

“Los efectos de la sentencia del Tribunal de Contratación Pública sobre el contrato administrativo”

Tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho
Legum Magister

Alumna: Eugenia Riquelme Gutiérrez
Profesor Guía: Dr. Juan Carlos Ferrada Bórquez

Valparaíso, julio de 2018

Tabla de Contenidos

	Pág.
TABLA DE ABREVIATURAS.....	4
RESUMEN / ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6

CAPÍTULO I

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	9
2. EL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	12
3. EL ÁMBITO DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	15
4. EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE EL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	18

CAPÍTULO II

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA SENTENCIA QUE DICTA EL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	22
2. RECURSOS QUE PROCEDEN CONTRA LA SENTENCIA QUE DICTA EL TCP EN EL PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN	
2.1 Reclamación versus apelación.....	24
2.2 Aclaración, rectificación y enmienda.....	26
2.3 Casación y Revisión.....	26
2.4 Recurso de Queja.....	27
3. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ANTES Y DESPUÉS DE LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO	27
3.1 Los efectos de la sentencia del TCP si se dicta antes de la adjudicación del contrato.....	28
3.2 Los efectos de la sentencia del TCP si se dicta luego de adjudicado y suscrito el contrato.....	29

CAPÍTULO III
EL EFECTO LIMITADO DE LA SENTENCIA QUE DICTA EL
TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. ANÁLISIS DE SUS
FUNDAMENTOS

1. LOS RAZONAMIENTOS QUE ENTREGA EL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA PARA LIMITAR LOS EFECTOS DE SU SENTENCIA.....	33
2. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS SEPARABLES COMO FUNDAMENTO PARA LIMITAR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.....	36
3. CRÍTICA DE LA DOCTRINA NACIONAL A LA LIMITACIÓN DE LOS DE LA SENTENCIA POR PARTE DEL TCP.....	40

CAPÍTULO IV
EL EFECTO LIMITADO DE LA SENTENCIA QUE DICTA EL TRIBUNAL
DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DESPUÉS DE LA ADJUDICACIÓN DEL
CONTRATO. ANÁLISIS DE SUS REPERCUSIONES.

1. PROBLEMÁTICA.....	49
2. EL EFECTO LIMITADO DE LA SENTENCIA DESPUÉS DE LA ADJUDICACIÓN Y EL DERECHO DE LAS PARTES.....	50
2.1 El órgano público.....	50
2.2 El demandante vencedor.....	51
3. LOS EFECTOS LIMITADOS DE LA SENTENCIA DESPUÉS DE LA ADJUDICACIÓN Y LOS DERECHOS DE TERCEROS.....	53
4. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE GENERA PARA EL FUTURO LA SENTENCIA QUE DICTA EL TCP.....	58
4.1 Consecuencias en procedimientos posteriores.....	58
4.2 Cumplimiento de la sentencia.....	61
CONCLUSIONES.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	66

Tabla de Abreviaturas

CA – Corte de Apelaciones

CC – Código Civil

CGR – Contraloría General de la República

CPC – Código de Procedimiento Civil

CPP – Código Procesal Penal

CPR – Constitución Política de la República

CS – Corte Suprema

LCASyPS – Ley 19.886, sobre Contratos administrativos de suministros y prestación de servicios

LCSP – Ley española de Contratos del sector público

TCP – Tribunal de Contratación Pública

TDLC – Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Resumen

La actitud del Tribunal de Contratación Pública de limitar los efectos de su sentencia en aquellos casos en que, al momento de dictarse el fallo, la licitación objeto de impugnación ya fue adjudicada, y el contrato a que dio lugar está en ejecución, ha sido objeto de estudio en los últimos años por la doctrina nacional.

No obstante el mandato que el artículo 26 de la Ley 19.886 da al Tribunal, de declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto sometido a su conocimiento y adoptar medidas para restablecer el imperio del derecho, en este caso el Tribunal solamente realiza lo primero y opta por no declarar nulo el acto viciado y no retrotraer la licitación a un estado anterior.

Este trabajo tiene como objetivo estudiar la situación descrita, exponer los razonamientos que sostiene el Tribunal, la visión de la doctrina y nuestra opinión sobre el particular.

Palabras clave: Tribunal de Contratación pública, efecto limitado, sentencia, licitación adjudicada, no retroacción.

Abstract

The attitude of the Public Procurement Tribunal to limit the effects of its judgment in cases where, at the time of issuing the ruling, the bidding subject to challenge was already awarded and the contract that resulted is running, has been study in recent years by the national doctrine.

However the mandate by Article 26 of Law 19.886 gives the Tribunal to declare the illegality or arbitrariness of the act submitted to its consideration and take action to reestablish enjoyment of law, in this case the Tribunal only performs the first and chooses no the vitiated act declared null and not roll back to an earlier bidding.

This work aims to study the situation described, exposing the reasoning that supports the Tribunal, view of the doctrine and our opinion on the matter.

Key words: Public Procurement Tribunal, limited effect, judgment, awarded bidding, no roll back.

Introducción

El año 2003 ve la luz en nuestra legislación la Ley N° 19.886 sobre Contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (LCASyPS). Uno de sus principales atributos es la creación del Tribunal de Contratación Pública (TCP), cuya regulación está contenida en el capítulo V de dicho cuerpo legal.

Dentro de esta regulación, se establece un procedimiento especial de impugnación que será conocido por este Tribunal, respecto de actos u omisiones ilegales o arbitrarios ejecutados en los procedimientos administrativos de contratación (especialmente las licitaciones privadas y públicas) por los órganos de la Administración que establece la misma ley, y que se refiera a actos comprendidos entre la presentación de las bases de licitación y la adjudicación, ambos inclusive.

Desde que el Tribunal entra en funcionamiento, año 2005, hasta el día de hoy, se ha examinado el desempeño de este procedimiento y la actuación del Tribunal reflejada en su jurisprudencia. La doctrina nacional y el propio órgano jurisdiccional, han analizado los distintos aspectos de esta actividad jurisdiccional.

No obstante la transcendencia de esta nueva normativa, que establece un tribunal y un procedimiento contencioso administrativo especial dentro de un ámbito que carece de jurisdicción contencioso administrativa general (como el chileno), se han observado una serie de particularidades en su estructura, las cuales se deben tener presente para lograr la mayor utilidad de estas herramientas en el desarrollo de la contratación administrativa chilena.

Una de estas particularidades dice relación con la sentencia que dicta el TCP en el procedimiento de impugnación regulado en el título V de la LCASyPS, más específicamente con el efecto limitado que ésta tiene al declarar ilegal o arbitrario el acto u omisión impugnado, cuando el proceso licitatorio ya se encuentra terminado y el contrato administrativo está suscrito e, incluso puede estar en ejecución.

Los artículos 24 y 26 de la ley 19.886 tratan sobre la competencia del TCP. La normativa citada le entrega facultades al Tribunal para restablecer el imperio del derecho, pudiendo incluso declarar la nulidad del acto impugnado que tenga lugar entre la aprobación de las bases y la adjudicación. El problema se presenta cuando el Tribunal deja sin efecto el acto que sirve de soporte al contrato y este último ya ha sido celebrado e incluso ha comenzado a ejecutarse por la Administración. Las interrogantes que serán objeto

de nuestro estudio son: ¿Qué sucede cuando el TCP dicta su sentencia encontrándose el contrato ya en ejecución? ¿Qué efectos tiene en el contrato mismo, la sentencia que declara la ilegalidad de un acto del periodo de licitación? ¿Cómo el Tribunal restablece el imperio del Derecho existiendo un contrato administrativo en ejecución?

Respecto a lo anterior, el Tribunal no obstante declarar la ilegalidad del acto u omisión impugnado, ha señalado que no puede suspender los efectos del contrato ya celebrado, dando un efecto muy limitado a su sentencia declarativa. En un intento de resguardo del derecho del demandante, el Tribunal ha dejado abierta la puerta a que éste pueda demandar indemnización de perjuicios en sede civil y a perseguir responsabilidad administrativa. Esta situación quita eficacia a la sentencia del TCP.

Aparentemente, el Tribunal funda esta interpretación de la ley en resguardo de los intereses públicos comprometidos, acogiendo como fundamento la teoría francesa de “Los actos separables”. Esto provoca un problema ya que la sentencia no produce inmediatamente los efectos buscados por el demandante, transformando a la sentencia en un acto sin efecto jurídico inmediato para las partes.

En el primer capítulo comenzaré estudiando el contencioso administrativo de la contratación pública, en el cual daré una breve mirada a la regulación de la contratación administrativa, que tiene como principal fuente la Ley 19.886; el contexto que rodeó la creación del TCP por la misma ley y qué implica que éste sea un Tribunal contencioso administrativo especial. También determinaré qué materias se encuentran comprendidas dentro de la competencia y cómo se encuentra estructurado el procedimiento de resolución de controversias ante dicho órgano.

En el capítulo segundo me acercaré aún más a la materia de análisis, al abordar específicamente la sentencia del TCP, de la que someramente enumeraré sus características y de los recursos que proceden en su contra, para luego detenerme en los efectos que la sentencia despliega en procedimientos de licitación que aún no finalizan (porque todavía no hay adjudicación) y, efectos que genera en procedimientos de licitación en los que se hizo la adjudicación a uno de los oferentes y que en algunos casos incluso el contrato a que dio lugar se encuentra en ejecución (o ya fue ejecutado).

En el capítulo tercero expondré los fundamentos que ha sostenido el TCP para limitar los efectos de su sentencia en el caso antes descrito y el rol que ha tenido en la postura asumida por el Tribunal la introducción al derecho administrativo nacional de la doctrina francesa de *Los actos separables*. Culminaré este capítulo

con el examen de las críticas que la doctrina chilena ha realizado contra los razonamientos del Tribunal, y algunas propuestas de reforma que los autores han desarrollado.

Finalmente en el capítulo cuarto revisaré las repercusiones que tiene esta sentencia con efectos limitados, y como esta decisión del TCP afecta los derechos de las partes del proceso judicial y los derechos de terceros. En primer lugar, veré cómo resulta afectado el derecho el órgano público licitante (y especialmente, el interés público) y los derechos del demandante que ha obtenido sentencia favorable en juicio. En segundo lugar, veré cómo los derechos de los terceros ajenos al litigio se ven alcanzados por la sentencia, en particular el oferente que se adjudicó el contrato y que está ejecutando (o ejecutó) la prestación. Y en tercer lugar, determinaré los efectos que dicha sentencia genera en procedimientos posteriores y respecto a su cumplimiento.

Intentaré abordar este tema con el mayor detalle posible. Mi ambición es mostrar al lector el panorama actual de la situación, la actuación del TCP, la opinión de la doctrina nacional, junto a las propuestas de cambio para el futuro de este órgano jurisdiccional, y mi opinión sobre el particular.

Espero que esta investigación contribuya en alguna medida a la mejora y perfeccionamiento del TCP y la acción de impugnación que este Tribunal conoce, para lograr así una efectiva protección del *imperio del derecho* y del *interés general*.

CAPITULO I. El contencioso administrativo de la contratación pública

1. El régimen jurídico de la contratación pública

Es un deber del Estado consagrado en nuestra Constitución Política, velar por el bien común, otorgando a sus habitantes el mayor bienestar espiritual y material posible. Para lograr dicho objeto, el Estado cuenta con servicios y reparticiones públicas, destinadas a atender las necesidades de la población y poner en práctica las políticas públicas.

Es así como en una economía de mercado, los bienes y servicios que la Administración del Estado requiere para la consecución de sus fines son adquiridos fundamentalmente a privados; para este cometido la Administración celebra habitualmente convenios y contratos.

La contratación de bienes y servicios por parte de la Administración proporciona los insumos necesarios que permiten al Gobierno suministrar servicios públicos y desempeñar otras tareas.

Los Sistemas de contratación pública repercuten en forma significativa en el uso eficiente de los fondos públicos. De allí que el tema de las adquisiciones públicas mereció una atención urgente en nuestro país, con el fin de lograr un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia en los actos del Estado, lo que hace más fácil prevenir el fraude y la corrupción.

Por esta actividad contractual de la Administración ha dado lugar a la formación de un derecho característico y peculiar de los contratos públicos, que no había sido objeto de regulación normativa en nuestro país.

De allí que el tema de las adquisiciones públicas mereció una atención urgente en nuestro país. En el contexto de la modernización de la gestión pública, Chile ha optado por la política de la prevención. Con esta finalidad en abril de 1994 el ex Presidente Frei crea la Comisión Nacional de Ética Pública, la cual recomendó la creación de dos iniciativas concretas¹:

- 1.- El establecimiento de un sistema de Información de Compras y Contrataciones del gobierno

¹Sistema de información de compras y contrataciones públicas del gobierno de Chile. <http://www.iadb.org/leg/Documents/Chile%20GConcha%20Spa.pdf>, p. 5.

2.- Proponer una nueva ley de compras al Congreso que estableciera la normativa general para los procesos de licitaciones y compras del Gobierno

En 1996, el entonces Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República, se dedicó a examinar el régimen de contratos y licitaciones en el sector público, evacuando un informe consolidado que recomendó la "creación de un marco legal común para la Administración del Estado respecto a contratos y licitaciones, que admita su adaptabilidad por la vía reglamentaria para acoger la diversidad de los diferentes servicios"².

El 30 de julio de 2003, se publica la ley 19.886 de “Bases sobre contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios”, más conocida como “Ley de compras públicas”. Esta es la primera norma legal sobre la materia, convirtiéndose en el instrumento legal que regula los procedimientos de selección de los contratistas y proveedores de la Administración del Estado. Su objetivo es uniformar los procedimientos administrativos de la contratación de suministro de bienes muebles y servicios necesarios para el funcionamiento de la Administración. La intención del legislador ha sido avanzar a la mayor uniformidad posible en las normas que regulen las compras del Estado, y de evitar la proliferación de regímenes de excepción que pudieran provocar problemas de falta de transparencia.

Con esta ley se creó la institucionalidad necesaria para velar por la transparencia y la eficiencia de las compras, preservar la igualdad de competencia y considerar el debido proceso. La ley contempló asimismo, la creación de un reglamento robusto y extenso, con sus normas de procedimiento y de transparencia. Este reglamento se redactó con la participación de todos los actores involucrados en los procesos de contratación del Estado y se encuentra en vigencia a contar del 24 de octubre de 2004.

Esta ley establece un cuerpo normativo flexible y con reglas básicas de transparencia y procedimientos de las compras y contrataciones, que se caracteriza por:

- 1.-Regular el mercado de las Compras Públicas
- 2.-Crear la institucionalidad necesaria para velar por la transparencia y la eficiencia en las Compras y Contrataciones Públicas.
- 3.-Preservar la igualdad de competencia y no discriminación
- 4.-Contemplar como principio base el *Debido proceso*

² Mensaje N° 9-341, S.E. el Presidente de la República (boletín N° 2429-05), p. 8.

5.- Establecer la creación de un Reglamento robusto y extenso, con Normas de Procedimientos y de Transparencia.

6.- Crear nuevas instituciones como la Dirección de Compras y Contratación Pública, el Tribunal de Contratación Pública y el Sistema Electrónico de Compras y Contratación Pública

Ámbito de aplicación de la Ley N° 19.886.

A rasgos generales, con ciertas excepciones que ya indicaré, la Ley que fija las bases sobre contratos administrativos de Suministro y Prestación de servicios, tiene un ámbito de aplicación general, común a todos los órganos de la Administración del Estado.

En lo relativo al aspecto orgánico, el inciso 1° del artículo 1° de la Ley N° 19.886 dispone: “para los efectos de esta ley, se entenderá por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás caso que la ley señale”

Del precepto transcrito se desprende que quedan regulados por esta ley los órganos y servicios nombrados en el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, a saber: los ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones, la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas, las Fuerzas de Orden y Seguridad, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y, en general, todo otro órgano o Servicio público creado para el cumplimiento de la función administrativa, con exclusión de las empresas públicas y de los servicios expresamente exceptuados. La norma precitada de la ley N° 18.575 deja entrever que las instituciones que nombra expresamente no son las únicas que pueden incorporarse como parte del concepto “Administración del Estado”.

