpida. La fuente de esta situación jurídica consolidada es el acto administrativo de adjudicación y la posterior celebración del contrato, a partir de estos dos actos jurídicos el particular contratante adquiere un derecho, además de una obligación. El derecho será el crédito que tiene contra la administración, la que deberá pagar el precio estipulado, la obligación, mientras, es la prestación debida, quizás la construcción de un camino o la entrega de medicamentos a un hospital.

Entonces una situación jurídicamente consolidada en el aspecto de los contratos administrativos es digna de ser protegida cuando ha empezado a producir efectos o los ha extinguido todos. Ello significa que se han estado cumpliendo o que ya se cumplieron con las obligaciones que buscaban satisfacer las necesidades que llevaron a la administración a contratar, y con esto se cumple el objetivo buscado desde el inicio del procedimiento de contratación. Pues claro, si aún no ha comenzado cumplir con sus efectos y, por ende, la necesidad no ha sido satisfecha, se hace más fácil aplicar la retroacción, pues el cumplimiento del objetivo por parte de la administración no se verá afectado, además las partes nada se deben por lo que no es necesario que se otorguen las prestaciones recíprocas.

Así visto, el tribunal no hace un examen jurídico, sino que, con la información entregada señala cuánto ha sido el avance en el desarrollo del contrato. En ciertas ocasiones el TCP señala que existe una ejecución parcial del contrato, en otras indica que presumiblemente se ha ejecutado el contrato⁴⁴ y en las últimas indica que se cumplieron las obligaciones⁴⁵.

En los casos en que según los datos aportados al proceso una ejecución parcial de las obligaciones, el TCP ha tenido básicamente dos formas para decirlo. En la primera de ellas ha expresado que el contrato se encuentra en ejecución o que le faltaría poco tiempo para ser terminado. Mientras que en la segunda ha sostenido que existe un porcentaje de avance importante en el cumplimiento del contrato. Por ejemplo, en la sentencia dictada el 1 de abril de 2014 en la causa rol 82-2011 el tribunal sostiene que “Que de acuerdo a los antecedentes que obran en autos, el contrato que ha adjudicado a la empresa E.C.M. Ingeniería S.A. se encuentra en ejecución(...)”. Una idea similar aparece en la sentencia dictada en la causa rol 27-2012 que ha señalado “Que, considerando que los servicios a contratar mediante el proceso licitatorio materia de la impugnación de estos autos, se han prestado casi en su totalidad no resulta pertinente, disponer retrotraer la licitación (...)”.

⁴⁴ Una redacción similar se encuentra en las sentencias dictadas en las siguientes causas: 30-2010, 50-2010, 68-2012, 89-2012, 3-2013, 17-2013, 56-2013, 1-2014, 45-2014, 46-2014, 63-2014, 87-2014, 103-2014, 141-2014, 153-2014, 162-2014, 3-2015, 67-2015 y 159-2015.

⁴⁵ La misma idea aparece en las sentencias dictadas en las siguientes causas: 3-2008, 44-2011, 78-2011, 245-2011, 263-2011, 117-2012, 126-2012, 142-2012, 150-2012, 155-2012, 193-2012, 217-2012, 53-2013, 84-2013, 99-2013, 103-2013, 132-2013, 159-2013, 216-2013, 281-2013, 288-2013, 39-2014, 55-2014, 76-2014, 93-2014, 96-2014, 117-2014, 239-2014, 44-2015, 49-2015 y 53-2015.

En las veces que el TCP ha sostenido la existencia de una presunción de la ejecución de las obligaciones, ha recurrido a realizar una especie de operación matemática. Ella consiste en tomar la fecha en que se deberían haber iniciado los trabajos y sumarle la duración que tenían según las bases o el contrato, y su resultado contrarrestarlo con la fecha de dictación de la sentencia. Un ejemplo de ello es posible encontrarlo en la sentencia dictada el 29 de mayo de 2015 en la causa rol 45-2014, en donde se señala que “con fecha 5 de marzo de 2014, se celebró [el contrato] entre la municipalidad de Renca y la empresa LG Electronics INC Chile Limitada (...) en cuya cláusula Tercera se conviene que los trabajos se realizarán con un plazo de 210 [días] desde la fecha del acta de entrega, en razón de lo cual, a la fecha los trabajos deben encontrarse terminados”. Otro ejemplo se encuentra en la sentencia dictada el 29 de febrero de 2016 en la causa rol 3-2015, en ella el tribunal dice “(...) los servicios materia de esta licitación fueron adjudicados en el mes de diciembre de 2014 y su duración se pactó por el termino de 30 días corridos a contar la entrega del terreno, lo que aconteció con fecha 30 de diciembre de 2014, por lo que a la fecha se debe presumir fundadamente que el contrato se encuentra ejecutado”.

Por último, el TCP ha expresado en algunas sentencias que existe una completa ejecución de las obligaciones presentes en el contrato. Esto lo ha desprendido de elementos que las partes han aportado en el proceso. Que sostenga que las obligaciones ya se cumplieron significa que, por ejemplo, ya se prestaron los servicios requeridos por la institución contratante, o que la construcción de la obra necesaria ya ha sido concluida. Esta vez, y a diferencia de los casos anteriores, el TCP no realiza ninguna

operación matemática que implique determinar en base al tiempo transcurrido si están terminadas las obras, salvo en los casos en que la obligación consiste en servicios que se deben prestar por un determinado plazo. En la sentencia dictada en la causa rol 3-2008, el TCP ha señalado “(...) que los contratos de servicios adjudicados consideran un plazo de duración que se extendió desde el 2 de enero al 30 de abril, ambas fechas del año 2008. En consecuencia, atendido a este factor que implica la prestación de un servicio temporal, por un periodo transcurrido, no es posible decidir retrotraer el procedimiento licitatorio (...)”. En la sentencia dictada en la causa 53-2013 ha sostenido que no es posible retrotraer el procedimiento, debido a que “(...) la entrega de los elementos materia de la licitación, necesariamente se encuentra concluida (...)”.

La voluntad detrás de esta protección es otorgar una especie de norma de cierre, en los casos en que el tribunal sostiene que la obligación del contrato está presumiblemente ejecutada o ya se ejecutó, la posibilidad cierta de volver atrás es casi nula. En la causa rol 117-2014, don Sergio Eugenio Iturra Mena, contratista, demanda a la Ilustre Municipalidad de Tucapel en la licitación “Construcción Proyecto Cierre Campamento El Bosque, comuna de Tucapel”. En ella solicita que se declare ilegal y arbitraria el Acta de Evaluación contenida en la Rectificación Informe Técnico de Evaluación y el Decreto Alcaldicio N°865 de 2014, además pide que se invalide parcialmente el procedimiento y que se retrotraiga hasta el acto de evaluación, procediéndose a una nueva evaluación conforme a derecho de las ofertas. El recurrente señala que no se consideró toda su experiencia en el proceso de evaluación, a pesar de presentar certificados que cumplieran con todos los requisitos, los que no fueron tomados

en cuenta, por lo que se le asignó un menor puntaje. El tribunal acoge la demanda declarando ilegales y arbitrarios el Acta de Evaluación y el Decreto Alcaldicio, sin embargo, en el considerando Vigésimo Sexto señala que la declaración de ilegalidad no produce por si misma el efecto anulatorio. Mientras que en el considerando Vigésimo Octavo señala “Que, para considerar las medidas a que se ha aludido en el considerando vigésimo séptimo, este tribunal tendrá presente que a fojas 110 se encuentra agregada copia del contrato de ejecución de la obra Construcción Cierre Campamento El Bosque, Tucapel, que da cuenta que las obras materia de estos autos se contrataron el día 29 de mayo de 2014 y considerando que el plazo de ejecución de ellas era de 120 días corridos, a la fecha se encuentran concluidas”⁴⁶. La última frase se debe a que la sentencia fue dictada el 8 de septiembre de 2015, por lo que, si las obras duraban 120 días, estas debieron estar concluidas el 29 de septiembre de 2014, es decir, casi un año antes que la fecha de dictación de la sentencia, teniendo en cuenta estos plazos, es bastante claro que se encontraban concluidas las obras.

Lo mismo ocurre en la causa 3-2013 en la que SIEMENS S.A. demanda al Servicio de Salud de Concepción por la licitación “Equipamiento red imagenología compleja”, en ella el recurrente solicita que se declare ilegal y arbitraria la Resolución Exenta N°3N1/3810, señalando que la adjudicación fue completamente arbitraria, ya que dejó fuera su oferta a pesar de encontrarse dentro de las bases, ser la mejor evaluada y cumplir con las exigencias técnicas requeridas. El TCP en el considerando Vigésimo Segundo de la sentencia acoge la demanda en todas sus partes, en el considerando

⁴⁶ Tribunal de Contratación Pública. 8 de septiembre de 2015. Sentencia Causa Rol 117-2014.

Vigésimo Cuarto señala que de acuerdo a lo establecido en el inciso 1° del artículo 26 de la ley 19.886 le corresponde al tribunal ordenar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. Por ello en el considerando Vigésimo Quinto señala “Que a este propósito debe tenerse en consideración que la Resolución Exenta N°3N1/3910, de 27 de diciembre de 2012, que adjudica la propuesta a Philips por el equipo de angiografía estableció un plazo de entrega de 100 días, a partir de transcurrida 24 horas del envío de la Orden de Compra, motivo por el cual, dado el tiempo transcurrido, el equipo referido debe haber sido entregado por Philips a la entidad licitante”⁴⁷. La sentencia fue dictada el 15 de enero de 2015, por lo que 100 días, considerando días hábiles podrían ser 5 meses, es decir, la entrega pudo ser dentro del mes de mayo de 2013, por lo que el cumplimiento tuvo lugar casi 1 año y medio antes de la dictación de la sentencia.

