



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

La multa en la contratación administrativa de bienes y servicios: ¿cláusula penal o sanción administrativa? Una nueva perspectiva

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Natalia Paz Cancino Palacios

Profesor guía: Dr. Raúl Letelier Wartenberg

Santiago, Chile

Noviembre 2022

ÍNDICE

Introducción	4
Capítulo primero: El sistema de contratación administrativa de bienes y servicios	6
I. Ámbito de aplicación de la LCP	6
1. Ámbito de aplicación orgánico de la LCP	6
2. Contratos onerosos para el suministro de bienes muebles y prestación de servicios que se requieren para el desarrollo de las funciones de la Administración	7
II. Principios aplicables a la contratación administrativa de bienes y servicios	9
1. Principios generales aplicables a los Órganos de la Administración del Estado	9
2. Principios aplicables a los procedimientos administrativos en general	11
3. Principios aplicables a los procedimientos de contratación administrativa de bienes y servicios	13
A. Principio de estricta sujeción a las bases	14
B. Principio de libre concurrencia de los oferentes	16
C. Principio de igualdad de los oferentes	17
D. Principio de formalismo	18
E. Principio de preeminencia de la Administración	20
F. Principio de legalidad del gasto	25
III. Ejecución de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios	29
1. Efectos derivados del incumplimiento contractual del proveedor	29
A. Ejecución de garantía de fiel cumplimiento	31
B. Terminación anticipada de la contratación	36
C. Multas	38
Capítulo segundo: La multa en la contratación administrativa como cláusula penal	46

I.	La cláusula penal	46
1.	Definición	46
2.	Características	48
3.	Efectos	51
4.	Cláusula penal enorme	54
II.	La multa en la contratación administrativa de bienes y servicios como cláusula penal	56
1.	Aplicación de la cláusula penal a los contratos administrativos de bienes y servicios	56
2.	Por qué entender la multa en la contratación administrativa a la luz de la cláusula penal	66
Capítulo tercero: La multa en la contratación administrativa como sanción administrativa		69
I.	La sanción en el derecho administrativo	69
1.	La sanción administrativa	69
2.	Derecho administrativo sancionador	71
3.	Principios de legalidad y tipicidad	72
4.	Principio de juridicidad	76
5.	Debido proceso administrativo	77
6.	Principio de culpabilidad	80
7.	Principio de proporcionalidad	83
II.	La multa en la contratación administrativa de bienes y servicios como manifestación del derecho administrativo sancionador	87
1.	Problemas de entender la multa en la contratación administrativa como sanción administrativa	87
2.	Principios del derecho administrativo sancionador en la aplicación de multa por incumplimiento en los contratos administrativos de bienes y servicios	89
Capítulo cuarto: La multa en la contratación administrativa desde una nueva perspectiva		93
I.	El contrato como contexto de aplicación de la sanción	93

1. Finalidad de la sanción en el contrato administrativo de bienes y servicios	95
2. Determinación de las sanciones y procedimiento de aplicación a la luz del artículo 79 ter del RLCP	97
3. Potestad de la Administración para determinar procedencia y aplicar la sanción	101
4. Resguardo de los derechos del proveedor en el contexto de la sanción por incumplimiento	103
Conclusiones	106
Referencias	108

INTRODUCCIÓN

Los organismos de la Administración del Estado y las distintas instituciones y servicios públicos han sido creados por el ordenamiento jurídico con la finalidad principal de satisfacer necesidades de interés público, considerando desde la planificación de políticas públicas y gestión de recursos hasta el otorgamiento de prestaciones de diversa índole (servicios de salud, alimentación a escolares, seguridad, entre otros). El aparato estatal, sin embargo, es una organización de recursos humanos y financieros que no tiene la capacidad de generar por sí mismo la diversidad de bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de la función pública que se le encomienda y que la sociedad espera de éste, por lo que, en nuestro país, actualmente contamos con un sistema jurídico que regula la contratación de bienes y servicios a título oneroso por parte de los servicios públicos a aquellos particulares que participan en el mercado como proveedores, buscando la optimización de la gestión pública y materializando el principio de subsidiariedad consagrado en la Constitución Política de la República vigente.

La Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y su reglamento contenido en el Decreto Supremo N°250 de 2004 del Ministerio de Hacienda regulan la forma en que los organismos de la Administración del Estado pueden celebrar contratos para la provisión de bienes y contratación de servicios, teniendo como objetivos principales la obtención de mayor valor por dinero en los procesos de compra y resguardando la actuación transparente y proba de las instituciones interesadas, y como contrapunto, asegurando a los particulares interesados en generar relaciones de negocios con el Estado que las condiciones que les serán aplicables se ajusten a los parámetros básicos de cumplimiento normativo y no discriminación en el acceso y en la participación. Para ello, se establecen normas que rigen principalmente la etapa precontractual, pero también se prevén normas destinadas a resguardar el interés público en la fase de ejecución de los contratos de bienes y servicios.

Entre las normas aplicables al cumplimiento de los contratos por parte de los proveedores del Estado, encontramos una regulación escueta referida a las medidas aplicables en el evento de incumplimientos contractuales que perjudiquen a la Administración. Entre ellas, se encuentra la aplicación de multas a los proveedores que incurran en infracciones a obligaciones establecidas en los contratos respectivos. Sin embargo, la normativa no contiene una mayor descripción de estas multas, lo que ha abierto a lo largo de los años una disparidad de criterios respecto a su naturaleza jurídica y, más importante aún,

las consecuencias que se derivan de entenderla de una u otra manera, como se expondrá en el presente trabajo.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido, principalmente, dos posiciones respecto a este tipo de multas: tratarlas como cláusulas penales en los términos del derecho civil, o como sanciones administrativas en los términos del llamado derecho administrativo sancionador. Optar por una u otra vía genera consecuencias dispares tanto para la Administración en resguardo de sus intereses, como para el cocontratante particular incumplidor. Por ello, revisaremos estas posturas para dar cuenta del fundamento de cada una de ellas y cómo se han manifestado en la aplicación práctica, y a partir de lo anterior, ofreceremos nuestra perspectiva a la luz del desarrollo doctrinario actual.

CAPÍTULO PRIMERO: EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE BIENES Y SERVICIOS

I. *Ámbito de Aplicación de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (LCP)*

El artículo 1° de la LCP establece que los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la Ley N°18.575 (LOCBGAE), salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley. Esta ley también será aplicable al Consejo Nacional de Televisión.

De acuerdo con el texto de la disposición, podemos identificar que el ámbito de aplicación de la LCP está delimitado por los siguientes elementos:

1. *Ámbito de aplicación orgánico de la LCP*

Para efectos de aplicabilidad, se entiende por Administración del Estado a todos aquellos órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la LOCBGAE, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley, y el Consejo Nacional de Televisión.

Así, la LCP se aplica a los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República (CGR), el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades. Ello es consistente con lo dispuesto en la LOCBGAE, que establece en el inciso primero del artículo 9° que “Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley”.

Sin embargo, la exclusión de las empresas públicas creadas por ley de la aplicación de la LCP y el Decreto Supremo N°250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la ley N°19.886 (RLCP) para sus contrataciones de bienes y servicios no opera en cuanto a la prohibición de suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios, en el evento que se dé alguna de las circunstancias que el artículo 4° de la LCP reconoce como fuentes de conflictos de interés. En este sentido, la CGR ha

determinado que, no obstante que “las empresas públicas creadas por ley -calidad que reviste el organismo consultante- se encuentren excluidas de la aplicación de la generalidad de los preceptos contenidos en la ley N°19.886, en razón de lo previsto en su artículo 1°”, las normas que proscriben los contratos celebrados en presencia de conflictos de interés son aplicables a todos los órganos de la Administración del Estado o en los que éste tenga participación, sin distinción¹.

En el mismo sentido, el artículo 21 de la LCP dispone que los órganos del sector público no regidos por ella, a excepción de las empresas públicas creadas por ley, deberán someterse igualmente a las normas de los artículos 18, 19 y 20 de dicha ley para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento. Al respecto, y teniendo en consideración diversas normas referidas a la probidad administrativa, la CGR ha dictado un instructivo sobre el cumplimiento del principio de probidad en materia de contratación pública del suministro de bienes y prestación de servicios², en armonía con las disposiciones contenidas en los artículo 8° de la Constitución Política de la República (CPR), artículos 52 y 53 de la LOCBGAE y la Ley N°20.880 sobre Probidad en la Función Pública y Prevención de los Conflictos de Intereses.

2. Contratos onerosos para el suministro de bienes muebles y prestación de servicios que se requieren para el desarrollo de las funciones de la Administración

La onerosidad de los contratos administrativos de suministro de bienes y prestación de servicios determina la aplicación de la LCP, en los términos del artículo 1.440 del Código Civil (CC), y en contraposición a los contratos gratuitos que la Administración pudiere celebrar para el cumplimiento de sus funciones. Así lo ha entendido la CGR, al dictaminar que:

El carácter oneroso de los contratos que se rigen por la citada Ley N°19.886, importa el pago de un precio por parte de las entidades licitantes por la contraprestación de los servicios o bienes que reciben. De esta manera, entonces, se infiere que la Ley N°19.886 y su reglamento no se aplican a los contratos que la Administración celebre a título gratuito ... Atendido que la gratuidad es un requisito de la esencia del contrato

¹ CGR Dictamen N°52.519-2013. Se reconsidera (a nuestro juicio, acertadamente) la jurisprudencia administrativa establecida en el Dictamen N°25.948-2009, que consideraba que las prohibiciones o restricciones al ejercicio de la libertad económica son de derecho estricto, sin que fuera posible exigir, por vía administrativa, mayores requisitos que aquellos previstos por la ley, no pudiendo cuestionarse la participación de un exfuncionario como oferente en una licitación de una empresa pública creada por ley.

² CGR Dictamen N°2.453-2018.

de comodato, no es dable aplicar a su respecto las normas de la citada Ley N°19.886, ni su reglamento contenido en el Decreto Supremo N°250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, siendo inadmisibile que dicho pacto se convenga a través de las modalidades y mecanismos de contratación que establecen esos textos normativos, sea que la Administración actúe como comodante o comodatario³.

En cuanto al objeto de los contratos administrativos, y de acuerdo a lo que dispone el artículo 2° de la LCP, se entenderá por contrato de suministro el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles, comprendiéndose en este concepto, entre otros, la adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión de derecho de uso de estos últimos; los de mantenimiento de dichos equipos y sistemas; y los de fabricación, por lo que las cosas que hayan de ser entregadas por el contratista deban ser elaboradas con arreglo a las características fijadas previamente por la Administración, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales. Esta disposición se complementa con lo establecido en el artículo 2° N°9 del RLCP, que señala que un contrato será considerado igualmente de suministro si el valor del servicio que pudiere contener es inferior al cincuenta por ciento del valor total o estimado del contrato.

El contrato de prestación de servicios, por su parte, encuentra su definición en el artículo 2° N°10 del RLCP, entendiéndose por tal aquel mediante el cual las entidades de la Administración del Estado encomiendan a una persona natural o jurídica la ejecución de tareas, actividades o la elaboración de productos intangibles. Asimismo, establece que un contrato será considerado igualmente de servicios cuando el valor de los bienes que pudiere contener sean inferiores al cincuenta por ciento del valor total o estimado del contrato. En cuanto a los contratos de prestación de servicios, el RLCP distingue entre servicios generales, personales y habituales.

La LCP excluye de su aplicación aquellos contratos previstos en el artículo 3°, sea porque éstos se encuentran tipificados y regulados en leyes especiales⁴, por no ser posible asimilarlos de manera alguna al suministro de bienes muebles o de servicios requeridos para el desarrollo de las funciones de la Administración⁵, o porque, en razón de su naturaleza o la calidad de los intervinientes, deben someterse a procedimientos de negociación y contratación

³ CGR Dictamen N°7.122-2010.

⁴ MORAGA KLENNER, Claudio (2007). Contratación Administrativa. Editorial Jurídica de Chile. P. 118.

⁵ MORAGA KLENNER, Claudio (2007). P. 119.

especiales que son incompatibles con los procesos licitatorios de la LCP⁶. Ello no obsta a la sujeción a las obligaciones relativas al cumplimiento de la transparencia contenidas en el artículo 20 de la referida normativa.

II. Principios Aplicables a la Contratación Administrativa de Bienes y Servicios

1. Principios generales aplicables a los Órganos de la Administración del Estado (OAE)

Como se dijo anteriormente, la LCP regula un ámbito específico de actuación de los OAE, a saber, la contratación onerosa del suministro de bienes muebles y la prestación de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones. Las actuaciones de la Administración, por tanto, y en los términos del artículo 2° de la LOCBGAE, deben primeramente someterse a la CPR y las leyes, actuando siempre en el ámbito de su competencia, y sin ejercer más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico, en observancia de los principios supremos de legalidad y juridicidad consagrados constitucionalmente en los artículos 6° y 7° de la CPR. La doctrina los ha identificado también como la necesaria tipicidad de las potestades de actuación de las autoridades⁷, y es, a nuestro juicio, el fundamento esencial del Derecho Administrativo.

En términos simples, podemos decir que el principio de legalidad enmarca la acción de la Administración. Estos preceptos constitucionales se relacionan con lo dispuesto en el artículo 2° de la LOCBGAE, conforme al cual los OAE solo cuentan con aquellas atribuciones que expresamente les confiere el ordenamiento jurídico. Una actuación ajustada al principio de legalidad requerirá que exista un sujeto que cumpla con los requisitos jurídicos para que radique en él la titularidad de un órgano público; que a dicho órgano público se le hayan conferido por el ordenamiento jurídico las competencias necesarias para actuar, en razón de materia, grado y territorio; y finalmente, que la forma en que lleva a cabo la actuación se ajuste a los requisitos de procedimiento que la norma establezca.

El principio de legalidad constituye, además, un límite al poder del Estado. La Administración está sometida en toda su actuación al ordenamiento jurídico, no pudiendo ejercer más potestades que aquellas que expresamente se les atribuyen, sin espacios de

⁶ MORAGA KLENNER, Claudio (2007). P. 119.

⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). "El Derecho Administrativo como sistema autónomo: el mito del Código Civil como 'Derecho común'". Editorial Legal Publishing Chile. P. 108-109.

autonomía o libertad de acción. Ello no es óbice al ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, puesto que, en dichos casos, es justamente el ordenamiento jurídico el que faculta a la Administración para optar por una alternativa entre varias posibles, todas ellas igualmente lícitas y tendientes a la satisfacción de un interés público. En este sentido lo ha entendido la CGR, la que ha determinado que:

La dictación de actos que, como ocurre en la especie, corresponden al ejercicio de potestades discrecionales, exigen un especial y cuidadoso cumplimiento de la necesidad jurídica en que se encuentra la Administración en orden a motivar sus actos, exigencia que tiene por objeto asegurar que los actos de la Administración no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente, lo cual impide, por cierto, establecer diferencias arbitrarias entre personas que se encuentran en una misma situación, cautelándose de este modo el principio de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19, numeral 2, de nuestra Carta Fundamental⁸.

Luego, el artículo 3° de la LOCBGAE dispone que la Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes. Si bien solo algunos encuentran definición expresa en la misma norma⁹, existe además algunas definiciones en otros cuerpos normativos¹⁰, sin perjuicio que este catálogo de principios ha

⁸ CGR Dictamen N°23.114-2007.

⁹ Sobre el principio de control, artículo 11 LOCBGAE. Sobre el principio de transparencia, artículo 13 LOCBGAE. Sobre el principio de probidad, artículo 52 LOCBGAE.

¹⁰ Sobre el principio de publicidad, artículo 8° inciso segundo de la CPR. Sobre la participación ciudadana en la gestión pública, Ley N°20.500.

sido ampliamente tratado, además, tanto en la doctrina¹¹ en la jurisprudencia administrativa de la CGR¹².

Al respecto, y sobre el principio de probidad que informa toda la actuación de la Administración, resulta interesante el razonamiento de la CGR, basado a su vez en la historia fidedigna de del establecimiento de la Ley N°19.653 sobre Probidad Administrativa aplicable a los Órganos de la Administración del Estado, entendiendo lo siguiente respecto de su dictación:

Pretende inspirar la interpretación del resto del ordenamiento aplicable a la Administración, así como la actuación concreta de sus órganos. Por lo tanto, en caso de duda, el verdadero sentido y alcance de los pasajes oscuros de una norma administrativa deberá entenderse del modo que más conforme parezca al debido respeto al principio de probidad¹³.

Este criterio de interpretación, por tanto, se infunde a toda la normativa que rige las actuaciones de la Administración, incluyendo entonces las normas contenidas en la LCP. Entenderlo así resultará útil, además, para los propósitos de este trabajo, como se verá en los capítulos siguientes.

2. Principios aplicables a los procedimientos administrativos en general

La Ley N°19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado (LBPA) debe aplicarse con carácter supletorio en aquellos aspectos que no estén especialmente regulados para los procedimientos de contratación de bienes y servicios, y esto incluye, por supuesto, a los principios que informan los procedimientos administrativos. En este punto, es importante tener presente que los procedimientos de contratación descritos en el artículo 7° de la LCP (licitación pública, licitación privada y trato directo), así como los Convenios Marco definidos en el artículo 2° N°14 del RLCP, corresponden a una sucesión de actos trámite vinculados entre sí,

¹¹ Sobre el principio de eficacia, GARDAIS ONDARZA, Gabriela (2002). El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, edición XXIII, p. 323 – 341.

¹² Sobre el principio de responsabilidad, CGR Dictamen N°28.260-2006. Sobre el principio de eficiencia, CGR Dictamen N°6.032-2000. Sobre el principio de coordinación, CGR Dictamen N°15.006-2014. Sobre el principio de impulsión de oficio del procedimiento, CGR Dictamen N°6.643-2019. Sobre el principio de impugnabilidad de los actos administrativos, CGR Dictamen N°2.376-2011. Sobre el principio de control, CGR Dictamen N°6.076-2016.

¹³ CGR Dictamen N°6.591 de 2000.

emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal, en los términos del artículo 18 de la LBPA.

Por su parte, las resoluciones que adjudican o declaran desiertas las licitaciones públicas y los Convenios Marco, así como las resoluciones que autorizan la contratación por alguna de las circunstancias excepcionales que hacen procedente el trato directo, constituyen decisiones formales que emiten los OAE y contienen una declaración de voluntad realizada en el ejercicio de una función pública, la que debe, además, ser fundada, en los términos de los artículos 3° y 41 de la LBPA. De todo lo anterior se concluye, por tanto, que los procedimientos de contratación para el suministro de bienes y la prestación de servicios constituyen procedimientos administrativos especiales, en los términos del artículo 1° de la LBPA, y por tanto, es aplicable el criterio asentado por la CGR:

Si bien no se encuentran reproducidos en cada uno de dichos procedimientos (procedimientos administrativos especiales), deben ser respetados y se encuentran implícitamente reconocidos en aquellos, pues constituyen los pilares fundamentales en los que debe sustentarse un debido proceso, respetando con ello los derechos y garantías de los administrados y la legalidad de la actuación de la Administración¹⁴.

A diferencia de lo que ocurre con la LOCBGAE, la LBPA define expresamente sus principios rectores, los que, de acuerdo con la enumeración contenida en su artículo 4°, corresponden a los principios de escrituración¹⁵, gratuidad¹⁷, celeridad¹⁸, conclusivo¹⁹, economía procedimental²⁰, contradictoriedad²¹, imparcialidad²², abstención²³, no

¹⁴ CGR Dictamen N°22.343 de 2020.

¹⁵ Artículo 5° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°75.327-2020.

¹⁶ El principio de escrituración obedece a la tradición burocrática de la Administración del Estado, y se verá fuertemente alterado a partir de la implementación de la Ley N°21.180 de Transformación Digital del Estado, cuya vigencia se encuentra diferida a la espera de la dictación de los reglamentos que ella misma dispone.

¹⁷ Artículo 6° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictámenes N°65.518-2016 y 1.541-2019.

¹⁸ Artículo 7° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°14.000-2017, 4.917-2020 y 9.672-2020.

¹⁹ Artículo 8° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°45.000-2017, 29.610-2018 y 5.166-2019.

²⁰ Artículo 9° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°7.816-2020.

²¹ Artículo 10° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°41.979-2016 y 13.813-2017.

²² Artículo 11° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°15.860-2015 y 77.551-2016.

²³ Artículo 12° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°8.730-2020.

formalización²⁴, inexcusabilidad²⁵, impugnabilidad²⁶, transparencia y publicidad²⁷. Además de las definiciones que da la misma norma, el sentido de cada uno de ellos se ha visto complementado y enriquecido a través del desarrollo jurisprudencial de la CGR, lo que permite entenderlos y aplicarlos en armonía con el ordenamiento administrativo, como se verá a lo largo del presente trabajo.

3. Principios aplicables a los procedimientos de contratación administrativa de bienes y servicios

En línea con la tendencia instaurada en la LBPA, La LCP consagra de forma expresa en su artículo 1° que los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación.

Si bien los principios de la LCP no han sido definidos en términos explícitos, resultan fácilmente reconocibles a partir de sus disposiciones. En este sentido, consideramos plenamente aplicable respecto de ellos la naturaleza utilitaria y sistematizadora a la que se ha referido el profesor Moraga²⁸, a propósito de los principios del procedimiento administrativo, y les atribuimos indudablemente una fuerza vinculante directa e inmediata para todos los actores del proceso de contratación pública, especialmente respecto de las entidades que realizan las propuestas públicas destinadas a la contratación de suministros y servicios. La Administración no puede desconocer su aplicación, de la misma forma que no podría desconocer la aplicación de una disposición legal o reglamentaria expresa, sin riesgo de incurrir en una actuación ilegal.

El sistema de contratación pública regido por la LCP cuenta con una regulación especializada, atendiendo las características particulares de las relaciones que surgirán entre los OAE y sus proveedores y tendiendo siempre en cuenta que el fin último de las adquisiciones es la satisfacción de necesidades de interés público. El legislador parece haber pretendido establecer un cuerpo legal lo suficientemente general como para poder enmarcar

²⁴ Artículo 13° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°22.343-2020.

²⁵ Artículo 14° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°24.468-2017, 42.354-2017 y 15.327-2018.

²⁶ Artículo 15° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°5.733-2020 y 7.596-2014.

²⁷ Artículo 16° LBPA. En la jurisprudencia administrativa, entre otros, CGR Dictamen N°17.783-2019 y 32.655-2019.

²⁸ MORAGA KLENNER, Claudio (2010). Tratado de Derecho Administrativo, tomo VII. La actividad formal de la Administración del Estado. Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing. P. 160.

en sus disposiciones la diversidad de adquisiciones que puede realizar la Administración, y a la vez, lo suficientemente minucioso para disminuir al mínimo los problemas de interpretación para el caso concreto. Sin embargo, existen diversas situaciones para las que el texto legal no basta para la solución de un caso concreto, y ante ello, se hace imprescindible el reconocimiento de principios jurídicos aplicables al sistema de contratación pública. Algunos de ellos pueden inferirse de las mismas disposiciones de la ley, y fueron considerados por el Ejecutivo en el Mensaje del proyecto de ley que concluyó en la promulgación de la LCP²⁹; otros corresponden a la concretización de los principios en los que se sustenta el procedimiento administrativo, que se encuentran expresamente enunciados en la LBPA, y otros, finalmente, surgen de la adaptación de principios generales del derecho privado a la actividad administrativa, especialmente considerando que en esta materia los particulares y la Administración se relacionan de una forma más horizontal que en otras áreas del derecho administrativo.

Así, y en un intento de armonizar las propuestas de diversos autores³⁰, presentaremos una breve reseña sobre los principios que rigen la contratación administrativa de bienes y servicios, atendida su importancia en relación con el problema que se desarrollará en los capítulos siguientes del presente trabajo.

A. Principio de estricta sujeción a las bases. El principio de estricta sujeción a las bases contenido en el artículo 10 de la LCP corresponde a la positivización de un principio largamente reconocido tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial³¹. La disposición indica que los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Sin embargo, y no obstante la literalidad de la redacción, el principio se aplica a todo tipo de contrataciones regidas por dicha norma, atendidas sus características particulares³², puesto que todas ellas

²⁹ Historia de la Ley N°19.886, p. 10.

³⁰ Los principios aplicables a la contratación regida por la LCP han sido tratados, entre otros, en MORAGA KLENNER, Claudio (2007), (2010); RODRÍGUEZ MUÑOZ, Carolina (2015). La contratación pública en la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Revisión de sus principios. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2008). Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, vol. 70. P. 197 – 2013; y ZAMBRANO RÍOS, Claudio (2014). Supletoriedad del derecho privado en la aplicación de los contratos administrativos regulados por la Ley N°19.886. Actividad Formativa equivalente a tesis para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Público de la Universidad de Chile.

³¹ MORAGA KLENNER, Claudio (2007). P. 108.

³² Artículo 52 RLCP.

tienen como fuente las condiciones que permitan obtener la oferta más ventajosas, referidas a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales³³, las que serán establecidas previamente por la Administración, sea en las bases de licitación o en las condiciones de contratación aplicables a las contrataciones directas.

El principio de estricta sujeción a las bases ha sido asimilado, en materia de contratación administrativa, al principio de ley del contrato que rige en asuntos de derecho privado, y que consagra el artículo 1.545 del CC³⁴. Atendiendo a que las condiciones de contratación establecidas en las bases de una licitación son obligatorias tanto para la Administración como para los oferentes, delineando el marco normativo aplicable al contrato que se formalizará una vez adjudicada la propuesta pública, y considerando que su contenido no puede transgredir lo dispuesto tanto en la LCP como en su Reglamento, esta analogía nos parece útil para explicar el alcance del principio de estricta sujeción a las bases.

La CGR ha entendido así el principio de estricta sujeción a las bases:

Constituye un principio rector que rige tanto el desarrollo del proceso licitatorio como la ejecución del correspondiente contrato y que dicho instrumento, en conjunto con la oferta del adjudicatario, integran el marco jurídico aplicable a los derechos y obligaciones de la Administración y del proveedor, a fin de respetar la legalidad y transparencia que deben primar en los contratos que celebren³⁵.

En esencia, el principio de estricta sujeción a las bases constituye un mínimo básico de seguridad jurídica para los oferentes en el proceso de compras, puesto que su observancia implica que, por regla general³⁶, las condiciones que rigen la contratación no pueden ser alteradas ni en la etapa de formación del consentimiento de la Administración³⁷, ni durante la ejecución del contrato válidamente celebrado, lo que motiva a la presentación de ofertas serias y competitivas. Funciona, finalmente, como un mecanismo de control de la arbitrariedad de la Administración y como una contrapartida a la buena fe de los participantes en el procedimiento de contratación, en armonía con los principios de imparcialidad y probidad ya tratados.

³³ Artículo 10 inciso segundo de la LCP, en concordancia con el artículo 15 del RLCP.

³⁴ ZAMBRANO R., Claudio (2014). P. 81.

³⁵ CGR, Dictamen N°8.016-2020.

³⁶ Como se verá más adelante, existen casos en los que se admite la mutabilidad del contrato.

³⁷ MORAGA KLENNER, Claudio (2008). Capítulo IV: Marco jurídico general de los contratos administrativos en Chile. En MORENO MOLINA, José Antonio y MATILLA CORREA, Andry (Editores), Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Editorial Jurídica Difusión. P. 242.

B. Principio de libre concurrencia de los oferentes. Este principio resulta de la observancia a los derechos garantizados por la CPR en su artículo 19 N°2 y N°22, y lo consagra expresamente el artículo 9° de la LOCBGAE, al disponer que el procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo.

La regla general es que todas las personas³⁸, sean naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica y que cumplan con los requisitos legales puedan celebrar contratos con la Administración, y así lo expresa el artículo 4° de la LCP. Lo anterior no obsta a la existencia de inhabilidades para suscribir contratos de suministro y prestación de servicios con el Estado derivadas de otras situaciones jurídicas que el legislador ha tenido en consideración para salvaguardar los intereses públicos, tales como la existencia de condenas por prácticas antisindicales o vulneración a los derechos fundamentales del trabajador³⁹, por delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo o cohecho⁴⁰, o por delitos contra la libre competencia⁴¹, o las inhabilidades destinadas a prevenir conflictos de intereses⁴².

El principio de libre concurrencia supone, además, que la Administración podrá acceder a más y mejores ofertas en la medida que exista una mayor cantidad de potenciales oferentes, según se infiere del artículo 7° de la LCP que indica que en las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento, y que, además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento. En este sentido, resulta interesante un caso sometido a conocimiento de la Contraloría General de la República, en que se validó la presentación de dos ofertas correspondientes a distintas facultades de la Universidad de Chile en aras del efecto positivo derivado de la libre concurrencia⁴³.

³⁸ CGR Dictamen N°29.065-2018.

³⁹ LCP, artículo 4° inciso primero, en relación con el artículo 485 del Código del Trabajo.

⁴⁰ Ley N°20.393, artículo 8 N°2 y artículo 10.

⁴¹ D.F.L. N°1 de 2004 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N°211 de 1973, que Fija normas para la defensa de la libre competencia, artículo 26 letra d.

⁴² LCP, artículo 4° incisos sexto y séptimo.

⁴³ CGR Dictamen N°12.142-2019.

C. Principio de Igualdad de los oferentes. Al igual que en el principio de libre concurrencia, el principio de igualdad de los oferentes fluye, primeramente, del artículo 19 N°2 y N°22 de la CPR, y luego ha sido consagrado en el artículo 9° de la LOCBGAE, el que dispone que el procedimiento concursal se regirá, entre otros, por el principio de igualdad ante las bases que rigen el contrato. Luego, el artículo 6° de la LCP, en cuanto a las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros, establece que dichas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, y, en el mismo sentido, el artículo 20 del RLCP previene que dichas condiciones no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos, como asimismo, deberán proporcionar la máxima información a los proveedores, contemplar tiempos oportunos para todas las etapas de la licitación y evitarán hacer exigencias meramente formales.