Quedan excluidos de la aplicación de la Ley todo organismo del Estado que no ejerza funciones administrativas como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, el Congreso Nacional, entre otros.

Sin perjuicio de ello, en la página web www.chilecompra.cl, se señala que estos organismos se encuentran regulados también por la ley N° 19.886, criterio que no comparto dado que no son entidades que coadyuvan con la función administrativa del Estado y, como las normas de Derecho público son de derecho estricto, no puede extenderse el ámbito normativo de la ley N° 19.886 más allá de sus propias fronteras fijadas en su propio texto.

De aquellos que coadyuvan con la función administrativa, se han excluido expresamente a las empresas públicas y las demás que

indiquen las leyes, según lo establece el inciso segundo del artículo primero de la ley en comento. Entre estas instituciones es posible señalar que algunos de ellos quedan excluidos de la aplicación de la ley 19.886, pero sólo para ciertos contratos.

La letra e) del artículo 3° de la ley en comento excluye de la aplicación de sus normas a los Servicios de vivienda y urbanización cuando celebren contratos de obra pactados para el cumplimiento de sus fines (fines que no pueden ser otros que los que señala la ley) y, según reza el mismo artículo “los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley 19.865 que aprueba el Sistema de financiamiento urbano compartido”. Sin embargo, esa exclusión es solo parcial ya que supletoriamente queda regulada por las normas de la ley 19.886, según se indica en el mismo artículo.

Respecto al aspecto material, la Ley de bases sobre contratos administrativos de suministros y prestación de servicios establece en su artículo 1° el ámbito material que queda sujeto a su normativa, a saber: los contratos celebrados por 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.

Existen dos campos de contratación marcados y diferenciados que quedan comprendidos en la ley: por una parte el suministro a título oneroso de bienes muebles y, por otra parte, la contratación de servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones.

Ahora bien, dado lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 19.886 letra e), sus normas también repercuten sobre los contratos de ejecución y concesión de obra pública como los de obra pactados por el SERVIU, con lo que abarca un espectro relativamente significativo de los contratos administrativos.

2. El Tribunal de Contratación Pública como tribunal contencioso administrativo especial.

Una de las virtudes de la ley 19.886 es que crea al TCP, que será el encargado de conocer la acción de impugnación prevista en el artículo 24 de la mencionada ley.

La necesidad de crear un Tribunal de esta naturaleza deriva, entre otras razones, por la inexistencia de una jurisdicción contencioso-administrativa general que se avoque al conocimiento de estos asuntos. Esto ha llevado al surgimiento de acciones que son

conocidas tanto por órganos pertenecientes al Poder Judicial como por órganos administrativos, entre otros. Lo anterior, más aún considerando la especial identidad de un contrato administrativo, el cual necesita especialización respecto a la jurisdicción común.

El Tribunal nace como la alternativa ideada por el legislador para la resolución de los conflictos suscitados durante el íter procedimental de formación de voluntad contractual de la autoridad.

Este Tribunal está regulado en el título V de dicha ley, que se denomina precisamente “Del Tribunal de Contratación Pública”, artículos 22 y siguientes.

La doctrina define al TCP como “un tribunal colegiado de carácter sedentario, que falla conforme a Derecho y de primera instancia, sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema que tiene por objeto conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por la ley de compras” (Barra y Celis, 2012: p. 215).

Este órgano jurisdiccional, no obstante encontrarse sometido a la superintendencia de la Corte Suprema (CS), no forma parte del Poder Judicial. Por ello es que tiene un régimen estatutario especial, contenido tanto en la Ley de compras como en el Autoacordado de la CS sobre funcionamiento del Tribunal.

El TCP está compuesto por 3 abogados titulares, los que son designados por el Presidente de la República a partir de una terna que elabora la CS. Las ternas son confeccionadas en relación a un listado de postulantes que hace la Corte de Apelaciones de Santiago mediante el mecanismo de concurso público. Esta misma forma de nombramiento es utilizada para los 3 suplentes.

Los integrantes del Tribunal permanecen en sus cargos durante el lapso de 5 años, pudiendo ser designados por un nuevo periodo de la misma manera ya descrita. Los mismos eligen a uno de sus miembros para que presida el Tribunal por un periodo de 2 años, pudiendo ser reelegido.

El Tribunal cuenta con Secretario, que actúa como Ministro de fe, debe ser abogado y tener al menos 5 años de ejercicio profesional. Es un funcionario de exclusiva confianza y subordinación del Tribunal. Cuenta además con tres abogados que se desempeñan como

Relatores y cuatro funcionarios que apoyan las labores de la Secretaría del TCP³.

El inciso final del artículo 22 de la ley de compras, establece que mediante Autoacordado de la CS se regulará el funcionamiento interno del TCP, velando por la eficaz expedición de los asuntos sometidos a su conocimiento. Dicho autoacordado es el Acta N° 81-2003 de 20 de octubre de 2003, el que regula, entre otras materias, que el Tribunal sesionará los martes y jueves.

Esta facultad de la CS para regular el funcionamiento del Tribunal deriva de la superintendencia económica que la Excelentísima Corte ejerce sobre este órgano jurisdiccional.

El TCP tiene su asiento en Santiago, por lo que en el caso de interesados que tengan domicilio fuera de Santiago, estos podrán presentar la demanda a través de las respectivas Gobernaciones o Intendencias, quienes deberán remitirla al TCP en el mismo día o, a más tardar, el día hábil siguiente desde su recepción. Se contempló esta medida ya que se estimaba que, de no ser así, se estaría vulnerando el Debido proceso de los interesados que vivieran en regiones, que se verían dificultados de ejercer sus derechos⁴.

Finalmente, el artículo 23 inciso 2° de la ley 19.886, la Dirección de Compras y Contratación pública debe proveer la infraestructura, apoyo técnico, recursos humanos y materiales necesarios para el funcionamiento del TCP. Esta dependencia presupuestaria-funcional del Tribunal con la Dirección de compras, genera problemas en su desempeño jurisdiccional, porque muchas veces se impugna la resolución de la Dirección de Compras que rechaza o acepta inscripciones al Registro Electrónico de Contratistas ante el TCP.

Esta situación difiere de lo que ocurre con otros tribunales especiales como los Tribunales Tributarios y Aduaneros o los Tribunales Medioambientales, los que en sus respectivas leyes destacan el carácter independiente y especial del que están dotados (García-Huidobro y Lara, 2013: p. 417).

³ Página oficial del TCP, estructura orgánica

http://www.tribunaldecompras.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=108

⁴ No obstante la buena intención que tiene esta norma, forzosamente debemos reparar en que la posibilidad de accionar ante las intendencias y las gobernaciones solamente se da respecto al escrito inicial, por lo que para las etapas siguientes, el interesado de regiones necesariamente debe contar con un representante en Santiago.

Tomando como ejemplo Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), una alternativa para desvincular al TCP de la Dirección de compras sería subordinarlo directamente al Ministerio de Hacienda, tal como sucede con la propia Dirección de compras.

3. El ámbito de competencia del Tribunal de Contratación Pública

Del estudio del articulado de la LCASyPS, especialmente de los artículos 24 y siguientes, es posible establecer que el TCP tiene competencia para resolver las acciones de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos de licitación (pública o privada) y respecto de órganos públicos regidos por la misma ley⁵.

Lo anterior implica que se excluye de la competencia de este Tribunal a otros procedimientos de contratación como el Trato directo y el Convenio marco por no tratarse de procedimientos concursales, los que podrán ser impugnados por los mecanismos generales (Tribunales ordinarios o Contraloría general de la República [CGR]) o mediante reclamación en la Dirección de compras.

En el caso de los convenios marco, no obstante estar contemplados en el artículo 2 N° 14 del Reglamento de la LCASyPS (Decreto N° 250/2004, Ministerio de Hacienda) como un *Procedimiento de contratación*, la Ley 19.886 no lo establece como tal. Al no estar contemplado en la ley como procedimiento de contratación, una compra mediante convenio marco queda fuera de la competencia del Tribunal para conocer de su impugnación.

Agregan algunos autores, que no procede la impugnación de compras realizadas por convenio marco mediante el procedimiento que establece la Ley 19.886. “Además, en estos casos el proponente que se encuentra dentro del catálogo ya ha sido seleccionado por medio de un procedimiento administrativo de licitación pública, el que está precisamente destinado a asegurar la transparencia del proceso e idoneidad del proveedor” (Olmos Carrasco, 2013: p. 469).

Sin embargo, respecto a los proveedores que se encuentran dentro del catálogo de Convenio Marco, creo que es posible impugnar la selección de estos, ya que éste se forma mediante un llamado a licitación que la Dirección de compras y contratación pública realiza

⁵ El artículo 1° de la Ley 19.886 dispone que “para efectos de esa ley, se entenderá por Administración del Estado los organismos y servicios indicados en el inciso primero de la Ley 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y los demás casos, que la misma Ley de compras señale” .

respecto a determinado bien y servicio. El Decreto N° 250 del 24 de septiembre de 2004, del Ministerio de Hacienda, que contiene el Reglamento de la Ley N° 19.886, prescribe en su artículo 16 que “El Proceso de Compras, seguido por la Dirección para seleccionar al Proveedor de un Convenio Marco, se efectuará de acuerdo a la Ley de Compras y su reglamento. Las bases de convenios marco establecerán los criterios de evaluación que la Dirección estime relevantes para el convenio específico, pudiendo, entre otros, considerar el precio, las condiciones comerciales, la experiencia de los oferentes, la calidad técnica, consideraciones medioambientales y los servicios de post venta de los bienes o servicios objeto de este tipo de contratación”.

Es por ello que si el procedimiento para seleccionar a los proveedores que estarán en el catálogo de Convenio Marco, en este caso una licitación, no se ajusta a las normas que para ello proveen tanto la Ley 19.886 como su Reglamento, ésta podría perfectamente ser impugnada mediante una reclamación ante el Tribunal de Contratación Pública⁶.

El Trato directo, a diferencia del convenio marco, sí está establecido en la Ley 19.886 como procedimiento de contratación; por lo que, en principio, y de acuerdo a lo previsto en el inciso primero del artículo 24 de este cuerpo legal, se podría impugnar una compra por trato directo ante el TCP. Sin embargo, al leer el inciso segundo del artículo 24 de la misma ley, es evidente que este procedimiento de contratación queda excluido de la competencia del Tribunal, ya que en ésta no hay ni *bases de licitación* ni *acto de adjudicación*.

En este sentido, el autor Alejandro Vergara Blanco señala que “Quizás interpretando de modo implícito el art. 24 inc. 2° LBCA se ha entendido que el TCP sólo tiene competencia para las licitaciones, de ahí que el trato directo no podría ser objeto de conocimiento por parte del Tribunal, dado que esta forma contractual tan simplificada no contiene la fase de licitación en su procedimiento, el que sólo está contemplado para las licitaciones públicas y privadas” (2016: p. 362).

⁶ La Contraloría General de la República, en el Dictamen N° 62.496, de 31 de diciembre de 2008 habla de la posibilidad de recurrir a procedimientos administrativos para impugnar actos administrativos ejecutados con motivo del proceso de contratación regido por la Ley 19.886. A este respecto señala: “La Ley N° 19.880 rige supletoriamente respecto de los procedimientos administrativos especiales establecidos por el ordenamiento jurídico. Por tanto, en aplicación de dicha supletoriedad la procedencia y tramitación de los recursos de reposición y revisión con motivo de un proceso de contratación regido por la ley N° 19.886, debe estarse a lo preceptuado en la ley N° 19.880, dado que la Ley de Compras Públicas no regula tales aspectos”.

De acuerdo a Vergara, esto ha sido ya confirmado por el TCP⁷ al resolver que: “[Si] los actos(...) cuya supuesta ilegalidad y/o arbitrariedad se reprocha, por parte de la actora, se han materializado en un procedimiento administrativo de contratación directa, respecto del cual (...) este Tribunal carece de competencia para avocarse su conocimiento y juzgamiento”. Cabría, entonces, una regla expresa para extender la competencia del TCP a ese caso, pues se enfrenta con el texto del art. 24 LBCA, que pareciera excluir el trato directo (2016: p. 362).

La competencia del TCP se extiende a los contratos de *Suministro y prestación de Servicios* sometidos a la ley 19.886 y también a los *contratos de obra*, de acuerdo a la prevención que realiza el artículo 3 letra e) del mismo cuerpo legal. En estos últimos se cuentan: contratos de ejecución y concesión de obras públicas, contratos de obra celebrados por los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, y contratos de ejecución, operación y mantención de obras urbanas con participación de terceros, suscritos conforme a la ley 19.865 sobre Sistema de financiamiento urbano compartido.

Desde el punto de vista temporal, el TCP conoce y resuelve la impugnación de aquellos actos ocurridos entre la aprobación de las bases y la adjudicación, ambos inclusive. Lo anterior significa que el TCP opera como “Tribunal contencioso administrativo de licitaciones de carácter precontractual” (Barra y Celis, 2012: p. 219), porque carece de competencia para conocer la ejecución, terminación e interpretación del contrato administrativo suscrito, siendo materia de los Tribunales ordinarios de justicia, no obstante las prerrogativas de la CGR. Además, ésta judicatura ha determinado que no está dentro de su competencia conocer impugnaciones de actos que ocurran una vez adjudicado el contrato⁸.

La acción ante el TCP puede ejercerse respecto de cualquier acto, sea administrativo o de un particular, indistintamente se trate de actos de mero trámite o del acto administrativo terminal. Entre los actos que pueden ser impugnados ante el TCP, es posible nombrar al Texto de las bases de licitación, al acto administrativo que las aprueba, el llamado a licitación, acto de recepción y apertura de ofertas, actos posteriores a la recepción de las ofertas, y la resolución de adjudicación, entre otras.

⁷ TCP ROL 92-2010 caratulada “Grupo BIOS con Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente”.

⁸ El profesor Claudio Moraga Klenner pone como ejemplo de estos actos, la invalidación que el mismo órgano administrativo licitante haga de la adjudicación, en virtud del artículo 53 de la ley 19.880 (2007: p. 296).

La ley 19.886 amplía los actos administrativos que son susceptibles de impugnar con respecto a la Ley 19.880, ya que en su artículo 15 prescribe que los actos trámite solo son impugnables si hacen imposible la continuación del procedimiento o provocan indefensión. Se llegó a esta solución porque se estimó que los actos trámite pueden llegar a tener incidencia decisiva en el acto final.

Como consecuencia de lo anterior, no es necesario esperar a la conclusión de la licitación para impugnar la ilegalidad o arbitrariedad de un acto trámite. Esto se traduce en una carga para el afectado por ese vicio, quien debe interponer la acción en un plazo de 10 días hábiles contados desde que el *acto viciado se produce*, ya que si espera hasta que la licitación termine se arriesga a que el TCP la declare inadmisibile por *extemporánea* (Olmos Carrasco, 2013: p. 464).

Además, el artículo 16 inciso 6° de la misma ley incluye dentro de la competencia del TCP las reclamaciones respecto a la decisión de la Dirección de Compras en orden a rechazar o aprobar la inscripción en el Registro especial de contratistas.

Finalmente, la doctrina agrega que el TCP está dotado de amplias facultades para decretar medidas cautelares, fijar puntos de prueba, adoptar medidas para mejor resolver distintas a las contempladas en el artículo 159 CPC⁹, y otras muchas atribuciones necesarias para juzgar las ilegalidades y arbitrariedades sucedidas dentro de los procedimientos licitatorios (García-Huidobro y Lara, 2013: p. 413)

4. El procedimiento de solución de controversias ante el TCP

La ley 19.886, junto con crear al TCP, contempla –entre los artículos 24 y 27- el procedimiento que se debe seguir para accionar ante dicho tribunal. Toda persona natural o jurídica, con interés legítimo actualmente comprometido en el procedimiento a impugnar, podrá ejercer esta acción en un plazo de 10 días hábiles, contados desde que toma conocimiento del acto u omisión, o desde su publicación.