Desde el momento en que las sentencias llegan con tal grado de tardanza, como es el caso de las causas recién revisadas, es imposible pensar que se puede volver atrás. Tal como fue expresado, en el instante de aplicar los efectos de la nulidad, se debe realizar un nuevo juicio y en esta ocasión se debe considerar un ordenamiento jurídico dinámico, en el que se tiene en cuenta que los actos pudieron haber producidos efectos, tal como sucede en estas 2 causas, donde incluso agotaron sus efectos. Para entender la forma en que actúa el TCP es posible hacer una analogía respecto de los efectos que se derivan en la pérdida de la cosa debida en las obligaciones de objeto singular, que se encuentra regulada en los artículos 1670 y siguientes del Código Civil, en ellos se

⁴⁷ Tribunal de Contratación Pública. 15 de enero de 2015. Sentencia Causa Rol 3-2013.

establece que cuando se debe un cuerpo cierto y este perece, el deudor deberá el precio de la cosa más indemnización de perjuicios o solo la indemnización de perjuicios. No existe la posibilidad de que pueda hacer algo distinto. Claro que en los contratos administrativos las partes son distintas y que quien está impugnando no tiene el carácter de parte, no obstante, la lógica para no retrotraer el procedimiento es la misma, la obligación que era susceptible de dar, hacer o no hacer, ya se hizo o presumiblemente se hizo, por tanto, no se puede deshacer. En la causa rol 117-2014 como se podrían construir nuevamente obras que ya fueron terminadas, en esta situación solo resta indemnizar, pues claramente no es una opción destruir lo ya hecho. Algo bastante similar ocurre en la cusa rol 3-2013, ya que, si bien se podría argumentar que el angiógrafo se puede devolver, la opción es más complicada, pues habría que determinar el desgaste del equipo e indemnizar al dueño y esperar mientras llega el otro, lo que podría significar un perjuicio para la sociedad.

Lo planteado en las líneas anteriores puede ser aplicado en los casos en que al TCP le consta que se han ejecutado completamente las obligaciones, no importando si ha llegado a esta conclusión por una presunción o por medios que fueron aportados por las partes. Sin embargo, la duda surge en los casos en que el cumplimiento es parcial, ya que en ellos se puede cumplir con una parte del contrato, por lo que el recurrente podría tomar la posición del particular que se lo adjudicó y realizar lo que resta. La duda que surge es, si esto podría ser más perjudicial para el interés que busca satisfacer la administración, considerando las demoras y eventuales complicaciones que se pueden producir en el proceso de liquidación de los contratos y de cambio de contratista. En la

causa rol 141-2011 en la que la Sociedad Automática y Regulación S.A. demanda a la Intendencia de la X Región de Los Lagos, solicitando que se declare fuera de bases a la empresa que se adjudicó el contrato y la nulidad de la Resolución Exenta N°755 de fecha 3 de julio de 2011. La sociedad recurrente sostiene que el particular que se adjudicó el contrato, incumplió las bases al no otorgarle un precio a ciertos ítems, ya que en el momento en que entregó la oferta, no llenó con un número ciertos campos exigidos. El TCP acoge la acción de impugnación, pero expresa que la declaración no implica aplicar el efecto de nulidad, y la razón para no hacerlo es que “(...) a esta fecha se encuentra dictada la Resolución Adjudicatoria, de fecha 3 de julio de 2011 y ejecutado parte importante del Proyecto Control de Área de Transito en Puerto Montt y las negativas consecuencias que traería para los habitantes de esa ciudad su interrupción, no se deja sin efecto la resolución adjudicatoria (...)”⁴⁸. No se especifica cuál es el avance de las obras, debido a que no dice cuando comenzaron a ejecutarse ni cuando debían terminarse, aunque el tribunal supone que aún no se han terminado, y que, debido a que la sentencia fue dictada 24 de enero de 2013, aproximadamente un año y medio después, el avance debe ser importante.

Mientras que en la causa rol 44-2015 en la que Helicópteros del Pacífico Ltda. demanda a la Corporación Nacional Forestal en la licitación “Servicio de Combate y Transporte en Helicóptero del personal destinado a la prevención y el combate de incendios forestales de las Regiones Metropolitana, Del Maule y de La Araucanía, temporadas 2014-2015, 2015-2016 y 2016-2017”, solicita que se declare la nulidad de

⁴⁸ Tribunal de Contratación Pública. 24 de enero de 2013. Sentencia Causa rol 141-2011.

la adjudicación contenida en la Resolución N°297 de fecha 10 de noviembre de 2014, aclarada por la Resolución N°316 de fecha 22 de diciembre de 2014, y la correspondiente acta de evaluación de ofertas y propuestas de adjudicación, como el informe de reevaluación administrativa y técnica, elaborado por la Comisión Evaluadora, sólo en lo referido a la Región de La Araucanía. La solicitud del recurrente se funda en que el órgano licitador le habría otorgado mayor puntaje que el merecido a la adjudicataria en el área de implementación del sistema de gestión de seguridad operacional y del sistema de gestión de calidad. El tribunal acoge la demanda, no obstante, declara que no se aplicaran los efectos de la nulidad, debido a que, dentro de otros argumentos, “(...) el contrato que abarcaba las temporadas 2014-2015, 2015-2016 y 2016-2017, fue suscrito el 23 de diciembre de 2014 y se encuentra en su mayor parte cumplido según consta de fojas 46 de estos autos”⁴⁹. Cabe expresar que la demanda fue dictada el 18 de mayo de 2016, por lo que, si bien, se habían cumplido las temporadas 2014-2015 y 2015-2016 todavía quedaba la 2016-2017, pudiendo el tribunal decretar la retroactividad y adjudicar a un distinto oferente la temporada restante.

La posibilidad cierta de retrotraer el procedimiento licitatorio hasta antes de la dictación del acto de adjudicación existe en los casos recién vistos. El problema se presenta respecto de la participación de aquellos que ofertaron en su momento y no fueron considerados. El volver todo al estado anterior implica que se deben analizar todas las ofertas y no que necesariamente se adjudicaría al recurrente, aunque este haya alegado que debieron darle un mejor puntaje que el que recibió. Asimismo, puede ser

⁴⁹ Tribunal de Contratación Pública. 18 de mayo de 2016. Sentencia Causa rol 44-2015.

complejo para la administración realizar nuevamente la tramitación, pues el paso de casi dos años en los casos mencionados, exigiría que se presenten nuevos informes u ofertas, ya que se pudieron presentar modificaciones en el tiempo transcurrido. Además, tal como señala el mismo TCP la interrupción del contrato puede derivar en perjuicios para quienes se ven beneficiados, en los casos ya estudiados supra, los habitantes del sur de Chile, quienes podrían sufrir graves perjuicios por la interrupción del funcionamiento del Control de Área de tránsito en el Aeropuerto de Puerto Montt y también por la interrupción de los servicios prestados para el combate de incendios forestales en la Región de La Araucanía.

Las dificultades ya presentadas hacen que la opción de retrotraer sea bastante difícil. Las posibilidades de perjuicio, tanto para el particular como para la administración y el fin que ambos persiguen, son mayores que las posibilidades de beneficio. Esto genera que el TCP deba otorgarle al cumplimiento parcial la misma protección que el de una situación jurídica consolidada, a pesar de no estar 100% consolidada. La falta de un procedimiento claro que permita retrotraer las acciones considerando el tiempo transcurrido obliga a otorgar una norma de cierre, que otorgue una protección mínima a los particulares que se encuentran ejecutando el contrato y que debieron realizar gastos e inversiones en pos de cumplir con este.

A pesar de que existen diferencias respecto de lo que sucede en los casos en que se encuentran completamente ejecutadas las obligaciones del contrato, al no encontrarse completamente ejecutado el contrato no se podría aplicar por analogía los efectos de la institución de la pérdida de la cosa debida, es decir, la posibilidad inmediata de la

indemnización, debido a que, como ya se ha sostenido, puede cumplirse lo que resta. Pero, aunque se hubiera cumplido menos de la mitad del contrato, las dificultades presentes obligan a que el TCP recurra de la misma forma, y por ende aplique de forma analógica los efectos de la pérdida de la cosa debida, jurídicamente la cosa se encuentra perdida, aunque en la realidad no lo esté.

LA SEGURIDAD JURÍDICA

El uso de la seguridad jurídica como un límite al efecto retroactivo de la nulidad es menor, ya que el TCP no ha recurrido a él en demasía. Es algo similar a lo que sucede con la buena fe, ambos tienen un papel más bien secundario. El número de las sentencias dictadas en las que ha sido utilizado es inferior al de 15.

El TCP no ha señalado por qué al retrotraer el procedimiento licitatorio se estaría dañando la seguridad jurídica o produciendo inseguridad jurídica. No hay precisión respecto de lo que se debe entender por ella, el tribunal nuevamente no ha brindado una definición del concepto. En esta ocasión, además, ni siquiera ha entregado ciertos elementos que permitan determinar vagamente lo que entiende por seguridad jurídica. Ante la escasez de antecedentes se hace necesario realizar un análisis que comience desde lo más general a fin de determinar a qué se refiere con seguridad jurídica, y si puede ser un límite al efecto retroactivo.

La seguridad jurídica es un concepto que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 19 n° 26 de la Constitución Política de la República. Se halla

ubicado en el artículo que enumera los derechos asegurados por ella, lo que ha llevado a variadas posturas, desde aquellas que van a señalar que es solo una norma que permite al juez interpretar cuando se ha afectado un derecho, hasta aquellas que señalan que es un derecho subjetivo igual a los demás presentes en el mismo artículo. La norma en específico dice que la constitución asegura a todas las personas “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. La norma mira al ejercicio de los derechos que asegura la Constitución, su finalidad es, entonces, proteger a los individuos en el ejercicio de estos, impidiendo que puedan ser limitados a través de normas a tal punto que dañen su ejercicio. La forma de limitar los derechos vendría a través de la imposición de condiciones, tributos o requisitos, el legislador no podría utilizarlos para reducir el ámbito de ejercicio de estos derechos.

Para Cea⁵⁰, la naturaleza jurídica de este derecho es controvertido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, señala que para una parte de ella no es más que una norma de interpretación. Una segunda posición, según el autor, señalaría que no es solo una regla de interpretación, sino que además sería un derecho subjetivo, pues contiene un atributo esencial, que es limitar la actividad del legislador, impidiéndole vulnerar el contenido o medula de las garantías constitucionales. Esta médula, como la llama el

⁵⁰ Cea Egaña, José Luis. 2003. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. Pág. 610.

autor, estaría sustraída de cualquier posibilidad de ser limitada por el legislador, y esto gracias al derecho regulado en el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución.

En el derecho administrativo existen otras posiciones, en particular aquella tomada por Soto Kloss⁵¹ y Madariaga⁵². Para el primero, la seguridad o certeza jurídica tiene 3 manifestaciones, una que se relacionaría con la certeza, mientras que otra se relacionaría con la inmutabilidad y la última con la intangibilidad. La “seguridad/certeza” mira a la creación del acto administrativo y el control que se puede seguir sobre él, de esta forma existirá seguridad cuando se sigan los procedimientos establecidos en la ley y cuando este sea susceptible de control de legalidad por parte de la Contraloría General de la República. La “seguridad/estabilidad” está relacionada con los efectos del acto, pues una vez dictado estos permanecerían en el tiempo imposibilitando volver sobre ellos, que sería el caso de aquellos que adquieren algún derecho mediante la dictación de estos actos, la administración está imposibilitada de retrotraer los efectos, aunque el acto sea nulo. Por último, “la seguridad/intangibilidad” establecería que una vez ingresado un derecho al patrimonio de un particular, este no puede ser privado de él, sino por una ley expropiatoria.