El Mensaje presidencial que dio inicio a la tramitación de la LCP se refirió al principio de igualdad de los oferentes, reconociendo que, frente a diferentes sujetos que se encuentren en idénticos supuestos de hecho, incluidos los requisitos para poder contratar, la Administración no puede discriminar en razón de ninguno de ellos, así como tampoco puede asignar a un sujeto particular como único mecanismo de contratación. En síntesis, agrega, el principio exige que desde el comienzo del procedimiento de licitación hasta la formalización del contrato, todos los oferentes se encuentran en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas⁴⁴. Luego, enlaza el principio de igualdad de los oferentes con el principio de estricta sujeción a las bases, considerando, en nuestra opinión, que le da a este último un carácter instrumental para garantizar el primero, puesto que, siendo públicamente conocidos los requisitos y condiciones de contratación, es posible verificar que no exista un trato preferencial o perjudicial a un oferente en relación con los demás.

El principio de igualdad de los oferentes, en síntesis, obliga a la Administración a establecer condiciones de contratación que afecten por igual a todos ellos, sin imponer cargas más gravosas a ninguno en particular, así como tampoco puede beneficiar discrecionalmente a un oferente en perjuicio de los demás. Así lo ha entendido la CGR, resolviendo que el principio de igualdad de los oferentes “se deben traducir en el establecimiento de condiciones impersonales, formuladas en términos tales que permitan ser evaluadas sobre la base de

⁴⁴ Historia de la Ley N°19.886, p. 13.

criterios objetivos de aplicación general y vinculantes del mismo modo para todos los oponentes”⁴⁵.

D. Principio de formalismo. Una de las aristas de la actuación de la Administración que quedan sometidas al principio de legalidad referido anteriormente, es la forma en que ésta debe materializar el ejercicio de sus atribuciones. El Mensaje presidencial que dio origen a la LCP hablaba de la existencia del principio de formalismo, entendiendo que éste se deriva directamente del principio de legalidad, y se manifiesta en que las actuaciones de la Administración deben someterse a los procedimientos y sancionarse mediante los actos administrativos que la ley establezca, para que ellos gocen de validez⁴⁶.

Este principio de formalismo, en el caso de los procedimientos de compras públicas, se traduce en que cada uno de ellos cuenta con requisitos específicos para su desarrollo, con un orden consecutivo legal a seguir y plazos que deben ser respetados, tanto por la Administración como por los particulares que intervienen en ellos, los que han sido descritos tanto en la LCP como en su Reglamento.

Como se dijo previamente, la LCP establece diversos procedimientos especiales, en los términos del artículo 1° de la LBPA, y cuenta con su propia sucesión de actos trámite destinados a la obtención de un acto administrativo terminado de contenido específico, esto es, la aprobación de un contrato de suministro de bienes o prestación de servicios, en el lenguaje del artículo 18 del mismo cuerpo legal. Es un procedimiento reglado, que no puede ser alterado por la autoridad administrativa en su orden consecutivo, ni siquiera en aquellos casos en que ésta puede dictar un acto discrecional, puesto que la discrecionalidad no alcanza a las normas de procedimiento⁴⁷. El desarrollo de los procedimientos licitatorios, particularmente, cuenta con plazos definidos por la ley para la presentación de las ofertas, atendiendo el tipo de contratación y los montos involucrados⁴⁸, en un esfuerzo por aplicar un criterio de proporcionalidad entre la complejidad de las ofertas y el tiempo para prepararlas, en beneficio de los potenciales oferentes y en resguardo del principio de libre concurrencia.

Como en todo acto administrativo, en cuanto a la sanción de la voluntad contractual de la Administración, la CGR ha dictaminado que los contratos que suscriba la Administración

⁴⁵ CGR Dictamen N°72.044-2016. En el mismo sentido, Dictamen N°10.858-2014.

⁴⁶ Historia de la Ley N°19.886, p. 12.

⁴⁷ MORAGA K., Claudio (2010). P. 158.

⁴⁸ El artículo 25 del RLCP otorga cierto margen de discrecionalidad a la Administración cuando se trata de bienes o servicios de simple y objetiva especificación, pero en todo caso, establece rangos inamovibles para el ejercicio de dicha discrecionalidad.

con los particulares para la adquisición de bienes y servicios deben ser aprobados mediante acto administrativo dictado al efecto y totalmente tramitado antes de su ejecución⁴⁹⁵⁰.

El principio de formalismo descrito parece colisionar con el principio de no formalización contenido en el artículo 13 de la LBPA. En este sentido, debe entenderse que las formalidades que se exijan respecto de las actuaciones de los particulares en el marco del procedimiento de contratación deben ser solo aquellas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado, tanto en resguardo de la propia Administración como precaviendo el principio de igualdad de los oferentes anteriormente descrito⁵¹. Ejemplo de ello es lo dispuesto en el artículo 40 del RLCP, que permite dilucidar con claridad hasta qué punto es admisible algún grado de flexibilización del formalismo, teniendo siempre en cuenta que la Administración debe propender a la libre concurrencia de los oferentes y a la satisfacción eficiente del interés público, pero sin dejar de atender al principio de estricta sujeción a las bases y el de igualdad de los oferentes.

Al respecto, la CGR ha sostenido lo siguiente:

El principio de libre concurrencia de los participantes consagrado en el inciso segundo del artículo 9° de la ley N°18.575, así como en los artículos 4° y 6° de la ley N°19.886, tiene como finalidad que se consideren las propuestas de todos los oferentes, evitando que por errores sin trascendencia y no esenciales queden fuera del concurso, ya que mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurran a una licitación, mayor es el ámbito de acción de la Administración para elegir la propuesta más satisfactoria al interés público, en la medida que no se transgredan los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los licitantes [...] Asimismo, acorde a lo preceptuado en el artículo 13 de la ley N°19.880 y a la jurisprudencia administrativa -a través de los dictámenes N°s. 62.483, de 2004, 72.362, de 2014 y 1.284, de 2015, de este origen- la inobservancia de las formalidades producirá la ineficacia de la propuesta de un oferente solo en la medida en que se constate que realmente la omisión tipificada cause desmedro a los derechos del Estado, reste transparencia al proceso o rompa el principio de igualdad de los licitantes en forma que la conducta infractora privilegie a

⁴⁹ CGR Dictamen N°13.695-2018.

⁵⁰ La total tramitación del acto administrativo respectivo quedará supeditada al control preventivo de legalidad que realiza la Contraloría General de la República, en los términos establecidos por la Resolución N°7 de 2019 de dicho organismo de control, en concordancia con la Resolución N°8 de 2019. En caso contrario, procederán los controles de reemplazo a posteriori descritos en dichas normas.

⁵¹ MORAGA K., Claudio (2010). P. 165.

uno de ellos en perjuicio de los demás, esto es, signifique una ventaja indebida a su favor⁵².

E. Principio de preeminencia de la Administración. El principio de preeminencia de la Administración en el marco de las contrataciones públicas regidas por la LCP es un presupuesto básico de la regulación. El Ejecutivo se refirió expresamente a este principio al enunciar que “La Administración, cuando contrata, no se encuentra en una situación de igualdad frente a su contratante. Mientras éste satisface su interés particular, la administración satisface el interés general⁵³”, pero el espíritu que orienta la regulación quedó consignado al inicio del Mensaje Presidencial, al razonar que:

Supuesto que la Administración del Estado es un complejo orgánico, revestido de potestades públicas para el logro de sus fines que son también públicos, la cuestión que se plantea es: en qué medida puede usarse de la actividad contractual para la consecución de los fines públicos. La actuación formalizada de la administración pública no sólo se realiza mediante la emisión de actos unilaterales, como son los reglamentos y los actos administrativos en general, sino también a través de acciones concertadas con otros sujetos de derecho. Al igual que los sujetos privados, la Administración celebra habitualmente convenios o contratos⁵⁴.

De estas palabras podemos entender que la intención de regular la contratación pública de bienes y servicios en una ley de bases parte del supuesto que la Administración, al relacionarse con los particulares mediante la celebración de contratos para el suministro de bienes y prestación de servicios de los que no puede proveerse a sí misma, lo hace desde una posición de preeminencia que deriva del ejercicio de potestades públicas que le otorga el ordenamiento, y que dichas potestades le han sido conferidas con el objetivo de asegurar la continuidad del funcionamiento de los servicios públicos y satisfacer el interés público⁵⁵, sea cual fuere la forma en que éste se manifieste. Si bien la Administración necesita de la colaboración de aquellos particulares que pueden suministrarle los bienes y prestarle los servicios necesarios para su funcionamiento o para la satisfacción de las necesidades públicas, y a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil, esta relación contractual supone

⁵² CGR Dictamen N°67.946-2016.

⁵³ Historia de la Ley N°19.886. P. 14.

⁵⁴ Historia de la Ley N°19.886. P. 4.

⁵⁵ MUÑOZ CHIU, Natalia (2004). Contratación Administrativa. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°12, P. 15.

la existencia de dos partes cuyas posiciones son desiguales, y esa desigualdad se justifica en que los fines que persigue una no son de su solo interés, sino que actúa como garante del interés de la ciudadanía toda y utilizando recursos que también son de origen público. Así, la preeminencia de la Administración no solo se funda en el inherente ejercicio de la función pública, sino que es una desigualdad que el ordenamiento en su conjunto sustenta y valora.

La doctrina ha entendido que las prerrogativas de las que goza la Administración en las relaciones contractuales con los particulares, sin embargo, tienen un carácter eminentemente instrumental, por lo que su ejercicio solo tiene sentido en la medida que se orienten a la mejor satisfacción de las exigencias derivadas del interés público⁵⁶. Así, por mucho que el ordenamiento reconozca en su conjunto facultades exorbitantes a la Administración respecto de aquellas que se admiten en una relación regida enteramente por el derecho civil, ello no la autoriza a actuar indiscriminadamente, de forma arbitraria o sin un estándar de racionalidad que pueda conducir a una desnaturalización del contrato, sino que el ejercicio de estas prerrogativas debe basarse en situaciones comprobables y justificadas de acuerdo con la normativa⁵⁷, razón por la cual el particular está premunido de algunos mecanismos para protegerse de actuaciones arbitrarias en las que pudiera incurrir la Administración como cocontratante.

El principio de preeminencia de la Administración en los contratos administrativos regidos por la LCP se manifiesta en diversas prerrogativas, algunas de las cuales serán trascendentes para el principal problema en estudio en el presente trabajo, como se verá más adelante.

Teniendo en consideración principios como el de responsabilidad, impulsión de oficio, probidad e imparcialidad, ya mencionados en pasajes previos de este trabajo, la Administración cuenta con poderes de dirección, fiscalización y control en el marco de las contrataciones administrativas. Sin perjuicio que recurra a contratos con particulares para la provisión de bienes y prestaciones de servicios, en último término es la propia Administración sobre quien recae la obligación de satisfacer ciertas necesidades de carácter público⁵⁸, y los particulares cocontratantes ejercen un rol de colaboración con dicha finalidad. Por ello, resulta comprensible que la Administración ejerza mecanismos de dirección, control y fiscalización respecto de las obligaciones que asumen dichos particulares con los que se relaciona mediante contratos administrativos en general, y en este caso, aquellos regulados por la LCP.

⁵⁶ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2008). P. 197.

⁵⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2008). P. 197.

⁵⁸ MORAGA KLENNER, Claudio (2007). P. 223.

Es importante tener presente en este punto que, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de contratos administrativos, las contrataciones de bienes y servicios materia de la LCP, si bien tienen expreso reconocimiento legal (convenio marco, licitación pública o privada, trato directo, compra ágil), dicho reconocimiento se enfoca en las condiciones para su perfeccionamiento, atendiendo criterios de diversa naturaleza, y establece algunos mecanismos de aplicación general que podríamos llamar secundarios, tales como el otorgamiento de las cauciones, establecimiento de sanciones y formas de modificación, como se verá más adelante, pero no existe una regulación propiamente tal en cuanto a las obligaciones que asume el cocontratante privado y su forma de cumplimiento y otros efectos que pueden generarse durante la ejecución⁵⁹, por lo que cobra mayor importancia el ejercicio de las potestades de dirección, control y fiscalización de las que goza la Administración.

Los mecanismos de dirección, control y fiscalización van a estar previstos, en primer lugar, en el pliego de condiciones aplicable a la contratación, sean las bases de licitación o las condiciones de contratación en las contrataciones por trato directo. Comúnmente, ellos se referirán a la verificación del cumplimiento de las obligaciones principales, tales como la entrega en tiempo y forma de los bienes requeridos, o la correcta y oportuna prestación de los servicios contratados, de lo que dependerá la dictación de instrucciones al cocontratante o la determinación de la aplicación de sanciones en caso de incumplimientos, según se hubiese previsto en el pliego de condiciones respectivo. A mayor complejidad de las obligaciones, mayores debiesen ser los mecanismos de control que prevea la Administración durante la ejecución del contrato, tales como informes de avance, estados de cumplimiento, entre otros. Luego, existen otros controles que la Administración puede ejercer y que, si bien no corresponden a la obligación principal del contrato, son accesorias a ella, como la verificación del cumplimiento por parte del cocontratante del cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales con sus propios trabajadores⁶⁰, lo que puede controlarse a través de la presentación de los certificados emitidos para tal efecto por la Dirección del Trabajo, o el control de la vigencia de los instrumentos de garantía que el cocontratante hubiere otorgado para caucionar el cumplimiento de sus obligaciones⁶¹ o el anticipo que la Administración le hubiere otorgado⁶². El correlato necesario del poder de dirección, control y fiscalización que puede ejercer la Administración en las contrataciones administrativas es la potestad para

⁵⁹ MORAGA K., Claudio (2010). P. 337.

⁶⁰ LCP, artículo 4°.

⁶¹ RLCP, artículo 68.

⁶² RLCP, artículo 73.

aplicar medidas en caso de incumplimientos por parte del proveedor y que constituye parte fundamental de la discusión que inspira el presente trabajo.

Luego, el poder de modificación del contrato o *ius variandi*, en palabras de MORAGA KLENNER, se traduce en la facultad de la Administración de revisar o reacomodar ciertos elementos del contrato ya perfeccionado, en aquellos casos que el interés público lo hace necesario. Esto puede ocurrir tanto cuando la contratación ha sido concebida originalmente de forma tal que no se condice con los fines que se pretende alcanzar con ella, como cuando, a medida que se da curso a su ejecución, surgen elementos que hacen necesario reconfigurar algunas de las condiciones de ésta⁶³. Esta potestad encuentra su consagración en los artículos 13 de la LCP y 77 del RLCP, siendo este último el que desarrolla con mayor profundidad la situación de las modificaciones. Así, dispone que tanto para el caso del mutuo acuerdo entre los contratantes, como en las causales previstas en el pliego de condiciones específico de la contratación⁶⁴, la posibilidad de modificar el contrato deberá encontrarse prevista en las bases de la licitación. En tal caso, no podrá alterarse la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, así como tampoco podrá aumentarse el monto del contrato más allá de un 30% del monto originalmente pactado. Esta disposición, contenida en el inciso final del artículo 77 del RLCP, limita de forma razonable el ejercicio del *ius variandi* de la Administración y lo encausa de forma tal que evite su aplicación arbitraria, a nuestro juicio. Así, si bien la norma no regula de forma taxativa qué elementos del contrato son susceptibles de ser modificados por este mecanismo, la interpretación a la luz de las directrices referidas permite limitar de manera razonable las modificaciones admisibles. En este sentido, la CGR ha interpretado lo siguiente:

Los preceptos que dispongan la alternativa de modificar los contratos deben interpretarse en estricta armonía con las normas legales y reglamentarias que conciernen a los elementos esenciales que deben considerarse en las bases de licitación y a las reglas sustantivas inherentes a esta última, y teniendo presente que por la vía de la variación de las convenciones no puede alterarse la cabal aplicación de los principios de estricta sujeción al pliego de condiciones y de igualdad de los oferentes. En concordancia con lo expresado, es posible advertir que tanto la entidad

⁶³ MORAGA KLENNER, Claudio (2007). P. 227-228.

⁶⁴ Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 52 del RLCP, resulta procedente aplicar las normas sobre modificación de los contratos a las contrataciones directas, entendiendo que la referencia a las bases de licitación debe entenderse respecto de las condiciones de contratación previstas para este tipo de contratos.

edilicia licitante como los participantes y adjudicatarios de una propuesta pública se encuentran vinculados por las condiciones que fueron previstas en las bases respectivas, no estando facultados para modificarlas por su libre acuerdo, sino que solo en la forma establecida para ese efecto⁶⁵.

Como se dijo anteriormente, el ejercicio del *ius variandi* de la Administración no está destinado a ejercerse de forma antojadiza o caprichosa, sino exclusivamente con el objetivo de propender de manera efectiva a la satisfacción del interés público envuelto en toda contratación administrativa. Aplicar de manera distinta este poder de modificación del contrato conferido a la Administración lesionaría de forma considerable otros principios que informan la contratación pública, tales como la probidad, la transparencia, imparcialidad, entre otros⁶⁶. Esto cobra importancia adicional cuando consideramos que, en caso que el ejercicio de esta potestad exorbitante devenga en un desequilibrio económico tal que resulte en un perjuicio al cocontratante privado, puede hacer procedente el pago de indemnizaciones o compensaciones en su beneficio⁶⁷.

Finalmente, podemos reconocer a la Administración una potestad extintiva respecto de los contratos que suscribe con particulares para el suministro de bienes y prestación de servicios. Esta potestad deriva, al igual que en el caso anterior, de lo dispuesto en los artículos 13 de la LCP y 77 del RLCP, y se traduce en que, salvo en la hipótesis de la resciliación o mutuo acuerdo prevista en ambos artículos, la Administración puede disponer de manera unilateral la terminación anticipada de los contratos ante el acaecimiento de circunstancias que frustren la consecución de los objetivos que motivaron la contratación. Esta potestad extintiva podrá ejercerse por motivos que son imputables al cocontratante, como en el caso del incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por éste, su estado de notoria insolvencia o por la persistencia de saldos insolutos por concepto de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales o anteriores empleados, lo que se justifica en que todas ellas arriesgan los intereses y el patrimonio de la Administración, desequilibrando económicamente la posición de ésta y exponiéndola a incurrir en mayores gastos de aquellos que se tuvieron en consideración al momento de perfeccionar la voluntad contractual. Pero además, la regulación prevé la facultad de terminar unilateral y anticipadamente las

⁶⁵ CGR Dictamen N°470-2016.

⁶⁶ MORAGA KLENNER, Claudio (2007). P. 233.

⁶⁷ Su procedencia y evaluación serán determinadas por los tribunales ordinarios de justicia, por exceder las atribuciones de la CGR y las competencias del TCP.

contrataciones por exigirlo el interés público o la seguridad nacional, caso que puede entenderse asimilable al caso fortuito o fuerza mayor descritos en el artículo 45 del Código Civil y en los que, evidentemente, no interviene en modo alguno la voluntad del particular cocontratante⁶⁸.

No podemos dejar de referirnos, a propósito de las potestades exorbitantes recién descritas, a la cuestión relativa a la interpretación de los contratos administrativos que regula la LCP. Sin desconocer que las facultades interpretativas radican legalmente en la CGR con un carácter vinculante de efectos generales, o en último término, en los tribunales de justicia con un carácter relativo, la Administración, como parte contratante, ejerce en la práctica una interpretación unilateral del contrato, la que se impone al cocontratante particular, que genera consecuencias jurídicas a través de resoluciones investidas de la presunción de legalidad, imperio y exigibilidad que se reconocen a todos los actos jurídicos⁶⁹, y que se manifiestan al ejercerse cualquiera de las prerrogativas previamente reseñadas. Esta interpretación unilateral, sin embargo, queda ciertamente restringida a lo que dicte el interés público y los diversos principios que lo resguardan en el ordenamiento, o en palabras de RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “el interés público interviene como criterio autónomo de interpretación, porque, como es lógico, si la razón de ser de los contratos públicos se encuentra en la satisfacción del interés público, el principal criterio de interpretación será precisamente el de ‘interés público’”⁷⁰. En este sentido, y sea que la Administración despliegue su preeminencia a través de las potestades de dirección, control y fiscalización, del *ius variandi*, de la potestad sancionadora o extintiva, todo ello tendrá como ejercicio previo la interpretación que ésta realice de las circunstancias que rodean la ejecución del contrato a la luz del mejor resguardo del interés público.

F. Principio de legalidad del gasto. A propósito del principio de legalidad que consagra la CPR, en materia de compras públicas resulta atingente el concepto de legalidad del gasto público. Su origen se encuentra en el artículo 100 de la CPR, el que dispone que las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice

⁶⁸ CGR, Dictámenes N°6.854 y 9.913, ambos de 2020. Si bien se prevén mecanismos para la conservación de los contratos de suministro y prestación de servicios, se considera plenamente procedente la terminación anticipada y unilateral por la Administración por causa del estado de excepción constitucional y medidas de confinamiento decretadas por la autoridad sanitaria a raíz de la pandemia por la COVID-19.

⁶⁹ LBPA, artículo 3° inciso final.

⁷⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2008). P. 208.

aquel gasto, y que los pagos se efectuarán considerando, además, el orden cronológico establecido en ella y previa refrendación presupuestaria del documento que ordene el pago. Ello se refuerza, además, con lo establecido en el artículo 99 de la CPR, el que, a propósito del trámite de toma de razón que lleva a cabo la CGR como forma de controlar la legalidad de los actos de la Administración, prescribe que en ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara (de Diputados y Diputadas), por lo que la facultad de insistencia de la que goza el Presidente de la República tiene como límite la legalidad del gasto, en aquellos casos en que la CGR represente decretos de esta naturaleza. Luego, el inciso primero del artículo 5° de la LOCBGAE dispone que “Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.

El Decreto Ley N°1.263 de 1975 de Administración Financiera del Estado se refiere en su Título V al Sistema de Control Financiero y, en lo que nos importa, establece en el artículo 52 que corresponderá a la CGR, en cuanto al control financiero del Estado, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que dicen relación con la administración de los recursos del Estado y efectuar auditorías para verificar la recaudación, percepción e inversión de sus ingresos y de las entradas propias de los servicios públicos. Este mandato debe entenderse, sin embargo, a la luz de lo dispuesto en el artículo 21B de la Ley Orgánica Constitucional de la CGR, que prescribe que la Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas. Finalmente, el artículo 56 del mismo cuerpo normativo instruye que todo pago de fondos públicos que se efectúe con cargo al Presupuesto o a leyes especiales, se hará por medio de decreto supremo o, cuando una ley expresamente lo autorice, por resolución, girado contra las respectivas Tesorerías y expedido, ya directamente a la orden del acreedor o de un empleado pagador, y que los decretos o resoluciones de pago deberán precisamente indicar el ítem del Presupuesto o la ley especial a que deben imputarse.

Así, el principio de legalidad al que ya nos hemos referido previamente se desarrolla bajo esta vertiente de legalidad del gasto público, en el sentido que la Administración solo pueden efectuar aquellos desembolsos que estén autorizados por ley, de modo tal que los recursos asignados en sus respectivos presupuestos deben ser empleados con sujeción a las normas legales que regulan su inversión, destinándolos al cumplimiento y desarrollo de las funciones y actividades que el ordenamiento jurídico ha radicado en cada organismo. Este

imperativo, además, es controlado en su legalidad a través de las facultades entregadas por el ordenamiento a la CGR, por lo que, más allá de un principio orientador, es una obligación ineludible para la Administración.

A raíz de las funciones de control financiero que ejerce el ente contralor, éste ha desarrollado el principio de legalidad del gasto público a través de su jurisprudencia administrativa, interpretando como sigue un asunto sometido a su conocimiento:

Se debe recordar que, atendido el carácter público de los recursos de la especie, estos se encuentran regidos por el principio de legalidad del gasto, el cual autoriza únicamente a hacer desembolsos en los casos expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico y obliga a interpretar las normas de administración financiera en forma estricta, tal como lo han señalado, entre otros, los dictámenes N°15.010 y 50.611, ambos de 2009, N°14.880, de 2010, y N°67.450, de 2012, de este origen. En la especie, ello implica que la regulación analizada solo permite solventar con estos caudales las mermas que se generen por la disparidad entre los valores de compra y de venta de trigo; los gastos directos, inherentes o asociados a la gestión y operación del Programa de Compra de Trigo y los egresos ocasionados por la utilización de herramientas que cubran el riesgo de precio asociado a las transacciones efectuadas con pequeños agricultores. [...] Como es posible advertir, las transacciones descritas no dicen relación con las actividades previstas en las precitadas glosas 10 y 12, ni en los convenios aprobados por las resoluciones N°s. 7 y 60, de 2012, ambas del Ministerio de Agricultura, sino que se refieren a la administración de los recursos propios de COTRISA, razón por la cual cabe concluir que no resulta procedente que ellas sean rendidas con cargo a las transferencias efectuadas por la antedicha Secretaría de Estado⁷¹.

Asimismo, y respecto de la limitación a actuar dentro del presupuesto legalmente aprobado, ha indicado lo siguiente:

Las actualizaciones que se efectúen al citado presupuesto deben considerar las modificaciones que, a su vez, determine la autoridad competente respecto de las asignaciones de transferencias establecidas en la ley de Presupuestos del Sector Público año 2017, que afecten directamente las estimaciones de los ingresos presupuestarios por parte de las Entidades de Educación Superior beneficiarias -por

⁷¹ CGR Dictamen N°60.159-2013.

ejemplo- del Aporte Fiscal Directo, Aporte Fiscal Indirecto, becas, gratuidad, subsidios, entre otras, todo ello con la finalidad de mantener la debida consistencia entre los ordenamientos presupuestarios del organismo otorgante y la institución receptora, respectivamente. En relación a lo anterior, las entidades deberán gestionar oportunamente las modificaciones al presupuesto vigente, con el propósito de prevenir una ejecución por sobre el presupuesto aprobado, específicamente en algún subtítulo, ítem o asignación del gasto”⁷².

En el mismo sentido, ha resuelto lo que a continuación se indica:

Los servicios públicos deben actuar con estricta sujeción a las atribuciones que la ley les confiere, y en particular, en el orden financiero, sus recursos deben utilizarse en el cumplimiento de sus funciones, acorde con el principio de la legalidad del gasto consagrado en los artículos 6°, 7° y 100 de la Constitución Política, 56 de la ley N°10.336, 2° de la ley N°18.575 y el antedicho del decreto ley N°1.263 (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 33.521, 2006 y 70.037, de 2011, entre otros). Como se puede apreciar de lo expuesto, los recursos provenientes de la ley N° 13.196, constituyen ingresos vinculados a una finalidad específica, esto es, la adquisición y mantención del potencial bélico nacional, sin que puedan destinarse a gastos en personal y otros que deban figurar en la Ley de Presupuestos. Por consiguiente, su aplicación debe ser de manera estricta al objeto de su existencia. En consecuencia, en la medida que las adquisiciones vinculadas a los contratos de confirming celebrados estén directamente relacionadas a las finalidades a que alude la ley N°13.196 y el apuntado reglamento complementario, no se advierten inconvenientes para que, en ese contexto, el financiamiento de los egresos derivados de tales convenciones pueda provenir de los recursos a que se refiere, y en el modo que los regula, esa normativa”⁷³.

El principio de legalidad del gasto público, en nuestra opinión, se relaciona estrechamente con el sistema de compras públicas regido por la LCP. Primeramente, porque como es lógico, la adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración requiere la disponibilidad de los recursos necesarios para pagar por ellos, los que serán asignados a cada repartición a través de la Ley de Presupuesto del año que corresponda; en el caso de las municipalidades, el presupuesto será aquel que apruebe el Alcalde previo acuerdo del Concejo Municipal. Luego, y de manera específica, porque el RLCP establece, en su artículo 3°, que

⁷² CGR Dictamen N°94.446-2016.

⁷³ CGR Dictamen N°16.854-2019.

“Las entidades deberán contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras y al Reglamento”. Así, la legalidad de los contratos de suministro y prestación de servicios que nos interesan y su ejecución están condicionados, previamente, por la estricta observancia a este subprincipio de legalidad en el gasto público.

III. Ejecución de los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

Como se indicó inicialmente, la LCP y su reglamento regulan con detalle los procedimientos especiales destinados a la formación del consentimiento de la Administración para perfeccionar una contratación de bienes o servicios. Así, una vez que la contratación se encuentra formalizada, la normativa no regula con la misma intensidad la etapa de ejecución de las contrataciones, la que queda sujeta a las disposiciones contenidas en las bases de las licitaciones de convenios marco, licitaciones públicas o privadas y a las condiciones de contratación que pudieren establecerse para las contrataciones directas, así como en los contratos suscritos entre la Administración y el cocontratante privado, según corresponda.

En este sentido, cobra especial relevancia la regla de supletoriedad contenida en el artículo 1° de la LCP, que dispone que a los contratos que celebre la Administración para el suministro de bienes o la prestación de servicios se les aplicarán, supletoriamente, las normas de derecho público, y en defecto de aquellas, las normas de derecho privado.

1. Efectos derivados del incumplimiento contractual del proveedor

El artículo 79 ter del RLCP establece que, en caso de incumplimiento por parte de los proveedores de una o más obligaciones establecidas en las bases y en el contrato, la Entidad podrá aplicar multas, cobrar la garantía de fiel cumplimiento, terminar anticipadamente el contrato o adoptar otras medidas que se determinen, las que deberán encontrarse previamente establecidas en las bases y en el contrato. Con todo, continúa, las medidas que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento. Si la medida a aplicar consistiere en el cobro de multas, las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo para su aplicación. Asimismo, prescribe que las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de las medidas establecidas para los casos de incumplimientos, que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad, y que, en virtud del mencionado procedimiento siempre se deberá conceder traslado al respectivo

proveedor, a fin de que éste manifieste sus descargos en relación al eventual incumplimiento. Finalmente, dispone la norma que la medida a aplicar deberá formalizarse a través de una resolución fundada, la que deberá pronunciarse sobre los descargos presentados, si existieren, y publicarse oportunamente en el Sistema de Información, y que, en contra de dicha resolución procederán los recursos dispuesto en la Ley N°19.880, que Establece bases de los procedimientos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

Como cuestión previa, consideramos elocuente el análisis de MORAGA KLENNER respecto de las medidas aplicables por parte de la Administración en caso de incumplimientos del proveedor, entendiendo que son “el correlato necesario de sus atribuciones de control, fiscalización y dirección, puesto que de nada servirían éstas sin un instrumento de coacción efectiva que hacer valer frente al contratante privado que indebidamente incumple el contrato o afecta su fin, utilidad y objeto”⁷⁴.