⁹ Respecto a ésta facultad, prevista en el inciso IV de la Ley 19.886, los mismos autores critican la escasa utilización de medidas para mejor resolver distintas a las que contempla el artículo 159 del CPC, que le permitiría al Tribunal obtener de oficio los antecedentes que crea necesarios para tomar la mejor solución para el caso que está conociendo (García-Huidobro y Lara, 2013: p. 429).

La LCASyPS es precisa al momento de establecer la titularidad necesaria para ejercer la acción de impugnación. Por un lado, no se podría ejercer la lesión de un derecho subjetivo, pero por otro lado, tampoco se trata de una acción pública o colectiva, ya que solo aquellas personas involucradas al procedimiento de contratación impugnado¹⁰ pueden invocar un interés legítimo actualmente comprometido¹¹.

La consagración del interés como posición jurídica subjetiva principal en este procedimiento, concuerda con otros procesos judiciales administrativos especiales¹².

La demanda deberá contener la mención de los hechos que constituyen el acto ilegal o arbitrario, identificación de las normas legales y reglamentarias que la fundamentan, y peticiones concretas. Pasa por un examen de admisibilidad; si es declarada inadmisibile por el Tribunal, el interesado tendrá 5 días hábiles, contados desde la notificación de la inadmisibilidad, para corregir los errores que el escrito tenga; y si es declarada admisible, el Tribunal oficiará al órgano público respectivo, para que éste informe sobre el hecho objeto de la impugnación y de las consultas que haga el Tribunal, dentro de un plazo de 10 días hábiles contados desde la recepción del oficio.

El Tribunal podrá decretar por resolución fundada la suspensión del procedimiento administrativo de contratación sobre el que recae la impugnación¹³.

¹⁰ Claudio Moraga señala que son legitimados activos tanto los licitadores, esto es, quienes hayan adquirido los pliegos de condiciones o bases de licitación; como los interesados, es decir, aquellos inscritos en el registro de licitantes o les sea habitual participar de licitaciones como la que se impugna y, con mayor razón, si en ella no pueden participar debido a las propias exigencias antijurídicas establecidas en las bases de licitación (2007: p. 298).

¹¹ Hay autores que creen que el legislador, al contemplar al interés legítimo como la posición jurídica subjetiva, opta por un procedimiento judicial destinado a proteger intereses individuales y no por uno que salvaguarde objetivamente el respeto al ordenamiento jurídico (Olmos Carrasco, 2013: p. 459).

¹² Como el reclamo por suspensión del servicio público de telecomunicaciones (Ley 18.168) o el reclamo por el rechazo a la inscripción en el registro de iglesias y organizaciones religiosas (Ley 19.638) (Ferrada Bórquez, 2013: p. 182).

¹³ El TCP y la CA de Santiago han señalado al respecto que, no cabe recurso de apelación contra la resolución que niegue la suspensión del procedimiento que se está impugnando. Su fundamento está en el artículo 27 de la ley 19.886, el cual permite aplicar las normas del libro I (y II) del CPC, siempre que esto no vaya contra la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento de impugnación; según el criterio de la jurisprudencia, permitir la apelación contra esta resolución precisamente atenta contra la naturaleza de este procedimiento. Sin embargo, estimo que se hace una lectura equivocada del artículo, ya que la condición de que no atente contra la naturaleza breve y sumaria del procedimiento solamente se impone a la normativa del libro II del CPC,

Habiendo contestado o no el órgano público demandado, el Tribunal revisará los autos y si estima que existen hechos sustanciales pertinentes y controvertidos, recibirá la causa a prueba y en dicha resolución fijará los puntos a probar. Se abrirá un término probatorio de 10 días hábiles, contados desde la notificación a todas las partes de la resolución.

En dicho término probatorio deberán rendirse todas las pruebas que se soliciten, también el Tribunal puede decretar las medidas para mejor resolver que estime pertinentes para comprobar los hechos controvertidos, las que deberán evacuarse en el plazo de 10 días contados desde la resolución que las decreta, y a más tardar, antes del vencimiento del término para dictar sentencia.

Los incidentes que se promuevan en el juicio no suspenderán su curso y se sustanciarán en cuaderno separado.

Vencido el término probatorio, el Tribunal citará a las partes a oír sentencia. La sentencia definitiva deberá dictarse en el plazo de 10 días hábiles, contados desde la citación a oír sentencia. Esta sentencia se notificará por cédula.

Este proceso termina con una sentencia definitiva, en la cual el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho.

Existe concordancia entre la doctrina y la jurisprudencia, tanto del TCP como de la CA de Santiago, en que lo que persigue principalmente la sentencia referida en el artículo 26 es *declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado*, teniendo además el Tribunal la facultad de ordenar las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del Derecho, de acuerdo a las particularidades de cada caso¹⁴. De la sola redacción de este artículo se podría sostener que el Tribunal tiene amplia facultad de imperio, teniendo este precepto gran similitud con el contemplado en el artículo 20 de nuestra Carta Fundamental respecto al recurso (o acción) de Protección.

La parte que resulte agraviada con la decisión del Tribunal, tiene a su haber un recurso de reclamación, que se deduce ante el

no así al libro I, el que puede ser aplicado sin restricciones al procedimiento de impugnación de la ley de compras, por ende no debería haber restricción para conceder apelación respecto a la resolución que niega la suspensión del procedimiento. En este sentido también, Diaz Canales, 2011: p. 92-94.

¹⁴ Entre otras, Sentencia TCP ROL 20-2005 caratulada “Bestpharma S.A. con CENABAST”, de fecha 22 de marzo de 2007

mismo Tribunal en un plazo de 5 días hábiles para interponer el recurso, contados desde la notificación de la sentencia definitiva, y que será conocido por la CA de Santiago.

Esta reclamación se concederá en el sólo efecto devolutivo, se verá en cuenta, sin oír alegatos, salvo que las partes así lo soliciten y la Corte lo acuerde. En caso que la reclamación se revise previa vista de la causa, ésta se agregará a la tabla de forma extraordinaria, y no procederá la suspensión de la vista por solicitud de parte. El Tribunal de Alzada también tiene la facultad de suspender el procedimiento impugnado, decretando una orden de no innovar por un plazo de 30 días, renovable.

La resolución que falla el recurso, deberá dictarse dentro del plazo de 10 días hábiles, contados desde la vista en cuenta o desde que quede en estado de acuerdo y en su contra no procederá recurso alguno¹⁵.

Para finalizar, la ley contempla el régimen legal aplicable a este procedimiento, señalando que se tramitará conforme a las reglas ya expuestas. Supletoriamente, se aplicarán las disposiciones del libro I y las del juicio ordinario de mayor cuantía que resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento¹⁶.

¹⁵ Estimo que esta frase impide que se pueda deducir en su contra recurso de casación en el fondo.

¹⁶ Creo que, de acuerdo a la forma en que fue redactado este precepto, es posible concluir que la frase “...que resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento...” es una limitación solamente para aplicar las normas del libro II, y no también para la aplicación de las normas del libro I del CPC. Estimo que la jurisprudencia incurre en un error gramatical al leer de esta forma el artículo y al darle dicha interpretación.

CAPITULO II. La sentencia del Tribunal de Contratación Pública

1. Las características de la sentencia que dicta el TCP

Es importante comenzar realizando un breve estudio respecto a las características que tiene la sentencia que dicta el TCP al fallar la impugnación de un acto u omisión ilegal o arbitrario, ya que esta resolución judicial y los efectos que la misma tiene sobre el contrato administrativo, son el objeto de nuestro análisis en el presente trabajo.

- 1.1. Es una *Sentencia Definitiva*. Esta característica viene enunciada por el propio artículo 26. El artículo 158 del CPC define a las sentencias definitivas como aquella resolución judicial “que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio”.

Esta resolución, al tratarse de una sentencia definitiva, debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 170 del CPC, por aplicación de lo previsto en el artículo 27 de la ley 19.886.

- 1.2 Es una sentencia definitiva de naturaleza *declarativa*. La doctrina y la jurisprudencia del TCP están contestes en fijar como una de las características de esta sentencia, que sea de carácter *declarativa*. Ahora, existen posturas distintas al momento de establecer cuál es el efecto que trae aparejada esta declaración.

Se ha sostenido que lo que busca la sentencia es simplemente declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión, y adicionalmente puede traer consigo alguna medida tendiente a restablecer el imperio del Derecho, tal como lo indica el artículo 26 de la ley 19.886.

Escanilla se ha mostrado partidario de esta postura al comentar que “El legislador se ha limitado a señalar que el propósito del TCP en el ejercicio de su competencia es *declarar la ilegalidad o arbitrariedad de los actos u omisiones impugnados...*” (2013: p. 117). Lara y Helfmann –apoyados en jurisprudencia del Tribunal¹⁷- llegan a la misma conclusión, al decir que éste tiene competencia solamente para *declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto* y para decretar medidas para restablecer el

¹⁷ Como la sentencia del TCP ROL 60-2007 caratulada “Sociedad productora de eventos SER producciones creativas LTDA. con Presidencia de la República”, de fecha 20 de noviembre de 2008.

imperio del Derecho, por lo que no goza, por ejemplo, de competencia adjudicatoria (2009: p. 146).

Existe una corriente diversa en la doctrina, la que sostiene que la sentencia tiene como objeto no solo declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, sino también decretar la anulación del mismo, ya que la acción que contempla el artículo 24 es de carácter contencioso-administrativa anulatoria, de las llamadas *acciones por exceso de poder*, que busca precisamente anular un acto administrativo por ser ilegal o arbitrario (Muñoz Chiu, 2004: p. 14)¹⁸.

El TCP ha concordado con la primera corriente señalando en su jurisprudencia¹⁹: “La declaración judicial de ilegalidad o arbitrariedad de una acción u omisión no produce por sí un efecto anulatorio, desde que según lo dispone dicha normativa ha quedado entregada al juez la facultad de disponer las providencias o medidas que estime procedentes, según las circunstancias de cada caso, para el restablecimiento del orden jurídico”²⁰.

- 1.3 Tiene *efecto relativo*, esto de acuerdo al principio contemplado en el artículo 3 inciso 2° del CC. Ello implica que sus efectos solo se extienden a las partes litigantes, viéndose protegidos todos los terceros como, por ejemplo, los otros oferentes y el adjudicatario. Sin embargo, esta característica no es absoluta, ya que –como se verá– en algunas ocasiones, los efectos de la sentencia podrían alcanzar a otras personas²¹.

¹⁸ Sin embargo, no comparto esta postura, ya que el artículo 24 de la ley 19.886 debe analizarse en relación al artículo 26 de la misma ley, y de ese análisis se desprende que la anulación del acto u omisión impugnado no es el objeto de la pretensión sino la declaración de ilegalidad o arbitrariedad de éste; y la anulación de dicho acto u omisión puede llegar a constituir una de las medidas adoptadas por el Tribunal para restablecer el imperio del Derecho, mas no la única.

¹⁹ Sentencia TCP ROL 20-2005 caratulada “Bestpharma con CENABAST”, de fecha 22 de marzo de 2007.

²⁰ En el mismo sentido, sentencia del TCP ROL 29-2009 caratulada “Sociedad Garafulic y Escandón LTDA. con Instituto de Salud pública”, de fecha 27 de octubre de 2008, donde reflexiona que “Según se desprende del artículo 26 de la Ley N° 19.886, la declaración judicial de arbitrariedad o ilegalidad de un acto u omisión no produce por sí misma un efecto anulatorio...”

²¹ Claudio Moraga, poniéndose en el supuesto que la declaración de ilegalidad o arbitrariedad trae aparejada la nulidad del acto u omisión impugnado, señala que la sentencia del TCP produce *efectos retroactivos*, y que ellos alcanzan a terceros. El efecto retroactivo se produce cada vez que, acogiendo el reclamo que se presenta, la sentencia ordenará retrotraer el procedimiento de contratación administrativa a un estado anterior a aquel en que se generó la actuación impugnada. Este efecto alcanza a todos los demás licitantes, incluso al eventual adjudicatario, sin importar si estos fueron o no parte del proceso que recae en ese fallo (2007: p. 303).

- 1.4 Produce *cosa juzgada material*, una vez firme y ejecutoriada. A diferencia de la sentencia que falla un recurso de protección²², la que genera *cosa juzgada formal*. Ello implica que la sentencia se puede cumplir sin restricción alguna, y que impide renovar la discusión sobre la cuestión resuelta, tanto en el mismo proceso, como en un juicio futuro posterior. Es decir, produce tanto la inimpugnabilidad como la irrevocabilidad o inmutabilidad de un resultado procesal. Lo anterior, supone la improcedencia de todo recurso, tanto judicial como administrativo.
- 1.5 Es una sentencia definitiva de *primera instancia*. El procedimiento establecido en el Capítulo V de la ley 19.886, contempla dos instancias: la primera, ante el TCP y la segunda, ante la CA de Santiago.

Lo anterior se concluye de la lectura de los incisos 2° a 4° del artículo 26 de la LCASyPS, que establece la procedencia de un recurso contra la sentencia del TCP, que se presenta ante el mismo Tribunal, y que será conocido por la CA de Santiago²³.

2. Recursos que proceden contra la sentencia que dicta el TCP en el procedimiento de impugnación

Al momento de examinar diversos ámbitos de una resolución judicial, y más específicamente una sentencia definitiva, resulta indispensable hacer una referencia a los recursos que pueden ser interpuestos contra la misma por quienes se sientan agraviados.

2.1 Reclamación versus Apelación

En primer lugar, es la propia LCASyPS (19.886) que contempla un recurso especial para la sentencia definitiva que dicta el TCP en procedimiento de impugnación. En efecto, el artículo 26 de la citada ley establece la procedencia de un recurso de reclamación a favor de la parte agraviada con la resolución. Este recurso se interpone en el mismo TCP, y quien lo conoce es la CA de Santiago.

De la redacción de la ley se desprende que este recurso únicamente procede en contra de la sentencia definitiva, por lo que no es posible interponer este recurso cuando se cometen ilegalidades o arbitrariedades en otras resoluciones, como por ejemplo, la que

²² La doctrina las compara debido a la similar redacción de los artículos que las contemplan (artículo 20 CPR y artículo 26 ley 19.886).

²³ Esto será tratado más adelante.

rechaza la suspensión del procedimiento. Sin embargo, según el mismo TCP, tampoco la apelación sería admisible para impugnar este tipo de resolución, ya que se estima que resultaría inconciliable con la naturaleza breve y sumaria del mismo, de acuerdo a la restricción que impone el artículo 27 de la Ley 19.886²⁴, algo no compartido por la doctrina ni por esta tesista.

Además, respecto a este recurso, la CA de Santiago ha señalado que el medio contemplado en el artículo 26 de la ley 19.886 para atacar las sentencias del TCP, es *una reclamación*, la que debe fundarse en el hecho de haber incurrido dicha sentencia en alguna ilegalidad o arbitrariedad y *no un recurso de apelación*²⁵. Lo anterior implica que la causal de reclamación es acotada solamente a la ilegalidad o arbitrariedad en que el TCP haya incurrido en la dictación de la sentencia, y no a otro tipo de agravio.

Otra diferencia de este recurso respecto a la apelación, se refiere a que la reclamación es concedida *en el solo efecto devolutivo*, a pesar de que la resolución objeto de reclamo es una sentencia definitiva; lo anterior significa que la ejecución de la sentencia reclamada *no se suspende*. En el caso de la apelación de sentencias definitivas, de la normativa del CPC (art. 186 y ss.) se desprende que se concede en ambos efectos. Además, el primero es conocido por el Tribunal de alzada *en cuenta*, en cambio el segundo es conocido *previa vista de la causa*.

La doctrina critica este mecanismo de revisión judicial fijado por el legislador, por considerarlo *insuficiente* para el debido resguardo de los intereses de las partes, ya que no asegura la efectiva revisión de lo obrado, tanto en los hechos como en el Derecho (Escanilla, 2013: p. 127).