Para Madariaga, en tanto, la certeza jurídica de la administración establece que deben estar configurados con anterioridad por el ordenamiento jurídico tanto la facultad como el deber de actuar de los órganos de la administración -es decir, su competencia orgánica y funcional- así como el conocimiento que de los preceptos aplicables a cada

⁵¹ Soto Kloss, Eduardo. 1983. Seguridad Jurídica e Interpretación en el Derecho Público Chileno. Colección Seminarios (6): 91-115.

⁵² Madariaga Gutiérrez, Mónica. 1993. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. 2da ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

situación jurídica deben tener los ciudadanos y las autoridades; la investidura jurídica que habrá de revestir el agente público para que sus actuaciones sean válidas, como asimismo las condiciones generales de validez de las manifestaciones positivas de la administración. Para ella, la inmutabilidad es la permanencia de las normas y, consecuentemente, invariabilidad de las situaciones creadas y consolidadas a su amparo. Ello sería una manifestación concreta, pues permite el goce efectivo de los derechos individuales, ya que están premunidos de una estabilidad que no permite que cambie el modo de existir. La intangibilidad, por su parte, es el estado de certeza creado por la existencia de límites conceptuales para el ejercicio de la potestad revocatoria.

La idea de certeza jurídica planteada por ambos autores es congruente en el planteamiento que sostiene que el individuo debe conocer el ordenamiento jurídico administrativo. Para ambos es de vital importancia, que tanto las acciones que pueda ejecutar la administración deban estar reguladas con anterior a la realización de una conducta, ya que, de no hacerlo, se perjudica al particular, pues este no sabría lo que le está permitido o no realizar. En el procedimiento de contratación pública, esta manifestación de la seguridad jurídica, se precisa en las reglas que tanto el legislador como los órganos administrativos han elaborado, por ejemplo, el legislador ha establecido un procedimiento reglado para la licitación pública. Cada una de aquellas normas deben ser seguidas en el orden impuesto, asimismo la administración ha establecido preceptos legales para el mismo procedimiento, que vienen a precisar las normas elaboradas por el legislador. A estos preceptos se deben agregar las bases de la licitación, ellas tendrán el mismo valor y deben cumplir con el requisito de publicación.

Con todo este compendio normativo el licitador tendrá conocimiento de las exigencias del órgano, al igual que podrá determinar si está incurriendo en alguna ilegalidad o no, y esto le permitirá desenvolverse, pudiendo tomar la decisión de si ofertar o no.

La manifestación de la seguridad jurídica que el TCP ha considerado como un límite para los efectos retroactivos no es aquella que se relaciona con el conocimiento del ordenamiento jurídico por los individuos. La opción de que el licitador haya conocido todas las normas que regirían el proceso licitatorio y los efectos que ellas podrían tener, no parece ser una razón suficiente. Por ello es necesario el análisis de la segunda manifestación.

La inmutabilidad, a diferencia de la certeza, actúa de forma posterior. La segunda mira al momento de la acción del individuo, su ámbito de influencia está en la mente del individuo que conoce el derecho. La certeza, en cambio, mira al momento de la producción de efectos de los actos dictados, en virtud de los cuales los particulares, siempre y cuando cumplieran con los requisitos, aunque lo hubieran desconocido, si adquieren derechos, no podrán ser despojados de ellos por la administración. Esta posición está relacionada con la posibilidad de usar la potestad de revocación por parte de la administración. Si bien los textos de ambos autores son anteriores a la dictación de la ley 19.880, las conclusiones son igualmente aplicables, sobre todo cuando ahora es la misma ley la que establece esta imposibilidad de revocar un acto administrativo si hay derechos adquiridos. La afectación a la seguridad jurídica, estaría relacionada con que el particular actúa de una manera según el derecho válido en el momento, por lo que el acto debería cumplir con todos sus efectos, pero la administración lo impide revocando

el acto. Esta opción no sigue siendo aquella que busca proteger el TCP, pues la inmutabilidad supone un acto válido, el que produce efectos, y que por el mero cambio de la motivación de la ley busca ser dejado sin efecto.

La intangibilidad, por su parte, al igual que la inmutabilidad, actúa en el momento de la producción de efectos de los actos, sin embargo, ella no supone un acto válido, sino que puede deberse a uno nulo. Lo importante aquí es que mientras los efectos se hayan producidos y estos ingresen al patrimonio de una persona, la administración no contará con un medio para poder cesar la producción de estos efectos. Ante la existencia de este derecho adquirido la administración no tiene recurso alguno para impedir que el derecho siga dentro del patrimonio del particular, salvo en el caso de que se dictase una ley expropiatoria. Entonces esta manifestación, es un grado superior de seguridad para todos los particulares, pues ellos se ven protegidos en que el acto seguirá produciendo efectos no importando qué suceda. No es lo que ocurriría en el caso de la adjudicación de un contrato, pero la administración no tiene un mecanismo propio para dejarla sin efecto, a no ser que no cumpla con los requisitos para la suscripción del contrato o la emisión de las notas de crédito.

En la jurisprudencia del TCP lo anterior se ha visto como la posibilidad de producir inseguridad jurídica. Así por ejemplo ha sido expresado en la sentencia de autos rol 41-2007, donde dice “(...)la supremacía del interés general ha surgido como una limitación necesaria a la facultad jurisdiccional de este tribunal para constreñir los efectos propios de la anulación de un acto administrativo, omitiendo deliberadamente una declaración de retroactividad que, además de ser inoportuna, provocaría perjuicio al

interés público, inseguridad jurídica y, a lo menos perturbación en el ejercicio de derechos de terceros dotados de amparo constitucional”⁵³. En la sentencia dictada en autos rol 246-2012 el tribunal ha señalado que “(...) la supremacía del interés general ha surgido como una limitación necesaria a la facultad jurisdiccional de este Tribunal para constreñir los efectos propios de la anulación de un acto administrativo, omitiendo deliberadamente una declaración de retroactividad, que, además de ser inoportuna provocaría perjuicio al interés público, inseguridad jurídica y perturbación de derechos de terceros, calidad que posee el adjudicatario”⁵⁴.

De acuerdo a las ideas presentadas por el TCP en las dos sentencias revisadas, y que además es la misma que aparece en otras⁵⁵, la manifestación de la seguridad jurídica que busca proteger, es la intangibilidad. El tribunal entiende que la intangibilidad de este derecho adquirido no solamente alcanza a la administración, sino que también a él. La aplicación de la retroacción sería perjudicial para la seguridad jurídica, pues, impediría que los efectos se siguieran produciendo, no permitiría que quien obtuvo la adjudicación del contrato a través de un acto administrativo, y posterior formalización del contrato, pudiera seguir cumpliendo con lo pactado, teniendo que abandonar todo lo hecho.

Y este escenario provocaría quizás una compleja situación en la primera manifestación de la seguridad jurídica, la certeza jurídica se vería reducida a ojos de los

⁵³ Tribunal de Contratación Pública. 25 de septiembre de 2007. Sentencia Causa Rol 41-2007. Considerando 18°.

⁵⁴ Tribunal de Contratación Pública. 24 de septiembre de 2015. Sentencia Causa Rol 246-2012. Considerando 27°.

⁵⁵ Está presente en las sentencias de las causas rol: 42-2007, 60-2007, 106-2009, 132-2012, 241-2012, 246-2012, 257-2012, 120-2014, 44-2015 y 49-2015.

licitadores, ya que ellos pensarían en la posibilidad de que los despojara del contrato formalizado. Pues como podrían participar en otros procedimientos los futuros licitadores, a sabiendas que es posible, que aun estando formalizado el contrato este deba terminarse a raíz de la nulidad de la adjudicación o de algún otro acto realizado en el procedimiento. Ellos probablemente no ofertarían, ya que no sabrían si en el caso de adjudicarse el contrato podrían obtener lo pactado, a pesar de que el derecho prescribe algo, la posibilidad de producción de ese efecto es una incógnita.

CAPÍTULO III: LA RESTRICCIÓN A LA APLICACIÓN DE LOS EFECTOS RETROACTIVOS DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

El control sobre los actos de la administración en un procedimiento de contratación ha sido un tema fundamental en la legislación más reciente en materia de contratos públicos en España. Se han registrado cambios en poco tiempo y algunos de ellos, incluso, no alcanzaron a estar vigentes más que un par de años. La evolución en

los últimos 20 años ha significado el paso por 4 leyes distintas, y, específicamente, por 3 sistemas de impugnación de actos.

El objetivo de los distintos sistemas ha sido obtener la nulidad del acto dictado en el procedimiento de contratación. Con ella se obtiene la nulidad del contrato, si es que este fue celebrado. A pesar de que la dictación del acto haya sido antes de la celebración del contrato, el legislador entiende que el único efecto posible es volver al estado inmediatamente anterior, y si esto implica que se deberá anular un contrato, la tarea por mas titánica que parezca se deberá llevar a cabo. Si bien estos son los efectos presentes en la legislación, la realidad ha sido distinta a lo largo de las últimas dos décadas. En no pocas ocasiones la resolución de la impugnación del acto llegó tarde, cuando ya se estaban ejecutando las obligaciones contraídas o incluso cuando estas ya se habían ejecutado, por lo que el choque con la realidad hacía imposible volver atrás. Fue este choque el que llevó a los tribunales españoles a recurrir a instituciones como el enriquecimiento sin causa como una medida para no aplicar los efectos de la nulidad del contrato.

Con anterioridad a la dictación del recurso especial en materia de contratación, el ordenamiento jurídico español no establecía ningún recurso especial, debiendo los particulares afectados recurrir a los recursos generales que establecía la legislación contencioso-administrativa. En la ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Publicas, se establecía en el artículo 64.1 que la declaración de nulidad realizada según las causales del artículo 62 será acordada por el órgano de contratación de conformidad con los requisitos del artículo 102 de la ley de Régimen Jurídico de las

Administraciones Publicas y del procedimiento administrativo común. La regulación que establece el artículo 102 no es en sí misma un recurso, sino que es más bien es una solicitud de revisión de su actuar a la institución, una especie de recurso de reposición. Asimismo, debían recurrir a las medidas cautelares generales que se establecían en aquella legislación, las que resultaban del todo ineficientes, debido a su compleja tramitación. Esta forma de regulación iba abiertamente en contra a lo establecido en las directivas de la Unión Europea, en las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE⁵⁶ el legislador europeo había señalado que la legislación interna de los Estados debía considerar un recurso eficaz y rápido.