La disposición previamente referida fue incorporada a la normativa recién en el año 2015, por lo que su estudio específico a nivel doctrinario es más bien acotado. Al respecto, podemos distinguir consecuencias de orden procedimental y sustantivo derivadas de su incorporación.

A nuestro juicio, resulta innegable la importancia de definir un procedimiento básico para determinar la aplicación de las medidas derivadas de los incumplimientos, puesto que hasta antes de la modificación al RLCP realizada en 2015, incluso la CGR reconocía que, a falta de la regulación de un procedimiento específico, algunas medidas podían aplicarse de manera directa por parte de la Administración⁷⁵, sin perjuicio que la resolución que aprobara su aplicación debía ser fundada. La exigencia de que las bases de licitación o los contratos, según corresponda, establezcan un procedimiento que asegure la contradictoriedad e impugnabilidad a las que tiene derecho el cocontratante particular constituye un estándar mínimo a la luz de los principios que informan las normas de orden administrativo, especialmente si consideramos la escasa injerencia de los proveedores en la determinación de las condiciones por las que se rige la ejecución del contrato administrativo que corresponda.

Sin embargo, la disposición otorga gran flexibilidad a la Administración para determinar qué medidas prever en los respectivos pliegos de condiciones, y no obstante mencionar que éstas deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento, la norma no establece

⁷⁴ MORAGA KLENNER, Claudio (2007). P. 235.

⁷⁵ CGR Dictámenes N°99.270-2014 y CGR Dictamen N°94.316-2014.

parámetros uniformes que determinen de manera efectiva dicha proporcionalidad, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la fijación de los montos de las garantías de fiel cumplimiento o los plazos de recepción de ofertas. Así, se limita a indicar que, respecto de las multas, que corresponden a una medida que admite una aplicación gradual, debe fijarse un tope máximo de aplicación, sin que ello necesariamente asegure la proporcionalidad de la aplicación para el caso concreto.

La potestad para establecer medidas que gravan al cocontratante particular incumplidor y el procedimiento a seguir para su aplicación de forma directa, vienen a reconocer lo que en doctrina se ha entendido como la autotutela de la Administración, que implica una capacidad para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, en oposición a lo que ocurre con los particulares, que deben recurrir a instancias jurisdiccionales para requerir pronunciamiento respecto de sus pretensiones, y solo en caso de obtener una sentencia favorable, pueden impetrar los mecanismos necesarios para exigir el cumplimiento⁷⁶, situación a la que nos referiremos en los siguientes capítulos de este trabajo.

Si bien la norma no hace una enumeración taxativa de las medidas que la Administración puede prever en sus pliegos de condiciones contractuales para el caso de incumplimientos del proveedor durante la ejecución de los contratos de suministro o prestación de servicios, nos referiremos en este punto solo a aquellas medidas que expresamente enuncia la disposición.

A. Ejecución de garantía de fiel cumplimiento. El artículo 11 de la LCP enuncia las distintas cauciones que la Administración puede requerir de los particulares durante el procedimiento de contratación, e indica en su inciso tercero que con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas. Luego, el artículo 72 del RLCP establece que, en caso de incumplimiento del contratista de las obligaciones que le impone el contrato o de las obligaciones laborales o sociales con sus trabajadores, en el caso de contrataciones de servicios, la entidad licitante estará facultada para hacer efectiva la garantía de cumplimiento, administrativamente y sin necesidad de requerimiento ni acción judicial o arbitral alguna, sin perjuicio de las acciones que procedan para exigir el cumplimiento forzado de lo pactado o la resolución del contrato y las

⁷⁶ HUEPE ARTIGAS, Fabián (2014). La facultad de la Administración para poner término unilateral al contrato y su impugnación. En BERMÚDEZ SOTO, Jorge (editor). Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo. Publicaciones Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. P. 105.

indemnizaciones de perjuicios que correspondan, por aquellas obligaciones incumplidas o cumplidas imperfecta o tardíamente, en los términos de la mora regulada en el derecho civil.

La historia de la LCP ofrece un antecedente interesante respecto de la finalidad de las garantías, particularmente aquella exigida para garantizar el fiel y oportuno cumplimiento de las obligaciones. En el proyecto original presentado por el Ejecutivo el 27 de octubre de 1999, el artículo 10 consideraba en líneas generales una redacción similar a la del actual artículo 11, pero especificaba lo siguiente:

Con cargo a ella se harán efectivas las multas y otras sanciones que afectaren al contratista, por atrasos o incumplimiento del contrato. Además, en los contratos de suministro, la caución responderá de la existencia de vicios o defectos en los bienes suministrados, durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato” (el destacado es nuestro).

Además, se contemplaba un artículo 13 que establecía que, en caso de quiebra del contratante, la Administración podrá, igualmente, ejecutar las cauciones que éste hubiera rendido, actuando el síndico como depositario en estas ejecuciones, que la administración tendría el privilegio indicado en el N°9 del artículo 2472 del CC, sobre los créditos originados en las obligaciones y multas pactadas, hasta concurrencia del importe de la caución rendida; que el saldo, si lo hubiere, sería valista, y que las cauciones entregadas a la Administración serían inembargables y no podrían ser objeto de medida precautoria alguna, siendo todas estas normas aplicables a todos los contratos que celebre la Administración⁷⁷. En nuestro concepto, la redacción de dichas disposiciones habría permitido delimitar de forma bastante precisa la finalidad de las garantías de fiel cumplimiento, y de las prerrogativas de las que gozarían las instituciones respecto de su cobro. Sin embargo, y no obstante que el proyecto en general fue aprobado por unanimidad en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados y Diputadas, el 03 de mayo de 2001 el Ejecutivo formuló una indicación y sustituyó íntegramente el texto propuesto en el mensaje⁷⁸, y entre otras modificaciones, eliminó el texto destacado en el primitivo artículo 10, y eliminó la disposición contenida en el artículo 13 original, dejando una norma amplia y relativamente abierta en cuanto a su interpretación.

En efecto, de la sola redacción de las disposiciones citadas en este apartado, llama la atención que el cobro de la garantía de fiel cumplimiento pareciera ser procedente ante

⁷⁷ Historia de la Ley N°19.885, p. 25.

⁷⁸ Historia de la Ley N°19.886, p. 56.

cualquier tipo de incumplimiento del proveedor. Así, y a diferencia de lo que se verá más adelante respecto a la aplicación de multas y al término anticipado de la contratación, en el presente caso las normas no exigen definir de manera previa y específica qué incumplimientos harán procedente la ejecución del instrumento de garantía que el proveedor hubiere presentado, así como tampoco se exige la dictación de un acto administrativo debidamente motivado que autorice el cobro de la garantía respectiva. Ello generaría, a nuestro juicio, problemas a la certeza jurídica que debe asistirle al cocontratante particular que se obliga con la Administración, puesto que no hay un parámetro normativo que guíe la proporcionalidad del gravamen en relación con la cuantía o la magnitud del incumplimiento. Por ello, la procedencia del cobro de la garantía de fiel cumplimiento ha debido complementarse con la jurisprudencia administrativa en orden a delinear el ámbito de aplicación con mayor claridad.

En primer término, y respecto a las hipótesis que hacen procedente el cobro de la caución otorgada por el proveedor, debe reafirmarse que éste procede solamente ante la concurrencia de incumplimientos a las obligaciones que emanan del contrato. Así, no procede la ejecución del instrumento de garantía de fiel cumplimiento por verse afectado el proveedor por inhabilidades sobrevinientes⁷⁹ ni, como se indicó en el apartado anterior, tampoco procede su utilización para pagar deudas que el proveedor tuviere con sus subcontratistas⁸⁰, puesto que, si bien son situaciones que se relacionan con el contrato administrativo, ellas no constituyen incumplimientos a las obligaciones contraídas por el particular con la institución. Distinto es el caso de las deudas que el proveedor tuviere con sus propios trabajadores, pues en este caso, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la LCP y en el artículo 68 del RLCP, las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores del cocontratante particular sí quedan comprendidas en la caución del fiel cumplimiento⁸¹.

Luego, en cuanto a la naturaleza de la garantía de fiel cumplimiento, la CGR ha resuelto como se indica:

Está concebida como un documento representativo de dinero que habilita para percibir directamente la cantidad expresada y su naturaleza jurídica corresponde a una caución, ya que su finalidad es asegurar el cumplimiento de una obligación principal a la que accede (aplica criterio contenido en dictámenes Nos 26.632, de 1997 y 12.541, de 2010), siendo deber de la autoridad efectuar el cobro de los documentos respectivos

⁷⁹ CGR Dictamen N°41.958-2010

⁸⁰ CGR Dictamen N°85.895-2016.

⁸¹ CGR Dictámenes N°8.795-2015 y N°20.258-2018.

en aquellos casos en que el contratista transgreda los instrumentos normativos que regulan el proceso de licitación y la ejecución posterior del contrato [...] en los casos específicos en estudio se configuran los supuestos que fundamentan tanto la aplicación de multas -pues los bienes no se entregaron dentro de los plazos acordados-, como también el cobro de la garantía de fiel cumplimiento -toda vez que se puso término anticipado a los contratos por causa imputable al proveedor-, medidas cuya aplicación conjunta se contempla expresamente en los puntos 4.11 y 4.13 de las bases administrativas y en las cláusulas séptimas a décima de los contratos suscritos por la recurrente⁸².

Asimismo, ha dicho posteriormente lo siguiente:

En el caso en estudio, se configuran los supuestos que fundamentan tanto la aplicación de multas -pues los servicios no se entregaron dentro de los plazos acordados-, como también el cobro de la garantía de fiel cumplimiento -toda vez que se puso término anticipado al acuerdo de voluntades por causa imputable al proveedor-, por aplicación de una causal que así lo dispone. Lo anterior no constituye un doble cobro con el mismo fundamento -y, por ende, tampoco un enriquecimiento sin causa de la solicitante-, como parece entenderlo la empresa, por cuanto dichas medidas se fundan en hipótesis diferentes, previstas en las bases de licitación y en la convención a que aquél dio origen, esto es, por una parte, el hecho de haber incurrido en incumplimientos que originan multas y, por otra, la circunstancia de reincidir en tales infracciones en un número y durante un lapso contemplados en ambos instrumentos como causal de terminación anticipada del convenio, lo que obliga a la autoridad a ordenar lo pertinente para hacer efectivas todas las consecuencias de ambas, esto es, la imposición y cobro de las multas y el cese del contrato y cobro de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento de éste. En ese contexto, es menester anotar que la jurisprudencia a que se alude en la consulta -de la cual se desprende que es necesario que esté previsto en las condiciones del concurso la posibilidad del cobro conjunto de las multas y la garantía antes mencionada-, no resulta aplicable en la especie, pues ella se refiere a aquellos casos en que una misma infracción, a saber, el retardo en la entrega de los bienes adquiridos, da lugar a ambos efectos dependiendo de la extensión de la demora, situación distinta a la que ahora se analiza. En consecuencia, de conformidad con lo expuesto precedentemente, esta Contraloría no advierte irregularidad en el cobro de

⁸² CGR Dictamen N°65.248-2011.

las garantías de fiel y oportuno cumplimiento de los contratos y en la aplicación de las multas por atrasos, correspondiendo, en todo caso, a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre las controversias que puedan originarse entre las partes relacionadas con los montos a que asciendan las mismas o al de los perjuicios que se hayan ocasionado⁸³.

De lo anterior se desprende que el monto de dinero que representa la garantía de fiel cumplimiento está destinado a solventar aquellos gastos que implique el incumplimiento de las obligaciones del proveedor, precaviendo que la Administración no asuma con su patrimonio el mayor gasto que pudiera irrogar dicho incumplimiento, y sin perjuicio de las indemnizaciones que pudieren proceder y que deben determinarse, en todo caso, por la vía judicial.

Finalmente, y teniendo en cuenta que el monto de la garantía de fiel cumplimiento viene regulado por los parámetros previstos en el artículo 68 del RLCP y que, por tanto, puede haber diferencias entre su valor y el costo a solventar por causa del incumplimiento, la CGR ha hecho la siguiente prevención:

En el contexto reseñado, teniendo presente que las cauciones de que se trata tenían por objeto garantizar, entre otros aspectos, las reparaciones que fueren necesario realizar a las obras con posterioridad a su recepción y que, en la especie, no consta que tales labores hayan sido asumidas por la contratista, esta Sede de Control no advierte reproche que formular en torno al cobro de los documentos aludidos. [...] A continuación, en lo que concierne a la desproporcionalidad de la medida adoptada a que alude el interesado, cumple con manifestar que esa Dirección deberá tener en cuenta, en armonía con los principios de proporcionalidad, razonabilidad y buena fe que han de inspirar las actuaciones de los órganos de la Administración, que el cobro de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, en los casos que corresponda, no puede exceder del monto en que se cuantifique el incumplimiento de las obligaciones y de las multas que se hayan impuesto y que no se encuentren solucionadas, por lo que, salvo que se disponga algo diferente en la regulación respectiva, se debe restituir al contratista el saldo que eventualmente obre en su favor, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa de la repartición contratante (aplica criterio contenido en los dictámenes N°s. 64.670, de 2014 y 55.318, de 2015, de este origen)⁸⁴.

⁸³ CGR Dictamen N°69.523-2013.

⁸⁴ CGR Dictamen N°67.918-2015.

B. Terminación anticipada de la contratación. El artículo 13 de la LCP dispone que los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas: a) La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes; b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante; c) El estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato; d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional; e) Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato, que dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes, y que las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas. El artículo 77 del RLCP contiene una regulación análoga, agregando como causales que habilitan la modificación o término anticipado el registrar el proveedor saldos insolutos o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años, a la mitad del periodo de ejecución del contrato, con un máximo de seis meses, y las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o el contrato. La referida norma reglamentaria establece, además, las condiciones aplicables a la modificación de los contratos a las que ya nos referimos en pasajes anteriores de este trabajo, por lo que no consideramos necesario volver sobre ellas en este punto. Adicionalmente, se reitera en el artículo 78 del RLCP lo relativo al establecimiento de indemnizaciones y compensaciones para los casos especiales de término anticipado previstos en las bases o en el contrato, y en el artículo 79 del RLCP se agrega a la obligación de disponer la terminación anticipada mediante acto administrativo fundado, la de publicar en el Sistema de Información de Mercado Público dichas resoluciones. Al respecto, podemos ilustrar a través de la jurisprudencia administrativa algunas características de esta institución.

La terminación anticipada de los contratos de suministro de bienes y prestación de servicios es una potestad entregada exclusivamente a la Administración, como una manifestación de las potestades exorbitantes que el ordenamiento le reconoce, según se ha expuesto en apartados previos del presente trabajo. Así, la CGR ha dictaminado lo siguiente:

La normativa aplicable en la especie no contempla la posibilidad de que los contratistas pongan término unilateral a los convenios que celebren con la Administración, toda vez que dicha medida está contemplada en el artículo 13 de la ley N° 19.886 como una facultad de la Administración, tal como señala el título del párrafo 3 del mencionado cuerpo legal, en el que se ubica dicha norma. Lo contrario, supondría que los

proveedores pudieran terminar unilateralmente el contrato por interés público o seguridad nacional, calificación que está entregada al Estado y no a los particulares⁸⁵.

No obstante lo anterior, el ejercicio de esta potestad no puede en caso alguno entenderse desde la arbitrariedad, sino que supone siempre la existencia de una motivación jurídicamente válida para su procedencia: así, la CGR representó una resolución debido a que:

La facultad del Fondo Nacional de Salud, FONASA, de poner término anticipado al contrato, en forma unilateral y sin expresión de causa, que se establece en la cláusula quinta del contrato, no se ajusta a lo previsto en los artículos 13 de la ley N° 19.886 y 77 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, en orden a que la resolución que dispone esa medida deberá ser siempre fundada⁸⁶.

En cuanto a las causales que hacen procedente la terminación anticipada y administrativa de los contratos, éstas deben estar previstas en las bases de licitación o en las condiciones de la contratación, según corresponda. En este sentido, la CGR ha observado lo siguiente:

Atendido los principios de certeza y seguridad jurídica, resulta necesario que se identifiquen, aunque sea a modo ejemplar, qué tipo de conductas serán consideradas como incumplimiento grave de las obligaciones del contrato que podrán originar su término anticipado, lo que se ha omitido indicar en la cláusula vigésima primera del convenio y en el N° 22 de las bases administrativas. Asimismo, se hace presente que esa medida también se puede adoptar en los demás supuestos previstos en el artículo 13 de la ley N° 19.886 y en el artículo 77 del decreto N° 250, de 2004, antes aludido⁸⁷.

Aplicando el mismo criterio, ha dictaminado que “Atendido el principio de certeza y seguridad jurídica, no corresponde lo señalado en la letra v), de igual apartado, en orden a que si el contratista incumple cualquiera de las obligaciones contraídas se dará lugar al término anticipado del contrato”⁸⁸. Ahora bien, y sin perjuicio de la norma contenida en el numeral 6 del artículo 77 del RLCP, que permite a las instituciones incluir causales adicionales para terminar anticipada y administrativamente los contratos, ello no obsta a que aquellas que la normativa prevé son irrenunciables, existiendo pronunciamientos que recuerdan que las

⁸⁵ CGR Dictamen N°25.693-2019.

⁸⁶ CGR Dictamen N°100.011-2014.

⁸⁷ CGR Dictamen N°34.314-2014.

⁸⁸ CGR Dictamen N°15.899-2016.

entidades pueden terminar anticipadamente los contratos “en caso de verificarse alguna de las causales previstas en los artículos 13 de la LCP, y 77 de su reglamento contenido en el RLCP, y no solo por aquellas a que alude la cláusula sexta del referido convenio”⁸⁹.

Consideramos que los antecedentes que funden, en cada caso, la procedencia de alguna de las causales que facultan a la Administración para disponer unilateral, anticipada y administrativamente los contratos de suministro y prestación de servicios son trascendentes para definir la aplicación de otras medidas de gravamen para el proveedor, tales como la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento y el cobro de multas, puesto que no todas ellas suponen un reproche al contratista por su desempeño en la etapa de ejecución del contrato. Ello se relaciona, además, con la facultad de establecer compensaciones e indemnizaciones en los términos del artículo 78 del RLCP antes citado, atendidas las circunstancias que motivan la decisión de la Administración en orden al término anticipado de los acuerdos de voluntades celebrados con los particulares.

C. Multas. La regulación de las multas en la normativa de contratación administrativa de bienes y servicios ha tenido un tratamiento inconsistente desde la presentación del proyecto de ley original y aun en la actualidad, y es por esa razón que el presente trabajo pretende discurrir con mayor profundidad en su análisis.

El Mensaje del Ejecutivo que dio inicio al proyecto de la actual LCP se refirió, entre otras materias, a las facultades contractuales que se reconocen a la Administración en los contratos de suministro de bienes y prestación de servicios, fundadas en la representación de los intereses colectivos inherente a la actividad del Estado y sus organismos, entre las que se contaba la imposición administrativa de las multas pactadas en este tipo de contratos. Además, se consideró que, en estos casos, la configuración de la mora contractual no requiere de una reconvención judicial previa, bastando una comunicación escrita de la Administración⁹⁰.

Con esta concepción, el artículo 9° del proyecto original, referido a la garantía de seriedad de la oferta en el marco de las licitaciones, disponía en su inciso tercero que “En caso que un proponente se adjudique la licitación y desista de la celebración del contrato, la caución será cobrada a título de multa, la que podrá acumularse a las demás indemnizaciones que se determinaren judicialmente”⁹¹. Por su parte, el artículo 10 del texto propuesto, referido a la garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato, prescribía que “Con cargo a ella se harán

⁸⁹ CGR Dictamen N°25.479-2016.

⁹⁰ Historia de la Ley N°19.886, p.17.

⁹¹ Historia de la Ley N°19.886, p.24.

efectivas las multas y otras sanciones que afectaren al contratista, por atrasos o incumplimiento del contrato”. Enseguida, el artículo 13 original consideraba que los créditos originados en las obligaciones y multas pactadas en los contratos que celebre la Administración estarían comprendidos en la primera clase de créditos, en los términos del numeral 9 del artículo 2.472 del CC⁹². Finalmente, el artículo 25 del proyecto original, referido a las facultades de la Administración, establecía lo siguiente:

Dentro de los límites de la presente ley y con sujeción a los requisitos y efectos que ésta señala, los órganos y servicios de la Administración estarán facultados para interpretar los contratos administrativos que celebren, modificarlos por causa de interés público, decidir su término anticipado e imponer administrativamente las multas que establezcan las bases, sin perjuicio de lo dispuesto en el Capítulo VIII y de las facultades que, en el ejercicio de sus atribuciones, corresponden a los Tribunales de Justicia para resolver materias sometidas a su conocimiento⁹³.

Posteriormente, a través de la indicación sustitutiva ingresada por el Ejecutivo durante el primer trámite constitucional, se propone un artículo 10 que reitera lo dicho respecto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato y la posibilidad de ejecutar con cargo a ésta las multas y demás sanciones, y traslada al nuevo artículo 11 las facultades de la Administración establecidas en el texto del antiguo artículo 25. Sin embargo, durante la discusión y votación en particular del proyecto en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputadas y Diputados, el artículo 11 fue rechazado por unanimidad, y como consta en el texto actual de la LCP, las facultades de la Administración reconocidas expresamente en la normativa solo corresponden a la planificación y evaluación anual de compras y a la modificación o terminación anticipada de los contratos por las causales estudiadas en apartados previos del presente trabajo, eliminándose toda referencia a las facultades que derivan del principio de preeminencia de la Administración ya revisado.

En cuanto a la configuración reglamentaria de las multas, el texto original de 2004 del RLCP se refería a las multas a propósito del contenido mínimo de las bases en el artículo 22 N°6, permitiendo hacerlas efectivas sobre las garantías que el cocontratante particular hubiere otorgado con ocasión de las licitaciones públicas. Luego, menciona las multas en el artículo 75 a propósito del factoring, en una norma que permanece invariable y que no amerita mayor comentario. Finalmente, el texto original del RLCP contenía un artículo 106 referido a los

⁹² Historia de la ley N°19.886, p.25.

⁹³ Historia de la ley N°19.886, p.29.

criterios que la Administración debía considerar para la selección del cocontratante particular respecto de los convenios para prestación de servicios personales por personas jurídicas, entre los que se consideraban las multas u otras sanciones que se ofrezca pactar por los atrasos en que pueda incurrirse y por la falta de cumplimiento del contrato (el destacado es nuestro), otorgando cierto poder negociador a los oferentes en cuanto a proponer medidas a las que someterse en caso de incumplimientos en los que pudieren incurrir durante la vigencia de los contratos. La modificación al RLCP a través del Decreto Supremo N°1.763 de 2009 del Ministerio de Hacienda modificó el texto del numeral 6 del artículo 22, manteniendo, en lo que nos interesa, la facultad para ejecutar las cauciones para hacer efectivo el pago de las multas y sanciones. Además, sustituyó el capítulo XII referido a los convenios con personas jurídicas y, por tanto, eliminó de la regulación el artículo 106 original.

Finalmente, a partir del Decreto Supremo N°1.410 de 2015 del Ministerio de Hacienda, se incorporó el actual numeral 11 del artículo 22, que exige considerar como contenido mínimo de las bases la determinación de las medidas a aplicar en los casos de incumplimiento del proveedor y de las causales expresas en que dichas medidas deberán fundarse, así como el procedimiento para su aplicación, y se incorporó el artículo 79 ter ya citado.

Como consta del texto de la disposición en estudio, la aplicación de multas requiere que dicha medida haya sido prevista en el pliego de condiciones respectivo, ya sea en las bases de la licitación o en el contrato, a diferencia de lo que ocurre con la terminación anticipada y administrativa, que encuentra consagración legal y reglamentaria expresa respecto de las causales que la hacen procedente como medida ante incumplimientos del proveedor. Esto corresponde a lo que se ha descrito como el principio de tipicidad en materia de contratación administrativa, que exige que tanto la conducta reprochable del proveedor como la sanción aplicable ante su ocurrencia deben encontrarse previstas en sede normativa, reglamentaria, o en este caso, y previa habilitación legal, en el propio texto del contrato⁹⁴. Lo anterior ha sido reafirmado por la CGR, al prevenir en un caso lo que sigue:

De la revisión de los antecedentes acompañados, aparece que mediante su resolución exenta N° 587, de 2016, la Dirección de Vialidad impuso a la empresa una multa, invocando para ello el retraso en la entrega del servicio y por la pérdida de vuelos, sin que se acredite que la demora fue de al menos un día de retraso. Además, la segunda causal no se encuentra contemplada en el pliego de condiciones. Por tanto, en mérito

⁹⁴ MORAGA KLENNER, Claudio (2007). P.239.

de lo expuesto, no tratándose de situaciones expresamente previstas en las bases, no ha resultado procedente la aplicación de la multa cuestionada, por lo que procede que la Dirección de Vialidad adopte las medidas necesarias con miras a proceder a la devolución de los montos descontados al recurrente por concepto de dicha medida⁹⁵.

Dado que las multas están previstas para el caso de incumplimiento de las obligaciones del cocontratante particular, y no existiendo regulación especial relativa al cumplimiento de las obligaciones en la LCP ni en su reglamento, así como tampoco en otras normas del derecho público, resulta plenamente aplicable la institución de la mora como requisito previo a la aplicación de dicha medida, requiriéndose una intimación previa por parte de la Administración para constituir al proveedor en mora. En un caso concreto, la CGR razonó lo siguiente:

Para determinar la pertinencia de las medidas adoptadas por la institución policial, previamente ésta debía verificar si el contratista podía ingresar a las viviendas mencionadas, a fin de dar cumplimiento al convenio, teniendo en consideración que el término del mismo se produjo el 2 de febrero de 2015. Al respecto, la entidad policial informa en esta ocasión las fechas en que los funcionarios que residían en los departamentos aludidos gozaron de su feriado legal, por lo que estima que el acceso a esos inmuebles sí resultó posible hasta la fecha indicada. Luego, en lo que se refiere a la pertinencia del cobro de las multas, de los documentos tenidos a la vista se advierte que el plazo del proveedor para prestar el servicio venció el 2 de febrero de 2015, fecha a partir de la cual Carabineros de Chile, en atención al incumplimiento por parte del contratista, puso término al acuerdo de voluntades mediante la resolución exenta N° 373, de esa misma anualidad. Como es posible apreciar, a la data en que la autoridad policial dispuso el término del contrato, si bien el proveedor no había dado cabal cumplimiento a sus obligaciones -toda vez que faltaba la instalación de la cocina en uno de los departamentos del conjunto habitacional-, no se encontraba en mora, de manera que no procedía el cobro de multas por ese concepto⁹⁶.

Como lo establece el inciso segundo de la disposición en estudio, debe existir una proporcionalidad entre la medida a aplicar y la gravedad del incumplimiento. Sin embargo, la CGR se ha abstenido de pronunciarse en relación con la proporcionalidad del monto al que asciende la multa cobrada en relación con la magnitud del incumplimiento, por considerar que “corresponde a los tribunales de justicia pronunciarse sobre la materia y moderarlas en caso

⁹⁵ CGR, Dictamen N°21.861-2018.

⁹⁶ CGR, Dictamen N°84.152-2016.

de estimarse desproporcionadas⁹⁷, pero ha dado luces al respecto en otros pronunciamientos en cuanto a la forma de proceder de la Administración en la aplicación de dicha medida. Así, en un caso particular se pronunció de la siguiente forma:

En cuanto al reclamo de que la aplicación de las multas habría sido desproporcionada, se advierte que el cálculo efectuado por la Agencia se realizó de conformidad a los montos que se encontraban regulados en los referidos numerales de las bases administrativas (9.7.2 y siguientes). Sin perjuicio de lo anterior, es necesario consignar que el monto total de lo cobrado por concepto de multas, supera el tope del 30% del valor total del contrato suscrito entre las partes, fijado en el párrafo segundo del N° 9.7.5, citado. En efecto, el precio total del acuerdo de voluntades es \$113.775.00 y la cantidad cobrada mediante la antedicha resolución exenta N° 750 es \$40.959.000. En atención a lo expuesto en el párrafo precedente, corresponde que esa Agencia adopte las medidas tendientes a recalcular las multas, ajustándose para ello al tope señalado⁹⁸

En otra oportunidad, ha advertido lo que sigue:

El artículo 29 de las bases de licitación, aprobadas por la resolución exenta N° 4.191, de 2015, de Gendarmería de Chile, contempla el cobro de multas en caso de incumplimiento o cumplimiento parcial o tardío en la entrega de los productos. En este contexto, es preciso puntualizar que el artículo 29 precitado no contempla la exigencia a que se refiere esa institución respecto de la necesidad de que el proveedor pusiera en conocimiento de la antedicha repartición pública la circunstancia de que se demoraría en la entrega de las especies que debía proveer, por lo que de no hacerlo no procedía la aplicación de multas sino que el término anticipado del contrato y, consecuentemente, la negativa a la recepción de las especies que se pretendieran suministrar fuera de plazo. Luego, procede ratificar lo señalado en el oficio recurrido, en el sentido de que aun cuando el contratista no se ajustó al plazo ofertado, Gendarmería de Chile igualmente podía recibir las especies, ya que el artículo 29 del pliego de condiciones contempla la posibilidad de la entrega tardía de aquellas, en cuyo caso debía aplicarse las multas respectivas⁹⁹.

⁹⁷ CGR, Dictamen N°24.784-2018.

⁹⁸ CGR, Dictamen N°7.648-2017.

⁹⁹ CGR, Dictamen N°40.190-2017.