²⁴ Sentencia que falla recurso de hecho presentado por Laboratorio Chile S.A., ROL ICA 4438-2008, de fecha 05 de septiembre de 2008, la que en su considerando 2° establece “*Que si bien el artículo 27 de dicha Ley dispone que al referido procedimiento se aplican supletoriamente las disposiciones del juicio ordinario civil de mayor cuantía, ello tendrá lugar únicamente en la medida en que estas últimas resulten conformes con la naturaleza breve y sumaria del primero. En el presente caso, el recurso ordinario de apelación resulta precisamente inconciliable y pugna con el señalado carácter breve y sumario del procedimiento previsto en la citada Ley N°19.886*”.

²⁵ Sentencia de reclamación ROL ICA 2404-2009, caratulada “AGA S.A. con CENABAST”, de fecha 07 de julio de 2009, la que en su considerando 2° establece “*Que en la especie debe tenerse especialmente en consideración, que el medio contemplado en el artículo 26 de la ley 19.886 para atacar las sentencias del H. Tribunal de Contratación Pública, es una reclamación, la que debe fundarse en el hecho de haber incurrido dicha sentencia en alguna ilegalidad o arbitrariedad y no un recurso de apelación. En consecuencia, a esta Corte sólo le corresponde pronunciarse respecto de las alegaciones de ilegalidad y arbitrariedad atribuidas a ese fallo*”.

En segundo lugar, el CPC contempla una serie de recursos que proceden contra las sentencias definitivas. Sin embargo, no todos los recursos previstos en este código son compatibles con la sentencia que dicta el TCP, de acuerdo al análisis que realizaré a continuación.

2.2 Aclaración, rectificación y enmienda.

Estimo que no existe inconveniente para utilizar este recurso, porque su objeto es la corrección de ciertos errores que no son graves, y que en general se trata de errores de copia o numeración, rectificación de palabras mal escritas, entre otras. Es por ello que su interposición no atenta contra la naturaleza breve y sumaria del procedimiento contemplado en la ley 19.886, no cayendo en la limitante que impondría el artículo 27 de la LCASyPS a la aplicación de las normas de los libros I y II del CPC²⁶.

2.3 Casación (en la forma y en el fondo) y Revisión

De la lectura del artículo 27 de la LCASyPS, se concluye que no proceden los recursos de *casación en la forma ni en el fondo*, atendido a que aquel se encuentra regulado en el libro III del CPC, y la ley 19.886 solamente se refiere a los libros I y II de dicho código. Además, el inciso final del artículo 26 de la LCASyPS dispone expresamente que por la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que resuelve la reclamación *no procederá recurso alguno*. Lo mismo se aplica al recurso de Revisión, el cual también se encuentra regulado en el libro III del CPC.

Esto queda de manifiesto al revisar la jurisprudencia relativa a la materia, ya que en aquellas causas iniciadas en el TCP y que luego han sido impugnadas ante la Corte de Apelaciones de Santiago siendo

²⁶ Sin embargo, algunos autores sostienen que se ha hecho, por parte de la jurisprudencia del TCP, una lectura errada del artículo 27 de la ley 19.886, al entender que se aplicarán supletoriamente las disposiciones comunes a todo procedimiento y las del juicio ordinario de mayor cuantía, *siempre y cuando* estas resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria del procedimiento impugnatorio de la ley de compras. Esta interpretación ha llevado al Tribunal a, por ejemplo, no acoger a tramitación recursos de apelación contra sentencias interlocutorias como la resolución que recibe la causa a prueba o la que rechaza la solicitud de suspensión del procedimiento licitatorio impugnado. Adhiero a esta postura, ya que el tenor literal del referido artículo 27 es claro, y el legislador establece esta limitante solo respecto a la aplicación de las disposiciones del juicio ordinario de mayor cuantía (libro II). Por ende, en el caso del recurso de apelación, este sería siempre procedente contra las sentencias interlocutorias, y no debería verificarse si atenta o no contra la naturaleza breve y sumaria del procedimiento, ya que la apelación está regulada en el libro I del CPC.

resueltas por ésta, no han sido posteriormente objeto de algún recurso ante la Corte Suprema²⁷.

2.4 Recurso de Queja.

A diferencia de lo que ocurre con el Recurso de casación y el de revisión, sí es posible interponer un Recurso de queja en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que falla el recurso de reclamación interpuesto contra la sentencia del TCP. Lo anterior se sostiene en relación a lo dispuesto en el artículo 545 del COT, que contiene la regulación del Recurso de Queja, el que dispone en la primera parte de su inciso 1° que “El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procede cuando la falta o abuso se cometa en *sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario*, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias”. A su vez, el artículo 26 de la Ley 19.886, en su inciso 4° dispone que “La resolución que falle el recurso de reclamación deberá pronunciarse, a más tardar, dentro de los diez días hábiles siguientes a aquél en que la causa se haya visto en cuenta o haya quedado en acuerdo. *En su contra no procederá recurso alguno*”.

Por ende, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que falla un recurso de reclamación de la Ley 19.886, cabe entre los supuestos que el artículo 545 del COT contempla para la interposición de un Recurso de Queja²⁸.

3. Los efectos de la sentencia del TCP antes y después de la adjudicación del contrato.

El TCP, junto con la declaración de ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, puede decretar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho, de acuerdo al caso concreto. Por ello, dependiendo del momento en que la sentencia es dictada, el Tribunal se hace la siguiente pregunta ¿Qué medidas puedo ordenar para restablecer el imperio del derecho? ¿Puedo decretar la anulación del acto viciado y retrotraer la licitación como medida para restablecer el orden jurídico?

²⁷ Tribunal de Contratación Pública, Sentencias ejecutoriadas http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=2&Itemid=125

²⁸ Sentencia Corte Suprema, en causa Rol 8127-2011, caratulada “Equipos y construcciones S.A. contra Corte de Apelaciones de Santiago”, de fecha 18 de enero de 2012.

Es por ello que se hace necesario hacer una distinción, entre los efectos de la sentencia que declara ilegal o arbitrario el acto u omisión impugnado tiene si esta se dicta antes de la adjudicación del Contrato administrativo (1); y los efectos que tiene si se dicta una vez adjudicado el contrato, ya estando este suscrito o en fase de ejecución (2).

3.1 Los efectos de la sentencia del TCP si se dicta antes de la adjudicación del contrato.

Como es posible apreciar en sentencias del Tribunal de Contratación Pública, este da lugar a la suspensión del procedimiento impugnado, por lo que el TCP logra dictar sentencia antes que el órgano licitante adjudique el contrato a uno de los oferentes²⁹. Si se realiza un estudio de la jurisprudencia del TCP, es posible constatar lo anterior³⁰.

Es aquí donde el órgano jurisdiccional tendrá mayor libertad al momento de establecer medidas que restablezcan el orden jurídico, como declarar la anulación de aquel acto declarado ilegal o arbitrario, y ordenar que el procedimiento licitatorio se retrotraiga hasta la fase anterior al acto que fue objeto de anulación, con el fin que la licitación sea realizada nuevamente. Esta es la principal arma que ejerce el Tribunal para cumplir con el mandato del artículo 26, y es precisamente esta medida la que persiguen los demandantes al accionar ante este órgano.

Se señala por la doctrina, que la sentencia que junto con declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto impugnado, declara también la nulidad del mismo y ordena retrotraer la licitación tiene *efecto retroactivo* (Moraga Klenner, 2007: p. 303), debido a que la nulidad de un acto conlleva a la desaparición del mismo, y también deben borrarse todas las consecuencias que pueda haber generado: procedimentales, patrimoniales o de cualquier otra índole.

²⁹ Aunque es difícil que el Tribunal decrete la suspensión del procedimiento cuando lo que se impugna es precisamente la resolución de adjudicación, ya que éste ha señalado en su jurisprudencia que no puede suspender un procedimiento que ya salió de su competencia. Se basan para sostener lo anterior en que la resolución de adjudicación de una licitación es el *acto de término* del procedimiento administrativo licitatorio, por lo que la competencia del Tribunal llega hasta ese acto, no pudiendo extender los efectos de la suspensión hasta la fase netamente contractual.

³⁰ Como claro ejemplo nombro las sentencias del TCP: ROL 87-2006 caratulada “Polaris LTDA. con Servicio de Salud de Llanquihue, Chiloé y Palena”, de fecha 29 de noviembre de 2007; ROL 85-2010 caratulada “Morpho S.A. con Servicio de Registro Civil e Identificación”, de fecha 17 de junio de 2011; y ROL 92-2011 caratulada “Genco S.A. con Ilustre Municipalidad de La Pintana”, de fecha 31 de enero de 2012.

Estimo que lo anterior ocurre así porque hasta ese momento *no existen derechos adquiridos* por ninguno de los participantes de la licitación³¹. Recién con la suscripción del contrato adjudicado uno de los oferentes se hace titular de derechos y obligaciones, por lo que no habrán perjudicados por la retroacción de la licitación.

De hecho, existen casos en los que el adjudicatario del concurso impugnado que fue retrotraído, cuando la licitación se realiza por segunda vez, éste no se lo adjudica³². También, se han encontrado casos en los que al hacerse la licitación por segunda vez, esta es declarada desierta por el órgano público que llama a concurso, ya que se había hecho la idea que el primer adjudicatario era el que más satisfacía sus requerimientos³³.

Incluso, esto nos lleva a pensar que en caso que el acto impugnado haya sido el decreto que contiene las bases de licitación, y una vez declarado éste ilegal o arbitrario por el TCP se retrotrae el procedimiento hasta antes de la presentación de las bases para que estas sean modificadas, no existiría inconveniente alguno para que en esta segunda licitación ingresaran oferentes nuevos.

3.2 Los efectos de la sentencia del TCP si se dicta luego de adjudicado y suscrito el contrato.

Al contrario de la situación anterior, en estos casos el TCP no ha dado lugar a la suspensión de la licitación, por lo que la sentencia definitiva será dictada cuando el contrato administrativo se encuentre en ejecución o derechamente la prestación ya fue cumplida por el adjudicatario. En la mayoría de estos casos el acto que se impugna es la resolución de adjudicación, que implica que la licitación está

³¹ No puede estimarse que, durante la licitación, los proponentes tengan derechos pecuniarios como, por ejemplo, derecho a la adjudicación del contrato. De existir derechos estos serían de naturaleza diversa, tales como el derecho a presentar ofertas o a ser evaluados si ésta es declarada admisible (Olmos Carrasco, 2013: p. 460).

³² En causa ROL 85-2010 caratulada “Morpho S.A. con Servicio de Registro Civil e Identificación”, el oferente que se adjudica la licitación impugnada fue la empresa INDRA S.A. Pero cuando se realiza la nueva evaluación de las propuestas, quedan para la etapa final las empresas Morpho S.A. y Sonda S.A., adjudicándose el contrato la primera de éstas. El proceso de modernización del sistema de identificación y pasaportes estuvo en la palestra durante el segundo semestre de 2013 por los graves problemas que ocurrieron en la plataforma informática de base de datos, a pocos días de su implementación, cuestionándose la idoneidad de la empresa que se había adjudicado el contrato en esta segunda oportunidad.

³³ Esto ocurre, por ejemplo, con la causa ROL 34-2008 caratulada “Mago Chic aseo industrial S.A. con Ilustre Municipalidad de Las Condes”.

terminada, siendo la suspensión procedente solamente cuando la licitación aún está pendiente³⁴.

Cuando el contrato administrativo ya se encuentra en fase de ejecución, es posible constatar que el TCP limita aún más sus facultades. Lo anterior se debe, en primer lugar, a que el artículo 24 de la ley 19.886 excluye de su competencia a aquellas fases posteriores de la adjudicación, por lo que el Tribunal debe ordenar aquellas medidas que permitan restablecer el imperio del derecho, pero que no le signifiquen infringir el principio de legalidad, al afectar con la sentencia situaciones que sobrepasan su esfera de competencia³⁵, ya que esto *afectaría la legitimidad del órgano* al verse expuesto a sobrepasar el mandato legislativo (Escanilla Abarza, 2013: p. 137).

Si hacemos un análisis más profundo de las disposiciones de la Ley 19.886, que rigen el procedimiento de impugnación del título V, es posible avistar una falencia que incide fuertemente en esta etapa. Se trata de que, aparte de la facultad de decretar la suspensión del procedimiento que contempla el artículo 25, no existe ninguna otra oportunidad anterior a la dictación de la sentencia definitiva donde el TCP pueda adoptar medidas para restablecer el orden jurídico, por lo que se dificulta la imposición de medidas oportunas por parte de este órgano, al encontrarse con una realidad que puede estar consumada antes que se materialice la intervención judicial en la sentencia definitiva.

En segundo lugar, a esas alturas del procedimiento es mucho lo que se encuentra en juego, tanto para el interés nacional como para los legítimos derechos adquiridos por el tercero adjudicatario del contrato. Es por ello que el Tribunal prefiere utilizar prudentemente ciertas facultades, como la suspensión de la licitación mientras conoce de la impugnación o la posibilidad de retroceder la misma hasta antes del acto que fue declarado ilegal o arbitrario, optando por otras medidas, como reconocer el derecho de la parte vencedora a demandar una indemnización ante tribunal competente; por ello analiza caso a caso la medida que cree más idónea para restablecer el imperio del Derecho sin lesionar los intereses de las partes.

³⁴ Felipe Olmos ahonda en este tópico, y señala que la no utilización por parte del Tribunal de la suspensión del procedimiento licitatorio “es más grave aún si se considera que la ley no contempla la posibilidad de deducir incidentes de previo y especial pronunciamiento, por lo que toda cuestión accesoria que se deduzca por importante que sea (por ejemplo, la incompetencia del Tribunal) no suspenderá la tramitación de la causa” (2013: p. 431).

³⁵ Ello implicaría que el Tribunal estaría infringiendo directamente el artículo 7 de la CPR, siendo causal de nulidad de Derecho Público.

En la adopción de estas medidas se tiene en consideración algunas variables como la naturaleza del contrato licitado (si es de suministro, prestación de servicios o de obra), si se encuentra adjudicado, y si ya está en ejecución, si es fácticamente posible retrotraer las cosas a un punto anterior, entre otros factores (Olmos Carrasco, 2012: p. 32-33).

Generalmente, las causas que se ventilan en el Tribunal son de bastante complejidad, ya que involucran un grave compromiso con el interés público y con un grado importante de urgencia, por el tipo de necesidades que satisfacen, por lo que no solo adquieren importancia las normas positivas sino también los principios generales del Derecho administrativo, tanto aquellos que rigen la contratación administrativa como los que rigen al derecho administrativo en general³⁶.

No obstante de tratarse un tema que profundizaré más adelante, resulta forzoso comentar que en este afán del Tribunal de conciliar la normativa que lo regula con el interés general y con los derechos adquiridos por el adjudicatario, ha desmejorado notoriamente la posición del demandante, quien no ve totalmente satisfecha su pretensión al lograr la mera declaración de ilegalidad o arbitrariedad del acto impugnado y no la anulación del mismo.

Es más, en aquellos casos en que el Tribunal declara que el vencedor tiene derecho a exigir una indemnización o el establecimiento de medidas administrativas, tampoco puede pedirse su ejecución ante el TCP, teniendo que recurrir a otros órganos para lograr la aplicación de éstas con el consiguiente gasto en tramitación y dinero³⁷.