Los problemas debido a esta configuración del recurso llegaron para el Reino de España el año 2003, con la sentencia del 15 de mayo, Comisión c. España, C-214/00. En ella el Tribunal de Justicia Europeo lo condena a raíz de su incumplimiento en ampliar el ámbito de aplicación del recurso a todas las entidades adjudicadoras y por no haber establecido medidas cautelares a las decisiones tomadas por los órganos⁵⁷. Esta sanción obligó a la creación, en el artículo 60 bis de la ley 2/2000 que fija el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas, de medidas provisionales que, permitirían a los interesados recurrir ante los órganos licitadores obtener la suspensión del procedimiento de ser necesario, a fin de corregirlo o de evitar que se cometieran otros perjuicios. A pesar de los mínimos cambios y de esta sanción, el sistema siguió

⁵⁶ Ambas directivas establecen que los Estados miembros deberán velar porque se puedan interponer medidas provisionales para corregir las decisiones o evitar que puedan producir algún otro perjuicio, estas medidas estar destinadas a la suspensión del procedimiento. Además, pueden evitar que se anulen las decisiones ilegales.

⁵⁷ Moreno Molina, José Antonio. 2008. La falta de adecuación de la ley española de contratos del sector público al derecho comunitario europeo. Revista Aragonesa de administración pública, (Extra 10): 49-86.

funcionando hasta el año 2008, año en que entró en vigencia la ley 30/2007 de Contratos del Sector Publico.

La LCSP suponía la adecuación del derecho español interno a la directiva 2004/18/CE de la Unión Europea. Esta ley hace referencia específicamente a la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁵⁸. Sin embargo, el legislador español aprovechó para realizar una modificación sustancial en la legislación de contratos públicos. En cuanto a los recursos, se creó el Recurso Especial en Materia de Contratación, el que reguló en el artículo 37⁵⁹. Este nuevo recurso supone un cambio mayor respecto de lo establecido la ley 13/1995. En esta ocasión el legislador español tomo la decisión de crear algo nuevo que permitiera incorporar los cambios sugeridos en las directivas europeas y establecer una regulación especial que implicara la rapidez y eficacia que en ellas se exigía.

Dentro las modificaciones que es posible resaltar se encuentra la reducción en el plazo de interposición del recurso. En el apartado 6 del artículo 37 se establece que el licitador tendrá 10 días hábiles para interponerlo, lo que es un plazo bastante menor si se considera que con anterioridad tenía 2 meses según lo prescrito en el artículo 64.1 de la LCAP. Esta reducción tan mayúscula es consistente con la lógica de la rapidez, a pesar de que el particular tenga un menor tiempo para preparar el recurso. El exiguo plazo le permitiría llegar en un momento en que aún no se ha celebrado el contrato entre la

⁵⁸ Moreno Molina, José Antonio. 2008. La nueva Ley de Contratos del Sector Publico: Principales Novedades y Aspectos Problemáticos. Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, (44): 147-174.

⁵⁹ Pérez Roldan, Margarita. 2008. El recurso administrativo en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Revista Jurídica de Castilla y León, (15): 49-90.

administración y el particular, y con ello contaría con más posibilidades de obtener la satisfacción de su pretensión. Acorde con la rapidez y eficacia perseguida, el apartado 7 del artículo 37, también regula la suspensión del procedimiento de contratación en los casos en que se haya impugnado la adjudicación provisional, la que durará hasta que se resuelva expresamente el recurso. Sin embargo, y a pesar de los cambios, esta ley mantuvo los mismos vicios presentes en la regulación anterior, presentando carencias respecto de la regulación de ciertas instituciones.

Los cambios, eso sí, no llegaron a puntos importantísimos de la estructura del recurso. El conocimiento se mantuvo en el órgano contratante, por lo que es claro que la independencia no fue tratada⁶⁰. Además, si bien se establece una suspensión del procedimiento de contratación en el caso de que se impugnara la adjudicación provisional, no hay plazo de vacancia en el que no se pudiera realizar la adjudicación definitiva, ante tal ausencia el órgano contratante y el particular tenían la opción de realizar la adjudicación definitiva durante los 10 días siguientes a la adjudicación provisional. La no innovación en estas materias terminó manteniendo la ineficacia del recurso que era tan criticada. Ante esta ausencia de cambios en materias relevantes para la eficacia del recurso, una vez más el Reino de España, fue sancionado por el TJUE el 3 de abril de 2008. En aquella sanción el tribunal europeo señaló que el sistema de recursos español carecía de un plazo obligatorio para que la entidad adjudicadora notificase su decisión acerca de la adjudicación del contrato a todos los licitadores, la

⁶⁰ No se siguió lo planteado en el artículo 81 de la Directiva 2004/18/CE, que señala que en el caso de los contratos públicos de suministros y de obras para asegurar mecanismos eficaces deberían establecer una agencia que independiente que conociera el recurso.

falta de previsión de un plazo de espera obligatorio entre la adjudicación y la celebración del contrato y la falta de eficacia en las medidas provisionales⁶¹.

Con ello, nuevamente el Reino de España se ve obligado a realizar modificaciones a su ordenamiento jurídico. En esta ocasión, eso sí, las modificaciones son amplias y abarcan distintas instituciones. La ley 34/2010 crea un nuevo órgano, el que tendrá como función el conocimiento del recurso especial en materia de contratación, despojando por fin el conocimiento de los órganos contratantes. El nuevo órgano será el Tribunal Administrativo Central de Recurso Contractuales, el que será un tribunal administrativo y especial. Además, se amplía el plazo para la interposición del recurso, el que pasa de 10 a 15 días hábiles, un aumento que no es sustancial, pero que ayuda un poco más a los particulares. De igual manera se agrega un plazo para que el órgano licitador recurra ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, el que también es acotado. Por el contrario se elimina el concepto de adjudicación provisional, dejando el legislador solamente la adjudicación, pasando a celebrarse el contrato en la formalización del mismo. Uno de los cambios consiste en establecer una especie de período de vacancia, lo que consiste en un plazo obligatorio de 15 días en que el órgano contratante y el particular no podrán formalizar el contrato, este corresponde al plazo de interposición del recurso, es decir una vez que se adjudica el contrato el particular y la institución no podrán formalizar el contrato durante el plazo de interposición del recurso. En tanto, se agrega la obligación de informar a los demás

⁶¹ Tribunal de Justicia Europeo. [en línea] <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5bbd45ae733934bf68ddf9db81bec1c01.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKc350?text=&docid=71032&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=656352> [consulta: 27 diciembre 2016].

licitadores la decisión sobre la adjudicación, para que así ellos se puedan hacer parte en el mismo recurso y hacer valer sus pretensiones. Por último, se modifica el sistema de medidas cautelares, estableciéndose un procedimiento rápido, aunque quizás sería más acertado decir rapidísimo, debido a lo reducido de los plazos de tramitación, y se decreta una suspensión de manera automática del procedimiento de contratación cuando se impugna la adjudicación, lo que permite que no pueda formalizarse el contrato cuando se está tramitando el recurso.

Los cambios son mayúsculos, y con esto el legislador esperaba haber cumplido con las exigencias impuestas en las directivas 89/665/CEE, 92/13/CEE y 2007/66/CE, regulando de una vez por todas un recurso rápido y eficaz. Para así por fin dejar atrás una historia marcada por decisiones que llegaban cuando el contrato se encontraba en fase de ejecución o derechamente ya había sido completamente ejecutado⁶². Además, se le otorga el conocimiento de esta acción nuevo órgano, especializado en la materia, y que solo tendrá como función conocer este tipo de recursos. A pesar de que la decisión es potestativa, es decir, que es el particular quien podrá elegir si quiere utilizar este recurso o el recurso contencioso-administrativo general, y a que no se ha regulado para la totalidad de los contratos del Decreto Real 3/2011 que fija el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, desde su instauración en 2010 el número de causas que se le han presentado ha ido en aumento, lo que ha generado que una parte de la

⁶² Gallego Corcoles, Isabel. 2008. Efectos de la declaración de invalidez del Contrato Público. *Contratación Administrativa Practica* (76): 49.

doctrina comience a considerar que es necesario que este recurso sea aplicable a una mayor cantidad de contratos⁶³.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es un órgano que se encuentra adscrito al Ministerio de Hacienda fue creado mediante el artículo 310 de la ley 34/2010, sin embargo, ahora su regulación está en el artículo 41 de la TRLCSP. La competencia de este órgano es el conocimiento de los recursos especiales en materia de contratación administrativa, teniendo como límite objetivo aquel establecido en el artículo 41. A pesar de la creación de este órgano centralizado, el legislador deja abierta la posibilidad para que las Comunidades Autónomas puedan crear sus propios tribunales o bien firmar un convenio con el TACRC y sea este quien conozca de los recursos.

Si bien puede juzgarse que al ser un órgano dependiente de la administración misma el TACRC no iba a tener independencia al momento de fallar, este miedo ha sido infundado. A lo largo de los 6 años que ha tenido de funcionamiento se ha mantenido independiente, y de hecho la mayor parte de los recursos que ha conocido han sido resueltos a favor de los particulares. Esto se ha traducido en una mejora para el sistema en general, pues, se ha ido asentando doctrina, lo que ha llevado a que, incluso, los órganos contratantes eviten realizar ciertas conductas pues saben que pueden ser impugnadas frente al tribunal y perder.

El funcionamiento del TACRC ha sido estudiado por la profesora Silvia Díez y el Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa⁶⁴ de manera exhaustiva,

⁶³ Valcárcel Fernández, Patricia. 2016. Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración. En: López Ramón, F. (Cor.). Las Vías Administrativas de recurso a debate. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Pp 312-318.

elaborando informes tanto el año 2015 como el 2016. El objetivo de estos estudios ha sido determinar la demora en obtener una solución al recurso, precisando, además, cual ha sido la posición tomada por el tribunal. Las conclusiones respecto del recurso especial son excepcionales frente a las obtenidas respecto de la jurisdicción contencioso-administrativa. En él se determina que disminuyeron los plazos de duración de los procesos a casi lo mínimo posible.