En cuanto al procedimiento destinado a su aplicación, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 79 ter del RLCP, el principio de contradictoriedad se materializa con la obligación para la Administración de conceder traslado al proveedor de forma previa a la aplicación de la multa, puesto que es la única forma en que éste pueda manifestar sus descargos en relación con el eventual incumplimiento. Así lo ha reforzado, además, la CGR, al prevenir que:

Aparece que el párrafo segundo del apartado 'Procedimiento de aplicación de multas', de la cláusula séptima del acuerdo de voluntades establece, en lo que importa, que detectada una situación que configure un incumplimiento el administrador del contrato comunicará por carta certificada al adjudicado esta circunstancia. Luego el párrafo tercero previene que 'La Empresa tendrá un plazo de diez (10) días desde que se le notifique la aplicación de la multa para efectuar el pago' y el párrafo cuarto indica, en lo que interesa, que 'Recibida la comunicación por el proveedor, éste dispondrá del plazo de cinco (5) días para presentar por escrito sus descargos, alegaciones o defensas'. A su vez, el párrafo séptimo reconoce al proveedor el derecho a deducir los recursos contemplados en la ley N° 19.880. Al respecto, se ha estimado necesario consignar que esta Entidad de Control entiende -de conformidad con lo dispuesto por el inciso tercero del artículo 79 ter del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda- que el traslado que se conceda al respectivo proveedor deberá ser previo a la imposición de la multa, a fin de que éste manifieste sus descargos en relación al eventual incumplimiento, lo que no aparece con claridad de la cláusula contractual citada¹⁰⁰.

Luego, al tratarse de una exteriorización de la voluntad de la Administración con consecuencias desfavorables para el particular, por afectar sus derechos patrimoniales, es imprescindible que la aplicación de las multas derive de un procedimiento administrativo y concluya con la dictación de un acto administrativo fundado¹⁰¹. Sin perjuicio de ello, y en un pronunciamiento que nos parece extraño, la CGR validó en cierta ocasión el siguiente razonamiento:

En el caso en estudio aparece que la multa impugnada fue comunicada al recurrente mediante el oficio N° 1.145, de 2015, en el cual se explicitan los motivos que la fundan,

¹⁰⁰ CGR, Dictamen N°68.184-2016.

¹⁰¹ LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA, Luis (2014). Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la contratación administrativa bajo la Ley N°19.886: visión crítica de una asentada jurisprudencia administrativa. Sanciones administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo de la Asociación de Derecho Administrativo. Editorial Thomson Reuters. P. 385.

por lo que la actuación de Carabineros de Chile en este aspecto, se ajustó al contrato. No obstante, se hace presente que conforme a lo previsto en el artículo 79 ter del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, reglamento de la ley N° 19.886, cuyo texto actual está vigente desde el 10 de agosto de 2015, las multas deben ser aplicadas a través de una resolución fundada, por lo que esa institución policial desde esa data ha debido someterse a dicha exigencia. En todo caso, en la situación en análisis, el recurrente ha impugnado la referida multa en diversas oportunidades, por lo que la falta de formalización de esa decisión no ha impedido que la autoridad conociera sus argumentaciones y las atendiera, por lo que no se ha configurado una irregularidad en este aspecto que vicie la decisión administrativa¹⁰².

En todo caso, el proveedor contará con las vías de reclamación previstas en el mismo artículo 79 ter del RLCP, que son reflejo del sistema general de impugnación regulado con detalle en la LBPA, en caso de considerar que el acto administrativo que aplique la multa adolece de ilegalidad¹⁰³.

Ante la concurrencia de una situación de incumplimiento por parte del cocontratante particular, para el cual haya sido prevista la aplicación de multas en las respectivas condiciones aplicables a la contratación, y como una manifestación del deber de resguardar el interés público comprometido en las contrataciones de bienes y servicios por parte de la Administración, resulta imperativo para ésta aplicarlas cuando ellas sean procedentes, y así lo ha reafirmado la CGR al indicar que:

Sobre el particular, procede indicar que, del análisis de la referida orden de compra, del cuadro comparativo de ofertas, de la información adjuntada al oficio N° 296, de 2015, de la Oficina de Transparencia de la Armada de Chile, y del informe emitido por dicha institución a requerimiento de esta Contraloría General, aparece que, no obstante que existió un retraso en la entrega de los productos mencionados en dicha orden, no se cursaron las multas que establecían las bases administrativas. Al efecto, es preciso manifestar que, en armonía con el principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido resguardo de los intereses fiscales, acaecidas las circunstancias previstas para la aplicación de multas, resulta imperativo para los organismos de la Administración

¹⁰² CGR, Dictamen N°74.194-2016.

¹⁰³ PARRA CORTÉS, ROCÍO (2017). "Mecanismos de tutela administrativa de los contratistas en el ámbito del proceso de compras públicas en Chile". Trabajo solemne de investigación para optar al grado de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. P. 11.

cursarlas (aplica dictamen N° 11.273, de 2018, de este origen). Luego, procede que el singularizado Centro adopte las medidas tendientes a cursar y cobrar las multas correspondientes¹⁰⁴.

No obstante lo anterior, la entidad fiscalizadora ha advertido respecto del cobro de las multas lo siguiente:

Si bien las entidades públicas podrán deducir del monto a pagar por los servicios prestados, la suma que el proveedor le adeude por dicho concepto, el precio de aquellos no se modifica por la aplicación de la anotada medida, por lo que no corresponde que las multas se descuenten de las facturas, sino que del correspondiente estado de pago¹⁰⁵.

Asimismo, ha indicado que:

Es necesario señalar que, en lo sucesivo, esa entidad debe abstenerse de solicitar notas de crédito para cobrar las multas, pues aquello no se ajusta a la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 75.953, de 2013; 91.667, de 2014; y 46.418, de 2015, todos de este origen, que precisan por una parte, que el precio de los servicios prestados no se modifica por la aplicación de esa medida, y por otra, que conforme con lo instruido por el Servicio de Impuestos Internos en su oficio N° 3.718, de 2006, el cobro de una multa no es una operación gravada con el impuesto a las ventas y servicios, de modo que no procede la emisión de una factura o nota de crédito¹⁰⁶.

Lo dicho hasta ahora respecto de la institución de las multas en materia de contratación administrativa de bienes y servicios corresponde a aquellas materias en las que existe consenso a nivel doctrinario y jurisprudencial, puesto que derivan de principios jurídicos indiscutibles que, como hemos visto, infunden todo el procedimiento administrativo especial regulado en la LCP y su reglamento. Sin embargo, la naturaleza de las multas como medida aplicable en caso de incumplimientos por parte del proveedor y las consecuencias jurídicas de entenderla como una sanción administrativa o como una cláusula penal, en los términos del derecho civil, es un asunto que genera opiniones divididas, como se verá a continuación.

¹⁰⁴ CGR, Dictamen N°31.421-2018.

¹⁰⁵ CGR, Dictamen N°33.460-2016.

¹⁰⁶ CGR, Dictamen N°41.506-2016.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA MULTA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA COMO CLÁUSULA PENAL

I. La Cláusula Penal

1. Definición

La cláusula penal está regulada en nuestra legislación en el Título XI del Libro IV del CC. El artículo 1535 la define como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal. Si bien la doctrina suele definir la cláusula penal como una evaluación convencional y anticipada de los perjuicios, ABELIUK MANASEVICH considera que dicha descripción carece de la rigurosidad necesaria, puesto que obvia su calidad de caución, la que resulta de toda relevancia¹⁰⁷.

No obstante lo anterior, y si bien el texto del artículo 1535 del CC se refiere al aseguramiento del cumplimiento de la obligación, en realidad no existiría realmente un efecto de garantía en la práctica, sino que se traduce en una especie de coacción psicológica que ofrece, por una parte, la confianza al acreedor de que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, existe una obligación accesoria que le ofrece ventajas comparativas respecto del régimen general aplicable para obtener un resarcimiento por parte del deudor¹⁰⁸, y en cuando al deudor, cuanto mayor sea la cuantía de la cláusula penal, será mayor la compulsión por cumplir en tiempo y forma la obligación.

La cláusula penal ofrece, de acuerdo con la doctrina, una triple función: opera como un mecanismo de evaluación convencional y anticipada de los perjuicios ante el evento de un incumplimiento por parte del deudor, como caución y como pena civil.

- a. En cuanto a su función como mecanismo de evaluación convencional y anticipada de los perjuicios, ésta emana del texto de los artículos 1537 y 1538 del CC, que exigen que el deudor se encuentre constituido en mora, requisito que es común para cualquier mecanismo tendiente a exigir la responsabilidad contractual. En el mismo sentido, la disposición contenida en el artículo 1539 del CC, referente a la posibilidad de rebajar la pena estipulada en caso de haber cumplido parcialmente el deudor con su obligación,

¹⁰⁷ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). Las obligaciones, quinta edición actualizada. P. 889.

¹⁰⁸ RAMOS PAZOS, René (2008). De las obligaciones. Editorial Legal Publishing, p. 301.

lo que supone una naturaleza indemnizatoria. Finalmente, el artículo 1540 del CC se refiere a que las obligaciones de cosa divisible que tengan aparejada una cláusula penal también divisible, y permite a los herederos del deudor responder a prorrata de sus cuotas hereditarias, lo que refuerza su carácter indemnizatorio¹⁰⁹. Como indemnización de perjuicios, la cláusula penal puede tener carácter compensatorio, que pareciera ser la regla general, o también carácter moratorio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1537, lo que se analizará más adelante.

La facultad de las partes contratantes de avaluar convencional y anticipadamente los perjuicios que derivarían del incumplimiento del deudor de las obligaciones que le caben a partir del contrato, supone sin duda una ventaja para el acreedor desde el punto de vista probatorio¹¹⁰, puesto que de acuerdo con el artículo 1542 del CC, el deudor no puede alegar que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor, o incluso, aun habiéndole significado un beneficio, éste tendrá igualmente derecho a exigir la cláusula penal si se hubiera pactado, sin perjuicio de algunas limitaciones tendientes a evitar el enriquecimiento injustificado del acreedor.

Otro elemento que distingue a la cláusula penal como mecanismo de evaluación convencional de los perjuicios es que puede consistir, como lo indica el artículo 1535, en una obligación de dar o de hacer algo, e incluso se reconoce que no habría razón para excluir las obligaciones de no hacer, mientras que en el régimen general de responsabilidad contractual, la indemnización solamente puede consistir en una obligación de dar que recae específicamente en dinero¹¹¹.

El carácter convencional de la cláusula penal constituye un elemento esencial de la misma, por lo que se excluyen de esta clase de obligación las evaluaciones unilaterales que pudiera hacer el acreedor de los perjuicios, así como una evaluación que pudiera establecer el juez o la ley, lo que no obsta a que ella pueda ser estipulada por un tercero en beneficio del acreedor. En cuanto a la anticipación con la que se pacta, ello supone que los perjuicios se fijan irrevocablemente antes de acaecida la situación de incumplimiento, lo que justifica que, según el artículo 1542 previamente referido, el deudor no pueda alegar ni la existencia ni la cuantía de los perjuicios irrogados al acreedor¹¹².

¹⁰⁹ RAMOS PAZOS, René (2008). P. 303.

¹¹⁰ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 889.

¹¹¹ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 890.

¹¹² RAMOS PAZOS, René (2008). P. 303.

- b. En cuanto a su función de caución, la redacción del artículo 1535 permite entender que la cláusula penal se adecúa a lo que el CC define como caución en el artículo 46, por tratarse de una obligación contraída para la seguridad de otra obligación, sea propia o ajena. Adicionalmente, esta característica puede inferirse del texto del artículo 1472, referido a la constitución de cauciones por terceros, en el que se menciona la cláusula penal junto a la fianza, la hipoteca y la prenda, que son precisamente los ejemplos no taxativos de caución que ofrece el artículo 46 referido¹¹³. Como tal, la cláusula penal corresponde siempre a una obligación personal, incluso cuando ella consista en la entrega de una cosa, puesto que no da acción real al acreedor para su cobro.
- c. En cuanto a su función como pena civil, ella resulta más discutida. Si bien el artículo 1535 la denomina expresamente de esa forma, y considerando que suele entenderse como una sanción que se impone al deudor incumplidor con ocasión del contrato y en ejercicio de la libertad contractual de las partes, en la práctica parece evidente que, en general, su objetivo es obtener el cumplimiento de la obligación, sea en naturaleza o por equivalencia, salvo el caso de la cláusula penal moratoria que se explicará más adelante, por lo que ABELIUK MANASEVICH estima que resulta innecesario calificarla como una pena¹¹⁴. RAMOS PAZOS, sin embargo, sostiene que la institución nació con esa finalidad en el derecho romano, y que aún hoy, conserva dicha calidad¹¹⁵.

2. Características

En cuanto a sus características como obligación, podemos señalar que la cláusula penal es consensual, puesto que la ley no ha sometido su establecimiento a ninguna formalidad especial, siendo posible interpretar que ella se configura aun cuando se le denomine de forma diversa en el contrato. Ello no obsta a que, si la obligación en que consiste la cláusula penal requiere alguna solemnidad, será ese el motivo por el cual la estipulación deba sujetarse a ellas, como en el caso de la entrega de un bien raíz¹¹⁶.

La cláusula penal es una obligación de aquellas que el artículo 1442 define como accesorias, puesto que su objeto es asegurar el cumplimiento de una obligación principal y no

¹¹³ RAMOS PAZOS, René (2008). P. 305.

¹¹⁴ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 891.

¹¹⁵ RAMOS PAZOS, René (2008). P. 306.

¹¹⁶ RAMOS PAZOS, René (2008). P. 306.

puede subsistir sin ella, como toda caución. La accesoriedad acarrea varias consecuencias: primeramente, implica que puede estipularse de forma contemporánea o con posterioridad al contrato principal al que accede. Luego, si la obligación principal se extingue por cualquiera de los medios que la ley reconoce, la cláusula penal se extingue con ella. De la misma forma, si la acción para exigir el cumplimiento de la obligación principal prescribe, también prescribirá la acción para exigir el cumplimiento de la cláusula penal. Finalmente, en caso de declararse la nulidad de la obligación principal, sería igualmente nula la cláusula penal, aunque también podría declararse la nulidad únicamente de la cláusula penal, sin que ello afecte la validez de la obligación principal caucionada. Además, la cláusula penal es una obligación condicional, puesto que el derecho del acreedor a cobrar la pena estipulada depende del hecho futuro e incierto del incumplimiento del deudor¹¹⁷, y que éste sea constituido en mora¹¹⁸. A nuestro juicio, correspondería a aquellas que el CC denomina condición positiva y suspensiva.

Dada la descripción realizada de la cláusula penal, se puede apreciar que guarda algunas similitudes con otras instituciones reguladas en el CC, por lo que es conveniente evidenciar las diferencias para distinguirla como obligación autónoma:

- a. Indemnización de perjuicios ordinaria: la indemnización de perjuicios asociada a la responsabilidad contractual se determina una vez que ocurre el incumplimiento, mientras que la cláusula penal corresponde a una evaluación que las partes acuerdan de forma previa al incumplimiento de la obligación principal. La indemnización de perjuicios, además, siempre consiste en una suma de dinero, mientras que la cláusula penal puede consistir en dar una cosa, sea dinero u otra, hacer o no hacer algo. Finalmente, la evaluación de los perjuicios a indemnizar bajo las reglas generales de responsabilidad requiere necesariamente la prueba de éstos por parte del acreedor, los que pueden ser desvirtuados por el deudor para hacerla improcedente o reducir su cuantía, mientras que la cláusula penal releva la necesidad de probar daños efectivos derivados del incumplimiento, procediendo incluso ante la indemnidad o beneficio que el incumplimiento contractual pudiere haber significado al acreedor.
- b. Obligaciones de objeto múltiple: podrían asemejarse a la cláusula penal debido a que tanto las obligaciones alternativas como las facultativas, descritas en los títulos VI y VI del Libro IV del CC, pueden cumplirse con una cosa distinta a aquella comprometida,

¹¹⁷ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 893.

¹¹⁸ RAMOS PAZOS, René (2008). P. 307.

al igual que en el caso en que se cobre la cláusula penal a modo de indemnización compensatoria ante el incumplimiento del deudor. Sin embargo, se diferencian porque en el caso de las obligaciones con cláusula penal, esta facultad solo nace una vez acaecido el incumplimiento por parte del deudor y constituido en mora, y antes del cumplimiento de dicha condición el acreedor solo puede exigir el cumplimiento de la obligación principal¹¹⁹.

- c. Cláusulas limitativas de la responsabilidad del deudor: Si bien la cláusula limitativa de responsabilidad del deudor puede establecer un tope a pagar por concepto de indemnización de perjuicios, debiendo el acreedor conformarse con esa suma aun cuando en la práctica la evaluación de los daños sea superior, la diferencia fundamental con la cláusula penal radica en que, una vez incumplida la obligación y constituido en mora el deudor, el acreedor puede elegir entre exigir el cumplimiento de la obligación principal o la pena o la indemnización de perjuicios que debe determinarse de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad contractual, mientras que al existir una cláusula limitativa de responsabilidad del deudor, el acreedor debe de todas maneras probar los perjuicios judicialmente, quedando restringida su pretensión al tope que se hubiera estipulado en el contrato, no pudiendo renunciar a él para resarcirse mediante mecanismo diverso¹²⁰.
- d. Fianza: Se asemeja a los casos en que la cláusula penal es constituida por un tercero, en el sentido que una persona ajena a la deuda responde en el caso de incumplimiento del deudor principal. Las diferencias entre ambas instituciones corresponden al objeto de la caución, puesto que en el caso de la fianza el fiador solo puede responder en dinero, mientras que la cláusula penal admite el establecimiento de obligaciones de dar, de hacer o incluso de no hacer¹²¹. Además, en el caso de la fianza, el artículo 2344 del CC dispone que el fiador no puede obligarse en términos más gravosos que el principal deudor, mientras que en el caso de la cláusula penal constituida por un tercero la única limitación corresponde a la lesión¹²², según se verá más adelante.
- e. Arras: En el marco del contrato de compraventa, las arras constituyen una forma de asegurar la celebración o ejecución del contrato, según el artículo 1803 del CC, que castiga al cocontratante incumplidor con la pérdida de la cosa o con la obligación de

¹¹⁹ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 413.

¹²⁰ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 850.

¹²¹ RAMOS PAZOS, René (2008). P. 306.

¹²² ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 892.

restituir las dobladas, dependiendo de quién las entregó. La diferencia con la cláusula penal deriva del momento en que se hace efectiva la entrega, puesto que, en el caso de las arras, la cosa se entrega inmediatamente, mientras que en la cláusula penal la entrega de la cosa en que consiste la pena solo procede una vez incumplida la obligación y constituido en mora el deudor¹²³.

3. Efectos

Como puede inferirse de lo dicho hasta ahora, el efecto propio de la cláusula penal es permitir al acreedor cobrarla ante el incumplimiento por parte del proveedor de la obligación principal, cumpliendo los requisitos que se indican a continuación.

- a. Imputabilidad: El incumplimiento de la obligación debe ser imputable al deudor, lo que se determinará de conformidad con las reglas generales que permiten determinar la imputabilidad en sede de responsabilidad contractual. Si bien el texto del artículo 1542 del CC establece que habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, es importante destacar que en ninguna circunstancia ello implica que el deudor deba responder ante la concurrencia del caso fortuito. ABELIUK MANASEVICH entiende que la redacción de la norma pretende reforzar que, haya sufrido o no perjuicios efectivos el acreedor, ello no obsta al pago de la pena pactada¹²⁴. Además, se entiende que, concurriendo el caso fortuito, lo que ocurre es que la obligación principal se extingue por la pérdida de la cosa debida, en los términos del artículo 1670 del CC, y, en consecuencia, la cláusula penal sigue su suerte, extinguiéndose junto con ella¹²⁵. No resulta claro, a nuestro juicio, qué ocurre cuando el caso fortuito concurre una vez que el deudor se encuentra constituido en mora, puesto que de acuerdo con el artículo 1672, en dichos casos la obligación del deudor subsiste, pero cambia de objeto, sin que ello ofrezca una solución para saber si el acreedor podría, eventualmente, exigir el cumplimiento de la cláusula penal que se hubiere pactado.
- b. Mora del deudor: El cobro de la cláusula penal exige, además, que el deudor sea constituido en mora, lo que está expresamente previsto en el artículo 1538 del CC. Si la obligación principal fuera una obligación de no hacer, y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1557, el deudor se constituye en mora con la sola contravención

¹²³ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 892.

¹²⁴ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 895.

¹²⁵ RAMOS PAZOS, René (2008). P. 311.

de la obligación, lo que no genera mayor dificultad. Sin embargo, en el caso de las obligaciones de dar o de hacer algo, el deudor debe ser interpelado por el acreedor en los términos del artículo 1551 para que sea posible cobrar la cláusula penal. Se discute en este punto si la constitución del deudor en mora puede operar por cualquiera de las vías previstas en el artículo 1551 del CC, puesto que el artículo 1538 indica textualmente que “Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora...”, lo que ha dado pie a la interpretación de que la interpelación contractual expresa, esto es, que el solo vencimiento del plazo dentro del cual la obligación debía ser cumplida, constituye en mora al deudor. ABELIUK MANASEVICH explica esta discordancia entre el texto de ambos preceptos en razón de una modificación en el texto original del artículo 1551 que no se hizo extensiva al artículo 1538, y como tal, correspondería solo a un error de elaboración que no desvirtúa la aplicabilidad del numeral 1 del artículo 1551 cuando se trata del cobro de la cláusula penal¹²⁶. RAMOS PAZOS, sin embargo, justifica la exclusión de la interpelación contractual expresa debido a que, en caso de haber llegado el plazo estipulado y sin que la obligación se hubiera cumplido, de todas formas, el acreedor debe demandar judicialmente el cobro de la cláusula penal, teniendo en cuenta que en ese punto puede exigir el cumplimiento forzado de la obligación principal o la pena, siguiendo la posición de CLARO SOLAR¹²⁷. En el mismo sentido, PRADO PUGA, citando a ALESSANDRI RODRÍGUEZ, SOMARRIVA UNDURRAGA Y VODANOVIC HACKLIKA, sostiene que la regulación de la cláusula penal constituye uno de los casos especiales en que la ley exige, no obstante el establecimiento de un término dentro del cual la obligación debe cumplirse, que el deudor sea requerido para constituirlo en mora, y por aplicación del principio de especialidad que dota de congruencia al CC, no puede sino entenderse que para el cobro de la cláusula penal solo es válida la interpelación judicial¹²⁸. Esta última explicación es la que nos parece más acertada. En todo caso, y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1552 del CC, es importante que, tratándose de un contrato bilateral, el acreedor hubiere cumplido o esté llano a cumplir su respectiva obligación, puesto que en caso contrario no sería posible constituir en mora al deudor.

¹²⁶ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 896.

¹²⁷ RAMOS PAZOS, René (2008). P. 312.

¹²⁸ PRADO PUGA, Arturo. (2019). Algunos aspectos de la cláusula penal en el derecho chileno. Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte (Coquimbo), vol. 26, año 2019. P. 19.

- c. Perjuicios: Como ya se ha indicado previamente, la estipulación de una cláusula penal destinada a avaluar anticipada y convencionalmente los perjuicios implica excluir de los requisitos para su cobro todo requisito asociado a la prueba de eventuales daños, puesto que la pena puede cobrarse aún a falta de daños.

El artículo 1539 del CC permite que la cláusula penal sea rebajada proporcionalmente si se acreditara el cumplimiento parcial de la obligación por parte del deudor, lo que, en todo caso, y por aplicación de lo establecido en el artículo 1591 del CC, requiere de la aceptación de dicho pago parcial por parte del acreedor.

Resulta relevante, en este punto, distinguir si la cláusula penal se ha estipulado por las partes a modo compensatorio, moratorio o incluso con fines meramente punitivos, pues de ello dependen las pretensiones que puede invocar el acreedor. Del texto expreso del artículo 1537 se pueden inferir las diversas alternativas con las que cuenta el deudor incumplido:

- a. Si el deudor hubiere incumplido su obligación principal, pero aún no hubiere sido constituido en mora, el acreedor solamente puede demandar el cumplimiento de la obligación principal. Ello resulta del todo lógico, puesto que la cláusula penal solo se hace exigible una vez que el deudor, además de incumplir con su obligación, ha sido interpelado en los términos del 1551 antes descritos¹²⁹.
- b. Una vez que el deudor hubiere sido constituido en mora, y si la cláusula penal hubiere sido establecida con un efecto compensatorio, que es la regla general que prevé el artículo 1537 a falta de estipulación diversa expresa, el acreedor puede demandar a su arbitrio el cumplimiento forzado de la obligación o la pena, pero no ambas conjuntamente, puesto que ello produciría un enriquecimiento injustificado en beneficio del acreedor.
- c. Si, en los términos del artículo 1537, “apareciere haberse estipulado la pena por el simple retardo”, estaremos ante una cláusula penal de tipo moratorio, es decir, la pena está estipulada para resarcir al acreedor por el hecho del retardo. En este caso, éste podrá demandar el cumplimiento forzado de la obligación principal y cobrar conjuntamente la cláusula penal, puesto el perjuicio que deriva del incumplimiento es distinto del perjuicio que deriva del retardo¹³⁰, descartándose en este caso un

¹²⁹ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 898.

¹³⁰ PRADO PUGA, Arturo. (2019). P. 6.

enriquecimiento injustificado en beneficio del acreedor. Como se indicó anteriormente, para que la cláusula penal se entienda destinada a responder por el efecto del retardo, ello debe, a lo menos, “aparecer” de la estipulación contractual, puesto que en caso contrario se entiende que corresponderá a una compensación por el incumplimiento¹³¹.

- d. Si las partes estipularon que “por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal”, en los términos del artículo 1537, sea cual fuere la redacción que permita interpretar dicha intención, el acreedor podrá exigir tanto el cumplimiento forzado de la obligación como la resolución del contrato, además de exigir la cláusula penal. En este caso, puede entenderse que la pena tendría una función derechamente punitiva o sancionatoria en contra del cocontratante incumplidor¹³², puesto que escapa a la naturaleza compensatoria o moratoria ya descritas. Por ello, es imprescindible que las partes hayan convenido de algún modo expreso que el cobro de la cláusula penal procederá aún ante la demanda del cumplimiento forzado de la obligación. Un caso específico en este sentido se presenta en la regulación de la transacción como modo de extinguir las obligaciones, que en el artículo 2463 del CC contempla la posibilidad de cobrar la cláusula penal a la que se hubiere sujetado el cumplimiento de lo transigido, sin perjuicio de llevarse a efecto la transacción en todas sus partes¹³³.
- e. Finalmente, y no obstante la cláusula penal se ha descrito como una valuación anticipada y convencional de los perjuicios que irroga al proveedor el incumplimiento o cumplimiento imperfecto del deudor, también es posible que las partes estipulen que podrá cobrarse la cláusula penal y demandarse igualmente la indemnización de los perjuicios, en ejercicio de la libertad contractual que le asiste, y según lo establecido en el artículo 1543 del CC¹³⁴. En este caso, a nuestro juicio, la pena adopta un carácter meramente punitivo o sancionatorio, puesto que, demandándose la indemnización de los perjuicios, es evidente que aquélla pierde su función de valuación anticipada y convencional, puesto que ello quedará sometido al criterio del juez.

4. Cláusula penal enorme

La regulación de la cláusula penal es una de las pocas instituciones recogidas en el CC en el que se sanciona la lesión, y, además, constituye una limitación a la regla general de

¹³¹ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 899.

¹³² PRADO PUGA, Arturo. (2019). P. 7.

¹³³ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 900.

¹³⁴ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 901.

la libertad contractual de las partes para configurar de acuerdo con sus intereses las cláusulas del contrato, por lo que la interpretación que se haga de estos casos debe ser restrictiva¹³⁵. El artículo 1544 establece reglas específicas para reestablecer el equilibrio que se considera razonable en diversos tipos de contrato que llevan aparejada una cláusula penal:

- a. Contratos conmutativos de cantidad determinada: En el caso en que tanto la obligación principal del contrato como la cláusula penal correspondan a cantidades determinadas, y que el contrato sea de aquellos que el artículo 1441 del CC define como conmutativos, “podrá pedirse que se rebaje de la pena todo lo que exceda el duplo de la obligación principal, incluyéndose ésta en él”. Esta redacción del inciso primero del artículo 1544 se ha interpretado en el sentido que existe lesión si la cláusula penal excede el doble de la cuantía de la obligación principal, considerándola para calcular el monto máximo de la cláusula penal. ABELIUK MANASEVICH explica esta interpretación indicando que la regla general es que no sea posible cobrar la obligación principal en conjunto con la pena, por lo que no podría entenderse que la cláusula penal represente una cuantía equivalente a ésta, y sobre dicho valor se admita una cláusula penal que equivalga al doble de la obligación incumplida. Así, esta interpretación guardaría mayor proporcionalidad al permitir que la cláusula penal represente una suma equivalente a la obligación principal, a modo compensatorio por el incumplimiento, y otra suma igual que pueda tener un efecto resarcitorio¹³⁶.
- b. Contrato de mutuo: el artículo 1544 establece que, en este caso, la pena estipulada podrá rebajarse en lo que exceda al máximo que es permitido estipular. Ahora bien, entendiendo que el mutuo se refiere al préstamo de consumo de cosas fungibles en general, las normas que este tipo de contrato, contenidas en el título XXXI del Libro IV del CC, deben entenderse modificadas por lo previsto en la ley N°18.010, que Establece normas para las operaciones de crédito y otras obligaciones de dinero que indica, cuando el mutuo sea de esta clase. El artículo 8° de la ley establece que, en caso que un pacto de intereses exceda el máximo convencional, éstos se rebajarán al interés corriente que rija al momento de la convención, estableciendo una regla más estricta que aquella prevista en general para la cláusula penal en contratos de mutuo de otras cosas fungibles.

¹³⁵ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 903.

¹³⁶ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 904.

- c. Obligaciones de valor inapreciable o indeterminado: al no existir un parámetro objetivo que permita ponderar la proporcionalidad entre la cuantía de la obligación y la cuantía de la pena estipulada para el evento de incumplirla el deudor, el inciso final del artículo 1544 del CC indica que quedará a prudencia del juez moderarla cuando, atendidas las circunstancias, ella pareciera enorme.

Es importante tener presente que la norma referida establece que todas estas medidas tendientes a dotar de equilibrio económico al contrato solo proceden una vez que el deudor solicita la rebaja que corresponda en sede judicial, cuando se le exige la cláusula penal. Ello emana del texto mismo del artículo 1544, y resulta acorde a la regla general en orden a que el tribunal deberá actuar previa petición de parte, por no haberse establecido expresamente que pueda actuar de oficio en esta materia. Finalmente, y en concordancia con la regulación de la lesión en el caso de la compraventa, el derecho a solicitar la rebaja de la cláusula penal enorme no podría renunciarse anticipadamente¹³⁷, puesto que ello privaría de sentido a la regulación descrita, que es una manifestación, a nuestro juicio, del principio de prohibición del enriquecimiento injustificado en nuestra legislación.