Ahora, si hacemos una vista al derecho comparado, por ejemplo la legislación española de la contratación administrativa, es posible constatar que la situación es totalmente opuesta. El artículo 35. 1 de la LCSP dispone los efectos que tendrá la sentencia que declara la nulidad de aquellos actos preparatorios o de la adjudicación, cuando estos son contrarios a derecho. El mencionado artículo dispone: “La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, *llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación*, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido

³⁶ Olmos Carrasco, 2012: p. 33

³⁷ Sentencias TCP: ROL 73-2009 caratulada “Sociedad E&C Empresa Constructora LTDA. con Ilustre Municipalidad de Lampa”, de fecha 22 de julio de 2010; ROL 66-2007 caratulada “Mantenor LTDA. con Ilustre Municipalidad de Freirina”, de fecha 08 de agosto de 2008.

en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

La doctrina al respecto ha comentado que la nulidad del acto preparatorio debe acarrear la del contrato porque, al ser nulo el procedimiento de declaración de voluntad de la Administración, el contrato administrativo carecerá de causa (Carretero Pérez, 1970: p. 99).

A diferencia de la sentencia que dicta el TCP chileno, que puede ordenar la nulidad del acto impugnado y retrotraer la licitación como una más de las medidas que tiene a su disposición para restablecer el imperio del derecho, la sentencia del Tribunal contencioso-administrativo español tiene precisamente la nulidad del acto impugnado como principal efecto. Sin embargo, la ley 30/2007 en su artículo 35.3 establece una morigeración a lo absoluto de la redacción del artículo 35.1. En efecto, el mencionado artículo señala que “Si la declaración administrativa de nulidad de un contrato produjese un *grave trastorno al servicio público*, podrá disponerse en el mismo acuerdo la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio”, por lo que, a lo primero que debe tender el Tribunal con su sentencia es a declarar la nulidad del acto impugnado, salvo que se provoque con esto un grave trastorno al servicio público, donde la ley habilita al Tribunal a que se siga adelante con el contrato, mientras se adoptan medidas para que el término de éste no provoque estos graves daños.

CAPITULO III. El efecto limitado de la sentencia que dicta el TCP. Análisis de sus fundamentos.

1. Los razonamientos que entrega el TCP para limitar los efectos de su sentencia.

En el capítulo anterior, distinguí los efectos de la sentencia que dicta el TCP en el procedimiento de impugnación que regula la ley 19.886, en tanto esta es dictada antes de la adjudicación del contrato administrativo, como cuando es dictada una vez adjudicado el contrato. Al realizar dicho ejercicio se pudo comprobar que la sentencia, al ver la luz una vez ya adjudicado el contrato, tiene un efecto limitado, no obstante la amplitud de la redacción del artículo 26 de la Ley 19.886.

Lo anterior, encuentra su respuesta precisamente en la redacción de los artículos 24 y 26 de la ley 19.886. Como vimos en el capítulo primero, la ley otorga al Tribunal una acotada competencia, tanto desde el ámbito temporal (solamente puede conocer desde las bases de licitación hasta la adjudicación, ambas inclusive) como desde el ámbito material (sólo respecto a las materias y órganos públicos que indica la ley). A partir de estos artículos, el propio Tribunal ha ido regulando su competencia y sus facultades a la hora de ordenar medidas para restablecer el imperio del derecho.

En aquellos casos en que la licitación se adjudicó a un tercero ajeno a la impugnación, habiéndose ya firmado el contrato administrativo, pudiendo éste encontrarse incluso en un avanzado estado de ejecución; el TCP, una vez declarada la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, no ordena retrotraer la licitación a la etapa anterior a la ocurrencia del vicio impugnado³⁸. Aquí se da el absurdo que, no obstante declararse al acto impugnado ilegal o arbitrario, queda la contratación viciada en el mismo estado.

El principal fundamento que ha entregado el TCP es la amplia redacción del artículo 26 inciso 1°, al señalar que el Tribunal podrá ordenar las medidas necesarias para restablecer el imperio del Derecho, pero sin detallar cuáles medidas puede tomar. Por lo que queda a exclusiva discreción del Tribunal la determinación de dichas medidas³⁹.

³⁸ Sentencia TCP ROL 94-2008 caratulada “Altramuz Ltda. con Ilustre Municipalidad de Yumbel”, de fecha 26 de agosto de 2009.

³⁹ Entre otras, sentencia TCP ROL 118-2009 caratulada “Ingeniería y construcción Apoquindo LTDA. con Dirección Regional de Obras Portuarias de la IV Región”, de fecha 6 de agosto de 2010; y ROL 13-2010 caratulada “Constructora Oscar Núñez y Cía. LTDA. con Ilustre Municipalidad de Peñaflor”, de fecha 22 de junio de 2010.

Es por ello que el Tribunal ha estimado⁴⁰ que la declaración de ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado no necesariamente trae consigo la nulidad del mismo (junto a la retroacción de la licitación a la etapa anterior a la del vicio impugnado), porque este efecto es una de las medidas que el Tribunal puede ordenar para restablecer el imperio del derecho, y dispondrá de ésta u otras providencias, según las circunstancias de cada caso.

Ahora bien, para determinar qué medidas se adoptarán para un caso en concreto, el Tribunal ha fijado en sus sentencias⁴¹ como criterios: el *contenido del acto u omisión*, el *grado de desarrollo de sus efectos*, la *magnitud de la lesión al interés legítimo de quien impugnó el acto*, la *posibilidad fáctica y la conveniencia de retrotraer la licitación* al estado anterior a la ejecución del acto impugnado, y los *efectos que la sentencia puede causar en los derechos de terceros ajenos al pleito y en el interés público comprometido*.

Lo que buscaría proteger el Tribunal con su postura es la prominencia del interés público sobre los intereses de los particulares y la protección de los derechos de los terceros ajenos al juicio⁴², especialmente de aquellos que no participaron del acto viciado y que han obrado de buena fe en el proceso de licitación.

Además, a juicio del Tribunal⁴³ la medida de retrotraer la licitación a un estado anterior sería -en estos casos- inoportuna, porque el procedimiento de contratación administrativa se encuentra en una fase posterior a la adjudicación, la que excede a las competencias del Tribunal, de acuerdo al artículo 24 inciso 1° de la Ley 19.886.

También, la imposición de dicha medida carecería de causa, porque la necesidad que el órgano público buscaba cubrir con la suscripción de dicho contrato, ya se encontraría satisfecha⁴⁴.

Finalmente, el Tribunal ha señalado que al tratarse de un acto administrativo, que al ser un órgano público el principal afectado con

⁴⁰ Entre otras, Sentencia TCP ROL 20-2005 caratulada “Bestpharma S.A. con CENABAST”, de fecha 22 de marzo de 2007.

⁴¹ Sentencia TCP ROL 58-2006 caratulada “Correa 3 arquitectos LTDA. con Ilustre Municipalidad de Recoleta”, de fecha 24 de abril de 2007.

⁴² Sentencia TCP ROL 53-2007 caratulada “Martínez y asociados LTDA. con Gendarmería de Chile”, de fecha 20 de diciembre de 2007

⁴³ Sentencia TCP ROL 20-2005 caratulada “Bestpharma S.A. con CENABAST”, de fecha 22 de marzo de 2007

⁴⁴ Sentencia TCP ROL 86-2006 caratulada “Empresa constructora Servicon LTDA. con SERVIU V región”, de fecha 23 de agosto de 2007.

la declaración de nulidad del acto, y que con la decisión de retrotraer el procedimiento de licitación se compromete directamente el interés público, no pueden aplicarse de manera absoluta los efectos de la nulidad de actos y contratos propias del derecho civil⁴⁵. No obstante lo anterior, el órgano jurisdiccional ha dejado abierta al demandante vencedor la posibilidad de obtener una indemnización de perjuicios por los perjuicios sufridos por ésta, y a perseguir la correspondiente responsabilidad administrativa, entendiendo que la ilegalidad o arbitrariedad que ha sido constatada no puede quedar sin sanción⁴⁶.

La tendencia actual del Tribunal es limitarse únicamente a establecer en la sentencia la ilegalidad y ordena retrotraer las cosas al estado anterior al acto viciado, no alcanzando al contrato por cuestiones pragmáticas.

El autor Ricardo Concha desarrolla esta idea en uno de sus artículos, exponiendo que en 2014, se encuentran algunos fallos que rechazan la anulación, sobre la base de argumentos pragmáticos, sin entrar a desechar en los considerandos el efecto anulatorio, poniendo como ejemplo fallo de 2 de diciembre de 2014⁴⁷, en que se resolvió: “se acoge la acción de impugnación [...] sólo en cuanto se declaran ilegales el Acta de Evaluación de la propuesta, la Resolución [...] que aprobó el informe de la Comisión Evaluadora y adjudicó la licitación pública y la Resolución Exenta [...], que aprobó el contrato para la prestación de los servicios materia de la propuesta pública y se la rechaza en todo lo demás”, agregando que “se reconoce a la parte demandante el derecho a demandar en la sede jurisdiccional correspondiente las indemnizaciones a que hubiere lugar, así como la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos que participaron en los actos administrativos declarados ilegales” (2015: p. 558)

De todo lo expuesto, nos es posible concluir que los razonamientos utilizados por el Tribunal para justificar su decisión en estos casos llevan de manera implícita la aplicación de la teoría de *Los actos separables*.

⁴⁵ En este sentido, sentencia del TCP ROL 29-2009 caratulada “Sociedad Garafulic y Escandón LTDA. con Instituto de Salud pública”, de fecha 27 de octubre de 2008

⁴⁶ Sentencias TCP: ROL 73-2009 caratulada “Sociedad E&C Empresa Constructora LTDA. con Ilustre Municipalidad de Lampa”, de fecha 22 de julio de 2010

⁴⁷ En este Sentido, Sentencia TCP ROL 132-2013, de fecha 02 de diciembre de 2014; y Sentencia TCP ROL 126-2013, de fecha 16 de diciembre de 2014.

2. La doctrina de los actos separables como fundamento para limitar la sentencia del Tribunal

En el siglo XIX, el contrato público formaba junto con los actos administrativos que le servían de soporte un todo indivisible, por lo que no era posible impugnar una parte sin impugnar los demás (Burdeau, 1995: p. 263-264). Esto se conocía como la teoría del *todo indivisible*. En un principio, esta teoría admitía una amplia legitimación contenciosa, porque permitía a todo interesado, sea o no sujeto del vínculo contractual, obtener la anulación de cualquiera de los actos que concurrían a la formación del contrato, mediante la interposición del recurso *por exceso de poder* ante el juez contencioso administrativo, lo que llevaba a la anulación del contrato mismo (Macera-Tiragallo, 2001: p. 63).

Los últimos años del siglo XIX, el Consejo de Estado hizo modificaciones a esta teoría, reservando la condición de legitimado procesal solo a las partes del contrato⁴⁸. Por ende, no podía ejercerse la acción administrativa general de invalidación por *exceso de poder*, ni tenían legitimación activa los terceros. Ello significó que si, ahora se quería impugnar uno de estos actos previos, debía hacerse ante el juez del contrato, y mediante una acción especial que solamente detentaban las partes del mismo, quedando los interesados ajenos al vínculo contractual sin su vía de acción procesal para impugnar el contrato o, indirectamente, sus “actos soportes”. Con esto, la concepción del “Todo indivisible” o de la “incorporación” entraba en una profunda crisis⁴⁹.

Por ello, entre 1903 y 1906, el Consejo de Estado decidió elaborar una nueva teoría, la que sería denominada luego teoría de *los actos separables*⁵⁰. La nueva doctrina postula que la contratación administrativa se compone del contrato mismo y de una fase previa, conformada por una serie de actos que le sirven de base. Estos actos son perfectamente separables del contrato mismo y tienen siempre carácter de acto administrativo, lo que implica que si alguno de estos actos preparatorios (o trámites) es ilegal, puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, independiente de cuál sea la naturaleza del contrato.

Lo que se buscaba con la creación de esta doctrina era dar una solución a la pugna entre el Derecho privado y el Derecho público en

⁴⁸ Sentencia del Consejo de Estado caratulada “Compans”, de fecha 18 de junio de 1860; en Macera-Tiragallo, 2001: p. 63 (pie 9)

⁴⁹ Macera-Tiragallo, 2001: p. 63

⁵⁰ Por ejemplo, en Sentencia del Consejo de Estado caratulada “Petit”, de fecha 29 de diciembre de 1905; en Macera-Tiragallo, 2001: p. 65 (pie 14)

el ámbito contractual, y también dar legitimación a aquellos terceros que participaron en las fases de licitación para denunciar los defectos que se produjeran en esta etapa. La idea era disociar del contrato ya perfeccionado sus actos *soporte*, devolviéndoles una cierta individualidad jurídica, para permitir su impugnación autónoma mediante el recurso *por exceso de poder*.

No obstante este avance, la situación de los terceros ajenos sigue en la actualidad sin ajustarse al ideal de tutela judicial efectiva, siendo la principal causa de lo anterior el hecho que la anulación del acto separable no tiene efecto directo en la validez del contrato, atendido a la dualidad de jurisdicción del juez contencioso administrativo francés⁵¹. Esta dualidad lleva a que solamente cuando el juez examina los recursos de plena jurisdicción presentados por las partes, está legitimado para enjuiciar la validez del contrato y no cuando conoce del recurso por exceso de poder presentado por los terceros (Macera-Tiragallo, 2001: p. 70). Por ello, la nulidad del contrato debe ser declarada por el juez del contrato, por lo que es necesario que las partes –y no los terceros- acudan al juez del contrato para requerir la nulidad.

El profesor Bernard Macera-Tiragallo opinaba que la mantención de esta doctrina en Francia era *incompatible con el principio de tutela judicial efectiva*, ya que cuando los particulares traten de impulsar la declaración de invalidez del propio contrato, estos han de enfrentarse a tales trabas y dificultades que sus pretensiones se vuelven casi ilusorias, y en aquellos casos en que se consiguen salvar los obstáculos que impiden la satisfacción de sus derechos o intereses (lo que supone no solamente que el juez del exceso de poder logre vencer la pasividad de la administración contratante a la hora de acudir al juez del contrato, sino que este último acepte transmitir la validez del acto separable al vínculo contractual), el tiempo transcurrido hace que el éxito alcanzado pierda buena parte de su valor y utilidad⁵², ya que a esa altura el contrato impugnado llevará un buen grado de ejecución, por lo que su posible invalidación podría llevar un perjuicio al interés público, ya sea por la importancia del bien o servicio contratado o por lo oneroso que sería para la Administración retrotraer la situación al estado anterior. Por lo anterior, el mismo autor sostenía la importancia de realizar una reforma de este régimen⁵³.

⁵¹ En consideración, según lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia francesa, a que el contrato opera en el campo de las relaciones patrimoniales y materiales. Por ello no se aplica el efecto pleno de la nulidad, es decir, hacer volver a las partes al estado anterior al que se encontraban (Concha, 2012: p.187)

⁵² Macera-Tiragallo, 2001: p. 85

⁵³ Macera-Tiragallo, 2001: p. 85-86

Esta doctrina entró fuertemente en España, primero a nivel doctrinal⁵⁴, luego a nivel jurisprudencial⁵⁵ y finalmente a nivel legal. Sin embargo, no es acogida en su forma pura, ya que se sostenía que al constatarse la invalidez de un acto separable, esta se proyecta también a la validez del contrato, por lo que éste debía entrar inmediatamente en fase de liquidación, sin necesidad de iniciar un nuevo proceso (García-Trevijano, 1956: p. 309). Estos planteamientos serán recogidos después por la legislación.

Así, la ley de contratos del Estado española de 1965 contempla por primera vez la distinción entre contratos administrativos públicos y privados, en los cuales hay una zona común de actos que se rigen por una misma normativa (la de derecho público), sin importar la naturaleza del contrato.

Por su parte, el Reglamento de Contratos del Estado de 1967, en su artículo 13, explicita la consagración de la separabilidad de los actos previos, los que se pueden impugnar en sede contencioso-administrativa. También establece que la nulidad del acto separable conlleva la nulidad del contrato, entrando éste en fase de liquidación, sin necesidad de plantear un nuevo proceso ante la jurisdicción ordinaria. El Reglamento de 1975 recoge la misma regla, pero precisando ciertos conceptos. Finalmente, la ley 30/1992 tiene el gran mérito de darle rango legal a la doctrina de los actos separables contemplada en el reglamento de 1975, lo que se mantiene en la legislación actual.