Estas mejoras son grandes avances respecto de lo que España tenía con anterioridad a la dictación de la ley 34/2010. Como ya se expresó, las condenas desde la Unión Europea vinieron por la incapacidad del legislador de establecer un recurso eficaz y rápido, aunque, en las dos leyes anteriores a esta no se cumplió con la tarea. Era tal la demora que la solución a los conflictos podía llegar varios años después de la dictación del acto, lo que hacía imposible volver el estado atrás, pues ya se habían ejecutado gran parte de las obligaciones.⁶⁵

Para entender como cambió la realidad española, en los próximos apartados se analizarán los puntos más importantes tanto en el recurso especial en materia de contratación como la negativa a aplicar los efectos de la declaración de nulidad, considerando su regulación en las leyes 13/1995, 30/2007 y 34/2010.

Aspectos relevantes del Recurso Especial

⁶⁴ Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa. 2015. Informe sobre la justicia administrativa 2015. Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial. Madrid, Publidisa. Pág. 31 y ss.

⁶⁵ Diez Sastre, Silvia. Ob. Cit.

En este apartado se analizarán aspectos relevantes de la legislación española contenidos en el Recurso Especial en Materia de Contratación que regula el Real Decreto 3/2011 que fija el Texto Refundido de la Ley sobre Contratos Públicos que permiten al TACRC poder decretar con gran eficacia la retroacción de las actuaciones cuando es acogido un recurso de impugnación.

Un primer punto en el que es necesario detenerse, es el de los plazos que establece el legislador español. El plazo de interposición del recurso es de 15 días, mayor que el establecido en la legislación nacional, pero que parece no ser muy relevante en la duración de la tramitación del recurso en sí. En cambio, los que sí parecen tener una relevancia en la tramitación de este, son los plazos de notificación y aquel con el que cuenta el órgano licitador para remitir el informe que solicita el tribunal. En el artículo 46 apartado 2 se señala que el TACRC deberá dentro del mismo día que se ha interpuesto el recurso enviar el escrito con el recurso al órgano licitador, es bastante exiguo este plazo, en nuestra legislación no se establece algo parecido. En cuanto al plazo que tiene el órgano para contestar el requerimiento del tribunal, este es de 2 días, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país donde tiene 10 días, la duración debe ser analizada en conjunto con la obligación de avisar el recurso al órgano licitador, lo que se hará en forma posterior. Además, la ley 34/2010 establece un plazo de 5 días para que el TACRC otorgue traslado a las demás empresas que participaron en el procedimiento de licitación, y 5 días para que ellas puedan realizar los descargos que estimen pertinentes. En cuanto al término probatorio, este es facultativo por parte del tribunal y solo lo utilizará cuando no se puedan probar de forma fehaciente ciertos

hechos por los antecedentes aportados al proceso, la duración de este será de 10 días. Por último, el TACRC tiene 5 días para resolver el recurso una vez que se han recibido todas las alegaciones o han transcurrido los plazos para ellas.

Un segundo punto importante para el análisis de esta materia se encuentra en el artículo 45 del Decreto Real 3/2011, el que regula los efectos de la interposición del recurso. En aquella norma el legislador ha establecido que, si el acto impugnado es la adjudicación, se suspenderá inmediatamente el procedimiento licitatorio. La importancia de esta norma para asegurar la eficacia del recurso es mayúscula. El legislador español ha establecido que con la adjudicación de la licitación no se celebra el contrato, sino que ello sucede en una etapa posterior, la que consiste en la formalización del mismo, por eso si el procedimiento se suspende se hace imposible que se pueda realizar la formalización. Cuando se impide que se pueda realizar la formalización se está privilegiando la opción de la retroacción de las actuaciones, pues es más fácil deshacer un acto administrativo que un contrato. Además, aunque la tramitación solo durara unos pocos días, de igual forma podría ocurrir que se ejecutaran las obligaciones del contrato, en cambio, si este no se puede formalizar, no existe sustento alguno para que estas se realicen. Bajo esta lógica es que la Unión Europea exige que la legislación nacional de los países miembros tenga este tipo de instituciones, para asegurar que se pueda cumplir con el objetivo del recurso, y no obtener una mera declaración.

Un tercer punto a considerar es la oportunidad que se le brinda a los demás participantes del procedimiento licitatorio de hacerse parte en el juicio, según lo

prescrito en el artículo 46 apartado 3. Esta institución permite que aquellos participantes que no interpusieron un recurso, puedan realizar los descargos que estimen pertinentes. De esta última frase se infiere que no existe limitación alguna por parte del legislador, no debiendo las distintas empresas apoyar al recurrente o al órgano, sino que ellos tienen plena libertad de plantear lo que deseen al tribunal. Esta institución es medular, debido a que en nuestro procedimiento ella no se encuentra, y el tribunal ha señalado en diversas ocasiones que el tercero que se adjudicó la licitación, al ser un tercero ajeno al juicio se encuentra de buena fe. Sin embargo, si en nuestro procedimiento estuviera integrada esta institución aquel tercero ya no sería ajeno al juicio, sino que podría evacuar sus alegaciones, las que, si bien consistirían en una defensa de su actuar, le brindarían una mayor legitimidad al proceso en sí mismo, y el tribunal ya no podría ocupar la defensa de que al no ser parte del juicio se encuentra de buena fe.

Un cuarto punto que toma un nivel de relevancia considerable es el período de vacancia que se establece en el artículo 156 apartado 3 del Decreto Real 3/2011. Este periodo como ya fue señalado, consiste en que, si el contrato es de aquellos susceptibles de ser recurrido a través del recurso especial, no se podrá formalizar antes de 15 días de que se hubiera notificado la adjudicación a los licitadores y candidatos en el procedimiento de contratación, es decir, durante el periodo que se le ha otorgado al particular para interponer el recurso. Esto es relevante, pues a pesar de lo improbable que pueda ser formalizarlo antes de 15 días, la realidad es que puede ocurrir, y con ello se perjudicaría en gran medida las pretensiones del licitador que pudiera recurrir ante el TACRC. Esta norma termina siendo de vital importancia al actuar en conjunto con la

suspensión automática. El período de vacancia actúa antes de la interposición de recursos, mientras que la suspensión automática actúa después. Cuando el acto impugnado es la adjudicación el procedimiento se suspende automáticamente desde su dictación.

El último punto es el establecimiento de un procedimiento claro para la tramitación de las medidas cautelares solicitadas en el artículo 43 del TRLCSP. Según el artículo 43 apartado 1, las medidas cautelares pueden ser solicitadas incluso antes de la interposición del recurso, algo que merece especial atención, pues en nuestra legislación no se establece claramente si es necesaria la interposición de este para solicitar la suspensión. Una vez que se ha presentado la solicitud de medida provisional, el tribunal debe dentro del mismo día, comunicársela al órgano, el que tendrá 2 días para remitir un informe. El TACRC cuenta con 5 días para fallar sobre la solicitud, plazo que se cuenta desde su interposición. En el caso de que otorgara la medida cautelar, y no se interpusiera posteriormente un recurso, esta quedara sin efecto, de acuerdo al artículo 43 apartado 5 del TRLCSP. Si se llegase a interponer el recurso antes de que el tribunal hubiese fallado sobre las medidas provisionales, este mismo órgano tendrá 5 días contados desde la interposición del recurso para tomar una decisión respecto de ellas. Un punto aparte, que quizás puede ser negativo, lo que dependerá netamente de la óptica a través de la que se le mire, es que según el artículo 43 apartado 2 las resoluciones que se dicten en este procedimiento no podrán ser recurridas por recurso alguno. Esto último puede ser perjudicial para el licitador, pues si se le niega la

suspensión no puede de ninguna forma apelar para que se le suspenda. Claro es que podría, en el caso de presentar el recurso, solicitar nuevamente la suspensión.

Estos aspectos en su conjunto parecen otorgarle un alto grado de eficacia al recurso especial. Todos ellos imposibilitan que la relación entre el órgano licitante y el licitador pueda consolidarse, con ello no se producen efectos algunos en la realidad, pues el contrato no se formaliza y con ello el licitador no realiza ninguna actividad ni ejecuta obligación alguna. Ante esta falta de efectos el juicio de nulidad que se realiza en el segundo aspecto, permite la retroacción de las actuaciones, por cuanto solo es necesario la nulidad de un acto administrativo que no ha producido efecto alguno. Sin embargo, a pesar del eficaz funcionamiento, de igual manera existen casos en que no es posible retrotraer las actuaciones. En el siguiente apartado se analizará específicamente este planteamiento a la luz de la jurisprudencia del TACRC.

Los Efectos de la declaración de Nulidad

Declarada la nulidad por el TACRC, este solo tiene la opción de aplicar los efectos regulados en el artículo 35, ya que en aquella norma se encuentra integrada de forma expresa la idea del volver atrás. El legislador, por tanto, le otorga al tribunal como principal opción la de retrotraer, debiendo liquidar el contrato y realizarse las prestaciones mutuas. En el caso del ámbito precontractual será difícil, pues las medidas cautelares reguladas en la nueva ley han actuado de manera eficiente, no dejando que se formalice el contrato y por ende no permitiendo que se ejecuten obligaciones.

Para entender el artículo 35 y cómo funciona, primero se debe analizar cómo las 2 leyes inmediatamente anteriores han regulado los efectos de la declaración de nulidad. La LCAP en su artículo 66 ha señalado que:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará, en todo caso, consigo la del mismo contrato que entrara en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor...”.

La misma idea se mantuvo tanto en la ley 30/2007 como en la TRLCSP, el artículo 35 de la ley LCSP señala que:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrara en fase de liquidación debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor...”.

El artículo 35 del Real Decreto 3/2011 sostiene que:

“1. La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrara en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor...”.

La redacción en los 3 preceptos es casi idéntica, cambiando solo para el artículo 35 de la LCSP, donde se le agrega los conceptos de adjudicación provisional y definitiva, mientras que en la LCAP y TRLCSP son exactamente iguales. De la forma como han sido redactados los efectos de la nulidad, se tiende a pensar que solo se podría dar la retroactividad, no permitiéndole a los tribunales tener otra opción, como es el caso nacional, no obstante, aquello, la realidad fue durante bastante tiempo muy distinta. Como se señaló supra, los particulares durante la vigencia de la LCAP obtenían la resolución de sus recursos cuando el contrato ya había sido celebrado o incluso ya se habían ejecutados las obligaciones en el pactadas⁶⁶. Para poder superar estos problemas, los tribunales tuvieron que recurrir a instituciones como el enriquecimiento sin causa para poder mantener lo hecho por los particulares con quienes la administración había celebrado el contrato, y debiendo indemnizar a los que tenían una posibilidad cierta de adjudicárselo, pero que no pudieron por la acción errada de la administración.