II. La Multa en la Contratación Administrativa de Bienes y Servicios como Cláusula Penal

1. Aplicación de la cláusula penal a los contratos administrativos de bienes y servicios

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1° de la LCP, a los contratos que celebre la Administración del Estado a título oneroso para el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, además de los principios y disposiciones contenidas en ella y en su reglamentación, se les aplican supletoriamente las normas de derecho privado, en defecto de normas de derecho público que resulten aplicables de acuerdo con la materia específica. Así, y a falta de normas de derecho público generales destinadas a regular de manera más acabada la etapa de la ejecución de los contratos administrativos de bienes y servicios, resultarían aplicables las normas de derecho privado contenidas en el CC.

¹³⁷ ABELIUK MANASEVICH, René (2012). P. 905.

En este sentido, MORAGA KLENNER ha señalado que, en la contratación administrativa, “existe una pacífica convivencia del Derecho Administrativo con el Derecho Privado, puesto que, en definitiva, todo contrato que celebra la Administración es capaz de reflejar elementos de una y otra rama del Derecho, sin que por ello varíe su esencia, sino solamente la intensidad de las distintas reglamentaciones que le son aplicables”¹³⁸, y que “debe afirmarse que muy probablemente no existe un solo contrato administrativo que no sea integrado, a lo menos de una manera secundaria, por la regulación de los contratos del Código Civil”¹³⁹.

En el caso de las multas que la Administración puede establecer para el evento de incumplimientos por parte del proveedor contratado, la CGR ha manifestado lo siguiente:

La jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes Nos 30.642, de 1989, 5.287 y 6.010, ambos de 1992, entre otros, ha reconocido que las estipulaciones contractuales que contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal, la que se encuentra definida por el Código Civil en su artículo 1.535 como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal, disposición que se aplica supletoriamente a las contrataciones regidas por la ley N°19.886 según lo prevé su artículo 1° antes aludido¹⁴⁰.

Como puede apreciarse, este criterio se ha mantenido invariable por al menos treinta años, aplicándose uniformemente para efectos de la interpretación de la LCP y de su reglamento, y no se ha visto alterado por la redacción vigente desde 2015 del artículo 79 ter del RLCP, que, no obstante su insuficiencia, es la norma más robusta relativa a las sanciones por incumplimientos en el marco de los contratos en estudio con la que se ha contado. La entidad contralora ha explicado la comprensión de las multas como cláusulas penales debido a lo siguiente:

El fundamento de la imposición de multas en el marco de la ejecución de un convenio celebrado por la Administración dice relación con un incumplimiento contractual y no con una infracción, de modo que aquellas medidas, a diferencia de lo que parece

¹³⁸ MORAGA KLENNER, Claudio (2010). P. 325.

¹³⁹ MORAGA KLENNER, Claudio (2010). P. 326.

¹⁴⁰ CGR Dictamen N°47.611-2013.

entender el recurrente, no revisten la calidad de una sanción administrativa, sino que constituyen una consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, que no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado¹⁴¹.

En relación con lo dicho anteriormente respecto de las funciones de la cláusula penal, cabe analizar de qué manera tienen cabida en las relaciones contractuales entre la Administración y los particulares. Al respecto, y en armonía con las características ya descritas de la cláusula penal en el CC, podemos sostener que las multas son un elemento accidental de los contratos de bienes y servicios, puesto que el mismo artículo 79 ter dispone que éstas podrán aplicarse si están previstas en el respectivo pliego de condiciones, es decir, pueden o no contemplarse en las bases o en el contrato según lo que defina la entidad contratante, no siendo tampoco de aquellos requisitos mínimos indicados en el artículo 22 del RLCP en sí mismas, sino que solo en caso de preverse su aplicación, deben quedar reguladas en cuanto a las causales de procedencia y el procedimiento de aplicación. Ello obedece a que, como ya hemos visto, la Administración está facultada para establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa respecto de los bienes y servicios a adquirir, pudiendo o no imponer multas de acuerdo con sus objetivos¹⁴².

Asimismo, las multas son un elemento condicional en los contratos administrativos en estudio, puesto que su aplicación solo será procedente en caso de verificarse la conducta descrita en el pliego de condiciones como un incumplimiento a las obligaciones del proveedor. Comparten, además, la accesoriedad respecto del contrato principal, con todas las consecuencias ya revisadas que derivan de esta característica. Finalmente, podemos indicar que, a diferencia de lo que ocurre con la cláusula penal en el CC, no es admisible considerar que las multas puedan tener un carácter consensual, puesto que, según lo estudiado, la manifestación de la voluntad de la Administración siempre requiere la dictación de un acto administrativo que contenga el fundamento de la actuación, requisito del que no escapan los pliegos de condiciones aplicables a las contrataciones, cualquiera sea el mecanismo mediante el cual éstas se formalicen.

¹⁴¹ CGR Dictamen N°61.075-2016.

¹⁴² RUIZ IBÁÑEZ, Andrés (2014). Límites a la facultad para establecer sanciones por parte de la Administración en los contratos regulados por la Ley N°19.886. En BERMÚDEZ SOTO, Jorge (editor). Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo. Publicaciones Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. P. 294.

De acuerdo con el texto del artículo 72 del RLCP, podemos entender que el incumplimiento que puede hacer aplicable la multa al proveedor puede ser total, parcial o tardío, lo que quedará sujeto a lo que se establezca en las bases o en el contrato. Sin embargo, surge una diferencia importante en cuando a la finalidad de la multa en comparación con la cláusula penal, puesto que carecería del efecto indemnizatorio que se le atribuye y que opera como regla general de acuerdo con el texto del artículo 1537 del CC, sino que sería más bien una medida con fines punitivos. LARA ARROYO y GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA indican que existiría un consenso en la doctrina en orden a atribuir un carácter meramente sancionador a las multas, sin que éstas involucren una ponderación del perjuicio sufrido a causa del incumplimiento¹⁴³, lo que, a nuestro juicio, emana también del artículo 72 del RLCP, que faculta a la Administración para iniciar las acciones tendientes a exigir el cumplimiento forzado de lo pactado o la resolución del contrato, en ambos casos con la correspondiente indemnización de perjuicios, y sin referirse en este punto a una eventual opción entre dicha acción resarcitoria y el cobro de las multas, ni asociando ambas instituciones de modo alguno en la redacción del artículo 79 ter.

Obviando el hecho que las multas son definidas de manera unilateral por la Administración al elaborar las condiciones que serán aplicables al contrato, siendo conocidas por el cocontratante privado al momento de presentar su propuesta o concurrir a la formalización de un contrato, y que éste solo ejerce una limitada libertad contractual, referida a la decisión de contratar, mas no a la configuración de dicho contrato, PARRA ROMERO identifica un problema adicional de reconocerle un carácter indemnizatorio a las multas en los contratos administrativos de suministro de bienes y prestación de servicios. Resultaría impracticable e inverosímil que la Administración pueda fundadamente evaluar anticipadamente los perjuicios que genera el incumplimiento del proveedor, puesto que, si bien actúa como acreedora en este punto, el beneficio o perjuicio de la ejecución exitosa o fallida de un contrato no repercute solo en ella, sino que, dependiendo del objeto del contrato, sus efectos son soportados por los ciudadanos a los que está llamada a servir y asistir¹⁴⁴. Ello,

¹⁴³ LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA, Luis (2014). Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la contratación administrativa bajo la Ley N°19.886: visión crítica de una asentada jurisprudencia administrativa. Sanciones administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo de la Asociación de Derecho Administrativo. Editorial Thomson Reuters. P. 383.

¹⁴⁴ PARRA ROMERO, Gabriel (2019). Naturaleza jurídica de las multas aplicadas en contratos administrativos regidos por la Ley N°19.886 mandatados por los servicios de salud, a contar de la modificación legal mediante Decreto Supremo N°1.410 de 2015 del Ministerio de Hacienda. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público, Universidad Finis Terrae. P. 29.

sumado a lo antedicho en cuanto a las alternativas con las que cuenta la Administración en caso de incumplimientos de acuerdo con el artículo 72 del RLCP, nos hace pensar que las multas se limitan a un efecto punitivo, aun cuando ellas estén previstas para los casos de incumplimientos imparciales o tardíos, pues el problema es el mismo.

En cuanto al derecho que el artículo 1543 reconoce al acreedor incumplido para elegir si demanda el cobro de la indemnización de perjuicios o la pena, y en palabras de la CGR, "...en armonía con el principio de interdicción de la arbitrariedad y el debido resguardo de los intereses fiscales, acaecidas las circunstancias previstas para la aplicación de multas, resulta imperativo para los organismos de la Administración cursarlas"¹⁴⁵, no existiendo la opción que se admite en el derecho privado, y sin que la obligatoriedad de cobrar las multas sea un obstáculo para demandar igualmente el resarcimiento de perjuicios, los que, bajo la misma lógica, tampoco serían renunciables por las entidades contratantes. Todo lo anterior altera, de alguna forma, los principios sobre los que se construye la institución de la cláusula penal.

La imputabilidad exigida en sede civil para la aplicación de la cláusula penal ante un incumplimiento por parte del deudor es un requisito que comparte la aplicación de la multa en el contrato administrativo de bienes y servicios. La regla del artículo 1538 del CC, que exige la constitución en mora del deudor, puede identificarse con lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 79 ter del RLCP, que exige a la Administración garantizar la observancia del principio de contradictoriedad en la aplicación de las medidas derivadas del incumplimiento por parte del proveedor, entre las que se encuentran las multas, concediéndole siempre traslado de forma previa a la aplicación. Sin embargo, consideramos que el juicio de imputabilidad propio de la mora en el CC, para este caso, debe entenderse más bien como una atribución de responsabilidad, en los términos que ha descrito BERMÚDEZ SOTO respecto de las sanciones administrativas, puesto que la culpabilidad desde la perspectiva del derecho privado restringe en exceso la posibilidad de atribuir el incumplimiento al proveedor, y por tanto, podría conducir a la imposibilidad de exigirle responder por la consecuencia derivada del incumplimiento de la obligación respectiva.

A nuestro juicio, además, resulta en este punto aplicable lo dicho previamente en este trabajo respecto de la interdicción de la arbitrariedad, puesto que la Administración siempre estaría obligada a pronunciarse sobre los descargos que pudiere presentar el proveedor incumplidor y a expresar los argumentos de hecho y de derecho que funden la responsabilidad

¹⁴⁵ CGR Dictamen N°31.421-2018.

de éste¹⁴⁶. Tolerar la aplicación de multas derivadas de incumplimientos por causas no atribuibles al proveedor derivaría en una especie de responsabilidad objetiva en materia contractual administrativa, razonamiento que no tiene asidero considerando que este estándar de responsabilidad debe estar reconocido en la ley para ser aplicable, lo que no ocurre en este caso. En este sentido se ha pronunciado la CGR:

Teniendo en consideración el aludido principio de la buena fe contractual, al no estar prevista en el pliego de condiciones una circunstancia como la que se produjo en la ejecución del contrato, los oferentes no pudieron tener conocimiento de ella, por lo que mal podría exigírsele al adjudicado -en la ejecución del contrato y estando aún dentro del plazo previsto para la entrega-, asumir el tiempo que duró esa obra y además cobrar una multa al respecto, como ocurrió en la especie¹⁴⁷.

En la misma línea de razonamiento, resulta interesante lo planteado por LLEDÓ VELOSO y PARDO DONOSO respecto de las consecuencias de entender la aplicación de las multas como una especie de cláusula penal en los términos del CC, puesto que la institución exige la observancia de otras instituciones propias del derecho civil, tales como la buena fe, el caso fortuito, la interdicción del enriquecimiento injustificado, el sistema de carga probatoria y, particularmente, la interpretación contra redactor consagrada en el artículo 1566 del CC, puesto que los contratos administrativos de provisión de bienes y prestación de servicios representan una forma de contrato de adhesión en la que el cocontratante particular no tiene poder de negociación¹⁴⁸. Ello haría del todo razonable que las disposiciones contenidas en las bases de licitación o en las condiciones contractuales, en caso de ambigüedad, sean interpretadas en favor de aquella parte que no concurrió a su dictación. En cuanto a la aplicación de la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1552 del CC, y en un pronunciamiento que resulta, a lo menos, contradictorio con la línea invariable que aboga por la aplicación del derecho civil en esta materia, la CGR ha dicho que la aplicación de multas por parte de la Administración “deriva del conjunto de potestades con que ésta ha sido dotada por el ordenamiento jurídico en el ámbito de los contratos administrativos, las que no son propias del ámbito contractual, de modo que a su respecto no se aplica el artículo 1.552 del

¹⁴⁶ LLEDÓ VELOSO, Camilo y PARDO DONOSO, José (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. *Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile*, vol. 82, N°1. P. 61.

¹⁴⁷ CGR, Dictamen N°1.275-2015.

¹⁴⁸ LLEDÓ VELOSO, Camilo y PARDO DONOSO, José (2015). P. 67.

CC¹⁴⁹, lo que dejaría al proveedor en una posición bastante desfavorable en caso de padecer los efectos derivados del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, sin poder excusarse de su propio incumplimiento por dicha causa.

En cuanto a la llamada cláusula penal enorme, este es un punto que requiere atención al intentar trasladar la cláusula penal de forma íntegra a la contratación administrativa. Como dijimos anteriormente, esta institución es uno de los casos doblemente excepcionales en los que el legislador reconoce la lesión como un límite a la libertad contractual de las partes, y como tal, debe interpretarse de manera restrictiva. Pues bien, al contrastar el texto del artículo 1544 del CC con el artículo 79 ter del RLCP, parece que el criterio de proporcionalidad exige un estándar más rígido a la Administración en orden a las multas que puede aplicar al cocontratante particular en caso de incumplimientos. Hasta antes de la modificación del RLCP mediante el Decreto Supremo N°1.410 de 2015, la CGR no reconocía ilicitud en que las instituciones aplicaran multas que excedieran, incluso, la cuantía del contrato. En un caso reclamado ante la entidad fiscalizadora, un particular consultó sobre la legalidad de las bases administrativas que regían un contrato que se adjudicó, argumentando que se le aplicó una multa de \$25.605.320.- por concepto de atraso, en circunstancias que el valor de la obligación principal era de \$15.708.785.- Al respecto, la CGR razonó lo siguiente:

Ni en las bases ni en el contrato se contempló un valor determinado para las multas que se aplicarían al proveedor que pueda estimarse desproporcionado o exorbitante, pues solo se establece un mecanismo de cálculo que sirve para fijarlas y que depende de la cantidad de camisas que no se entreguen oportunamente y de los días de atraso imputables al contratista. En efecto, las multas se previeron para el caso de retardo en el cumplimiento de la obligación de entregar los bienes, las que se van devengando progresivamente de acuerdo a la cantidad de tiempo que transcurra después del incumplimiento [...] Ahora bien, el recurrente reconoce que se obligó a entregar 2.034 camisas hasta el 25 de julio de 2011 -plazo ofertado por el mismo proveedor en su propuesta-, habiendo entregado la totalidad de esos productos recién el 9 de septiembre de esa anualidad, esto es, con 46 días de atraso, por lo que se configuran los supuestos que obligan a la Administración a la aplicación de la multa contemplada en las mencionadas bases administrativas, la que fue calculada de acuerdo a lo previsto en ellas, considerando la cantidad de especies atrasadas y el número de días de retraso, sin que se alegase ni acreditase caso fortuito o fuerza mayor que permitiera

¹⁴⁹ CGR, Dictamen N°26.263-2009.

eximirse de la misma. Asimismo, no procede entender que la multa ha alterado el equilibrio económico financiero del contrato, como sostiene el peticionario, pues ese principio supone que la Administración no puede cambiar unilateralmente la convención haciendo más gravosa la obligación del particular sin una contraprestación, constituyendo una limitación al ejercicio del ius variandi del Estado en los contratos administrativos, situación que no se configura en la especie”¹⁵⁰.

Aplicando las reglas del artículo 1544 del CC, podría sostenerse que la multa aplicada en el caso descrito no revistió la desproporción necesaria para ser considerada una cláusula penal enorme, y por tanto, alinearnos con el criterio sostenido por la CGR para el caso planteado. Sin embargo, dicho razonamiento solo era admisible de acuerdo con el texto de la versión previa a la modificación del RLCP, el que no contenía mayores lineamientos respecto a la facultad de la Administración para establecer multas en los contratos de bienes y servicios. El texto vigente del artículo 79 ter, acertadamente, traza límites que proporcionan mayor certeza jurídica al cocontratante particular en este punto: se exige que las medidas que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento, y que al tratarse de multas, las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo para su aplicación. Si bien no se indica qué se considera proporcional, ni tampoco se indica expresamente que dicho tope máximo deba ser inferior a la cuantía del contrato, consideramos que el espíritu que subyace a la normativa de contratación pública de bienes y servicios está orientado a evitar aquellas exigencias que puedan desincentivar la participación en los procesos concursales de contratación, y la eventual aplicación de multas que puedan exceder la cuantía del contrato sería precisamente una consecuencia adversa para la participación de la mayor cantidad posible de oferentes en la provisión de bienes y prestación de servicios a la Administración. Asimismo, y especialmente considerando que los procedimientos de aplicación de multas son instruidos y resueltos por la propia entidad contratante, la aplicación de multas que excedan incluso el beneficio económico que el contrato reporta al proveedor puede devenir en un ejercicio abusivo de las potestades exorbitantes de la Administración, ya que este tipo de contratos está destinado a la satisfacción de una necesidad pública, y no a la especulación o lucro por parte de las instituciones públicas. Nuestro juicio ha sido compartido por ÁGUILA

¹⁵⁰ CGR, Dictamen N°34.523-2013.

OJEDA, al analizar las consecuencias de la aplicación irrestricta del principio de estricta sujeción a las bases en relación con la proporcionalidad de las multas¹⁵¹.

Es importante tener presente, en relación con lo anterior, que de forma más reciente la CGR se ha abstenido de pronunciarse en relación con la proporcionalidad de las multas impuestas por la Administración en sus contratos administrativos, arguyendo falta de competencia:

No se advierten irregularidades en las bases administrativas de la especie que vicien las disposiciones que regulan la determinación de las multas, sin perjuicio de hacer presente que corresponde a los tribunales de justicia pronunciarse sobre la materia y moderarlas en caso de estimarse desproporcionadas, encontrándose impedido este Organismo de Control de efectuar un pronunciamiento respecto de dicho asunto, en virtud de lo previsto en el artículo 6° de su ley N°10.336¹⁵².

Por ello, no se cuenta con jurisprudencia administrativa que permita dilucidar, bajo la redacción actual del artículo 79 ter del RLCP, un criterio general para entender hasta qué punto una multa es proporcional. Nos cuestionamos, en esta misma línea, si la imputabilidad del incumplimiento del proveedor a la que ya nos referimos es o no un asunto respecto del cual la CGR pueda pronunciarse, como ya lo ha hecho en algunos casos¹⁵³, puesto que dicha materia, entendemos, también es de carácter litigioso. Cabe recordar en este punto lo dicho por MORAGA KLENNER, respecto a que resulta razonable que los conflictos que puedan suscitarse durante la ejecución, terminación o liquidación de un contrato administrativo se vinculan más con los fenómenos de la contratación privada, por lo que los tribunales ordinarios cuentan con el conocimiento y experiencia necesarios para avocarse a su conocimiento y resolución, teniendo en cuenta, además, que el Tribunal de Contratación Pública carece de competencia legal para conocer estas materias¹⁵⁴.

En cuanto a la prescripción de las multas aplicables por incumplimientos en materia de contratos administrativos de bienes y servicios, que es una de las consecuencias más relevantes derivadas de la comprensión de dichas medidas como una cláusula penal contractual, resultaría aplicable la regla del artículo 2515 del CC, que dispone un plazo de

¹⁵¹ ÁGUILA OJEDA, Matías (2018). Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas en el contrato regulado por la Ley N°19.886. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. P. 47-48.

¹⁵² CGR, Dictamen N°24.784-2018.

¹⁵³ CGR, Dictámenes N°30.003-2014 y 1.327-2015.

¹⁵⁴ MORAGA KLENNER, Claudio (2008). P. 243.

cinco años para la extinción de las acciones ordinarias, y en este sentido se ha pronunciado consistentemente la CGR en su jurisprudencia administrativa¹⁵⁵. En este punto, se ha planteado que el criterio de la entidad contralora que reconoce la aplicación de multas como el ejercicio de un derecho contractual, y no como el ejercicio de una potestad administrativa, permitiría concluir que los actos que las aplican no constituyen actos administrativos propiamente tales en los términos del artículo 3° de la LBPA, y por tanto, carecerían de la presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad frente a su destinatario¹⁵⁶. Si bien entendemos el razonamiento que lleva a tal conclusión, nos parece que ello no es admisible a la luz de la parte final del artículo 79 ter del RLCP, que hace procedentes los recursos dispuestos en la LBPA en contra de la resolución que aplique la medida respectiva, puesto que los actos administrativos que resolvieren dichos recursos, sin lugar a duda, gozarían de las características del artículo 3° de la LBPA como manifestaciones del ejercicio de una potestad pública.

Otra consecuencia de la comprensión de la multa en los contratos administrativos como cláusula penal contractual es que su cobro no obsta a que la Administración aplique otras medidas previstas en la regulación o en los pliegos de condiciones respectivos, sin que ello constituya una vulneración al principio de non bis in ídem que se ha hecho extensivo desde el derecho penal al derecho administrativo, puesto que la naturaleza de la medida es distinta a aquellas que se reconocen de forma evidente como sanciones, como ocurre con el término anticipado del contrato, cuyas causales de procedencia se encuentran expresamente descritas en el artículo 77 del RLCP. Así, la CGR se ha pronunciado en diversas ocasiones refrendando la aplicación de multas conjuntamente con otras medidas, bajo el siguiente razonamiento:

Resulta imposible argumentar una vulneración al principio del non bis in ídem frente a la aplicación de tales medidas, toda vez que la relación jurídica que une al servicio adquirente con el contratante es distinta a la que vincula a este último con la DCCP, por lo que la multa y la suspensión del referido registro electrónico de proveedores surgen del incumplimiento de obligaciones distintas¹⁵⁷.

De lo analizado, entonces, podemos concluir que existen varios elementos que permiten hacer extensiva la cláusula penal regulada en el CC a la contratación administrativa bajo la figura de las multas, entendiendo que comparten una finalidad de tipo punitiva en

¹⁵⁵ CGR, Dictámenes N°8.297, 21.035 y 73.867, todos de 2012, N°65.446-2013 y 74.275-2016, entre otros.

¹⁵⁶ LLEDÓ VELOSO, Camilo y PARDO DONOSO, José (2015). P. 67.

¹⁵⁷ CGR, Dictamen N°65.788-2014.

perjuicio del deudor incumplidor y que su procedencia supone la concurrencia de algunos elementos que son asimilables con las escasas reglas que entrega el artículo 79 ter del RLCP. Sin embargo, existen algunos elementos que parecen escapar de la operatoria de la cláusula penal como una institución propia del derecho privado, que como hemos visto, se funda en principios que difieren de aquellos que se reconocen en el marco de las relaciones contractuales en las que interviene como parte la Administración, lo que obliga a plantear cuidadosamente la aplicación de ella a la contratación administrativa para evitar la producción de efectos indeseables e incompatibles con el derecho administrativo.

2. Por qué entender la multa en la contratación administrativa a la luz de la cláusula penal

Para concluir el análisis realizado en el presente capítulo, nos parece que un fundamento importante para sostener el criterio largamente aplicado por la CGR en cuanto a la comprensión de las multas en la contratación administrativa como cláusulas penales, en los términos del CC, viene dado por principios jurídicos que exceden a la cláusula penal misma.

Por una parte, y como ya se ha señalado en pasajes anteriores del presente trabajo, la LCP y su reglamento dan un concepto extremadamente genérico sobre la naturaleza de las multas aplicables en el caso de incumplimiento del proveedor de las obligaciones que le impone el contrato administrativo, denominándolas como “efectos derivados del incumplimiento”, y equiparándola con otras medidas de las que se diferencia, principalmente, porque gozan de un tratamiento más específico, tales como el cobro de garantías y el término anticipado. Al ser un efecto gravoso para el proveedor incumplidor, la regulación y aplicación de la multa requiere, a nuestro juicio, de una rigurosidad especial para evitar la generación de efectos más perjudiciales de los que tolera la norma, pero la falta de una regulación específica hace necesario aplicar técnicas de interpretación que exceden al solo texto del artículo 79 ter del RLCP.

Como ha quedado de manifiesto en diversos dictámenes emitidos por la CGR citados en el presente trabajo, la posición que interpreta la multa como una clase de cláusula penal se opone a aquella posición que la entiende como una sanción administrativa, y que como tal, entiende que para su aplicación deben tenerse a la vista una serie de principios y garantías para el proveedor en su calidad de administrado para hacer frente a las potestades exorbitantes de las que goza la Administración, todo lo cual será revisado en el siguiente capítulo. Al respecto, y reforzando el criterio sostenido por el órgano de control, las sanciones

administrativas serían solamente aquellas retribuciones negativas previstas como tales en el ordenamiento jurídico como una consecuencia de la comisión de una conducta tipificada expresamente como infracción administrativa¹⁵⁸, situación que no ocurre con las multas contractuales en la normativa vigente. Lo anterior no obsta a que existan consecuencias gravosas para el particular por vulnerar el ordenamiento jurídico o por incurrir en infracciones administrativas, pero ello no implica necesariamente reconocer a dicho gravamen como una sanción administrativa en sentido estricto o como una consecuencia sancionadora formal, aunque materialmente revista la apariencia material de una sanción¹⁵⁹. Teniendo en consideración lo anterior, entonces, sería inaplicable en este caso el régimen del derecho administrativo sancionador, lo que obliga a buscar otra solución jurídica en la regulación de la contratación administrativa de bienes y servicios.

En este sentido, nos parece que la aplicación de la institución de la cláusula penal para entender el efecto de las multas en la contratación administrativa obedece a un ejercicio acertado de integración, entendida por GUZMÁN BRITO como “la operación destinada a obtener un criterio jurídico útil para resolver el caso concreto, cuando no lo proporciona la ley, esto es, cuando presenta ésta una deficiencia o una insuficiencia que, frente al deber de fallar, hace necesaria colmarla o completarla”¹⁶⁰, puesto que ni la LCP ni su reglamento nos entregan una definición ni un desarrollo suficiente de las multas en materia de contratos de bienes y servicios. Así, y si bien corresponde aplicar supletoriamente a esta clase de contratos las normas de derecho privado, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1° de la LCP y por no existir normas de derecho público que nos permitan interpretar dicho efecto derivado del incumplimiento del proveedor, no existe una remisión específica en la LCP ni en su reglamento para interpretar la multa de acuerdo a las normas que tratan la cláusula penal en el CC, por lo que no es evidente ni explícito que deba entenderse que a aquélla debe aplicarse el tratamiento de esta última. En este sentido, entonces, el criterio que ha aplicado la CGR desde hace largo tiempo respecto de las multas en los contratos administrativos ha sido el de interpretar por analogía la multa como una especie de cláusula penal, entendiendo que existe una similitud en los supuestos de hecho que la hacen procedente¹⁶¹ (contrato previo, regulación de una consecuencia en caso de incumplimiento de ciertas obligaciones del deudor,

¹⁵⁸ BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. Revista Chilena de Derecho, Número Especial. P. 324.

¹⁵⁹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998). P. 325.

¹⁶⁰ BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012). Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia. Editorial Legal Publishing. P. 19-20.

¹⁶¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012). P. 25.

interpelación), y no habiendo otra institución que se asemeje mejor que pudiera ser aplicable como referencia interpretativa en el derecho privado como estatuto supletorio. Sin embargo, y como hemos evidenciado en este capítulo, no es posible entender que la multa sea una cláusula penal integralmente, puesto que algunos elementos que el CC regula a su respecto no son aplicables directamente a los contratos celebrados entre particulares y la Administración, precisamente porque ésta se rige por algunas normas que le otorgan preeminencia sobre aquel, y, por tanto, la relación contractual tiene características que escapan a los principios del derecho privado.

A lo antedicho se suma el principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 14 de la LBPA, el que se manifiesta en lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 41 de la misma norma, que establece que en ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso. Así, existiendo un mandato para la Administración en orden a la interdicción de la arbitrariedad y el debido resguardo de los intereses fiscales, si el respectivo pliego de condiciones prevé una multa en el evento que el proveedor incumpla alguna de las obligaciones que le impone el contrato, es ineludible cursarlas y asegurar su pago, lo que tiene como correlato la aplicación del principio de legalidad, de contradictoriedad y de imparcialidad, consagrados en el artículo 6° de la CPR y en los artículos 10 y 11 de la LBPA, respectivamente, que le exigen a la Administración respetar ciertas garantías y dar seguridad jurídica al cocontratante particular en cuanto a la forma en que se resolverán los efectos derivados del incumplimiento. En ese sentido, la solución jurídica que ha determinado la CGR viene a suplir la falta de una mayor regulación de la multa en la LCP, permitiendo tanto a la Administración como al proveedor tener un marco normativo según el cual regirse, pudiendo dotar de contenido a un efecto derivado del incumplimiento de manera lógica y razonable¹⁶².

¹⁶² BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012). P. 27.

CAPÍTULO TERCERO: LA MULTA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA COMO SANCIÓN ADMINISTRATIVA

I. La Sanción en el Derecho Administrativo

1. La sanción administrativa

La sanción administrativa no cuenta con una definición ni una regulación orgánica en el ordenamiento jurídico nacional. Por eso, la doctrina ha intentado delinear un concepto basado en las características que se pueden identificar para este tipo de consecuencias jurídicas gravosas para el particular, además de aquel desarrollado por la jurisprudencia judicial y administrativa.