Macera-Tiragallo critica la utilización de la teoría de los actos separables en España. En primer lugar, es inadecuada, ya que no se requiere de esta ficción para separar a cada uno de los actos soporte entre sí, ya que eso se logra simplemente aplicando la clasificación tradicional entre “actos trámite” y “actos de término”. Finalmente, el autor concluye que esta teoría ha tenido una aplicación innecesaria en España, porque no existen en ese derecho los problemas que ocurrían en Francia, ya que los dos recursos antes mencionados fueron unificados en la década del 50 en un solo recurso contencioso-administrativo, accesible a todo administrado, no existiendo fundamento de peso para que se mantenga esta teoría en el derecho administrativo español (2001: p. 192-193).

La ley 19.886 consagra que el procedimiento de licitación pública (que comienza con la presentación de las bases y finaliza con la adjudicación del contrato administrativo) es un procedimiento

⁵⁴ Siendo el profesor Juan Antonio García-Trevijano su principal expositor y defensor.

⁵⁵ La sentencia pionera en este sentido fue la dictada por el Tribunal Supremo español en el año 1959, recaída en la causa denominada *Hotel Andalucía-Palace*.

administrativo independiente y *separable* del contrato mismo. A su vez, este procedimiento de licitación está constituido por una serie de actos trámite unidos entre sí, que llevan a un acto de término, como es la resolución de adjudicación. Estos actos se someten al Derecho público, y puede ser *cada uno de ellos* impugnado –como un acto independiente- ante un órgano contencioso-administrativo, como es el TCP.

Así, el artículo 24 de la ley 19.886 separa la fase precontractual de la fase contractual. La primera corresponde ser conocida por el TCP (que es un Tribunal contencioso-administrativo de carácter especial) y la segunda corresponde ser conocida por la justicia ordinaria (debido a que en Chile no existe un Tribunal contencioso-administrativo general). A su vez, el artículo 26 de la misma ley establece cual es el objeto de la sentencia, que será declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto impugnado y ordenar, en su caso, las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. La amplitud de este precepto, como ya he indicado, obliga al Tribunal a realizar una labor hermenéutica, para delimitar su actuación.

Es en base a estos dos artículos que el TCP aplica la doctrina francesa de los actos separables, y esta aplicación queda nítidamente manifestada en aquellos casos en que, no obstante declararse la ilegalidad o arbitrariedad del acto impugnado, el Tribunal opta por no retrotraer el procedimiento licitatorio porque el contrato ya ha sido suscrito y se encuentra en avanzado estado de ejecución⁵⁶.

Esta concepción de *los actos separables* en Chile también tendría su fundamento legal en el artículo 53 de la ley 19.880, el que dispone que “la invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial” y además que “la invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada” (De la Cruz Millar, 2008: p. 65).

En un gran porcentaje de casos el TCP constata que el contrato licitado ya fue ejecutado por el tercero adjudicatario, siendo satisfecho el interés público, por lo que esta solución carecería de causa y sería inoportuno, vulnerándose intereses públicos y privados⁵⁷. Una característica de estos casos es que se trata de

⁵⁶ Vid. Sentencias TCP: ROL 106-2009 caratulada “Mancilla y Asencio LTDA. con Ilustre Municipalidad de Punta Arenas”, de fecha 06 de agosto de 2010; ROL 58-2006 caratulada “Correa 3 arquitectos LTDA. con Ilustre Municipalidad de Recoleta”, de fecha 24 de abril de 2007

⁵⁷ Sentencias TCP: ROL 53-2007 caratulada “Martínez y asociados LTDA. con Gendarmería de Chile”, de fecha 20 de diciembre de 2007; ROL 42-2007 caratulada “PEGASUS con DGAC”, de fecha 04 de marzo de 2008.

prestaciones que se ejecutan a corto plazo, como el suministro de bienes o realización de eventos⁵⁸.

La determinación de la medida a aplicar dependerá de la ponderación de varios factores, por lo que la declaración de ilegalidad o arbitrariedad podría traer consigo la nulidad del acto, como también podría traer consigo la aplicación de cualquier otra medida. La declaración de nulidad del acto impugnado (y la orden de retrotraer la licitación) es una de las diversas medidas que dispone el Tribunal, mas no la única. En estos casos quedaría la posibilidad de impugnar la validez de este contrato administrativo ante el *juez del contrato* (que en Chile es el mismo tanto para los contratos públicos administrativos como para los privados administrativos, la justicia ordinaria), de acuerdo a la normativa aplicable al contrato (derecho público o privado, cuando corresponda)⁵⁹.

Hay ciertos casos excepcionales en los que el Tribunal ordena retrotraer el procedimiento viciado al estado anterior a aquel acto que fue anulado, pero los condiciona a que, si en la etapa de ejecución del fallo se acredita el íntegro cumplimiento del contrato, no pudiendo llevarse al efecto lo dispuesto por el Tribunal⁶⁰.

3. Crítica de la doctrina nacional a la limitación de los efectos de la sentencia por parte del TCP

La limitación de los efectos que la sentencia declarativa de ilegalidad de un acto u omisión impugnado puede tener sobre el contrato administrativo, como pudimos constatar, es una postura asentada en la jurisprudencia del TCP.

La doctrina nacional se ha encargado de estudiar los razonamientos vertidos por el Tribunal, configurándose una posición crítica respecto al actuar de este órgano jurisdiccional, la cual es mayoritaria entre los autores. Esta postura es liderada por autores como Eduardo Escanilla, Ricardo Concha, Alicia de la Cruz y Claudio

⁵⁸ Es el caso de las Sentencias TCP ROL 11-2007 caratulada “Diseño y producción Mugarte LTDA. con Ministerio del Interior”, de fecha 14 de diciembre de 2007, y ROL 73-2010 caratulada “Emilio Ramírez de Arellano producción de eventos EIRL con Instituto Nacional del Deporte”, de fecha 03 de junio de 2011.

⁵⁹ Al igual como sucedía en la contratación administrativa francesa. El problema en Chile, está en la no existencia de un régimen especial de nulidad para los contratos administrativos.

⁶⁰ Sentencias TCP: ROL 61-2008 caratulada “Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile”, de fecha 29 de mayo de 2009; ROL 28-2008 caratulada “Laboratorio Chile S.A. con CENABAST”, de fecha 22 de junio de 2009 y ROL 94-2008 caratulada “Altramuz LTDA. con Ilustre Municipalidad de Yumbel”, de fecha 26 de agosto de 2009.

Moraga, quienes han expuesto sus ideas en trabajos prácticamente recientes⁶¹.

Los autores han respondido a este razonamiento diciendo que el solo hecho de celebrarse un contrato no permite concluir que las finalidades perseguidas se hayan alcanzado; aunque la necesidad pública esté siendo satisfecha con la ejecución de ese contrato, la irregularidad de la licitación deja la duda respecto a que si se lograron las condiciones ventajosas que se esperaban⁶².

Claramente puede ocurrir que al retrotraerse las cosas al *statu quo* la necesidad pública inicial ya no subsista en los mismos términos, por lo que el procedimiento precontractual devendría en caduco por ser inoportuno, pero que posibilitaría reorientar la acción de la Administración a corregir, completar o rehacer lo avanzado en el contrato anterior (Valdivia, 2013: p. 454).

Pero estas decisiones dependerán únicamente de apreciaciones de oportunidad que incumbe valorar a la autoridad administrativa. El Tribunal debe preocuparse de velar por proteger el imperio del derecho, las consecuencias de esto deben quedar a cargo del órgano licitante, no competen al TCP.

La doctrina asienta su posición crítica respecto al actuar del Tribunal, en que el procedimiento de licitación pública (que finaliza con la resolución de adjudicación) se convierte en la *manifestación de voluntad de la Administración*, en la habilitación previa, sin la cual se produce una desviación de poder (De la Cruz, 2008: p. 61). Este es el *límite sustancial* (García de Enterría y Fernández, 2004: p. 58), que viene impuesto por la Constitución y las leyes, para la realización de un contrato válido.

Esta encuentra su límite potestativo en el *interés general*, que se traduce en el *principio de juridicidad*, por lo que la Administración puede contratar lo que estime conveniente, siempre

⁶¹ Vid. Concha, Ricardo (2012): *Nulidad del contrato de la Administración: aplicabilidad de las reglas civiles*, Legal Publishing, Santiago; Cruz Millar, Alicia de la (2008): “Público/privado en la Contratación Administrativa”, en *Revista de Derecho Administrativo* 2, pp. 57-76; Escanilla Abarza, Eduardo (2013): “El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo”, en *Derecho Público Iberoamericano Universidad del Desarrollo* 2, pp.103-149; Moraga Klenner, Claudio (2007): *Contratación Administrativa*, Editorial jurídica de Chile, Santiago.

⁶² Como haber adjudicado el contrato a la oferta que tenía el mayor costo, o a oferentes que no cumplieran con los requisitos mínimos de conocimientos técnicos o experiencia (sentencia del TCP ROL 60-2007 caratulada “Sociedad productora de eventos SER producciones creativas LTDA. con Presidencia de la República”, de fecha 20 de noviembre de 2008).

que sea en la forma establecida y para la prosecución del fin específico de interés general al que se debe (Moraga Klenner, 2007: p. 32). Por lo que, si ese fin público faltare, la contratación sería irregular, ya que se manifestará una *desviación de poder*, al afectarse el fin legal o causa *teleológica objetiva* (2007: p. 26).

En otras palabras, “si la Administración contrata con un particular se verificará una relación jurídica administrativa. La habilitación previa para poder contratar, es la voluntad y la causa para contratar” (De la Cruz Millar, 2008: p. 71). A su turno el contrato, no obstante corresponder a una clásica herramienta del derecho privado, no se desvincula completamente de la causa que le dio origen.

Asimismo, para que un contrato administrativo sea considerado como *válido* en el ordenamiento jurídico, el sujeto público debe observar el procedimiento de contratación establecido en la ley. Por ende, la manifestación de voluntad mediante el procedimiento de licitación (en este caso), es *requisito de validez del contrato* (Concha, 2012: p. 233).

En un mayor desarrollo de la idea, la licitación (y, más específicamente, la adjudicación) junto a la voluntad del contratista, conforman el *consentimiento contractual*, que le sirven de soporte al contrato. Si falta una adjudicación válida, falta un elemento para construir la norma contractual, afectándose le validez del mismo en cuanto acto (Concha, 2012: p. 243).

Relacionado a lo anterior, el TCP utiliza como criterio para decidir la conveniencia de retrotraer la licitación, *el contenido del acto u omisión*. La doctrina ha entendido que con esta referencia el Tribunal intentaría subrayar que en su opinión, los vicios de legalidad con los que se ha enfrentado no tienen la transcendencia suficiente para generar la nulidad del contrato. Las irregularidades ocurridas en el procedimiento precontractual son *a priori* de forma, por lo que en principio, solo los vicios de forma que sean sustanciales conducirán a la nulidad del acto.

Un procedimiento precontractual como la licitación, reservado para contratos de mayor importancia, suele rodearse de formalidades estrictas. Por lo que en la licitación las formalidades importan, tanto así que uno de los principios que contiene la Ley 19.886 es la *estricta sujeción a las bases*. Por ello, en el ámbito contractual es razonable reconocer con mayor frecuencia carácter sustancial a las formas y admitir que su transgresión, al igual que los vicios de fondo, conlleva nulidad (Valdivia, 2013: p. 450).

También se cree que con la referencia al *contenido del acto u omisión*, el TCP establece que existen ciertos actos del procedimiento precontractual que no logran contaminar el contrato, tal como lo hace la jurisprudencia francesa de los actos separables. Esta jurisprudencia se basa en la diferencia entre los vicios propios de los actos separables y los vicios de legalidad del contrato mismo, de modo que si el acto separable es anulado en razón de vicios del contrato, el contrato debe anularse también. No obstante, en la misma jurisprudencia francesa hay ejemplos de vicios procedimentales que también determinan la nulidad del contrato, por lo que debe hacerse un análisis caso a caso sobre la incidencia del acto viciado en la suerte del contrato (Valdivia, 2013: p. 469).

Por ello no es entendible la postura radical del Tribunal, si toma como modelo a la jurisprudencia francesa, porque para ellos ni siquiera la ilegalidad del acto adjudicatario conlleva la nulidad del contrato, lo que erige al contrato como algo intocable. El reconocimiento de la teoría de *los actos separables* en Chile solo sirve para mantener la validez de un contrato, a pesar que éste se halla asentado sobre un procedimiento irregular; es más, el hecho de entender desvinculados totalmente el procedimiento licitatorio del contrato nos lleva forzosamente a plantear la conveniencia de mantener un procedimiento de impugnación, ya que la sentencia del TCP se transforma en una mera declaración, por lo que la creación de una judicatura especializada carecería de eficacia⁶³.

Respecto a la invocación de esta teoría por la jurisprudencia chilena, es imperioso revisar si efectivamente en el derecho nacional se da la dualidad juez del contrato – juez de anulación. La creación del TCP lleva pensar que así es, ya que la Ley 19.886 entrega competencia en aquellos actos administrativos que forman el consentimiento de la Administración para contratar, sin hacer mención al contrato mismo. Por ello, el TCP no tiene competencia para conocer impugnaciones contra contratos suscritos por la Administración (Valdivia, 2013: p. 441).

Sin embargo, la doctrina expone que al ser el contrato consecuencia lógica del procedimiento precontractual, la validez del primero puede verse alcanzada por las conclusiones que se desprendan de las sentencias del Tribunal. Así las cosas, independiente de la recepción de la doctrina de los actos separables en nuestro derecho, no hay obstáculos legales para que el Tribunal se pronuncie sobre la

⁶³ Esto, junto al hecho que el Tribunal no puede conocer las fases de suscripción, ejecución y terminación del contrato administrativo, las que siguen en conocimiento de la justicia ordinaria.

validez de todos los contratos celebrados mediante procedimientos de contratación sujetos a su competencia (Valdivia, 2013: p. 442).

En cuanto al criterio del *grado de desarrollo del acto*⁶⁴, este es el de mayor importancia para el TCP a la hora de definir la conveniencia de la anulación retroactiva del procedimiento. A menos que se haya decretado la suspensión de la licitación, mientras se conoce de la impugnación judicial del acto ilegal, ésta ya puede haber finalizado y los efectos del contrato ya se pueden haber agotado. Por lo que mientras más desarrollado esté el proceso de contratación más difícil será deshacer sus consecuencias.

En el caso de contratos de ejecución a corto plazo, proceder a su anulación provocaría alteraciones en el desempeño del servicio público, por lo que sería inconveniente. Pero hay casos en los que no se genera tal inconveniencia, como contratos de ejecución a largo plazo, contratos de transferencia de bienes no consumibles (que pueden ser disueltos aunque estén íntegramente cumplidos) o contratos cuya ejecución haya sido gravosa para el interés general (donde la nulidad puede servir para equilibrar *ex post* la relación contractual de acuerdo al mercado). En estos casos, aunque no se puedan deshacer materialmente las prestaciones, se debe proceder a prestaciones mutuas⁶⁵.

“Se requiere aquí una sintonía más fina del Tribunal respecto de las distintas hipótesis que pueden presentarse, en que una aplicación *más reflexiva* del criterio podría conducir a conclusiones diferentes de las que se han visto” (Valdivia, 2013: p. 473), más aún tomando en cuenta que el TCP cuenta con una amplia facultad para restablecer el imperio del derecho.

En cuanto al criterio de la *posibilidad fáctica* de retrotraer las cosas al estado anterior, los autores anuncian que el Tribunal comete un error conceptual, ya que confunde esto con la *conveniencia de la nulidad*. Lo anterior atendido a que la nulidad nunca puede volver materialmente las cosas a su sitio, por lo que el efecto retroactivo de la nulidad es siempre ficticio (Valdivia, 2013: p. 467).