Silvia Diez⁶⁷, por ejemplo, presenta una sentencia del Tribunal de la Comunidad Valenciana 2 de julio de 2009, en la que se mantienen los efectos del acto declarado nulo por grave trastorno al servicio público. El recurrente solicita al tribunal que aplique los efectos de la declaración de nulidad, pues el contrato ya había sido declarado nulo, lo que correspondía era retrotraer todo al momento de la evaluación de ofertas y que se le adjudicara el contrato. Sin embargo, rechaza esta petición en base a que existiría un

⁶⁶ Piqueras Bautista, José Antonio. 1997. De La Invalidez de los Contratos. En: Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas. Madrid, Boletín Oficial del Estado. Pág. 267.

⁶⁷ Diez Sastre, Ob. Cit. Pág. 205.

La sentencia puede ser consultada en <<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&referenc e=4973466&links=&optimize=20091126&publicinterface=true>>

grave trastorno al servicio público, ello dado que lo licitado era la adquisición de unos tranvías, además habían sido utilizados durante los años que se había mantenido vigente el contrato, de igual manera, debía hacerse la nueva adjudicación para adquirir los trenes nuevos, y se tenía que considerar la posición del contratista. Todos estos elementos sirven al tribunal para justificar su negativa de aplicar los efectos de la retroacción. Esta sentencia aplica el artículo 65.3, pues no puede aplicar el efecto retroactivo del artículo 65.1 debido a que hay un bien mayor que amerita ser protegido, la administración debe preocuparse de prestar un servicio público, en este caso es el transporte público, que de seguro si es frenado traería problemas para toda la población.

Las modificaciones han funcionado de manera positiva tanto desde el ámbito normativo como práctico, permitiendo que, a pesar de que se pueden plantear ciertos problemas, la actividad de los nuevos tribunales y en especial la del TACRC se haya desarrollado mejor de lo esperado, disminuyendo los plazos para resolver los recursos interpuestos de manera excepcional. La duración de la tramitación en esta instancia es de 21 días, y se ha mantenido bajo los 30 días en gran parte de esos 6 años de vigencia, salvo los años 2014 y 2015 en los que se apreció un aumento, llegando a los 40 días en el 2015⁶⁸. Esta rapidez en la tramitación, en conjunto con el funcionamiento en sí mismo del tribunal, han venido a entregarle una solución a los problemas que arrastraba este sistema desde la ley de 1965, pero que se habían agudizado por las sanciones impuestas por la Unión Europea.

⁶⁸ Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa. 2016. Informe sobre la justicia administrativa 2016. Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial. Madrid, Publidisa. Pág. 141.

Pero, aun cuando la rapidez y eficacia en la resolución de los recursos planteados en esta instancia, ha permitido que los tribunales especiales no deban recurrir a una negativa en aplicar los efectos de la retroacción en la mayoría de los casos. Esta necesidad se ha mantenido para algunos casos donde el TACRC ha considerado que se ha violado el procedimiento de apertura de las ofertas. En esas oportunidades la decisión ha sido anular toda la licitación. A pesar de la nulidad de toda la licitación el órgano licitante tiene, eso sí, la posibilidad de realizarla nuevamente.

Un ejemplo de ello se encuentra en el Recurso n° 357/2016, en el que FOCUS SEGURIDAD, S.L. interpone recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato “Servicio de vigilancia de las distintas dependencias de la Subdelegación de Málaga”, procedimiento abierto por la Subdelegación de Málaga.

La petición del recurrente es que se declare la nulidad de la adjudicación de fecha 21 de abril de 2016 que otorga el contrato de “Servicio de vigilancia de las distintas dependencias de la Subdelegación del Gobierno de Málaga” a GRUPO CONTROL EMPRESA DE SEGURIDAD, S.A.. El fundamento es la indebida valoración por parte del órgano de contratación del apartado relativo a las “mejoras del servicio” y concretamente el referente a la “aportación de medios auxiliares para el buen desempeño de la actividad”. La indebida valoración consistiría en el otorgamiento de puntaje total en el apartado de medios auxiliares para la entidad que adjudicó el contrato, en cambio solo se le otorgaron 15 de 20 a FOCUS SEGURIDAD, S.L., a pesar de lo poco delimitado del concepto “mejoras”, el tribunal consideró que la asignación de puntos era correcta. El fundamento para declarar la nulidad vino desde otra parte, al

momento de hacer el análisis el TACRC constata que la revisión de las ofertas no se ha realizado en el orden que corresponde, habiéndose abierto con anterioridad el sobre que contiene la oferta económica y con posterioridad la oferta técnica que se encontraba sujeta a un juicio de valoración. Esta modificación en el orden es una falta de tal magnitud que a pesar de no haber sido invocada por el afectado el tribunal decide que se debe declarar la nulidad del acto, solo restando determinar en qué grado se vio afectada la confidencialidad y el secreto de proposiciones de los licitadores, para determinar si “procede la retroacción de actuaciones al momento del requerimiento de subsanación, o debe anularse íntegramente el procedimiento”. El TACRC termina señalando que “al no haber respetado la mesa de contratación una regla esencial del procedimiento, la relativa a la valoración de los criterios subjetivos con anterioridad a los sometidos a fórmula matemática, y resultando imposible la retroacción de las actuaciones, al verse comprometida la imparcialidad y objetividad del órgano de contratación, procede decretar la nulidad del procedimiento, sin perjuicio que por el órgano de contratación se proceda a la convocatoria de nueva licitación”.

Se puede señalar que, al anular el procedimiento completo, y no solo el acto por el que adjudica el contrato, el tribunal estaría aplicando una nulidad más amplia que podría beneficiar al recurrente. La posición de FOCUS SEGURIDAD, S.L. no se vería perjudicada, pues podría volver a presentar su oferta en un procedimiento posterior, sin embargo, el recurrente pretendía obtener el contrato en este procedimiento. Desde su perspectiva, haciendo un nuevo análisis de las ofertas, el órgano de contratación se daría cuenta que su propuesta en materia de mejoras anexas merecía los 5 puntos que

faltaban. Mientras que, desde la perspectiva del tribunal, la forma como se analizaron las ofertas no permitía volver al estudio de las ofertas, pues ya se había perjudicado profundamente la imparcialidad, por ello solo se podía anular el procedimiento. Es quizás un margen de protección mayor, pero no el solicitado por el recurrente, y quizás para él pudo ser perjudicial.

La posibilidad de anular todo el procedimiento y entregarle la libertad al órgano contratante es solo posible por la eficacia y rapidez en el trabajo del TACRC, la resolución impugnada es de fecha 21 de abril de 2016 y la sentencia es del 3 de junio de 2016. El tiempo que transcurrió entre ambas fechas es de 42 días, debiendo a este número descontarle los 12 días que son inhábiles, con ello se obtiene un resultado de 30 días de tramitación, a su vez a este número se le deben restar los días 14 que transcurrieron antes de la interposición del recurso, por lo tanto, el periodo efectivo de tramitación ante el tribunal fue de 16 días. El recurso fue interpuesto el 6 de mayo y la sentencia fue dictada el 3 de junio de 2016, esto es rapidez, en cambio la eficiencia exigida esta otorgada por la conjunción entre la velocidad en la tramitación y la aplicación de las medidas cautelares que impiden que se formalice el contrato.

En ese sentido es importante para la configuración de un recurso eficaz el plazo de 15 días hábiles previsto en el artículo 156.3, y que tiene como objetivo impedir la formalización del contrato durante el período que otorga la ley para interponer el recurso, igual importancia presenta la suspensión automática del procedimiento de contratación. La suspensión automática al impedir la formalización del recurso, brinda a la actividad del tribunal un problema menos de que preocuparse. Entendiendo que la

aplicación de los efectos de la declaración de nulidad supone un contraste ante un ordenamiento jurídico dinámico, el tribunal en el caso particular del recurso 357/2016, al existir la suspensión automática, no debe preocuparse por el estado de avance en la ejecución de las obligaciones del contrato, que, de lo contrario, sería un elemento más a considerar frente a la violación de la confidencialidad y el secreto de las proposiciones.

Cómo fue tramitado este recurso representa el cumplimiento de las exigencias de la UE que en su momento detonaron una condena por parte del tribunal europeo. La rapidez y la eficiencia del recurso son evidentes, a pesar de que no vuelven al recurrente al estado inmediatamente anterior, por lo menos permiten que se pueda iniciar un nuevo procedimiento donde todos partirán de cero.

CONCLUSIONES

Las causales que ha utilizado el Tribunal de Contratación Pública para negar la aplicación de los efectos retroactivos de la declaración de nulidad han tenido como objetivo la protección de bienes jurídicos mayores que el mismo efecto retroactivo. Como fue señalado en el capítulo II los bienes jurídicos son los siguientes: el interés público, los derechos adquiridos por un tercero, la buena fe, las situaciones jurídicas consolidadas y la seguridad jurídica. El tribunal los ha alzado como barreras protectoras, postulando que son elementos dignos de proteger, ya que si se aplicara la retroactividad

provocaría perjuicios en vez de restablecer el imperio del derecho. Estos perjuicios serían tanto para el adjudicatario como para el órgano licitador, ya que uno vería como pierde el contrato y el otro como debe realizar nuevamente la adjudicación.

Esta negativa no puede ser juzgada desde la óptica del tribunal. Es indudable que ante la libertad otorgada por el legislador en el artículo 26 inciso 2º, el TCP puede o no aplicar este efecto, pues es una más de las medidas para restablecer el imperio del derecho. Por tanto, ha seguido lo mandado por el legislador al pie de la letra, incluso teniendo que extrapolar tesis que surgieron para explicar otros problemas del derecho público. Sin embargo, desde la óptica del particular afectado, el reproche existe, ello porque lo ha dejado en una suerte de estado de indefensión, otorgándole solo una posibilidad de indemnización la que, además, deberá buscar en los tribunales civiles, con la consiguiente demora que implica.

Si se revisan de forma particular cada una de las causales es posible entender que a veces quien resultaba protegido era la administración mientras que en otras era el particular y en una ambos. Cuando el tribunal señala como límite el interés público, solo tenía por objetivo asegurar el actuar de la administración, pues es en ella donde concurre este interés, a pesar de que se diga que el particular también debe tenerlo para contratar. Es evidente que el particular puede sostener que, a pesar de ser este interés el motor de la contratación, no puede oponérsele abiertamente cuando le está provocando un perjuicio. Si bien la pretensión del particular puede ser plausible, él no está por sobre los administrados. La Administración no puede detener la construcción de un camino o retrasar la llegada de medicamentos a los hospitales con la sola finalidad de proteger el

interés privado. Hay ciertos actos que en los que claramente no pueden existir retrasos de ninguna forma, pues los perjuicios para la comunidad entera serían ciertamente mayores que los beneficios que obtendría el licitador.