CORDERO VEGA ha indicado que la sanción administrativa implica un mal infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutivos de infracción asimismo administrativa, es decir, tipificado legal y previamente como tal, y que puede consistir tanto en la obligación de satisfacer una cantidad de dinero como en la pérdida de una situación jurídica favorable constituida por el derecho administrativo¹⁶³. BERMÚDEZ SOTO, por su parte, distingue entre una noción amplia de sanción, entendida como el perjuicio o situación desfavorable impuesta a un administrado como consecuencia de la comisión de una conducta, mientras que, en un sentido estricto, la sanción sería solamente la retribución negativa prevista como tal en el ordenamiento jurídico como consecuencia de la comisión de una infracción administrativa¹⁶⁴. A estas definiciones podemos agregar lo dicho por CORDERO QUINZACARA, que, además de identificar la sanción como la consecuencia de una conducta ilícita, atribuye a la sanción una finalidad esencialmente represiva o de castigo¹⁶⁵, por lo que, al entender ambos elementos de forma copulativa, podemos excluir del concepto de sanción administrativa aquellos actos de la Administración de contenido desfavorable que no derivan de una conducta ilícita, tales como la expropiación, y aquellos actos que, siendo consecuencia de una conducta ilícita, no tienen una finalidad represiva o reaccional, como las medidas de restablecimiento del orden o las medidas de resarcimiento¹⁶⁶. Finalmente, CORDERO QUINZACARA agrega que la sanción

¹⁶³ CORDERO VEGA, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda edición corregida. Editorial Thomson Reuters. P. 496.

¹⁶⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998). P. 324.

¹⁶⁵ CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). Derecho Administrativo Sancionador: bases y principios en el derecho chileno. Editorial Thomson Reuters. P. 32.

¹⁶⁶ CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). P. 34-35.

administrativa debe ser aplicada por un órgano de la Administración que se encuentra previamente facultado por el ordenamiento jurídico a través de la atribución de una potestad expresa¹⁶⁷, configurando de esta forma un concepto tanto formal como sustantivo.

En esa línea, la entidad contralora ha reconocido características particulares a medidas como la caducidad de concesiones¹⁶⁸ y clausura de establecimientos comerciales¹⁶⁹, aunque sin establecer criterios definidos en el sentido antedicho.

Las diversas definiciones de sanción penal que encontramos en la doctrina nacional han tenido como fuente el desarrollo de la materia en el derecho español, especialmente a partir de los cambios anotados en la materia a partir de la Constitución Española de 1978. En este sentido, y a modo ejemplar, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ descartan la existencia de una naturaleza diversa entre las sanciones administrativas y las penas propiamente tales, ya que, del esfuerzo de dotar de una justificación teórica específica para aquellas, concluyen que en el fondo subyace solamente una decisión de política criminal¹⁷⁰, sin perjuicio que, como resulta evidente, la entidad de las consecuencias en materia de derechos del infractor varía considerablemente entre unas y otras. Así las cosas, identifican los autores españoles un único criterio irreductible para distinguir entre penas penales y sanciones administrativas, que radica en que solo mediante proceso penal puede imponerse la privación de libertad personal o la restricción al ejercicio de otros derechos civiles y políticos¹⁷¹. Finalmente, consideran que habría una distinción entre la finalidad de las penas judiciales y las sanciones administrativas, a la luz del ordenamiento constitucional español, que orienta las penas hacia la reeducación y la reinserción social, mientras que las sanciones administrativas buscarían una finalidad represiva más pragmática¹⁷². Mismo criterio ha manifestado la CGR, sosteniendo que “la distinción de estos dos ámbitos sancionatorios obedece exclusivamente a un criterio cuantitativo, puesto que el ilícito administrativo, comparado con el de naturaleza penal, es un injusto de significación ético-social reducida, que por razones de conveniencia y de política legislativa se ha encargado a la Administración”¹⁷³.

¹⁶⁷ CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). P. 30.

¹⁶⁸ CGR, Dictamen N°187 de 2018.

¹⁶⁹ CGR, Dictamen N°3.240 de 2016.

¹⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). Curso de Derecho Administrativo, undécima edición. Civitas Ediciones S.L. Tomo II, p. 166.

¹⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). P. 166.

¹⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). P. 166.

¹⁷³ CGR, Dictamen N°28.226 de 2007.

2. **Derecho administrativo sancionador**

Al desarrollo doctrinario de la sanción administrativa debe sumarse la configuración del llamado derecho administrativo sancionador, para lo cual ha sido especialmente relevante la jurisprudencia del TC. Ejerciendo el control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley de Caza, y en particular respecto a la disposición que establecía que el Servicio Agrícola y Ganadero será competente para conocer y sancionar administrativamente las contravenciones a dicha ley o a su reglamento, el TC indicó que “los principios del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado”¹⁷⁴ (el destacado es nuestro), haciendo aplicables, en específico, los principios de legalidad y de tipicidad al derecho administrativo sancionador. En este punto, y atendiendo al texto del proyecto de ley sometido a control de constitucionalidad, el TC precisó los siguientes puntos:

La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta¹⁷⁵... La Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley y solo a la ley establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es, así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República¹⁷⁶ ... Al atribuir competencia al Servicio Agrícola y Ganadero para conocer y sancionar administrativamente no solo ‘las contravenciones a esta ley’, sino también ‘a su reglamento’, resultaría contraria a la Constitución Política al vulnerar la reserva legal que las normas constitucionales antes indicadas consagran, en relación con las conductas que pueden ser objeto de sanción¹⁷⁷.

En síntesis, el TC consideró en la sentencia referida que el derecho administrativo sancionador corresponde a una manifestación del poder punitivo del Estado, por lo que, para

¹⁷⁴ STC, rol N°244-1996, considerando 9°.

¹⁷⁵ STC, rol N°244-1996, considerando 10°.

¹⁷⁶ STC, rol N°244-1996, considerando 12°.

¹⁷⁷ STC, rol N°244-1996, considerando 14°.

su correcto ejercicio, deben observarse las garantías del debido procedimiento consagradas en el artículo 19 N°3 de la CPR, y entre ellas, la garantía que las sanciones se encuentren previstas en la ley, sin que ello admita la regulación infralegal de las sanciones administrativas. En cuanto a la sanción administrativa propiamente tal, existen antecedentes que permiten sostener que el TC la entiende en un sentido estricto: resolviendo el requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en un proyecto de ley de migración y extranjería, y a propósito de la medida de expulsión de extranjeros en casos debidamente calificados, el tribunal razonó que “la naturaleza de la expulsión no corresponde necesariamente y en todo caso a una sanción. Importa una medida (artículo 126) que amerita la eficacia y eficiencia con la que debe ser atendida una situación de flagrante discordancia o necesidad con el ordenamiento jurídico nacional (de acuerdo a lo que el Título VIII establece)”¹⁷⁸, lo que refleja lo antedicho en torno a que no toda medida gravosa de por sí constituye una sanción administrativa.

La jurisprudencia administrativa de la CGR, en tanto, y basada tanto en la doctrina española como en la chilena, se ha referido a una potestad disciplinaria al referirse a la aplicación de medidas como respuesta a infracciones a normativa sectorial, reconociéndola como una especie de potestad sancionatoria y, como tal, entendiendo que es una manifestación del ius puniendi general del Estado, “razón por la cual ha entendido también que los principios del derecho penal son aplicables al derecho sancionador disciplinario”¹⁷⁹.

3. Principios de legalidad y tipicidad

Sobre los principios de legalidad y tipicidad, luego, el TC ha resuelto lo siguiente:

Los artículos impugnados, como todos los que regulan la actividad sancionadora de la Administración, están sujetos al principio de legalidad; desde luego, en virtud de los preceptos básicos contenidos en el Capítulo I de la Constitución, particularmente en sus artículos 6 y 7 que establecen la sujeción de toda actividad de los órganos del Estado al ordenamiento jurídico y muy especialmente, en cuanto los dos primeros incisos del artículo 7° de la Constitución, los sujetan a la Carta Fundamental y a la ley, al disponer que los órganos del Estado solo actúan válidamente si lo hacen dentro de su competencia y en la forma prescrita en la ley y que ninguna magistratura puede atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad que la que

¹⁷⁸ STC, rol N°9930-2020, considerando 113°.

¹⁷⁹ CGR, Dictamen N°14.571 de 2005.

se le haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Complementa este principio básico de exigencia de legalidad de los actos de la Administración el precepto contenido en el numeral 18 del artículo 63, en cuanto exige que sean de jerarquía legal las normas que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública y el inciso cuarto del artículo 65 en cuanto reserva al presidente de la República la iniciativa exclusiva de las *leyes* que crean nuevos servicios públicos (énfasis del original)¹⁸⁰.

De lo anterior se desprende que la aplicación del principio de legalidad como garantía en el ejercicio del ius puniendi estatal para efectos del llamado derecho administrativo sancionador, se funda tanto en un elemento sustantivo como en uno formal.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, nuevamente, recogen la forma en que gracias a la Constitución española de 1978 se resolvió el problema de interpretación del principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español: concluyen que no son posibles las regulaciones reglamentarias independientes o que intenten tipificar conductas sancionables o sanciones sin cobertura legal precisa, ni las que presenten ampararse en una cláusula de deslegalización o de remisión inespecífica, pero no estaría proscrita la colaboración reglamentaria en la normativa sancionatoria, en tanto el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones estén previamente establecidos por la ley. Por tanto, las normas reglamentarias no podrían definir ilícitos o conductas sancionables ni las sanciones aplicables¹⁸¹.

En cuanto a la tipicidad legal de las conductas que son susceptibles de ser sancionadas por vía administrativa, y a propósito del control de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica el D.F.L. N°458 de 1975, correspondiente a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, la magistratura constitucional declaró la inconstitucionalidad de la norma que remitía a un reglamento la determinación de las causales de amonestación, suspensión y eliminación del registro de revisores autorizados, por tratarse de una remisión sin reserva alguna a un reglamento de ejecución para efectos de establecer los requisitos, sanciones y causal genérica de incumplimiento que autoriza imponerlas; la omisión de normas regulatorias del proceso y procedimiento sancionatorio respectivo; el silencio respecto al órgano administrativo competente para tener por establecidos los hechos que configuran la infracción; la amplitud de la causal que permite sancionar en sede administrativa a quienes incumplieran

¹⁸⁰ STC, rol N°480-2007, considerando 4°.

¹⁸¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). P. 177.

la normativa pertinente; y la remisión al reglamento de ejecución como fuente exclusiva y excluyente de las situaciones concretas que configuran la infracción¹⁸². El tribunal arriba a la siguiente conclusión:

El precepto impugnado es una remisión, en aspectos medulares, a la potestad reglamentaria de ejecución de la ley y subordinada a lo que tal ley haya normado, con antelación y en términos sustantiva y procesalmente suficientes. Efectivamente, las omisiones normativas que evidencia ese precepto en formación impiden que pueda considerarse cumplido el cúmulo de exigencias previstas en el artículo 19 N°3 de la Constitución¹⁸³

Lo anterior implica, entonces, que la regulación esencial del régimen sancionatorio no puede sino quedar previsto en la ley, sin perjuicio del complemento que pudiere suponer la dictación de un reglamento de ejecución en aquello que la ley no hubiere regulado expresamente.

Sobre la materia, en tanto, la CGR se ha referido a la legalidad y tipicidad de las sanciones haciendo suyos los razonamientos del TC al referirse a las alegaciones de empresas distribuidoras de energía eléctrica sobre una supuesta falta de claridad y precisión de los cargos que afectaría su derecho a defensa, dictaminando en el siguiente sentido:

En armonía con el criterio planteado por el Tribunal Constitucional, se puede concluir, en la especie, que el primer cargo ha imputado a las tres empresas requirentes la infracción del deber de “coordinación” contenido en el ordenamiento jurídico aplicable, cuyo desarrollo ha sido entregado a la reglamentación pertinente, en aspectos no esenciales, formando un todo armónico y sistemático con la norma legal que lo sustenta, deber que, por lo demás, impone la obligación de sujetarse a las instrucciones de los organismos técnicos del respectivo CDEC, para preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico. Asimismo, a Transelec S.A. se le ha atribuido también la infracción de un deber comprendido en un precepto legal que ha sido desarrollado en los reglamentos que la rigen, referido, en este caso, a la obligación de “mantener en buen estado las instalaciones”, con la finalidad de evitar peligro para las personas o cosas. A igual conclusión es posible llegar luego del análisis del segundo cargo formulado a Chilectra S.A., como propietaria u operadora de instalaciones sujetas a la

¹⁸² STC, rol N°437-2005, considerando 22°.

¹⁸³ STC, rol N°437-2005, considerando 23°.

coordinación del CDEC-SIC, por no coordinarse con el fin de preservar la seguridad del servicio”¹⁸⁴.

Así, desestimó las alegaciones por considerar que se cumple suficientemente con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, y sus consecuentes sanciones, cuando la ley, por una parte, establece de forma clara la conducta esperada y su finalidad, y por otra, cuando la descripción de la conducta cuya inobservancia es susceptible de sanción, es complementada mediante cuerpos normativos de jerarquía reglamentaria.

Resulta interesante para la materia en estudio en el presente trabajo, además, el razonamiento del TC en cuanto a la actividad sancionatoria en actividades económicas lícitas: al respecto, ha considerado lo siguiente:

La aplicación del principio de legalidad a la actividad sancionadora del Estado viene también exigida por lo dispuesto en el artículo 19 N°21 en relación al 19 N°26 y al 63 N°2 de la Carta Fundamental. Para llegar a esta conclusión basta aceptar la premisa de que las normas que establecen deberes y vinculan sanciones a su incumplimiento, como las descritas en las letras a) y b) del considerando tercero que antecede, limitan el ejercicio del derecho a desarrollar una actividad económica lícita (el destacado es nuestro). En efecto, todo precepto que establece un deber para quien ejerce el derecho a desarrollar una actividad económica, sujeta ese ejercicio a una regulación, toda vez que el sujeto que desarrolle la actividad no será libre para ejercerla del modo que le plazca, sino que deberá hacerlo del modo en que ella ha quedado regulada¹⁸⁵ ... las normas que regulen una actividad económica lícita deben estar contenidas en preceptos de rango legal, según lo dispone expresamente el numeral 21 del artículo 19 al establecer que ‘el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional’ debe hacerse ‘respetando las normas *legales* que la regulen’. En consecuencia, la Constitución reserva a la ley la regulación de la actividad económica lícita (énfasis del origen)¹⁸⁶.

Así, el TC reforzaría la idea que la regulación de las sanciones a las que se sometan aquellos particulares que desarrollen actividades económicas lícitas, como es la provisión de bienes y prestación de servicios a la Administración en virtud de la LCP, deben estar

¹⁸⁴ CGR, Dictamen N°63.697 de 2011.

¹⁸⁵ STC, rol N°480-2007, considerando 8°.

¹⁸⁶ STC, rol N°480-2007, considerando 9°.

previamente previstas y tipificadas en un texto de rango legal. Sin embargo, la premisa ha sido matizada al analizar la funcionalidad de la potestad reglamentaria para la consecución del fin de la ley, concluyendo lo siguiente:

La Constitución reserva a la ley, manifestación de la voluntad soberana y norma con la máxima publicidad, el establecimiento sustantivo de los deberes y de las sanciones que puedan imputarse a su incumplimiento. Al mismo tiempo, y dentro de los límites constitucionales y legales, faculta a la Administración para dictar las normas reglamentarias que juzgue convenientes para la ejecución de los deberes legales¹⁸⁷.

Por tanto, hace necesario analizar en concreto si una regulación legal específica es o no suficientemente descriptiva de la conducta debida para habilitar la regulación por vía reglamentaria.

4. Principio de juridicidad

En otro orden de ideas, al conocer respecto de un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad recaído sobre algunas normas que regular el ejercicio de la potestad disciplinaria del Poder Judicial, la magistratura constitucional hace extensivo el concepto de jurisdicción a una amplia gama de actuaciones emanadas ya no solo de los tribunales de justicia, sino también de la Administración, estableciendo lo siguiente:

La expresión ‘sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción’ contenida en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, debe entenderse en un sentido amplio, extendiéndola sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción – esto es, el poder-deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico - por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica”, y en ese sentido, ha entendido que “las exigencias de racionalidad y justicia que demanda la Carta Fundamental resultan aplicables también a los procedimientos llamados a hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios judiciales, sin que resulte útil discernir la naturaleza de la función disciplinaria” (el destacado es nuestro)¹⁸⁸.

¹⁸⁷ STC, rol N°480-2007, considerando 21°.

¹⁸⁸ STC, rol N°747-2007, considerando 5°.

De esta forma, el TC hace extensivo el concepto de jurisdicción que tradicionalmente se ha asociado de forma exclusiva a los tribunales de justicia, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 76 de la CRP, a todo órgano con potestad resolutoria respecto de controversias jurídicas que se susciten entre terceros, por lo que el ejercicio de las potestades públicas de las que está investida la Administración correspondería a un ejercicio jurisdiccional y, por tanto, debe responder a las garantías constitucionales de un justo y racional procedimiento¹⁸⁹.

5. Debido proceso administrativo

La exigencia del respeto al debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador ha sido claramente asentada por el TC, al ejercer el control de constitucionalidad del proyecto de ley sobre transparencia, límite y control del gasto electoral mediante su sentencia N°376 de 2003. El proyecto de ley referido consideraba, además de la regulación de aportes y rendiciones, distintas sanciones a aplicar a aquellos partidos políticos, candidatos, particulares o entidades aportantes que incumplieren las disposiciones allí previstas, las que serían aplicadas por el Director del Servicio Electoral y reclamables ante el Tribunal Calificador de Elecciones, pero no reguló un procedimiento para la aplicación de la sanción por parte del SERVEL. Al respecto, el TC analizó el régimen sancionatorio propuesto a la luz de lo dispuesto en el inciso primero del artículo 19 N°3 de la CPR, llegando al siguiente razonamiento:

Consagra el principio general en la materia, al imponer al legislador el deber de dictar las normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser, afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse de los cargos que le formule la autoridad administrativa. Fluye de lo anterior, lógicamente, que la voluntad del Poder Constituyente es que la ley contemple los preceptos que resguarden el goce efectivo y seguro de esos derechos¹⁹⁰.

Lo anterior, sumado al derecho a la defensa jurídica previsto en el inciso segundo de la misma norma, “precisa el sentido y alcance de la protección que el legislador debe otorgar al ejercicio de los derechos de la persona, refiriéndola específicamente a la defensa jurídica de ellos ante la autoridad que corresponda¹⁹¹. En razón de lo anterior, luego, considera lo siguiente:

¹⁸⁹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). P. 37.

¹⁹⁰ STC, rol N°376-2003, considerando 30°.

¹⁹¹ STC, rol N°376-2003, considerando 32°.

Resulta evidente, en consecuencia, que el Legislador ha dejado de cumplir con la obligación que el Poder Constituyente le impone, de dictar las normas tendientes a asegurar la protección y defensa jurídica de los derechos fundamentales de quienes se encuentren comprendidos en las situaciones que, de acuerdo con las disposiciones indicadas, determinan la imposición de una sanción. A mayor abundamiento, lo recién advertido por este Tribunal puede lesionar el ejercicio de los derechos comprometidos, circunstancia que pugna con las garantías que, en los incisos primero y segundo del numeral tercero del artículo 19, la Carta Fundamental consagra para resguardarlos¹⁹².

Concluye la magistratura constitucional haciendo presente que la existencia de un mecanismo de impugnación ante una instancia diversa no cumple con el estándar del debido proceso en materia sancionatoria, puesto que, no obstante el proyecto de ley revisado contemplaba la autorización al TRICEL para dictar autos acordados, éstos solo podían complementar las normas de procedimiento que, en la práctica, no existían, pero más aún, como se indica:

Esta posibilidad (instancia jurisdiccional para reclamación de las multas) en nada supera la falencia anotada, ya que la falta de posible defensa jurídica ante dicho Servicio, puede no ser factible de subsanarse dentro de los acotados márgenes del reclamo [...] el derecho a la defensa jurídica debe poder ejercerse, en plenitud, en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles (el destacado es nuestro)¹⁹³.

Mismo razonamiento se aprecia en la declaración de inconstitucionalidad de algunas normas contenidas en el proyecto de ley que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica el Código Penal en materia de lavado y blanqueo de activos¹⁹⁴, sin perjuicio de la prevención de los ministros Sres. Colombo Campbell, Álvarez García y Libedinsky Tschorne, por considerar que “en los procedimientos nacionales, tanto en el orden civil como penal, aplicando principios informadores vastamente conocidos, ha adoptado el principio de la unilateralidad en casos excepcionales y cautelares y como una manera de asegurar la eficacia de determinadas actuaciones o resoluciones futuras y decisorias del ámbito jurisdiccional, el que puede usar sin

¹⁹² STC, rol N°376-2003, considerando 35°.

¹⁹³ STC, rol N°376-2003, considerando 37°.

¹⁹⁴ STC, rol N°389-2003, considerandos 33° al 36°.

violentar ningún precepto de la Constitución (el destacado es nuestro)”¹⁹⁵. Teniendo en cuenta lo expuesto en el presente capítulo de este trabajo, discrepamos de dicha consideración, por tratarse la norma declarada inconstitucional de la aplicación de una sanción por una conducta infractora de las normas que rigen la actividad financiera, y no una medida de carácter precautorio ni esencialmente revocable, no justificándose la excepción que los señores ministros contemplan como lícita y ajustada al ordenamiento constitucional.

Este criterio se reafirma a propósito del control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley que modifica la Ley N°18.175, en materia de fortalecimiento de la transparencia en la administración privada de las quiebras, fortalecimiento de la labor de los síndicos y de la Superintendencia de Quiebras. Con ocasión de la incorporación de sanciones por incumplimiento de las instrucciones respectivas, el TC sostuvo que la disposición referida al procedimiento de aplicación de dichas sanciones, a la luz de los derechos a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos y del derecho a la defensa jurídica, “es constitucional en el entendido que la audiencia previa a la que se refiere, habilita al afectado para hacer uso en plenitud del derecho a la defensa jurídica que el artículo 19 N°3, incisos primero y segundo de la Carta Fundamental, le garantizan”¹⁹⁶.

De forma más reciente, la exigibilidad de un debido proceso administrativo sancionador se desprende del razonamiento expuesto por el TC a propósito de un requerimiento de inaplicabilidad respecto de los artículos 79 y 74 inciso final del D.L. N°1.094 de 1975, que establece Normas sobre Extranjeros en Chile. En lo que respecta a esta materia, y considerando que la norma impugnada dispone que las multas y amonestaciones establecidas en dicho decreto ley se aplicarán mediante resolución administrativa, con el solo mérito de los antecedentes que las justifiquen, debiéndose, siempre que ello sea posible, oír al afectado, la magistratura constitucional ha delineado una descripción de lo que se entiende por debido proceso sancionatorio, en el siguiente sentido:

A la imposición de sanciones administrativas, pues, necesariamente debe anteceder una serie concatenada de trámites, tan esenciales como un acta o acusación o formulación de cargos precisa y sostenida en una investigación preliminar, su comunicación al presunto infractor y la oportunidad para que éste pueda plantear defensas o alegaciones y rendir pruebas. Todo ello terminado, si procede, con una sanción fundada y sólo por hechos que han sido objeto de cargos, susceptible de ser

¹⁹⁵ STC, rol N°389-2003, prevención 3°.

¹⁹⁶ STC, rol N°434-2005, considerando 10°.

impugnada ante un tribunal¹⁹⁷ ... Sostener que, aun así, la requirente no ha quedado en la absoluta indefensión, por la sola circunstancia de que su caso lo conoce la Justicia (mediante reclamación de la resolución sancionatoria administrativa, y que da origen al requerimiento de inaplicabilidad), implica desconocer que un racional y justo procedimiento administrativo no puede redundar - sin desnaturalizar su contenido - en un acto administrativo terminal del cual la autoridad pueda predicar una sedicente presunción de legalidad o una suposición de veracidad, en circunstancias que ella misma ha dejado al afectado en una situación procesal desmedrada, al no escucharla previamente ni ponderar, en definitiva, sus defensas o alegaciones¹⁹⁸.

En el mismo sentido, a propósito del requerimiento de inconstitucionalidad sobre el proyecto de Ley de Migración y Extranjería, el TC determinó que la norma que faculta al Subsecretario(a) del Interior, mediante resolución fundada, para disponer la medida de expulsión de extranjeros a la que nos hemos referido previamente, “no libera a la autoridad del deber constitucional que le asiste de incoar un procedimiento justo y racional antes de resolver ... Sin perjuicio, lo anterior, del derecho del afectado para ejercer las acciones judiciales que correspondan”¹⁹⁹.

6. Principio de culpabilidad

Otra garantía sustantiva relevante en el derecho administrativo sancionador reconocida por la jurisprudencia constitucional corresponde a la responsabilidad o culpabilidad personal del infractor. Conociendo sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del derogado artículo 169 del Código Sanitario²⁰⁰, con ocasión de un sumario sanitario instruido en contra del director técnico y del jefe del departamento de control interno

¹⁹⁷ STC, rol N°7857-2019, considerando 12°.

¹⁹⁸ STC, rol N°7587-2019, considerando 16°.

¹⁹⁹ STC, rol N°9930-2020, considerando 114°.

²⁰⁰ El artículo 169 del Código Sanitario, derogado mediante Ley N°20.724 del año 2014, disponía que “Si transcurrido el plazo señalado en el artículo anterior, el infractor no hubiere pagado la multa, sufrirá, por vía de sustitución y apremio, un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual que comprenda dicha multa. Para llevar a cabo esta medida, el Director del correspondiente Servicio de Salud o del Instituto de Salud Pública de Chile, en su caso, solicitará del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, quienes dispondrán sin más trámite la detención del infractor y su ingreso al establecimiento penal respectivo, a cuyo efecto librarán la orden correspondiente en conformidad a las reglas generales, dando cuenta de lo obrado a la autoridad sanitaria”.

de un laboratorio farmacéutico por infracciones establecidas en una norma de jerarquía reglamentaria²⁰¹, el TC reconoció lo siguiente:

Atendida la circunstancia de que las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales, al ser ambas emanaciones del ius puniendi estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto [...] los sujetos pasivos de las mismas solo suelen serlo – por regla general – quienes aparezcan como directa y personalmente infractores. De esta manera, para poder hacer efectiva una sanción sobre los administradores o representantes de la entidad agente de la infracción, se requiere texto expreso de ley, tal como se prevé en otros casos análogos ... No obstante, en esta preceptiva sanitaria y con cobertura simplemente reglamentaria (artículos 161 y 168 del D.S. N°1.876 de 1996), tales sanciones no se imponen a la empresa respectiva, sino que se hacen recaer sobre el patrimonio y libertad de su director técnico y el jefe del departamento de control interno (el destacado es nuestro)²⁰².

Lo anterior se relaciona estrechamente con lo antedicho respecto del principio de tipicidad. Sumado a lo anterior, la norma impugnada permitía ejecutar no solo la multa, sino incluso el arresto como medida sustitutiva y de apremio, aunque se encontrare pendiente la impugnación por vía jurisdiccional, lo que a juicio de la magistratura constitucional es improcedente, puesto que “Comoquiera que las sanciones administrativas han de sujetarse, preeminentemente, a las garantías y principios inspiradores del orden penal ... su entrada en vigencia no puede producirse sino cuando se encuentren ejecutoriadas o firmes, puesto que materializarlas antes significaría privar de todo efecto práctico a una ulterior sentencia favorable”²⁰³, garantías entre las que se cuenta la presunción de inocencia, que la jurisprudencia constitucional extrae del inciso sexto del numeral 3 del artículo 19 de la CPR. Al respecto, el TC realizó la siguiente consideración:

El derecho a ser tratado como inocente, durante todo el procedimiento y hasta que una decisión ejecutoriada establezca fehacientemente la responsabilidad, no solo puede verse vulnerado cuando una ley estructura en forma nominal alguna presunción de culpabilidad. Si del contexto de la ley aparece que diversas disposiciones, relacionadas

²⁰¹ Decreto Supremo N°1.876 de 1995 del Ministerio de Salud, derogado por el Decreto Supremo N°3 de 2010 de la misma cartera.

²⁰² STC, rol N°1.518-2010, considerando 6°.

²⁰³ STC, rol N°1.518-2010, considerando 8°.

entre sí, conducen al mismo resultado, también debe ser declarada inconstitucional aquella norma que genere como consecuencia práctica una suposición irreversible de responsabilidad, cuando se desvirtúa el derecho del afectado para presentar reclamos y pruebas en contrario de manera eficaz²⁰⁴ ... (la norma impugnada) Permite anticipar la ejecución administrativa de una pena de prisión antes de encontrarse firme dicha sanción, mientras que los hechos que dan por establecida la infracción y por acreditada la responsabilidad se encuentran discutidos en sede judicial. De suerte que, aunque el reclamo judicial prospere, la eventual sentencia favorable podría devenir enteramente inocua o carente de significación real, al haberse consumado antes y producido todos sus efectos irreversibles esa pena de prisión²⁰⁵.

Un caso interesante respecto de la configuración de la responsabilidad en materia de sanciones administrativas fue conocido por el TC con ocasión de diversos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 16 B de la ley N°18.410, que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), efectuados por empresas concesionarias de servicios de distribución de electricidad. La norma impugnada establece que, sin perjuicio de las sanciones que correspondan, la interrupción o suspensión del suministro de energía eléctrica no autorizada en conformidad a la ley y los reglamentos, que afecte parcial o íntegramente una o más áreas de concesión de distribución, dará lugar a una compensación que deberá otorgarse de forma inmediata a los usuarios sujetos a regulación de precios afectados, de cargo del concesionario, y sin perjuicio del derecho de dichos concesionarios de distribución para repetir en contra de terceros responsables. Pues bien, en los casos concretos que dieron lugar a los requerimientos respectivos, consta a partir de las investigaciones realizadas por la SEC que las interrupciones de suministro fueron imputables a las empresas concesionarias de generación y transmisión, pero aún así resultaron obligadas las concesionarias de distribución compensar a los usuarios afectados, situación que, a juicio de éstas, deviene en inconstitucional por haberse determinado que la responsabilidad recaía en las otras empresas. Al respecto, distinguió la magistratura constitucional:

Tocante al artículo 19 N°3 de la Constitución, los ocurrentes hacen consistir su infracción en que la norma legal impugnada les impediría acceder a la justicia en forma previa al pago de la compensación, negándoles toda posibilidad de discutir ante los tribunales si los hechos que constituyen la infracción son imputables al concesionario.