Como señalé líneas más arriba, hay casos en que algunas prestaciones no pueden revertirse en naturaleza, pero esto no significa que la nulidad sea *per se* improcedente porque para el futuro

⁶⁴ El Tribunal, más que atender al grado de desarrollo del acto impugnado, atiende al grado de desarrollo del contrato, ya que si la licitación ha concluido y el contrato se ha celebrado con un tercero, anular la licitación podría ser inútil si el contrato se ha celebrado (porque no es necesario proseguir con la licitación o llamar a una nueva).

⁶⁵ En ese mismo sentido, Olmos Carrasco, 2013: p. 460-461.

se termina el contrato, pero para el pasado se procede con las restituciones mutuas en equivalencia. La practicabilidad de la nulidad funciona como faceta de la conveniencia, porque si genera mayores problemas que los que resuelve, puede tenerla por inconveniente o innecesaria (Valdivia, 2013: p. 467).

Otro de los fundamentos que ha esgrimido el TCP para no retrotraer la licitación está en el silencio de la ley respecto a qué medidas el Tribunal puede tomar para restablecer el imperio del derecho, y a los efectos que tendría la nulidad en el contrato administrativo, es decir, la falta de un régimen anulatorio. Para integrar este silencio legal, el Tribunal tiende al resguardo de ciertos derechos y principios, y no aplica supletoriamente las normas del CC relativas a la nulidad.

En cuanto a los derechos y principios que cree debe resguardar, el Tribunal realiza una ponderación entre el interés general y los intereses de los particulares. Al respecto, los autores⁶⁶ han sentenciado que en esta ponderación, quien queda en desventaja es precisamente el demandante, porque no ve totalmente satisfecha su pretensión, logrando una mera declaración de ilegalidad o arbitrariedad, sin un resarcimiento real a los perjuicios que sufrió.

Por un lado, es reprochable el actuar del Tribunal en el sentido que, si está conteste en que la normativa que lo rige adolece de vacíos que no le permiten solucionar eficientemente ciertos casos, lo más lógico es que recurra a ciertas herramientas que la legislación le proporciona, como la facultad de suspender el procedimiento licitatorio mientras conoce de la impugnación, de acuerdo al artículo 25 inciso 2° de la ley 19.886.

El Tribunal, en el 95% de los casos, no decreta la suspensión de la licitación impugnada cuando esta ya está en fase de ejecución, entendiéndolo que su competencia llega sólo hasta esa etapa. Con esta actitud “agrava el estado de indefensión en que se encuentran los particulares que recurren ante el Tribunal” (Díaz Canales, 2011: p. 87)⁶⁷.

Esta circunstancia dista de la realidad española, nuestro más próximo referente en lo relacionado a contratación administrativa, atendido que en aquellos casos donde lo impugnado es el acto de adjudicación, la sola interposición del recurso produce la suspensión

⁶⁶ En este sentido: Valdivia, 2003: p. 473; Escanilla Abarza, 2013: pp. 130-131.

⁶⁷ Además, el autor expone las razones que sustenta el Tribunal para no conceder la suspensión del procedimiento, y las críticas que él realiza (2011: p. 88-98).

automática del expediente de contratación⁶⁸. No ocurre así cuando se impugna cualquiera de los otros actos, lo que no obsta a que dicha suspensión sea acordada por el órgano jurisdiccional, previa solicitud por parte del demandante (Lazo Vitoria, 2013: p. 401-402).

Por otro lado, también se le reprocha al Tribunal el que busque otras formas de integrar el vacío que hay en sus normas y no recurra a la más evidente, que está en la misma ley 19.886. Según algunas opiniones que comparto, al TCP le bastaría con recurrir a la LCASyPS para colmar el vacío. El artículo 1° de la ley establece un régimen de aplicación supletoria de distintas normas. En primer lugar, rigen las normas de la ley 19.886 y su reglamento. Supletoriamente, se aplicarán las normas del derecho público, y en defecto de aquellas, las normas de derecho privado (Concha, 2012: p. 250-251), por lo que perfectamente podría aplicar, por ejemplo, aquellas normas de la nulidad civil que reconozcan la especial naturaleza del contrato administrativo.

El Tribunal no es partidario de aplicar el régimen de nulidad del derecho civil atendido a que una de las partes involucradas es un órgano público, y el derecho civil tiende a poner en el centro de importancia la protección de las voluntades⁶⁹. Con todo, el régimen de nulidad no solamente protege la voluntad de las partes, sino también es el instrumento que salvaguarda el orden público, cuando el contenido de los contratos se rodea de arbitrariedades⁷⁰.

Esto último proviene de la concepción que se tiene de los actos administrativos, como aquellos que son válidos mientras sean ejecutados conforme a derecho, lo que ejerce control en los actos de la Administración. Y precisamente, uno de los más importantes instrumentos de control judicial es la declaración de nulidad.

Si el juez anula el acto atacado, es más para asegurar el restablecimiento de la legalidad quebrantada que para reparar el daño causado al demandante. Por ende, concluyen los autores, al ser los contratos de la Administración, al menos formalmente, actos administrativos, y que su control sirve para los propósitos típicos del control judicial de la Administración, no se advierten razones de principio que aconsejen excluirlos de las reglas generales (Valdivia, 2013: p. 447).

⁶⁸ También se contempla un plazo mínimo que debe mediar entre la resolución de adjudicación y la suscripción del contrato, para proceder durante ese tiempo a ejercer las acciones a que tengan derecho los afectados con la contratación.

⁶⁹ Valdivia, 2003: p. 444

⁷⁰ Valdivia, 2003: p. 455; Concha, 2012: p. 251

La nulidad no solo es un mecanismo de extinción del acto jurídico, sino que determina, en relación a su efecto retroactivo, restituir a las partes al estado previo a su celebración. Al quedar las prestaciones contractuales carentes de causa, pueden ser tenidas como *pago de lo no debido*, lo que justifica su restitución. En el derecho administrativo esto no debería ser diferente, porque en los procedimientos contractuales de derecho comparado la nulidad del contrato celebrado por la Administración da origen a restituciones mutuas⁷¹. La especial naturaleza de los contratos administrativos no impide que ciertas instituciones que trascienden a las restituciones recíprocas se puedan aplicar, como el enriquecimiento injustificado (Valdivia, 2013: p. 456).

Sin embargo, la actitud de la doctrina no solo ha sido de crítica, sino también de propuesta. Ahora, ninguna de las propuestas hechas por los autores lleva como destino final la desaparición del TCP, ya que es destacable la labor que este órgano ha realizado con los pocos medios jurídicos que tiene, lo que habla bien de la expertise de sus jueces. Al contrario, lo que se busca es dotarlos de mayores facultades y de un procedimiento de impugnación más robusto, para que pueda cumplir eficientemente con su función.

Se ha propuesto, entre otras medidas: ampliar la competencia del TCP, en especial, abarcando los conflictos suscitados en las fases de ejecución y término del contrato; dotar al Tribunal de facultades más precisas y eficaces, como por ejemplo, la aplicación de multas, la determinación de indemnizaciones y la declaración de nulidad; contemplar la participación de los terceros afectados por la impugnación, para que puedan hacer las alegaciones que estimen pertinentes en el proceso; e incorporar normativa especial para figuras como la suspensión de la licitación y el cumplimiento incidental del fallo (Escanilla Abarza, 2013: p. 144-145).

También se sostiene que la infracción al principio de juridicidad en el procedimiento licitatorio sí se comunica al contrato, obstando a la validez del mismo, el que *debe* ser declarado nulo, en virtud de las reglas de nulidad del CC (en especial, los artículos 1462 y 1682), complementadas con la legalidad administrativa (Concha, 2012: p. 237)⁷². Es precisamente la nulidad una medida apropiada para

⁷¹ En España, esta solución se encuentra contenida en la LCSP de 2007, artículo 35.1

⁷² Al contrario de lo sostenido por el TCP en varias sentencias, como la ROL 11-2007 caratulada “Diseño y producción Mugarte LTDA. con Ministerio del Interior”, de fecha 14 de diciembre de 2007, considerando 22º: “tratándose de materias reguladas por el Derecho Público, *no resulta posible la aplicación lisa y llana de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contratos de orden privado*, pues, en el caso de autos, es un órgano de la Administración del Estado quien ha

restablecer el orden jurídico, ya que se ha establecido para resguardar la legalidad objetiva (Concha, 2012: p. 251) ⁷³.

Por ello, se propone que la solución pasa por la convergencia de la nulidad civil y la administrativa (mediante el artículo 1462 o la cláusula general de nulidad del artículo 1682), la que se manifestará en el contrato por medio de la nulidad derivada (Concha, 2012: p. 255). La nulidad derivada consiste en que el acto declarado nulo acarrea, asimismo, la nulidad de los actos derivados de él. Aquellos actos que se hayan dictado a consecuencia de ese acto nulo no pueden producir efectos jurídicos. Esta figura permite retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes del primer acto nulo, en una cadena de actos (Concha, 2012: p. 256).

Al integrarse –para estos efectos– la normativa administrativa con la civil, se permite que el Derecho administrativo determine si un vicio del procedimiento afecta o no la validez, y en base a esto se configurará la *vulneración al Derecho público* que conformará, ya sea la nulidad absoluta por contravención al Derecho público (artículo 1462), o nulidad por la falta de los requisitos por las leyes para el valor del contrato de la Administración (artículo 1682) (Concha, 2012: p. 259).

intervenido como parte en la contratación de los servicios requeridos (...), y es quien resultaría afectado por la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado”.

⁷³ En igual sentido, Alicia de la Cruz concluye que la ejecución, terminación y eventual nulidad (del contrato administrativo) debe ser vista a la luz de los principios del Derecho Público, en aquello que corresponda y del Derecho privado, en lo que a él compete (2008: p. 71).

CAPITULO IV. El efecto limitado de la sentencia que dicta el TCP después de la adjudicación del contrato. Análisis de sus repercusiones.

1. Problemática

He podido establecer a lo largo de este trabajo que es una postura mayoritaria en la jurisprudencia nacional, tanto del TCP como de otros órganos jurisdiccionales, el limitar los efectos de una sentencia que declara la ilegalidad de un acto administrativo que soporta un contrato administrativo, al no declarar la nulidad del mismo, por lo que el contrato seguirá siendo válido.

Al estudiar la jurisprudencia del TCP, se desprende como constante en aquellos casos donde el Tribunal resuelve de la forma antes descrita, la circunstancia que al momento de dictarse el fallo el contrato administrativo ya fue suscrito y se encuentra en avanzada ejecución.

También realicé un estudio de las fundamentaciones que entrega el Tribunal para sustentar dicha postura en la cual, creo, va implícita la teoría de Los actos separables. De los fundamentos expuestos por dicho órgano jurisdiccional, los más importantes están relacionados a la protección de derechos adquiridos por el tercero adjudicatario y a la protección del interés público comprometido en el contrato celebrado, el que ya se encontraría satisfecho.

Sin embargo, los intereses del demandante no recibirían la misma protección al obtener solamente una declaración por parte del Tribunal, en cuanto a que el acto impugnado era efectivamente ilegal o arbitrario, y que éste tiene derecho a reclamar una indemnización ante la instancia correspondiente. Esta dinámica ha sido criticada por la doctrina nacional porque, principalmente, al existir un vicio en el procedimiento administrativo previo al contrato, éste queda carente de causa (o de consentimiento válido, según Ricardo Concha), por lo que indefectiblemente este vicio debe derivar en su nulidad. Además, porque esta situación va contra el derecho de la víctima al debido proceso, por las razones que luego expondré.

En las próximas líneas realizaré una relectura del efecto que esta sentencia genera tanto en los derechos de las partes del proceso de impugnación (1), como en los terceros ajenos (2).

2. El efecto limitado de la sentencia después de la adjudicación y el derecho de las partes.

Una de las características de esta sentencia es que, en general, tiene un efecto relativo, de acuerdo al artículo 3 del CC. Ello implica que los efectos se extienden solo a las partes litigantes, viéndose protegidos los terceros como el adjudicatario del contrato y los otros oferentes.

Las partes del proceso son: el demandado, el órgano de la Administración del Estado que tiene el rol de licitante en este procedimiento de licitación y que emitió el acto objeto de impugnación; y, el demandante, aquella parte afectada por el acto u omisión impugnado, quien, en la generalidad de los casos, fue oferente en la licitación a que corresponde el acto impugnado.

2.1 El órgano público

En el caso del órgano público demandado, el efecto limitado de la sentencia que dicta el TCP, al no ordenar la retroacción del proceso licitatorio al que pertenece el acto declarado ilegal o arbitrario, beneficia directamente a esta parte. Esto es así porque la postura que adquiere dicho órgano jurisdiccional se sustenta principalmente en la protección del interés público que está presente en cada contratación administrativa.

El interés público es el fin de toda contratación que lleva adelante la Administración, es el motivo para contratar con otro. Este interés público se traduce en la satisfacción de una necesidad de carácter general, que comprende muchas veces materias delicadas, o que llevan un importante grado de urgencia. Entonces, si la necesidad general que se tenía en vista para convocar a la propuesta de licitación es satisfecha por el contrato administrativo ya suscrito y ejecutado, el TCP opta por simplemente declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto impugnado, pero no decretar la nulidad de éste; por ende, no se procede a la retroacción de la licitación con la correspondiente liquidación del contrato.

En el escenario descrito la Administración del Estado se encuentra en una posición superior a la del demandante, ya que éste debe desplegar mayores esfuerzos para satisfacer su propia pretensión⁷⁴. Es una posición ventajosa para el demandado, porque a pesar de tratarse de un procedimiento de contratación no ajustado a

⁷⁴ Esto se tratará extensamente en el próximo acápite.

Derecho, el Tribunal prefiere defender la eficacia de la actuación del órgano administrativo, antes que la legalidad de la misma.

A entender de Ricardo Concha, el sistema de impugnación ante el TCP claudica cuando se ha cumplido el contrato, ya que expresamente se resuelve considerando que el contrato, al encontrarse cumplido, no es posible retrotraer el procedimiento licitatorio a la etapa del acto viciado (2012: p. 250). Los derechos que el órgano administrativo adquiere (u ostenta), se ven blindados por la actitud que toma el TCP. Ni siquiera se ve amenazado por una sanción indemnizatoria a favor del afectado o por la imposición de medidas disciplinarias, ya que el Tribunal ha señalado no tener la competencia para fijar esta clase de medidas.

2.2 El demandante vencedor

En cuanto los derechos del demandante, él es quien se encuentra en la mayor desventaja. He esbozado algunas ideas al respecto, señalando que no obstante los esfuerzos del Tribunal de conjugar los intereses del tercero que prestó los servicios a la Administración con los intereses generales ínsitos en el contrato celebrado, al limitar los efectos de la sentencia no tomando como medida la retroacción del procedimiento de licitación, la satisfacción de los intereses del demandante se ve mermada.

Señalé anteriormente que el Tribunal aduce además el hecho que el artículo 26 de la ley 19.886 tiene una redacción muy amplia, la cual genera un vacío respecto a qué medidas disponibles tiene éste órgano para restablecer el imperio del Derecho, por lo que en caso de vacío es el Tribunal el llamado a fijar las medidas que restablecerán el orden jurídico, de acuerdo a cada caso. Esto lleva a que la declaración de nulidad del acto impugnado y la correspondiente retroacción de la licitación sea una de las medidas que están a disposición del Tribunal, mas no la única, la que además se aplica con mucha cautela por las razones señaladas en el numeral anterior.

En ese orden de cosas, se hace tremendamente dificultoso al particular obtener un resultado satisfactorio en esta instancia, viéndose éste obligado a recurrir *ante quien corresponda*⁷⁵ para requerir la imposición de sanciones administrativas o civiles. Significa para él desplegar tres veces más recursos del que debería;

⁷⁵ Entre otras, sentencias del TCP: ROL 29-2009 caratulada “Sociedad Garafulic y Escandón LTDA. con Instituto de Salud pública”, de fecha 27 de octubre de 2008; y ROL 86-2006 caratulada “Empresa constructora Servicon LTDA. con SERVIU V región”, de fecha 23 de agosto de 2007.

más tomando en cuenta la sensación de injusticia que se genera al tener en sus manos una sentencia favorable del TCP.