En los casos en que el TCP utilizó los derechos adquiridos por un tercero, ese tercero no lo es tanto. Está claro que fue partícipe en el procedimiento de licitación. Es inobjetable que no fue parte en el juicio, pero ello se debe a una mala normativa procedimental, pues es claro que una vez interpuesto el recurso se le debería notificar a todos quienes participaron en el procedimiento licitatorio, independiente de si quieren hacerse parte en el juicio o no. De igual forma es objetable la idea de proteger el derecho de quien se adjudicó el contrato cuando aquel acto administrativo era nulo, y no había pasado un tiempo prudente para considerar que había adquirido algo por prescripción. Esta posición de protección al adjudicatario es problemática, pues al otro participante debe serle reconocido su derecho a participar en un procedimiento sin vicios. Si se obvia este derecho implica comunicar a todos los otros participantes que lo importante es obtener a como dé lugar el contrato definitivo y que así estarán seguros.

La Buena Fe en su aspecto subjetivo es un límite al efecto retroactivo que no merece reparo alguno. El adjudicatario cumple el contrato considerando que está actuando correctamente sin saber que el procedimiento probablemente adolezca de un vicio de nulidad. En este estado, el adjudicatario puede realizar una gran cantidad de desembolsos con la sola finalidad de cumplir con lo pactado, mientras ejecuta las obligaciones del contrato el particular puede endeudarse o disponer de bienes propios a fin de obtener financiamiento esperando recibir el precio acordado. Todos estos actos

los hace pensando que su conducta se basaba en un acto válido, por lo que el efecto retroactivo le provocaría un perjuicio bastante grande, ya que debería volver a un procedimiento donde no tiene la victoria asegurada.

Las situaciones jurídicamente consolidadas son una absoluta creación del tribunal. Es una necesidad dejar protegidos ciertos hechos que ocurrieron durante el período de vigencia de un contrato, aunque este después se deje sin efecto. Cuando la resolución tarda en llegar, y en función de la vigencia del contrato se ejecutaron de forma parcial las obligaciones o quizás ya se cumplieron todas hace un buen momento atrás. En estos casos es imposible pretender volver todo al procedimiento de contratación, cuando esto sucede es más sencillo mantener lo que ya se hizo a pesar de la existencia de una declaración de nulidad y se debiera retrotraer. Esta es de por sí una razón práctica, ya que dejar todo como está es bastante más fácil que volver a iniciar o continuar la tramitación del procedimiento.

Por último, en el caso de la seguridad jurídica, el enfoque otorgado por el tribunal es similar al que se le ha dado a los derechos adquiridos, considerando que si se priva de la adjudicación y celebración del contrato se afectaría la seguridad jurídica. Ello puede ser cierto, sin embargo, en caso de no aplicar los efectos de la nulidad y de no retrotraer la licitación, también se afecta la certeza de los licitadores que impugnan una licitación, pues, ellos no pueden prever un efecto claro a sus actos.

El TCP ha tenido que recurrir a estos bienes jurídicos, debido a la incapacidad de llegar a una pronta solución. La demora ha implicado que exista un avance considerable en el cumplimiento del contrato cuando llega la sentencia definitiva, en algunas

ocasiones incluso, ha llegado a cumplirse completamente. Ante tal situación el tribunal se ve obligado a recurrir a ellos, a pesar de que solo sea un uso por emergencia, su aplicación particular a cada caso por regla general ha sido acertada. Salvando cuando se trata de los derechos adquiridos, en la gran mayoría de las veces en que han sido utilizados el tribunal ha permitido obtener un equilibrio entre quien recurre y la administración, además del adjudicatario.

La negativa de aplicar los efectos de la nulidad no se debe a razones jurídicas profundas. Esta negativa quizás encuentra su sustento en el funcionamiento del tribunal, y claro está en los problemas que se le presentan al depender de la Dirección de Compras Públicas. Además, es indudable que existen deficiencias de índole procesal, que no permiten asegurar una pronta solución y obligan al tribunal a recurrir a estos principios.

Por ello era relevante analizar en un primer lugar como funciona el tribunal y como ha estructurado el legislador el procedimiento de impugnación. Es complicado que hasta antes del 2016 la cantidad de sesiones haya sido solo de dos a la semana. Aunque las causas en muy pocos años superaron las 300, de igual forma en dos medios días a la semana es poco lo que se puede avanzar. Ante tal demora, incluso el presidente de la Corte Suprema llegó a señalar que esta función debería quedar radicada en los tribunales ordinarios⁶⁹. Con la modificación realizada a finales del 2015 se permitió que las sesiones aumentaran a cuatro a la semana, así que resta esperar para determinar si esta medida ayudo o no a disminuir la demora que estaba presentando el TCP. Así

⁶⁹ Pulso. [en línea] < <http://www.pulso.cl/noticia/empresa---mercado/empresa/2016/01/11-78074-9-cuatro-supremos-piden-eliminar-tribunal-de-contratacion-publica.shtml>> [consulta: 15 septiembre 2016].

también es perjudicial que deba supeditar sus recursos tanto económicos como humanos a la decisión de la Dirección de Compras Públicas, sobre todo cuando la mayor parte de los recursos no son acogidos y una buena parte de los acogidos no son retrotraídos. En el caso español, si bien el TACRC está arraigado dentro del Ministerio de Hacienda, este es completamente independiente en cuanto a los recursos que maneja, ya sean económicos o humanos. Quizás esto se deba porque le sale más barato a la administración española tener un tribunal como este, que estar siendo condenado de tanto en tanto por los tribunales europeos. Aunque nuestra administración no se enfrenta a algo similar a lo que le ocurre a España, urge entender a este tribunal como un órgano independiente en su totalidad, aun siendo la creación de un ministerio.

La tardanza no se debe solo a los escasos días de audiencias, sino también a la aplicación de normas que están concebidas para otro tipo de juicio. La estructura que el legislador creó hace pensar que la resolución puede llegar en dos o tres meses, sin embargo, a este procedimiento se le aplican las normas del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía. Los problemas que se registran debido al uso de estas normas son varios, desde el que se presenta en el abandono del procedimiento ya que se deben esperar seis meses, a la necesidad de tener que notificar personalmente o por cédula ciertas resoluciones, tales como la solicitud de informe del órgano licitador, la resolución que recibe la causa a prueba, la resolución que cita a oír sentencia y la propia sentencia⁷⁰.

⁷⁰ Son bastantes las sentencias definitivas que se encuentran esperando ser notificadas en el tribunal, esto impidió conocer su contenido, pues para ser subidas a la página web es necesario que se haya cumplido con este requisito.

A ello se debe agregar la inexistencia de una medida cautelar que asegure el cumplimiento de la pretensión del recurrente. La suspensión del procedimiento regulada en el artículo 25, es muy parecida a las reguladas para los juicios civiles, es el recurrente quien debe acompañar elementos que permitan al tribunal confirmar el humo del buen derecho y el peligro en la demora. Con esta redacción es claro que el legislador no entendió que lo relevante en este tipo de procedimientos era obtener la posibilidad de retrotraer la licitación, finalidad distinta a la perseguida en un juicio ordinario donde la satisfacción de la pretensión puede ser la declaración o la extinción de una situación jurídica. En la acción de impugnación si no hay suspensión es imposible obtener la satisfacción de la pretensión, debido a que es seguro que el contrato se formalizará y con ello el tribunal solo declarará la nulidad, otorgándole al recurrente la posibilidad de obtener una indemnización, la que deberá demandar, además, ante los tribunales civiles⁷¹. Debido a lo anterior, urge una medida cautelar como la española, la suspensión automática que se encuentra regulada en el artículo 45 de la TR impide que se pueda formalizar el contrato, además ella solo puede ser alzada a través de la decisión del tribunal. Esto es diametralmente distinto a lo que ocurre en nuestro país, pues el tribunal no tiene obligación de otorgar la suspensión, tampoco se da de forma automática, y las pocas veces que se da, dura en promedio quince días, lo que resulta ineficaz.

Asimismo, como medida para asegurar la eficacia del recurso, se debe implementar un periodo de vacancia obligatorio en el que no se pueda formalizar el

⁷¹ El tribunal ha señalado en innumerables ocasiones que no puede otorgar indemnizaciones, es considerado por la doctrina, Vergara Blanco y Escanilla, que se debe otorgar la función al tribunal para indemnizar.

contrato, este puede tener la duración del plazo para interponer el recurso. Esta vacancia, por así decirlo, permite que la suspensión obligatoria pueda ser en efecto suspensión, ya que a pesar de ser bastante improbable que se celebre antes de los diez días, no es imposible. Actualmente no existe un plazo en el que se debe celebrar o en el que no se pueda, todo se deja a libertad del órgano licitatorio el que podrá establecer el plazo libremente en las bases. El artículo 64 del Decreto 250 solo establece que, en caso de no existir un periodo establecido en las bases, se deberá formalizar antes de treinta días. Esta medida es utilizada en el recurso especial de contratación español, el plazo allá es de quince días hábiles, pero ha permitido que el contrato no sea formalizado lo que asegura la eficacia del recurso, pues solo implica dejar sin efecto la adjudicación y no ya un contrato.

Importar estas dos instituciones desde el derecho español supondrían un gran avance hacia un recurso eficaz para los licitadores, sin embargo, podrían implicar un grave riesgo para la administración y los intereses generales. Lograr suspender la licitación, como ya ha sido señalado, es lo mejor que podría obtener el particular, pues permitiría obtener una real solución al recurso interpuesto. En cambio, para la administración y el interés público, debido al retraso que se presenta en la tramitación de las causas puede significar un grave riesgo, existen demoras de tres años en obtener una sentencia definitiva, otras de un año y medio y así, los plazos son bastante amplios.⁷² La administración no puede mantener suspendido un procedimiento

⁷² Esta demora es aproximada en función del análisis jurisprudencial realizado.

licitatorio durante tanto tiempo, ni siquiera durante un año, si esto ocurriera los resultados podrían ser nefastos.

Para generar cambios que permitan a los licitadores obtener una mejor protección de sus derechos es necesario, es más, es urgente realizar modificaciones profundas tanto en la parte orgánica del tribunal como en la parte procedimental. Es necesario aumentar su dotación, el número de jueces debe aumentar, así también como el número de funcionarios. En tanto, en la parte procedimental, no pueden ser aplicadas de manera supletorias las reglas del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, pues este es un juicio de lato conocimiento, mientras que el de la acción de impugnación tiene que ser brevísimo, y ojalá solucionado en un promedio de 21 días como en el TACRC español.