²⁰⁴ STC, rol N°1.518-2010, considerando 35°.

²⁰⁵ STC, rol N°1.518-2010, considerando 36°.

Debiendo apuntarse, a este respecto, que el artículo 16 B tiene por objeto y destinatario la protección al usuario afectado ante un corte de suministro, por lo que no concierne al castigo de un responsable ni a la determinación de quiénes serían culpables de tal interrupción (el destacado es nuestro). Cuando el inciso primero del mismo precepto despeja que su aplicación es 'sin perjuicio de las sanciones que correspondan', está señalando inequívocamente que a este otro efecto punitivo rigen los procedimientos administrativo y judicial conducentes a reprimir al infractor...²⁰⁶

Así, no obstante imponerse una carga a las distribuidoras, ésta no cabe dentro del concepto de sanción administrativa, y, por tanto, no es pertinente analizar a la luz del derecho administrativo sancionador la existencia o no de culpabilidad (ni tampoco, interpretamos, un debido proceso administrativo sancionador). ROMÁN CORDERO ha sostenido un análisis similar al respecto, comparando las características de esta compensación a los usuarios con las instituciones de sanción administrativa y de indemnización, pero de forma inversa: al no existir un procedimiento administrativo sancionador previo que concluya con la imposición de una medida gravosa en contra del responsable por un hecho propio que resulta en una infracción a la normativa eléctrica, y al estar pretasada por la normativa y no atender a las circunstancias particulares de dicha conducta y sus consecuencias, no podría tratarse de una sanción administrativa²⁰⁷.

Además de casos como los revisados anteriormente, CORDERO QUINZACARA ha concluido que algunas de las consecuencias de aceptar la culpabilidad como un principio que informa el derecho administrativo sancionador serían rechazar la existencia de responsabilidad objetiva en la comisión de infracciones administrativas, incorporar la gradación de la magnitud de la sanción de acuerdo a la magnitud de la culpabilidad, la limitación a la responsabilidad personal para la aplicación de sanciones administrativas y la exclusión de aquellas sanciones que atiendan a la gravedad de los resultados²⁰⁸.

7. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha sido reconocido como garantía del derecho administrativo sancionador por el TC, desde la concepción de la proscripción de la

²⁰⁶ STC, rol N°2161-2012, 2163-2012, 2190-2012 y 2198-2012 (acumulados), considerando 20°.

²⁰⁷ ROMÁN CORDERO, Cristian (2014). ¿Compensación por el hecho de otro? El caso de la interrupción o suspensión no autorizada del suministro eléctrico. Revista de Derecho Administrativo Económico, N°19, Pontificia Universidad Católica de Chile. P. 173.

²⁰⁸ CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). P. 253-254.

arbitrariedad en las actuaciones de la Administración. En relación con el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del derogado y ya analizado artículo 169 del Código Sanitario, y teniendo como premisa lo antedicho respecto a la naturaleza punitiva respecto a la sustitución del pago de la multa con una medida privativa de libertad, la magistratura constitucional ha sostenido:

Esta carencia de revisión judicial no permite que exista un juzgamiento en torno a si la prisión es necesaria y adecuada como apremio, ni tampoco graduarla de conformidad a la reprochabilidad de la conducta, cuestión que, por lo demás, ni la misma norma lo permite. En efecto, ésta al señalar textualmente que se ‘sufrirá... un día de prisión por cada décimo de unidad tributaria mensual’, consagra la privación de libertad de modo obligatorio; impide que se utilicen otros medios más adecuados para lograr el cumplimiento de la multa, y que la prisión sea proporcional y graduable de conformidad a las particularidades que asisten al no pago de la multa” (el destacado es nuestro)²⁰⁹ ... La norma objetada convierte administrativa e indiscriminadamente en prisión cualquier multa, impaga por no estar ejecutoriada, sin atender a la circunstancia de que ésta debió modularse, antes, en relación con la naturaleza o entidad de la falta cometida. Si las multas sanitarias aun por hechos leves o menores pueden derivar en prisión, entonces ello implica desvirtuar todo el procedimiento seguido con antelación, teniendo, como se dijo, a garantizar que las decisiones de la autoridad se ciñan estrictamente al principio de proporcionalidad, de modo que las sanciones administrativas aplicadas se correspondan con la gravedad de las faltas cometidas y la responsabilidad de los infractores en ellas” (el destacado es nuestro)²¹⁰.

Este criterio ha sido replicado, posteriormente, con ocasión del requerimiento de inconstitucionalidad respecto de diversas disposiciones contenidas en un proyecto de ley de migración y extranjería previamente analizado, particularmente respecto de los artículos 133 y 137, que aplicados conjuntamente permitían al Subsecretario del Interior disponer la expulsión de extranjeros en casos debidamente calificados y mediante resolución fundada, pudiendo establecer un plazo de prohibición de ingreso especial de hasta 30 años, por sobre los plazos reglados para casos generales que tenían como tope un plazo de prohibición 25 años. Sobre este punto, el TC discurre sobre el análisis de la norma que establece plazos de prohibición de acuerdo a la gravedad o magnitud de los casos que fundan dicha prohibición,

²⁰⁹ STC, rol N°1.518-2010, considerando 18°.

²¹⁰ STC, rol N°1.518-2010, considerando 30°.

para observar, primeramente, que dichas normas “configuran una regla que otorga una potestad discrecional al Subsecretario, desproporcionada en términos de restricción de derechos fundamentales, incoherente con la regulación de las mismas reglas e incluso con las instituciones establecidas en el propio proyecto de ley”²¹¹. Luego, profundiza dicha observación vinculando el principio de proporcionalidad con la garantía de igualdad ante la ley reconocida en el artículo 19 N°2 de la CPR, arribando a la siguiente determinación:

La escala proporcional sobre la cual se construye el parámetro de estimación de los años que imponen la prohibición de ingreso de extranjeros al país suponen un vínculo asociado a conductas que predeterminan grados de importancia de las conductas sancionadas. Existe un vínculo que el legislador realiza en cada uno de los casos. Sin embargo, tal nexo racional se desvanece con el inciso cuarto del artículo 137 del proyecto de ley. En la asunción de potestades sancionatorias, simplemente, alcanza un grado indeterminado y desvinculado de conducta alguna “la prohibición de ingreso que fije el Subsecretario del Interior” ... Se produce un efecto de incremento punitivo de la sanción de prohibición de ingreso desde los 25 años a los 30 años. Ese salto es gratuito en cuanto garantía material puesto que se disocia de conducta alguna y significa una imposición de una sanción adicional porque sí. En consecuencia, el modo en que se produce dicha consideración, al carecer de fundamento racional, produce un efecto desproporcionado que configura la violación del artículo 19, numeral 2° de la Constitución²¹².

En relación con el principio de proporcionalidad, es relevante el desarrollo que ha tenido la interpretación de las normas sobre prescripción tanto de las infracciones administrativas como de las sanciones aplicadas por la Administración, dado que, salvo casos particulares, no existe una regla general de prescripción para este caso. Al respecto, se evidencia un cambio de criterio en nuestra jurisprudencia administrativa, la que inicialmente consideraba lo siguiente:

En aquellos casos en que no existe un texto legal claro e inequívoco, resulta posible la aplicación por analogía de instituciones correspondientes de otras ramas del derecho para resolver situaciones no regladas expresamente, tal como ocurre en materia sancionatoria en cuanto a la irretroactividad de las normas, al principio 'non bis in idem' y al principio 'pro reo', entre otros” (el destacado es nuestro) ... Ya sea que se considere

²¹¹ STC, rol N°9930-2020, considerando 118°.

²¹² STC, rol N°9930-2020, considerando 123°.

que las reglas sobre prescripción limitan las potestades sancionadoras del Estado - puesto que las acotan a su efectivo ejercicio dentro de cierto plazo -, ya sea que se estime que ellas conciernen a los derechos de las personas - en cuanto dejan su esfera de intereses a salvo del poder sancionador -, es indudable que tales reglas también se deben aplicar en aquellos ámbitos sectoriales en los que el silencio o las omisiones del legislador no las han considerado ... Es forzoso concluir que las normas sobre prescripción del Código Penal son aplicables a las sanciones administrativas, tanto al señalar el plazo dentro del cual ellas se extinguen, como el ordenar sea declarada de oficio, aun cuando el interesado no la alegue ... En cuanto al plazo que se debe computar para estos efectos, que éste no puede ser otro que el de seis meses aplicable a las faltas, señalado en el artículo 97 del Código Penal, ya que no es posible asimilar las infracciones administrativas a crímenes o simples delitos²¹³.

Dicho criterio se mantuvo de forma estable hasta que, recientemente, la CGR reconsideró su criterio previo, observando que la jurisprudencia judicial ha tenido un giro en cuanto a considerar al derecho penal como parte del derecho común, dada la función social específica que desempeña, con el siguiente pronunciamiento:

Tanto la jurisprudencia administrativa de este origen como la judicial habían venido sosteniendo que la aplicación del Derecho Penal al ámbito en análisis no era automática, sino que reconocía matices y exigía un análisis especial, lo que evidencia la dificultad de trasladar categorías propias de la sede penal a una diversa. Descartada la necesaria aplicación de las normas y principios del Derecho Penal al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración para alcanzar la finalidad garantista que la justificaba, resulta menester entonces acudir al Derecho común en aquellas materias no reguladas por el Derecho Administrativo, el que en nuestro caso corresponde al Código Civil²¹⁴.

De lo anterior, concluyó la CGR que resultan aplicables las normas de prescripción contenidas en el CC, lo que implica admitir como plazo de prescripción de la responsabilidad por infracciones administrativas el de 5 años, de acuerdo con el artículo 2.515 del CC, y el de prescripción de la acción ejecutiva de la sanción aplicada en virtud de un procedimiento administrativo de carácter sancionador de 3 años por aplicación de la misma norma,

²¹³ CGR, Dictamen N°28.226 de 2007.

²¹⁴ CGR, Dictamen N°24.731 de 2019.

entendiendo que el acto administrativo que resuelve la aplicación de la sanción tiene mérito ejecutivo según la entidad contralora²¹⁵.

II. La Multa en la Contratación Administrativa de Bienes y Servicios como Manifestación del Derecho Administrativo Sancionador

1. Problemas de entender la multa en la contratación administrativa como sanción administrativa

Primeramente, podemos decir que la multa no tiene una regulación acabada en materia de contratación administrativa, más allá de lo dispuesto en el artículo 79 ter del RLCP, y que en dicha norma no existe una definición o una descripción de su naturaleza, pero resulta evidente que ella consiste en el pago de una suma de dinero a la Administración, que para estos efectos funge como acreedora de la obligación contractual, por haber incumplido con alguna de las obligaciones que el contrato le impone al proveedor. Considerando que las obligaciones cuyo incumplimiento es susceptible de ser castigado con la aplicación de una multa no están expresamente previstas en la normativa contenida tanto en la LCP como en su reglamento, podemos decir que la multa calificaría, como mucho, dentro del concepto amplio de sanción descrito al inicio del presente capítulo, y en palabras de BERMÚDEZ SOTO, se configuraría como una situación desfavorable impuesta a un administrado como consecuencia de la comisión de una conducta. Lo anterior, teniendo presente que el administrado, en este caso, hace las veces de deudor de una obligación de fuente contractual, y no legal o reglamentaria, haciéndose patente que la situación no se aviene con la configuración de la sanción administrativa antes delineada. Incluso, podemos evidenciar una diferencia sustancial con el caso de la medida de término anticipado de la contratación que puede disponer la Administración y que está prevista en los artículos 13 de la LCP y 77 del RLCP, la que establece causales específicas de procedencia, sin perjuicio de incluir una habilitación a la Administración para fijar causales adicionales en el pliego de condiciones respectivo. En este sentido, podemos sostener sin lugar a dudas que un primer problema radica en que no existe una tipicidad de las conductas susceptibles de sanción mediante la aplicación de multas, habida cuenta que la exigencia de tipicidad como garantía del derecho administrativo sancionador es un presupuesto básico, tanto a la luz de la doctrina como de la jurisprudencia administrativa y constitucional.

²¹⁵ CGR, Dictamen N°98.032 de 2015.

En cuanto la existencia de un procedimiento de aplicación de multas que pueda identificarse con el procedimiento administrativo sancionador, resulta difícil interpretar que el cobro de multas corresponda a una manifestación del *ius puniendi* estatal. Como se indicó en pasajes anteriores del presente trabajo, el proveedor se relaciona en materia contractual con la Administración no como un sujeto administrado en un sentido jerárquico o disciplinario, recogiendo el concepto utilizado en la jurisprudencia administrativa, sino que en un plano de mayor horizontalidad. El vínculo contractual entre el proveedor y la Administración surge solamente cuando aquel accede a proveerla de bienes o servicios que ésta necesita para el desarrollo de sus funciones, sea con ocasión de un llamado público o de forma directa, pero no existe un deber de conducta general cuya inobservancia sea determinada y sancionada por el Estado. Más aún, ni siquiera existe un estatuto jurídico de aplicación general en materia de incumplimientos que sean susceptibles de sancionarse con multas y que sea aplicable a todos quienes se encuentran en una especie de relación de sujeción especial con la Administración como proveedores del Estado, lo que refuerza la idea que la finalidad de las multas en la contratación administrativa no tiene como objetivo el resguardo de un interés superior de la sociedad, sino que se limita a constituirse como un mecanismo de coerción de la Administración como acreedor, aunque en una situación preeminente, por existir un fin ulterior que tiende a la satisfacción de las necesidades de la ciudadanía.

Esta situación también es recogida por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, quienes distinguen entre sanciones rescisorias y responsabilidad en el marco de contratos administrativos. Los autores caracterizan dichas sanciones rescisorias como una “pérdida de la situación jurídico-administrativa de ventaja”, que se traduce en que la Administración “deja sin efecto, temporal o definitivamente, un acto administrativo favorable al sancionado como consecuencia de una conducta ilegal de éste realizada desde la titularidad de dicho acto”²¹⁶, y las distinguen de las relaciones bilaterales entre la Administración y los sujetos. En oposición, sostienen lo siguiente:

En todas las relaciones bilaterales distintas de las de empleo público, la responsabilidad por los eventuales incumplimientos se sustancia en el seno de la propia relación, por virtud de la misma ... y no del poder sancionatorio general, sin otra particularidad sobre las instituciones paralelas jurídico-privadas que la disponibilidad de la autotutela por la Administración. En cambio, las renovaciones o caducidades de licencias, autorizaciones y permisos, que afectan a los derechos de los sujetos cuyo

²¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). P. 172.

ejercicio esos actos administrativos posibilitan, caen de lleno dentro de los actos sancionatorios²¹⁷.

La escueta regulación de la aplicación de medidas derivadas de incumplimiento de los proveedores en los contratos administrativos regidos por la LCP y su reglamento se adecúa plenamente a lo antedicho como una relación bilateral, en la que no obstante existir una posición preeminente de la Administración, en esencia se aplica una medida represiva o compensatoria previamente acordada por las partes en virtud de un contrato, lo que obedece, como se dijo en pasajes anteriores, a una herramienta que permite hacer más eficiente la función pública.

2. Principios del derecho administrativo sancionador en la aplicación de multa por incumplimiento en los contratos administrativos de bienes y servicios

Ahora bien, a partir del texto expreso del artículo 79 ter del RLCP podemos identificar que algunas de las garantías que la doctrina y la jurisprudencia, tanto administrativa como constitucional, identifican como elementos propios del derecho administrativo sancionador están presentes en las directrices que establece la norma para la determinación del procedimiento de aplicación de multas en el pliego de condiciones respectivo.

En primer lugar, se exige que las medidas a aplicar sean proporcionales a la gravedad del incumplimiento, y en específico respecto de las multas, se establece el deber de fijar un tope máximo para su aplicación, aunque la norma no entrega parámetro alguno para guiar el criterio en torno al establecimiento de multas proporcionales a la magnitud del incumplimiento o del efecto que éste produzca. Más aún, como hemos visto, la CGR ha declinado pronunciarse por considerar materia de competencia de los tribunales de justicia la determinación de que una multa sea o no desproporcionada²¹⁸, por lo que es un aspecto que no tiene una solución uniforme a nivel normativo ni reglamentario. Por tanto, a nuestro juicio, la entidad de las multas a aplicar en eventuales incumplimientos del proveedor durante la ejecución del contrato administrativo queda entregada a lo que la Administración defina discrecionalmente en el pliego de condiciones, quedando este punto sujeto, en último término, a lo que resuelvan los tribunales de justicia ante una eventual acción judicial si se considerara desproporcionada la multa efectivamente impuesta.

²¹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). P. 173.

²¹⁸ CGR. Dictamen N°24.784 de 2018.

Luego, la norma prescribe que el procedimiento para aplicación de las medidas por incumplimientos respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad, los que, como hemos visto, son manifestaciones del debido proceso en materia sancionatoria. Ello se materializa en la exigencia de contemplar el traslado al proveedor presuntamente incumplidor de forma previa a la aplicación de la sanción, en el deber de aplicar la medida mediante acto administrativo debidamente fundado y notificado formalmente a éste, y la procedencia de los recursos previstos en la LBPA en contra de dicho acto administrativo. De esta forma, se reconoce al proveedor incumplidor diversas garantías que resguardan sus derechos ante la actuación de la Administración, la que como latamente hemos señalado, actúa frente a él dotado de potestades exorbitantes en razón de la función pública que desempeña.

Sin embargo, a la luz de lo revisado en el presente capítulo, cuestionamos que dichas garantías propias del derecho administrativo sancionador se apliquen a este procedimiento de cobro de multas en contratos administrativos como una reafirmación de tratarse, en efecto, de un procedimiento sancionador propiamente tal. Si bien alguna doctrina ha pretendido reconocer que la imposición de multas en materia de contratación administrativa corresponde al ejercicio de una potestad sancionadora²¹⁹, por reconocer en el procedimiento de aplicación tanto los principios reseñados en este trabajo como otros adicionales, lo cierto es que debe constatarse que la proporcionalidad es una garantía que el ordenamiento jurídico de orden público establece no exclusivamente en el plano del llamado derecho administrativo sancionador, sino que fluye de la proscripción de la arbitrariedad en las actuaciones de la Administración²²⁰, precisamente porque es evidente que ésta actúa con preeminencia sobre los particulares, sea cual fuere la posición que éstos tengan al relacionarse con aquella (usuarios, proveedores, contribuyentes, entre otras). Así, a nuestro juicio, no es una consecuencia necesaria entender que, habiendo una exigencia de encauzar la actuación de la Administración dentro de los parámetros de proporcionalidad se trate inequívocamente del ejercicio de una potestad sancionadora, y que, como tal, la multa en el contrato administrativo corresponda a una sanción administrativa según el concepto delineado en este trabajo. Lo mismo ocurre respecto a la impugnabilidad, considerando que la procedencia de recursos en contra de todo acto administrativo es una regla general en materia administrativa de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2º, 3º y 10 de la LOCBGAE.

²¹⁹ PARRA ROMERO, Gabriel (2019). P. 31 y ss.

²²⁰ ÁGUILA OJEDA, Matías (2018). P. 38.

En cuanto al principio de culpabilidad, consideramos que resulta extensible al caso de las multas administrativas el criterio sostenido por BERMÚDEZ SOTO respecto a la distinción entre culpabilidad respecto de la infracción y responsabilidad respecto de la sanción, dado que para efectos de aplicar una multa por incumplimiento a alguna de las obligaciones del proveedor en la ejecución del contrato, basta con que se constate la configuración de la conducta descrita en el pliego de condiciones y que el proveedor no pueda justificar su acaecimiento por concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor para hacerla procedente²²¹. Ello en caso alguno significa entender que el razonamiento que subyace a ambos casos implique una identidad entre sanción administrativa y multa por incumplimiento contractual, sino que permite dar respuesta a la imputabilidad del incumplimiento, lo que resulta especialmente relevante considerando que es la misma Administración la que declara el incumplimiento y aplica directamente la sanción, sin perjuicio de los mecanismos de impugnación con los que cuenta el proveedor.

Finalmente, la aplicación de los principios de legalidad y tipicidad al contexto de las multas en la contratación administrativa son incuestionablemente los que mayor dificultad representan para entender que dichas medidas correspondan a una manifestación del derecho administrativo sancionador. Como hemos dicho anteriormente, la única norma con rango legal referida a la materia es la LCP, y no determina aquellas conductas que se consideren infracciones que sean susceptibles de ser sancionadas con multas, así como tampoco contiene una regulación de los parámetros dentro de los cuales estas eventuales multas puedan aplicarse. La norma reglamentaria referida a la aplicación de medidas derivadas del incumplimiento de las obligaciones del proveedor en un contrato administrativo, en tanto, hace una enumeración no taxativa de las medidas que pudiere aplicar la Administración ante un incumplimiento contractual, y tampoco establece un catálogo de infracciones ni parámetros que permitan fijar la entidad de las multas, más allá de prevenir que éstas deben ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento.

En concepto de BERMÚDEZ SOTO, la potestad sancionatoria implica la concurrencia copulativa de la tipificación tanto de la infracción administrativa como la sanción que trae aparejada, como elementos sustantivos, y la regulación del procedimiento administrativo sancionador como elemento formal²²², y como vemos, ninguno de los tres elementos han sido suficientemente tratados por la normativa para el caso de la contratación administrativa, lo que

²²¹ CGR, Dictámenes N°30.003 de 2014 y N°1.327 de 2015, entre otros.

²²² BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998). P. 325.

nos lleva a excluir la posibilidad de entender que se trate de una sanción administrativa ajustada al principio de legalidad. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ van más allá:

La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad, y por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica, que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos²²³.

Todo lo anterior nos permite sostener que las normas que prevén la aplicación de multas como medidas derivadas del incumplimiento del proveedor en un contrato administrativo, si bien lícitas, no presentan las características formales ni sustantivas que permitan entender que se trate de sanciones administrativas, y por tanto, no sería exigible a su respecto el estándar del derecho administrativo sancionador en los términos que se ha desarrollado a nivel nacional, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.

²²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). P. 177.

CAPÍTULO CUARTO: LA MULTA EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DESDE UNA NUEVA PERSPECTIVA

I. El Contrato como Contexto de Aplicación de la Sanción

Como se ha advertido en diversos pasajes del presente trabajo, ni la LCP ni el RLCP establecen un catálogo de infracciones generales a los contratos administrativos, así como tampoco disponen los lineamientos que determinan medidas específicas a aplicar en caso que el proveedor incumpla las obligaciones que le impone el contrato ni la magnitud de éstas. Ello se justifica, a nuestro juicio, en que la regulación establecida por dichas normas es, como su nombre lo dice, de bases, y como tal, prescribe ciertos parámetros a los que debe someterse la contratación de bienes y servicios por parte de la Administración, pero entrega la regulación de cada negocio jurídico a lo que disponga el pliego de condiciones respectivo.

En este sentido, cabe recordar el texto expreso del artículo 20 del RLCP, norma de aplicación supletoria a cualquier procedimiento de contratación de bienes y servicios, que establece que las Bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros, que la Entidad Licitante no atenderá sólo al posible precio del bien y/o servicio, sino a todas las condiciones que impacten en los beneficios o costos que se espera recibir del bien y/o servicio, y que en la determinación de las condiciones de las Bases, la Entidad Licitante deberá propender a la eficacia, eficiencia, calidad de los bienes y servicios que se pretende contratar y ahorro en sus contrataciones (el destacado es nuestro). Consideramos que las medidas que la Administración prevea para aplicar al proveedor incumplidor del contrato son parte de aquellos costos futuros que aquella debe internalizar en la configuración del pliego de condiciones, atendida la necesidad que se busca satisfacer con la contratación y el impacto que significaría la inobservancia de alguna de las exigencias aplicables al particular que le asiste para la satisfacción de un interés general o el cumplimiento de una función. En este sentido, es imposible obviar que la realidad de cada vínculo contractual que celebre la Administración influirá de manera determinante en qué tipo de medidas se aplicará en caso de incumplimientos, sean estos parciales o totales, o incluso ante cumplimientos tardíos de las obligaciones de provisión o servicio. Asimismo, la conducta que para cierto órgano de la Administración en un contexto determinado puede considerarse un incumplimiento menor, puede tener consecuencias graves para otro órgano que se encuentre en un contexto diverso, y, por tanto, la valoración que dos instituciones puedan hacer de una infracción a los deberes contractuales del proveedor será completamente

distinta. Por otra parte, dada la gama de bienes y servicios que pueda requerir la Administración, la complejidad de la regulación contractual puede tener niveles de especificidad diferentes, y en razón de ello, la diversidad de conductas susceptibles de multas y la magnitud de dichas multas no puede regirse por iguales parámetros.

Desde este punto de vista, la multa debe entenderse como una sanción aplicable al proveedor que se encuentra en una relación especial con la Administración, y que infringe alguna de las obligaciones que, voluntariamente, ha contraído con ella. Dentro del contexto del contrato, y más allá de las distinciones o categorizaciones que ha pretendido realizar la doctrina y la jurisprudencia administrativa y constitucional, lo cierto es que la aplicación de una multa al proveedor incumplidor constituye una sanción dentro de la lógica de ejecución del contrato, destinada a imponer un gravamen patrimonial a éste como consecuencia de la inobservancia de un deber de conducta que le es exigible.

En este sentido, LETELIER WARTENBERG ha evidenciado lo siguiente:

En el ámbito contractual el contexto de aplicación de la sanción es el contrato. Al igual que los contratos civiles, la corrección (o legalidad) de la sanción, la estructura de interpretación de las obligaciones de conducta o la solución a los problemas derivados de la indeterminación de las cláusulas se encontrarán dentro del contrato e incluso, finalísticamente, mediante el imperativo de que se asegure la ejecución correcta de las obligaciones de servicio público contenidas en el contrato²²⁴.

Compartimos este criterio, considerando, en primer lugar, la configuración normativa del régimen aplicable a la contratación administrativa de bienes y servicios en específico, en el que resulta evidente que la finalidad última de todo contrato administrativo de esta naturaleza es la satisfacción de una necesidad de la Administración en orden a desarrollar sus funciones propias, las que se orientan siempre a la satisfacción de un interés público. Ello nos entrega un criterio rector para la interpretación del contenido del contrato en general, y particularmente en cuanto a la comprensión de las sanciones que éste prevé para aquellos casos de incumplimiento, puesto que dicha imposición tiene como fundamento el resguardo de un interés público. Lo anterior, teniendo presente que, ajustándose el contrato a los lineamientos básicos que dispone tanto la LCP como el RLCP, la configuración específica del

²²⁴ LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020). Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función. Revista de Derecho Administrativo Económico, N°32 (julio – diciembre 2020), p. 70.

negocio jurídico es el marco regulatorio al que atender para comprender la multa como una sanción dentro del contexto que fija el contrato.

1. Finalidad de la sanción en el contrato administrativo de bienes y servicios

Tanto la doctrina nacional²²⁵ como extranjera²²⁸, así como la jurisprudencia administrativa y constitucional, han atribuido diversas finalidades a la multa en el contrato administrativo, y de acuerdo a la interpretación que realicen a la luz de esa finalidad atribuida, la asimilan a la naturaleza de la cláusula penal o a la sanción administrativa, con todas las consecuencias de aplicación e interpretación que de ello se derivan. Ello obliga a repensar si es relevante o no la finalidad que se le atribuya a dicha medida para concluir qué régimen jurídico le es aplicable, atendiendo las consecuencias que ello genera, considerando la necesidad de entender la sanción en su contexto específico, como se dijo anteriormente.

Al respecto, y situándonos desde el orden práctico, consideramos que la finalidad de la multa en el contrato administrativo debe entenderse netamente dentro del contexto en el que ésta se aplica, es decir, en la ejecución del contrato. Como ya se indicó anteriormente, la Administración establece las multas teniendo en consideración la necesidad que requiere satisfacer y los factores que le permiten obtener las condiciones más ventajosas, lo que incluye el riesgo de incumplimiento del proveedor y los mecanismos internos del contrato para disuadirlo de dicho incumplimiento, en equilibrio con la necesidad de proponer un negocio jurídico que resulte atractivo para el eventual cocontratante y que no se traduzca en un aumento excesivo de los precios por la internalización del riesgo económico que éste realice para resguardar sus intereses.

Como plantean acertadamente GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA y LARA ARROYO, la multa prevista en el contrato administrativo difícilmente puede ser una evaluación anticipada por parte de la Administración de los perjuicios que genera el incumplimiento de alguna de las obligaciones del proveedor, debido a que, al momento de determinar la cuantía de la multa, no hay una relación necesaria con la existencia o entidad de los perjuicios que el

²²⁵BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998). P. 327.

²²⁶ CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sección Estudios. Año 20, N°1 2013. P. 83 y ss.

²²⁷ PARRA ROMERO, Gabriel (2019). P. 37.

²²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). P. 166.

²²⁹ LÓPEZ CUESTA, Diego (2021). Inexistencia de sanciones administrativas en los contratos públicos: un análisis comparado. Grupo Editorial Ibáñez. P. 26 y 84.

incumplimiento le genera de forma efectiva o inmediata²³⁰. Tampoco nos parece acertado considerar que se trate de un mecanismo efectivo de disuasión del incumplimiento, puesto que, como ya hemos dicho, la norma exige que las multas sean proporcionales a la gravedad del incumplimiento y, además, que tengan establecidos topes máximos para la aplicación, por lo que aun un cumplimiento gravísimo de la obligación no podría hacer procedente la aplicación de una multa de cuantía tan significativa que disuada al proveedor del incumplimiento al punto de tomar medidas suficientemente onerosas para evitarlo, por ejemplo, incluso cuando ellas impliquen reducir la utilidad que le reportaría el contrato en circunstancias normales²³¹. En cuanto a una eventual finalidad de corrección o reeducación, ya hemos visto que la imposición de multas por incumplimientos atiende de forma más bien pragmática al hecho configurado como infracción y que hace procedente la aplicación de la medida respectiva, en obligaciones que parecen ser más bien de resultados que de medios, y por tanto, el proveedor solo podría eximirse del pago de la multa acreditando la concurrencia de un hecho externo a su voluntad o control que hubiere tenido lugar mientras se encontraba dentro del plazo para cumplir con su obligación. No hay una valoración respecto de la intencionalidad del proveedor, que haga razonable suponer que la multa pretenda aleccionarlo moral o éticamente y prevenir futuros incumplimientos. Asignar una determinada finalidad a la multa en el contrato administrativo, entonces, ¿tiene algún efecto práctico para entender su naturaleza y el régimen de aplicación?

LÓPEZ CUESTA ha considerado, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, que la multa puede configurarse como una cláusula penal de tipo moratorio, punitivo o indemnizatorio, teniendo en los primeros dos casos una finalidad cautelar o coercitiva, y en el tercer supuesto una finalidad retributiva, pero en todo caso, jamás un carácter represivo, y por tanto, sancionatorio²³², por asociar la sanción al concepto tradicional de manifestación del ius puniendi estatal. Sin embargo, esa distinción no tiene una consecuencia práctica en cuanto al tratamiento que le otorga la normativa de contratación pública²³³, la que tampoco establece un catálogo de infracciones, graduación de la entidad de las multas ni un procedimiento regulado para su aplicación, al igual que sucede con nuestra LCP y su reglamento. Dicho de otra forma, sea el nombre con que se designe o la finalidad que se le atribuya por el intérprete, lo cierto es que en la práctica el desmedro o gravamen patrimonial que significa la imposición de una

²³⁰ LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA, Luis (2014). P. 383.

²³¹ Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de la Administración de terminar anticipada y unilateralmente el contrato, según lo dispuesto en los artículos 13 letra b. de la LCP y 77 N°2 del RLCP.

²³² LÓPEZ CUESTA, Diego (2021). P. 103.

²³³ Ley N°80 de 1993, Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

multa para el proveedor sí cumple una finalidad de tipo sancionatoria en el contexto de la relación contractual entre la Administración y el proveedor. No es relevante, desde la perspectiva del proveedor sancionado, que el importe de la multa se traduzca en una compensación completa del perjuicio efectivo que significa el incumplimiento para la Administración o que constituya una retribución completa del beneficio económico que le hubiere reportado el incumplimiento, así como tampoco lo es para la Administración que está legalmente obligada a aplicar la multa cuando se hubieren configurado los supuestos de hecho que la hacen procedente: la multa es una sanción establecida para castigar la infracción de una obligación establecida en el contrato administrativo, por el compromiso que representa dicho incumplimiento para el interés público, y en ese contexto debe ser comprendida.

2. *Determinación de sanciones y procedimiento de aplicación a la luz del artículo 79 ter del RLCP*

Hemos evidenciado que, a falta de una regulación estandarizada y específica del procedimiento de aplicación de las multas en los contratos administrativos, tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa y constitucional han pretendido incorporar instituciones y principios que son propios de otras áreas del ordenamiento jurídico, particularmente las normas y criterios que rigen a la cláusula penal en el derecho civil, por una parte, y los principios y garantías que se asocian al llamado derecho administrativo sancionador, por la otra.

Pretender que la Administración imponga multas a los proveedores de forma análoga al cobro de la cláusula penal que puede realizar el acreedor en un contrato privado representa algunas dificultades tanto desde el plano sustantivo como procedimental, puesto que estamos en una relación bilateral entre dos partes que se encuentran en posiciones de poder diferentes, y una de ellas cuenta con potestades exorbitantes que le reconoce el ordenamiento jurídico para resolver una situación en la que aparece ella misma como perjudicada e imponer un gravamen a la contraria de forma directa. Por otra parte, entender este tipo de multa a la luz de la potestad sancionadora del Estado, hace evidente que la normativa no contiene expresamente ni siquiera un deber de conducta genérico que le sea exigible al proveedor en el marco del cumplimiento del contrato, mucho menos un catálogo de conductas que se consideren infracciones a sus obligaciones como deudor en una relación jurídica contractual ni una descripción o graduación de las medidas a las que se expone en caso de incumplirlas. Todo lo anterior hace que cualquier interpretación para configurarlas como sanciones

administrativas sea evidentemente forzada, puesto que no solo se pretende deducir la existencia de deberes de conducta imperativos donde la normativa no los prevé, sino que además esa interpretación forzada luego se pondera a la luz de principios que están orientados a la resolución de problemas jurídicos completamente distintos, y que a mayor abundamiento, no se aplican de forma directa, sino que se matizan o atenúan sin un límite claro que queda, en último caso, sujeto al criterio del juzgador.

Esta última postura, según sus defensores, encuentra asidero en lo dispuesto en el artículo 1° tanto de la LCP como de su reglamento, entendiendo que la supletoriedad del derecho público en ausencia de normas directamente aplicables para proceder ante los incumplimientos redirige al llamado derecho administrativo sancionador, una rama supuestamente especializada del derecho administrativo general que se enfoca en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado en todos aquellos ámbitos en los que actúa en relación con los administrados, y que a su vez, por tratarse de una variante del ejercicio del ius puniendi del Estado, reconduce al sistema jurídico que por antonomasia limita este poder punitivo, como es el derecho penal. El fundamento último de hacer este intrincado ejercicio interpretativo, según han expuesto tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional, es otorgar al particular que se relaciona asimétricamente con la Administración la mayor protección de su libertad, restringiendo cualquier exceso de poder en que aquella pudiese incurrir en el ejercicio de sus atribuciones.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta solución obvia algunos antecedentes relevantes. En primer lugar, el mismo artículo 1° tanto de la LCP como de su reglamento disponen expresamente que los contratos administrativos para la provisión de bienes y servicios se ajustará a las normas establecidas tanto en dicha ley como su reglamentación y a los principios que aquella establece. Si atendemos únicamente a las disposiciones contenidas en ambos cuerpos normativos para buscar una solución interna al tratamiento que se debe dar a las multas en los contratos administrativos, encontramos una primera directriz en lo dispuesto en el ya comentado artículo 20 del RLCP, siendo las bases o el pliego de condiciones respectivo la fuente no solo de las obligaciones del proveedor, sino también de la forma en que tanto éste como la Administración podrán actuar durante la ejecución del contrato en su integridad. Luego, si los contratos deben ajustarse a las normas y principios establecidos en la LCP y su reglamento, tanto la definición como el procedimiento de aplicación de las medidas derivadas del incumplimiento del proveedor deben sujetarse a los parámetros prescritos en el artículo 79 ter del RLCP, que fija como primera condición a su sola existencia que éstas estén

previamente establecidas en las bases y en el contrato, y si lo están, que éstas sean proporcionales a la gravedad del incumplimiento, que el procedimiento de aplicación respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad, y que la medida debe aplicarse mediante una resolución fundada, con todo lo que ello implica.

Lo escueta, a primera vista, que parece ser la regulación en torno a la adopción de medidas por parte de la Administración ante incumplimientos contractuales del proveedor, es lo que ha pretendido tomarse como un vacío normativo que requiere ser llenado mediante la aplicación supletoria de las normas y principios contenidos en otros cuerpos normativos más generales, y que, según el intérprete, debiesen corresponder al derecho civil, como régimen general del derecho privado, o al derecho penal, como régimen general del derecho público en materias sancionadoras (con los ya referidos matices que se estimen apropiados). Si consideramos que el contrato administrativo es primeramente una fuente de obligaciones para dos partes que se obligan recíprocamente a dar, hacer o no hacer alguna cosa, en los términos de los artículos 1437, 1438 y 1439 del CC, entonces tendría sentido comprender la dinámica de la ejecución del contrato administrativo a la luz del derecho supletorio aplicable a los contratos en todo lo no regulado por la ley especial, y a través de esa línea interpretativa es que tanto parte de la doctrina como la jurisprudencia administrativa han encasillado a la multa como una cláusula penal y le han impuesto sus características y consecuencias. Si consideramos, por otra parte, que el contrato administrativo es solo una de las diversas formas de actuación que el ordenamiento jurídico entrega a la Administración para servir de forma eficiente a la ciudadanía y satisfacer las necesidades públicas, en los términos del artículo 3° de la LOCBGAE, que la normativa de contratación pública no establece un procedimiento para la aplicación de multas contractuales en la ley especial y que, por tanto, los actos que aquella realice deben someterse a la normativa de bases establecida en la LBPA, la que tampoco contiene una regulación general aplicable a los procedimientos específicos de sanciones, entonces parte de la doctrina y particularmente la jurisprudencia constitucional han interpretado que debe buscarse en el resto del ordenamiento lineamientos que permitan limitar esta potestad sancionadora para prevenir excesos de la Administración respecto de los particulares.

LETELIER WARTENBERG ya ha advertido la relevancia de considerar el contexto en que se establecen las conductas esperadas y la sanción que conlleva su infracción, recordando que la configuración misma del derecho administrativo está construida con la finalidad de dirigir las conductas tanto de los ciudadanos como de la estructura estatal en sí

hacia óptimos sociales, democráticamente definidos²³⁴. A la luz de lo anterior, sostenemos que las dos posiciones que han pretendido el desarrollo de las multas en la contratación administrativa omiten considerar que el derecho administrativo general contenido tanto en la LOCBGAE como en la LBPA entregan suficientes herramientas para configurar un sistema que permita solucionar cualquier aparente vacío de la normativa de contratación pública y de los contratos administrativos regidos por ésta, teniendo siempre en cuenta el tipo de vínculo que existe entre Administración acreedora de una obligación y proveedor obligado al cumplimiento de la misma como contraprestación al pago de un precio por parte de la primera. La realidad demuestra que aquí no existe una relación de sujeción del particular a la autoridad en un plano tradicionalmente jerárquico, como puede ser el caso de los mercados regulados, el cumplimiento tributario o la relación funcionaria. Tampoco existe ni puede existir una relación completamente horizontal entre dos partes de un contrato bilateral, porque una de ellas no busca la satisfacción de un interés económico propio y, además, tiene potestades reconocidas por el ordenamiento jurídico para actuar unilateralmente en resguardo de un interés general que le ha sido encomendado satisfacer. Por lo tanto, no es razonable ni conveniente desconocer que el contrato administrativo crea una realidad jurídica nueva e independiente de otras formas de actuación de la Administración, y que como tal, su concreción debe entenderse dentro del ordenamiento específico que es su fuente y el problema práctico que viene a resolver.

Desde este enfoque, entonces, sostenemos que el cuerpo normativo y reglamentario especial de la contratación administrativa, que se concatena internamente con el derecho administrativo general, configura adecuadamente los elementos sustantivos y procedimentales necesarios para determinar la conducta que la Administración le exigirá a aquel particular que voluntariamente acceda a participar en un proceso de contratación de aquellos que la norma prevé, y en las condiciones que la misma Administración establecerá de forma previa, y que éste deberá aceptar expresamente para dar origen a la relación contractual; la multa con la que la Administración sancionará el incumplimiento de esa conducta a la que el proveedor se comprometió, cuya cuantía obedecerá a la importancia que la propia Administración, como encargada de velar por el interés público, asigne a la satisfacción de una necesidad específica y a la gravedad de las consecuencias que prevea si la obligación no se cumple en el tiempo y forma requeridos; el orden consecutivo de actuaciones que deberá realizar la Administración para poder imponer la sanción prevista; las

²³⁴ LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020). P. 73.

actuaciones que el proveedor podrá realizar, si estima necesarias y convenientes, para defender su posición en la relación contractual; los principios que deberán informar la actuación tanto de la Administración como del proveedor en dicho procedimiento; y, finalmente, la forma en que la Administración podrá válidamente imponer la sanción, si concluye que es procedente de acuerdo al mérito del procedimiento.

3. *Potestad de la Administración para determinar procedencia y aplicar la sanción*

La sola denominación de contratos administrativos ha dado lugar entre nosotros y en otras latitudes a cuestionar cómo entender el rol que adopta en ellos la Administración. El contrato como institución es propio del derecho privado, toda su regulación ha surgido y se ha enriquecido a partir de la experiencia de las relaciones patrimoniales entre particulares, por lo que es válido preguntarnos si ello afecta o no a la posición de la Administración como contratante, sujeta en su existencia y su funcionamiento a las normas propias del derecho público, siendo la contraparte en la relación contractual un particular.

No cabe duda que la actuación de la Administración en materia de contratación de bienes y servicios está sujeta a la LCP y el RLCP, lo que queda explícitamente advertido en el artículo 1° de ambos cuerpos normativos. Como sabemos, la Administración solo puede desenvolverse en la vida jurídica dentro del marco que le imponga el ordenamiento jurídico, y dichas normas siempre van a corresponder al derecho público, específicamente dentro del derecho administrativo. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ ya han evidenciado que el derecho administrativo tiene un carácter estatutario, y como tal, no cubre por sí mismo todas las actividades de los sujetos que regula²³⁵, lo que justifica que normalmente se recurra a otras áreas del derecho para complementar o interpretar aquello para lo que no basta el derecho administrativo. Pues bien, en materia de contratación administrativa se recurre de manera constante y diversa al ordenamiento jurídico común que rige los contratos, y ese ejercicio interpretativo destinado a complementar las normas administrativas a veces parece ir demasiado lejos, al punto de pretender desnaturalizar ciertos elementos del contrato administrativo que son una figura especial dentro del derecho administrativo y no una figura especial dentro del derecho de los contratos.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ se han referido ya a la objetivación de las técnicas del derecho privado y a su uso instrumental para dar respuesta a las necesidades de

²³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). P. 53.

regulación en materias de derecho público²³⁶, resaltando que la decisión de aplicar ciertas instituciones propias de otras ramas del ordenamiento jurídico para efectos de resolver un problema que surge en el campo de la Administración viene precedida por una decisión que, entre nosotros, podríamos llamar política, por tratarse de la solución que se adopta a nivel legislativo y regulador para configurar un proceder de las instituciones públicas. Con base en dicha observación, sostenemos que en nuestro ordenamiento es evidente la existencia de una decisión pública en orden a someter la relación contractual entre la Administración y el particular a un régimen contractual especial en elementos muy específicos, y que son aquellos que quedan expresamente regulados en la LCP y su reglamento. Como ya hemos señalado previamente, la normativa que rige la contratación pública de bienes y servicios se hace cargo de elementos muy acotados de la relación contractual que surge entre la Administración y los particulares que la proveen de bienes y servicios necesarios para el desarrollo de sus funciones y la satisfacción de necesidades públicas, siendo particularmente minuciosa en lo que se refiere a la etapa precontractual o de negociación, pero no así en lo que respecta a la ejecución ni la terminación del contrato, lo que a nuestro juicio denota que no se consideró necesario extraer estas etapas contractuales de las normas generales de acuerdo con los objetivos regulatorios. En ese sentido, si el legislador en Chile decidió establecer normas especiales para hacer procedente la aplicación de multas por incumplimientos contractuales del proveedor y darle reglas o parámetros especiales y que no se encuentran regulados en el Código Civil para la generalidad de los contratos, es porque decidió sacar de la órbita del derecho civil contractual esta medida derivada del incumplimiento, para hacerla funcional a la satisfacción de una necesidad pública, y por tanto, le dio un sentido que es propio de la multa en el contrato administrativo, que puede ser comprendido como una sanción en el ámbito contractual. Luego, y dado el contexto de esa decisión, considerar esta multa como sanción no implica en caso alguno entrar en el campo propio del llamado derecho administrativo sancionador, y mucho menos en el ámbito del derecho penal como manifestación por excelencia del derecho punitivo del Estado, porque no existió una decisión pública que así lo considerara necesario. Por lo tanto, la multa en el contrato administrativo debe entenderse como una sanción de naturaleza autónoma, y no como una manifestación ni de la cláusula penal en el derecho civil ni como una sanción administrativa en el marco del llamado derecho administrativo sancionador.

²³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). P. 57.

4. *Resguardo de los derechos del proveedor en el contexto de la sanción por incumplimiento*

Un problema siempre presente en el estudio del derecho público en general, y particularmente en el estudio del derecho administrativo, es la forma en que los particulares pueden defender sus derechos frente a un Estado que cuenta con potestades exorbitantes y cuya voluntad, manifestada en los actos administrativos respectivos, tiene fuerza ejecutoria. Pues bien, en el ámbito de la contratación administrativa de bienes y servicios, es la Administración la encargada de detectar aquellas conductas que, de acuerdo al pliego de condiciones respectivo, constituyen infracciones a las obligaciones impuestas al proveedor y que son susceptibles de ser sancionadas mediante la aplicación de una multa, y dicha potestad implica identificar la conducta, atribuírsela al proveedor como hecho suyo, tomar conocimiento de los descargos que éste evacúe ante la conminación que le haga el organismo respectivo, y ponderar, finalmente, si los argumentos esgrimidos son atendibles o si, por el contrario, persevera en su interpretación y decide imponer la multa de acuerdo con los parámetros previstos en el contrato.

Las potestades exorbitantes de la Administración han sido otro de los argumentos para encuadrar el régimen sancionatorio en materia de contratación administrativa dentro del llamado derecho administrativo sancionador, y dada esta desigualdad de posiciones entre aquella y el particular con quien se vincula contractualmente, se ha pretendido hacer aplicables las garantías del derecho penal como ordenamiento destinado a encauzar y contener el ejercicio del ius puniendi del Estado.

Al respecto, y de acuerdo con la propuesta que se aborda en el presente capítulo, consideramos que la posición del contratista queda resguardada de manera eficaz por la sola aplicación de lo dispuesto en el artículo 79 ter del RLCP, más allá de lo que pudiere estipular el contrato mismo: la norma hace expresamente aplicable a la resolución que disponga la aplicación de las medidas derivadas del incumplimiento del contrato, entre las que se cuenta la imposición de la multa, el sistema recursivo previsto en la LBPA. En este sentido, destacamos principalmente los recursos de reposición y jerárquico, previstos en el artículo 59 de la LBPA, que, en esencia, permiten al contratista solicitar a la autoridad, sea por sí o a su superior jerárquico, un nuevo pronunciamiento con base en los antecedentes que obran en su poder, y eventualmente reconsiderar la decisión gravosa para el proveedor sancionado.

Por tratarse de un mecanismo de impugnación que no responde a causales predeterminadas²³⁷, el contratista sancionado que estime haber sufrido cualquier vulneración a sus derechos en el marco de la ejecución de la sanción, sean de carácter formal o de fondo, podría enervar la resolución sancionatoria ante la misma autoridad que la emitió o ante su superior jerárquico, si procediere, e incluso, según interpretamos, le queda a salvo la vía jurisdiccional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54 de la misma ley. Al ser un recurso amplio, por no existir causales específicas que lo hagan procedente, tanto la misma autoridad administrativa como los tribunales de justicia podrían conocer de diversos elementos que pudieren constituir infracciones a las garantías del contratista, tanto de acuerdo con las cláusulas específicas del contrato, como por aplicación de las normas generales que rigen la contratación administrativa de bienes y servicios. En este sentido, LETELIER WARTENBERG se refiere a los diversos aspectos susceptibles de revisión y control:

El control de la competencia del órgano administrativo para sancionar, el control procedimental (forma y procedimiento propiamente tal) de la decisión, el control de los motivos de la decisión, la revisión de los hechos, es decir, del elemento fáctico asentado por la Administración Pública constitutivo de la premisa fáctica sancionatoria, el control de la corrección de la premisa normativa, el control del derecho que la Administración asume como aplicable a los hechos, la extensión que ella le otorga a las cláusulas jurídicas, el control en la calificación jurídica de los hechos, esto es, el proceso de adscripción a los hechos acreditados de una calificación jurídica y el control del objetivo de la sanción o control de desviación de poder dan cuenta de una revisión intensa de los actos administrativos que dan garantías suficientes para obtener, al final del proceso, decisiones racionales y razonables²³⁸.

En concordancia con lo dicho anteriormente, esto hace directamente aplicables también los principios consagrados tanto en la LCP y el RLCP, como en la LBPA, todos ellos destinados a dar un sentido armónico al sistema de contratación pública y orientar la interpretación tanto de las normas como de los contratos celebrados a su amparo, y teniendo siempre como criterio base el resguardo a los particulares ante la preeminencia de la Administración en un tipo de relación con características propias. Así, reiteramos, es innecesaria e ineficaz la pretensión de aplicar los principios del ordenamiento penal al régimen sancionatorio en materia de contratación administrativa, puesto que no solo no se trata de una

²³⁷ VALDIVIA, José Miguel (2018). Manual de Derecho Administrativo. Editorial Tirant Lo Blanch. P. 291.

²³⁸ LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020). P. 79.

manifestación del llamado ius puniendi estatal, sino que tampoco existe riesgo de indefensión para el particular en la relación contractual con la administración.

CONCLUSIONES

El derecho administrativo es, a nuestro juicio, una rama del derecho público que incorpora elementos de diversos ordenamientos, y que en la práctica vive un dinamismo que a veces excede la velocidad de los avances legislativos y reglamentarios. Esto se evidencia con mayor claridad en aquellas áreas en que puede interpretarse que existe un elemento económico involucrado en su aplicación y las consecuencias económicas que se derivan de optar por una u otra solución, y el medio por el cual se introducen nuevos criterios son principalmente la jurisprudencia administrativa y judicial, siempre teniendo como antecedente el trabajo académico que nos nutre de nuevas perspectivas doctrinarias.

En este orden de ideas, consideramos que la realidad de la contratación administrativa de bienes y servicios es un ejemplo claro de la interacción de elementos propios del derecho administrativo tradicional con el análisis económico del derecho, dando lugar al surgimiento de soluciones que se ajustan de forma más eficiente a la realidad de cada contrato que pueda celebrar la Administración con proveedores particulares. En particular, el tratamiento que se dé a las medidas aplicables a los particulares por el incumplimiento de contratos para provisión de bienes y prestación de servicios reviste gran relevancia, considerando que el Estado ha sido tradicionalmente considerado un actor económicamente ineficiente, precisamente porque las reglas especiales que le son aplicables a sus contratos parecen no evolucionar con la rapidez necesaria para adaptarse al funcionamiento del mercado y sus actores, en circunstancias que es imprescindible poder acceder a éste para el cumplimiento de la función pública.

La comprensión de las multas contractuales a la luz de la Ley N°19.886 y su reglamento con una nueva perspectiva, como hemos planteado, permitiría destrabar la relación entre la Administración y sus proveedores, en primer lugar, generando un marco contractual más amigable con el proveedor y que permita a la Administración adoptar medidas de forma más eficiente ante incumplimientos que le generen perjuicios. Luego, implicaría una mejora desde el punto de vista de la agilidad del procedimiento sancionatorio y la reducción de las contiendas tanto a nivel administrativo (tanto recursos administrativos como requerimientos ante la Contraloría General de la República) como judicial (reclamaciones ante los tribunales ordinarios de justicia), por tratarse de un sistema que parece más razonable a la luz del tipo de relación que se establece entre el Estado y los particulares, que es de carácter transaccional y especialmente conmutativo, a diferencia de otros vínculos entre ambos que están regulados en otras normas administrativas.

Teniendo como lineamiento una norma jurídica suficientemente amplia como lo es el artículo 79 ter del Reglamento de la Ley N°19.886, creemos que es posible progresar hacia una interpretación mejor allegada con la realidad práctica en que se ejecuta este tipo de contratos, sin necesidad de generar una modificación normativa para tal efecto, y valiéndonos de la jurisprudencia administrativa y judicial que pudiera asentarse a futuro, para que los contratos administrativos de bienes y servicios permitan obtener realmente condiciones ventajosas en todo el sentido del concepto, incluyendo la aplicación de medidas por incumplimientos, sin burocratizar innecesariamente los procedimientos de sanción.

REFERENCIAS

ABELIUK MANASEVIC, René (2014). Las Obligaciones, cuarta edición actualizada. Editorial Dislexia Virtual.

ÁGUILA OJEDA, Matías (2018). Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas en el contrato regulado por la Ley N°19.886. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DARZINGER, Gabriel (2011). Contratación administrativa bajo la Ley de Compras. Editorial Legal Publishing Thomson Reuters.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. Revista Chilena de Derecho, Número Especial. P. 323 – 334.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2012). Las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho común. Derecho positivo, doctrina y jurisprudencia. Editorial Legal Publishing.

CAMACHO CEPEDA, Gladys (2014). El Tribunal de Contratación Pública en Chile: Una década de funcionamiento. Tendencias actuales en contratación pública. Editorial Gaceta Jurídica. P. 165 – 176.

CARBONELL BELLOLIO, Flavia y LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020). Capítulo X, Debido proceso y garantías jurisdiccionales. En CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y SALGADO, Constanza (Editores). Curso de Derechos Fundamentales. Editorial Tirant Lo Blanch.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2013). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sección Estudios. Año 20, N°1 2013. P. 79 – 103.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014). Derecho Administrativo Sancionador: bases y principios en el derecho chileno. Editorial Thomson Reuters.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2020). El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad. Revista chilena de derecho, vol. 47 N°2, 359-384.

CORDERO VEGA, Luis (2006). Los contratos públicos como medio de intervención y regulación estatal. Revista de Derecho Administrativo Económico. Pontificia Universidad Católica de Chile, N°17. P. 31 – 46.

CORDERO VEGA, Luis (2015). Lecciones de Derecho Administrativo. Segunda edición corregida. Editorial Thomson Reuters.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (2007). Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo. Revista de Derecho Universidad de Concepción, N°221-222, año LXXV. P. 99 – 136.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2008). Curso de Derecho Administrativo, tomos I y II, undécima edición. Civitas Ediciones S.L.

GARDAIS ONDARZA, Gabriela (2002). El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizables. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, edición XXIII, p. 323 – 341.

HELFMANN MARTINI, Carolina y LARA ARROYO, José Luis (2009). Las “cláusulas” abusivas en la contratación pública: su establecimiento e impugnación. Revista de Derecho de la Empresa de la Universidad Adolfo Ibáñez. P. 123 – 156.

HUEPE ARTIGAS, Fabián (2014). La facultad de la Administración para poner término unilateral al contrato y su impugnación. En BERMÚDEZ SOTO, Jorge (editor). Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo. Publicaciones Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

HUEPE ARTIGAS, Fabián (2018). Discrecionalidad administrativa y razonabilidad. Editorial Legal Publishing.

LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA, Luis (2014). Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la contratación administrativa bajo la Ley N°19.886: visión crítica de una asentada jurisprudencia administrativa. Sanciones administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo de la Asociación de Derecho Administrativo. Editorial Thomson Reuters. P. 369 – 400.

LETELIER WARTENBERG, Raúl (2015). La ejecutoriedad de las sanciones administrativas, a propósito de la sentencia de la Corte Suprema en el caso Mackenna. Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales. P. 316 – 332.

LETELIER WARTENBERG, Raúl (2020). Sanciones administrativas regulatorias: tres premisas sobre su función. Revista de Derecho Administrativo Económico, N°32 (julio – diciembre 2020), pp. 65 – 83.

LLEDÓ VELOSO, Camilo y PARDO DONOSO, José (2015). Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, vol. 82, N°1. P. 53 – 77.

LÓPEZ CUESTA, Diego (2021). Inexistencia de sanciones administrativas en los contratos públicos: un análisis comparado. Grupo Editorial Ibáñez.

MORAGA KLENNER, Claudio (2008). Capítulo IV: Marco jurídico general de los contratos administrativos en Chile. En MORENO MOLINA, José Antonio y MATILLA CORREA, Andry (Editores), Contratos públicos en España, Portugal y América Latina. Editorial Jurídica Difusión.

MORAGA KLENNER, Claudio (2007). Contratación Administrativa. Editorial Jurídica de Chile.

MORAGA KLENNER, Claudio (2010). Tratado de Derecho Administrativo, tomo VII. La actividad formal de la Administración del Estado. Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing.

MORAGA KLENNER, Claudio (2013). La Contraloría General de la República y la contratación administrativa. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, vol. 78. P. 79 – 96.

MUÑOZ CHIU, Natalia (2004). Contratación Administrativa. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N°12, P. 13 – 27.

PARRA CORTÉS, ROCÍO (2017). “Mecanismos de tutela administrativa de los contratistas en el ámbito del proceso de compras públicas en Chile”. Trabajo solemne de investigación para optar al grado de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

PARRA ROMERO, Gabriel (2019). Naturaleza jurídica de las multas aplicadas en contratos administrativos regidos por la Ley N°19.886 mandatados por los servicios de salud, a contar de la modificación legal mediante Decreto Supremo N°1.410 de 2015 del Ministerio de Hacienda. Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Público, Universidad Finis Terrae.

PRADO PUGA, Arturo (2019). Algunos aspectos de la cláusula penal en el derecho chileno. Revista de derecho de la Universidad Católica del Norte (Coquimbo), vol. 26, año 2019.

RAMOS PAZOS, René (2008). De las obligaciones. Editorial Legal Publishing.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Carlos (2013). Análisis y estudio del sistema de compras públicas, sugerencias de modificaciones normativas. Tesina correspondiente a la carrera de Derecho. Universidad Alberto Hurtado.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, Carolina (2015). La contratación pública en la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Revisión de sus principios. Memoria para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (2011). El equilibrio económico en los contratos administrativos. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 66. P. 55 – 87.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2008). Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas. Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, vol. 70. P. 197 – 2013.

ROMÁN CORDERO, Cristian (2014). ¿Compensación por el hecho de otro? El caso de la interrupción o suspensión no autorizada del suministro eléctrico. Revista de Derecho Administrativo Económico, N°19, Pontificia Universidad Católica de Chile. P. 165 – 180.

RUIZ IBÁÑEZ, Andrés (2014). Límites a la facultad para establecer sanciones por parte de la Administración en los contratos regulados por la Ley N°19.886. En BERMÚDEZ SOTO, Jorge (editor). Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo. Publicaciones Escuela de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

VALDIVIA, José Miguel (2018). Manual de Derecho Administrativo. Editorial Tirant Lo Blanch.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2009). Derecho administrativo y supuesta supletoriedad general del Código Civil. Revista de Derecho Administrativo, N°3, Editorial Legal Publishing. P. 45 – 68.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2010). La *suma divisio iuris* público/privado de las disciplinas jurídicas. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 17, N°1. P 115 - 128.

ZAMBRANO RÍOS, Claudio (2014). Supletoriedad del derecho privado en la aplicación de los contratos administrativos regulados por la Ley N°19.886. Actividad Formativa equivalente a tesis para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Público de la Universidad de Chile.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco y GAJARDO FALCÓN, Jaime (2013). Tratado jurisprudencial de derecho administrativo. Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Editorial Legal Publishing Thomson Reuters.