En España ocurrió algo similar a lo que pasa en nuestro país hoy en día. Durante la vigencia de la ley 13/1995, e incluso más atrás, desde la vigencia de la primera ley de contratos públicos, la tardanza en la resolución de los recursos fue superior a un año. Es necesario hacer la diferencia que estos eran vistos por la legislación contencioso-administrativa donde el procedimiento es de lato conocimiento. De hecho, según el informe de justicia administrativa los recursos que se ven hoy en día en el procedimiento contencioso-administrativo tienen una duración en promedio de más de 500 días⁷³. Pasaron 15 años y un par de condenas del Tribunal de Justicia Europeo para que pudieran modificar lo que tenían, pero la modificación valió la pena. Se redujeron los tiempos y como un efecto paralelo la calidad de la jurisprudencia mejoró, ya que se

⁷³ Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa. Ob. Cit. pág. 45.

han asentado criterios jurisprudenciales y los órganos de contratación han variado su accionar en vista de los fallos de los tribunales de contratación.

La reducción en los tiempos de tramitación, así como la suspensión del procedimiento, si bien no van a eliminar en un cien por ciento la posibilidad de negar la aplicación de los efectos de la nulidad, sí harán que estos no se deban solo a la tardanza en que llegare la sentencia definitiva, permitiendo al TCP aplicar estos principios a casos en que sea de vital importancia utilizarlos. En la jurisprudencia estudiada del TACRC se expuso un caso en que había negativa para retrotraer. En ella la decisión fue anular toda la licitación y recomendar que se hiciera de nuevo. Esto en nuestro país no hubiera pasado, el contrato adjudicado se hubiera mantenido con vida y es más, probablemente se hubiera ejecutado completamente. Quizás en algunos casos no sería necesario anular toda la licitación, sino que en vista del interés público se podría mantener con vida el contrato, pero es algo que solo se podrá ver si se hacen las modificaciones propuestas.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Almonacid Faúndez, Francisco. 2015. La Extinción de los Actos Administrativos. Santiago, Circulo Legal.

Bermúdez Soto, Jorge. 2011. Derecho Administrativo General. 2da ed. Santiago, Abeledo Perrot Thomson Reuters.

Caldera Delgado, Hugo. 2001. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Santiago, Ediciones Parlamento.

Cea Egaña, José Luis. 2003. Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y Garantías. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

Celis Danzinger, Gabriel Enrique. 2016. Contratos Administrativos. Santiago, El Jurista.

Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa. 2015. Informe sobre la justicia administrativa 2015. Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial. Madrid, Publidisa.

Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa. 2016. Informe sobre la justicia administrativa 2016. Tributos, Contratos Públicos y Responsabilidad Patrimonial. Madrid, Publidisa.

Diez Sastre, Silvia. 2012. “La Tutela de los Licitadores en la Adjudicación de Contratos Públicos”. Madrid, Marcial Pons.

Escola, Héctor Jorge. 1989. El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Depalma.

Huergo Lora, Alejandro. 2000. La nueva regulación de los Contratos Públicos en Alemania. Reflexiones desde el Derecho Español. En Francisco Sosa Wagner, El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Tomo I. Valencia, Tirant Lo Blanch

Jara Schnettler, Jaime. 2004. La nulidad de Derecho Público ante la doctrina y Jurisprudencia. Santiago, Libromar.

Letelier Wartenberg, Raúl. 2011. Nulidad y Restablecimiento en proceso contra normas. Thomson-Reuters Civitas.

López Santa María, Jorge. 2005. Los Contratos. Parte General. Tomo II. 4ta Ed. Santiago, Editorial Jurídica.

Madariaga Gutiérrez, Mónica. 1993. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI. 2da ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Martins, Daniel Hugo. 2000. Objeto, contenido y método del derecho administrativo en la concepción integral del mundo del derecho. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

Moraga Klener, Claudio. La Actividad formal de la Administración del Estado. En Rolando Pantoja Bauza, Tratado de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot, Año 2010.

Pérez Luño, Antonio-Enrique. 1994. La Seguridad Jurídica. 2da ed. Barcelona, Ariel.

Piqueras Bautista, José Antonio. 1997. De La Invalidez de los Contratos. En: Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas. Madrid, Boletín Oficial del Estado.

Ramos Pazos, Rene. 2008. De las Obligaciones. Santiago, Legal Publishing.

Soto Kloss, Eduardo. 1996. Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Vial del Río, Víctor. 2003. Teoría del Acto Jurídico. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Valcárcel Fernández, Patricia. 2016. Análisis de los rasgos y peculiaridades del recurso especial en materia de contratación pública: en la senda hacia el cumplimiento efectivo del derecho a una buena administración. En: López Ramón, F. (Cor.). Las Vías

Administrativas de recurso a debate. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública. Pp 303-307.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

Concha Machuca, Ricardo. 2015. Causal de Nulidad y Efecto Anulatorio: separabilidad de los actos precontractuales. Análisis crítico a base de un estudio de grupo de casos a diez años del funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública. Revista Ius et Praxis (2): Pag.

De Cores, Carlos Andrés y Cal, Juan Manuel. 2007. El concepto de interés público y su incidencia en la contratación administrativa. Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, (11): Pp. 131-140.

Dorn Garrido, Carlos. 2008. Ley de Bases de Procedimiento Administrativo y Nulidad de Derecho Público. Revista de Derecho, (17): pp 11-19.

Escanilla Abarza, Eduardo. 2013. El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un Análisis crítico propositivo. Revista Derecho Público Iberoamericano, (2): Pp. 103-149.

Gallego Corcoles, Isabel. 2008. Efectos de la declaración de invalidez del Contrato Publico. Revista Administración Pública Practica, (76): Pp. 43-58.

Gimeno Feliu, José María. 2013. Los Tribunales Administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del informe de la comisión para la reforma de las administraciones públicas. Balance y Prospectivas. Revista Catalana de Dret Public. N° 47: Pp. 87-102.

Gómez, Fariña, Beatriz. 2016. El Recurso Especial en materia de contratación pública. Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado, (10): pp 79-115.

Ivanega, Miriam Mabel. 2011. El Procedimiento de la Licitación Pública. Revista Derecho PUCP (66): pp 257-276.

Lara Arroyo, José Luis y Guerrero Valle, Gonzalo. 2011. Aspectos Críticos de la Invalidación Administrativa en la Ley 19.880: Análisis en la jurisprudencia de la Contraloría General de la Republica a 8 años de su vigencia. Revista de Derecho Escuela de Posgrado, (1): pp 17-44.

Letelier Wartenberg, Raúl. 2002. Un mal día no es eterno: Seis alcances en materia de Invalidación y Nulidad de los actos administrativos. Revista de Derecho Universidad de Concepción (212): pp. 693-730.

Liñeria Piñeiro, José. 2011. Cuestión de Nulidad en la ley de contratos del sector público. En revista de la Asesoría Jurídica de Xunta de Galicia, (6): Pp. 167-179.

López Calera, Nicolás. 2010. El interés público: entre ideología y el derecho. Anales de la Catedra Francisco Suarez, (44): pp. 123-148.

Martínez Fernández, José Manuel y Fernández García, Amaya. 2011. El Recurso Especial en materia de contratación regulado en la Ley 34/2010, de 5 de agosto, actualmente incluida en la Ley 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP). En Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, (315-316): Pp. 143-178.

Meyer, David y Fath Meyer, Jean Marie. Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile. [en línea]

<https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304093615/refor2_08_meyer.pdf> [consulta: 11 noviembre 2016].

Montalvo Abiol, Juan Carlos. 2011. Interés General y Administración Contemporánea. *Revista Filosofía, Derecho y Política*, (14): Pp. 129-149.

Moreno Molina, José Antonio. 2008. La nueva Ley de contratos del Sector Público: Principales Novedades y Aspectos Problemáticos. *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, (44): Pp. 147-174.

Moreno Molina, José Antonio. 2008. La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la ley de contratos del sector público. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (Extra 10): Pp. 49-86.

Moreno Molina, José Antonio. 2010. La ley 34/2010 y la adaptación en España del derecho de la Unión Europea en materia de recursos en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. *Revista General de Derecho Administrativo* (25): Pp. 1-30.

Oelckers Camus, Osvaldo. 1983. Los Principios Formadores de la Contratación Administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (7): Pp. 151-164.

Palomar Olmeda, Alberto. 2010. El Tribunal de Contratación Pública de Madrid. En *Revista Documentación Administrativa*, (288): Pp. 259-288.

Pérez Roldan, Margarita. 2015. El recurso administrativo en materia de contratación pública y las medidas provisionales en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. *Revista Jurídica de Castilla y León*, (15): Pp. 49-90.

Pulido Quecedo, Manuel. 2010. Competencias y Legitimación ante el Tribunal Administrativo central d Recursos Contractuales (TACRECO): especial consideración

de los supuestos de nulidad contractual. Revista Documentación Administrativa, (288): Pp. 65-97.

Vergara Blanco, Alejandro. 2016. Tribunal de Contratación Pública: Bases Institucionales, Organización, Competencia y Procedimiento. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica (XLVI): Pp. 347-348.

LEGISLACION

Constitución Política de la República de Chile.

Código Civil.

Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley 19.880 sobre bases generales de la Administración del Estado.

Ley 19.886 sobre bases sobre Contratos Administrativos de suministro y prestación de servicios.

Ley 13/1995, 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Publicas.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Publico

Ley 34/2010, de 5 de agosto de 2010.

Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que fija el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que fija el texto refundido de la Ley

de Contratos del Sector Publico.

Corte Suprema. 2011. Auto Acordado sobre el funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública.

OTROS

Biblioteca del Congreso Nacional. 2003. Historia de la Ley 19886 de Bases sobre contratos administrativos de suministros y prestaciones de servicios.

Dirección Chile Compra. Plan Estratégico 2014-2018. [en línea]
<<http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/plan-estrategico-direccion-chilecompra-2014-2018-3.pdf>>.

Dirección Chile Compra. 2016. Indicadores Primer Trimestre 2016. [en línea]
<<http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/indicadores-chilecompra-primer-trimestre-2016.pdf>>.

Organización Mundial de Comercio. [en línea]
<https://www.wto.org/spanish/thewto_s/20y_s/gpa_brochure2015_s.pdf>.