En relación a esto, Escanilla se pregunta si podría el TCP por vía interpretativa, hacer un giro hasta llegar a la determinación de las indemnizaciones, y no simplemente declarar que el demandante tiene derecho a exigir una; *¿No estaría acaso esta capacidad ínsita en la posibilidad de determinar en la sentencia definitiva, las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho?* (2013: p. 136). De la lectura del artículo 26, es posible señalar que en principio, el Tribunal tendría esta competencia, debido a la amplia facultad de imperio que el legislador le otorga en el mencionado artículo, imponiendo como medida una indemnización a favor del afectado, atendiendo a la imposibilidad fáctica de retrotraer el procedimiento de licitación, lo que ya fue constatado por el mismo Tribunal.

Escanilla contempla un parecer similar, no obstante creer que a la luz de los artículos 6 y 7 de nuestra Carta fundamental, que contienen el principio de juridicidad, la solución debiese pasar por herramientas que contemplen expresamente estas facultades, ya que el estado actual de esta norma lleva a que el TCP vulnere constantemente este principio, comprometiéndose gravemente la legitimidad del órgano (2013: p. 137). Pero, Valdivia tiene una visión más crítica del tema y, en su parecer, de momento que el TCP sustituye la anulación del acto (y consecuentemente, del procedimiento) con una promesa de indemnización, es porque este órgano cree que el demandante actúa por intereses meramente pecuniarios y no para proteger el orden público (2013: p. 473). Señala al respecto que el Tribunal tiene en este ámbito un *grave* error de enfoque, porque el demandante no tiene idea de cuál será el resultado del procedimiento precontractual si éste se vuelve a realizar⁷⁶, por lo que el demandante en realidad actúa en defensa de la ley. La ley es clara, y el juez debe centrarse en adoptar *las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho*, independiente de los intereses del demandante.

El autor hace una comparación del artículo 26 de la LCASyPS con el artículo 20 de la CPR (que regula la acción de protección) y concluye que la redacción de ambos artículos no es tan *idéntica* como ha sostenido el TCP⁷⁷, ya que “mientras que el juez de protección

⁷⁶ El demandante no sabe a quién beneficiará al final la retroacción de la licitación. Como vimos anteriormente, hay ocasiones en las que el órgano licitante incluso ha declarado desierto el concurso realizado por segunda vez, no adjudicándolo al oferente-demandante que obtuvo en juicio.

⁷⁷ Sentencia TCP ROL 41-2007 caratulada “Bosselin, Briones, Irureta y Hernández, Abogados LTDA. con SEREMI de Bienes nacionales de la Región metropolitana”, de fecha 26 de septiembre de 2007.

debe encargarse de asegurar *la debida protección del afectado*, el TCP tiene un mandato más *abstracto* que se limita a restablecer el *imperio del derecho* (Valdivia, 2013: p. 474).

Respecto a la discrecionalidad que tiene el TCP para determinar las medidas que adoptará, Helfmann y Lara reparan en un escenario más complejo aún, el que para ellos sería *la no adopción de medidas* (2009: p. 146), por lo que quedaría a criterio del la justicia ordinaria o de la CGR. Los autores, a renglón seguido, opinan que hubiese sido mejor que el legislador empleara palabras imperativas, en vez que utilizar la frase *en su caso*, ya que esto último haría surgir confusión respecto a la obligatoriedad de la norma y a la circunscripción del ámbito potestativo del TCP (Helfmann y Lara, 2009: p. 146).

La ineficacia que adolece el TCP para tomar medidas que satisfagan la pretensión del demandante, y que ha sido expuesta en estas líneas, genera tensión con el *Debido proceso*, ya que en la ecuación *costo-beneficio*, el demandante ve más del primero que del segundo.

3. Los efectos limitados de la sentencia después de la adjudicación y los derechos de terceros

De acuerdo a la doctrina nacional, la sentencia que pronuncia el TCP tiene, por regla general, un efecto relativo (Barra y Celis, 2012: p. 228), lo que significa que los efectos de la sentencia no deberían expandirse a personas o entes que no sean parte del juicio. De estos terceros ajenos al conflicto, nos interesan aquellos que tengan un interés legítimo en las resultas del mismo, como por ejemplo, los oferentes de la convocatoria o el adjudicatario del contrato licitado.

Ahora, hay situaciones –según Moraga– en las cuales se rompería la regla general, extendiéndose los efectos de la sentencia hacia los terceros, como cuando el TCP decreta la retroacción de la licitación hasta el momento anterior al acto impugnado (2007: p. 303); ya que implica volver a hacer la licitación con las mismas partes que habían participado en la primera ocasión, y volver a atrás ciertos actos que generaban situaciones especiales para uno de estos terceros, como la resolución que otorga a uno de los oferentes la calidad de *adjudicatario*. No obstante lo anterior, el caso que nos convoca es aquel donde el TCP declara en su sentencia la ilegalidad o arbitrariedad del acto impugnado, pero toma cualquier otra medida para restablecer el imperio del Derecho que no sea retrotraer el proceso licitatorio, justificado en la protección al interés público y de *los derechos adquiridos por terceros ajenos al litigio*.

Por ello vale la pena preguntarnos ¿qué relación hay entre el hecho que el TCP emita una sentencia con efecto limitado, y el derecho de los terceros?

A quien tiene en mente el Tribunal al momento de fallar es al tercero que se adjudicó el contrato objeto de licitación, quien ya lo suscribió con el órgano licitante, e incluso, lo ejecutó o lo está ejecutando, cumpliendo las prestaciones a las que se obligó y que satisfacen la necesidad pública que motivó la contratación, con su respectivo derecho a percibir el precio pactado por sus servicios. Este particular, al suscribir el contrato administrativo, adquiere derechos y obligaciones que pasan a su patrimonio; por ende, si se ordena dejar ese contrato sin efecto para retrotraer la licitación, este tercero (que no tuvo participación alguna en el litigio) se vería afectado en su patrimonio, el cual es incluso protegido constitucionalmente por el artículo 19 N° 24 de nuestra Carta fundamental y por el recurso de protección contenido en el artículo 20 del mismo cuerpo; como tales no le pueden ser privados, a riesgo de incurrir en una expropiación sin justa retribución (Helfmman y Lara, 2009: p. 155) Además, existen determinadas prestaciones que, una vez ejecutadas, son fácticamente imposible o excesivamente oneroso deshacerlas para volver la situación al punto anterior al vicio, como la construcción de una obra pública o la organización de un evento que se llevó a cabo antes de la dictación de la sentencia.

Ponderando estas situaciones, el Tribunal busca conjugar la pretensión del demandante (que se declare ilegal la conducta impugnada y que se restablezca el orden jurídico), con el interés general que ya fue satisfecho con la ejecución del contrato; y con el interés del particular que ejecutó todas las prestaciones del contrato, por las cuales tiene derecho a recibir un precio, y quien no ha sido oído en el proceso de impugnación.

En todas las sentencias donde el TCP no ordena la retroacción de la convocatoria pública (o en gran parte de ellas), el tribunal considera que esta medida afecta derechos adquiridos legítimamente por un tercero que *no ha sido parte en el juicio*; más aún si se comprueba que *no ha participado en el acto viciado* o que *siquiera ha obrado de mala fe*. Esto lleva a la conclusión que el tercero es motivo de mayor protección por parte del orden jurídico si éste está de buena fe.

Helfmman y Lara analizan que en esta postura influyen fuertemente principios como la *protección de la confianza legítima* y la *seguridad jurídica*. En especial el primero, que supone el amparo que el juez debe dar al ciudadano frente a la Administración Pública, la que ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto ésta

lo seguirá haciendo de esa misma manera en lo sucesivo y en condiciones políticas, sociales y económicas similares (Helfmann y Lara, 2009: p. 444).

La misma Contraloría recoge en dictamen N° 59.072 de 2010 el principio de la Confianza Legítima en materia de contratación, al exponer que “Al respecto, cabe tener presente que el principio de confianza legítima se hace aplicable en situaciones jurídicas consolidadas en que las consecuencias de las medidas adoptadas por las Administración no puede afectar a los terceros que adquirieron derechos de buena fe dentro del procedimiento administrativo”.

Sin embargo, el origen de este axioma asentado en el Derecho administrativo (que la nulidad de derecho público no podría afectar a los terceros) proviene específicamente de la invalidación⁷⁸ y revocación administrativa⁷⁹, casos en los que la estabilidad de los efectos del acto administrativo es cautelada por el derecho, justificado en la naturaleza típica de la situación, que es, un dar y quitar unilateral. Pero cuando la validez de un acto es revisada por un juez⁸⁰ no habrían razones para que la aplicación rigurosa del derecho deba ceder frente a los intereses de terceros que se benefician de una posición labrada gracias a la ilegalidad (Valdivia, 2013: p. 460).

En otro punto, a la doctrina le llama la atención en este proceso la falta de participación de los terceros que se verán afectados con la impugnación. Esto, porque en totalidad de los casos analizados, la acción de impugnación solo ha sido entablada en contra del órgano licitante sin que el proceso judicial se haya dirigido contra el adjudicatario o contratista, que es precisamente el tercero (Valdivia, 2013: p. 463).

También comenta que dicho aspecto sería especialmente trascendente para el caso de impugnación de resoluciones de adjudicación (que corresponde a la mayoría de los casos), en las cuales ya se han reconocido derechos a favor de los adjudicatarios⁸¹. Por lo que estos terceros deberían ser consultados respecto de la

⁷⁸ Retiro unilateral de un acto administrativo, en razón de su ilegalidad.

⁷⁹ Retiro unilateral de un acto administrativo, fundado en apreciaciones de oportunidad.

⁸⁰ Tercero imparcial y desinteresado, que conoce del caso en un debido proceso.

⁸¹ Contrario a lo que señala el autor, soy de la opinión que el tercero solo adquiere derechos cuando suscribe el contrato, la resolución de adjudicación no da ningún derecho, simplemente declara la voluntad del órgano administrativo de contratar con un particular en específico.

impugnación del acto administrativo que les favorece, ante la eventualidad que éste sea dejado sin efecto⁸².

Concluye señalando que, contemplar la posibilidad de oír a los terceros daría más coherencia a la decisión judicial con los criterios y principios que rigen la invalidación y revocación administrativa; de acuerdo con el cual la Administración no puede invalidar un acto sin haber oído antes a la parte afectada, ni puede revocarlo cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente (artículos 53 y 61, ley 19.880)⁸³. Coherencia que es aún más necesaria ya que tanto en éstos, como en la impugnación ante el TCP, están en juego derechos fundamentales de estos terceros, como el debido proceso y la seguridad jurídica (Escanilla Abarza, 2013: p. 121).

Ahora, en opinión de ciertos autores, si el tercero no es parte del juicio ¿por qué tendría el Tribunal que asumir *ex officio* el resguardo de sus intereses? Es interesante que el Tribunal se arrogue estas facultades, sobre todo si la ley no se lo confiere; el juez utiliza su facultad de oficio con mayor amplitud que en sede civil. Ni siquiera la CA se ha pronunciado sobre un eventual vicio de *ultra petita* en la práctica del TCP, al contrario, ha hecho suyo este planteamiento en algunos fallos⁸⁴ (Valdivia, 2013: p. 463). Por lo tanto, la protección de los derechos adquiridos por terceros no sería un obstáculo para decretar la nulidad del acto declarado ilegal o arbitrario como medida para restablecer el orden jurídico, con la consecuente nulidad del contrato suscrito y la retroacción de la convocatoria a propuesta; ya que existirían instancias para que los terceros invoquen sus derechos en juicio, teniendo el Tribunal la libertad de fallar de la forma que crea más conveniente y con la tranquilidad que todos los interesados han invocado debidamente sus intereses⁸⁵.

¿Qué medios franquea la ley para que los terceros comparezcan en juicio a defender sus intereses? Cierta doctrina plantea que, si el problema para que el Tribunal anule las licitaciones es una *falta de*

⁸² Creo que ésta es también una de las razones por las cuales el TCP es tremendamente cuidadoso al momento de dejar sin efecto el acto impugnado y retrotraer el procedimiento de licitación, ya que existe falta de emplazamiento judicial.

⁸³ Recordar que la doctrina decía que la Ley 19.880 establece que la nulidad no puede afectar a terceros en los casos de invalidación y revocación, que son decisiones unilaterales de anulación del acto administrativo, lo que no sucede con la anulación de un acto mediante un procedimiento judicial, realizada por un tercero imparcial.

⁸⁴ Sentencia de reclamación ROL ICA 2404-2009, caratulada “AGA S.A. con CENABAST”, de fecha 07 de julio de 2009.

⁸⁵ Y, en caso que los terceros sean debidamente llamados y no comparezcan, debería entenderse por parte del Tribunal que éstos están renunciando a su derecho a ser oídos y continuarse el litigio sin la participación de éstos.

legitimación pasiva, no se entiende por qué este órgano admite a tramitación acciones que no demandan en conjunto a la Administración y al tercero. El TCP debería exigir el *litisconsorcio pasivo* en esta materia y, en caso que solo se demande a la Administración, disponer la corrección del procedimiento en este sentido⁸⁶, para evitar así que la sentencia devenga en inútil (Valdivia, 2013: p. 464).

Por otro lado, no debemos olvidar que, en virtud de la remisión que el artículo 27 de la ley 19.886 hace a los libros I y II del CPC, los terceros que se puedan ver afectados por la impugnación del acto administrativo preparatorio, tienen la posibilidad de hacerse parte de este proceso como *terceros coadyuvantes, excluyentes o independientes*; por lo que, aunque no se contemple una fase especial para que los terceros actúen en el proceso, igualmente tienen esta herramienta dada por las reglas comunes que entrega el CPC para todo procedimiento y así defender sus intereses. Si el tercero decide actuar como coadyuvante de una de las partes principales, éste es tomado como un mero colaborador, formando una misma identidad con aquella parte a la que apoya, por lo que tiene sólo las facultades que el artículo 16 del CPC da a las partes representadas por procurador común. Si decide actuar como tercero excluyente o independiente, se le reconocerá como *parte*, por lo que tendrá todos los derechos que la ley otorga como tal, debiendo ser notificado de todas las resoluciones, podrá deducir recursos, rendir prueba, entre otros.

Hemos podido detectar algunas causas de impugnación ante el TCP, en las cuales los oferentes de la licitación (incluidos el adjudicatario) se han hecho parte como terceros coadyuvantes o independientes en el juicio. En una causa⁸⁷, algunos de los oferentes se hicieron parte tanto como terceros independientes, o como terceros coadyuvantes del demandante. Hizo lo propio como tercero coadyuvante del demandado el adjudicatario de la licitación. Al ingresar como terceros, éstos fijaron sus pretensiones y alegaciones en el juicio, presentaron medios de prueba y realizaron observaciones. En el fallo, el Tribunal acogió la demanda, declarando el acto impugnado como ilegal y arbitrario, y ordena retrotraer el procedimiento de licitación hasta la evaluación de las propuestas, lo que se extiende no solo a las partes directas sino también a los terceros que participaron del juicio.

⁸⁶De acuerdo al artículo 84 del CPC.

⁸⁷ Como ejemplo, está la causa ROL 85-2010, iniciada por SAGEM Securité S.A. (MORPHO S.A.) contra el Servicio de Registro Civil e identificación, impugnando la licitación denominada “Contratación de servicios destinados al Sistema de Identificación, documentos de identidad y viaje y servicios relacionados”.

También se señala que, incluso en caso que el Tribunal oponga razones de oponibilidad de la sentencia al tercero, igualmente este tercero tendría a salvo la posibilidad de defenderse en la fase de cumplimiento incidental, oponiendo la excepción de *no empecerle la sentencia*, de acuerdo al artículo 234 del CPC⁸⁸.

Tomando en cuenta lo anterior, es posible concluir que ya existen en nuestra legislación medidas que –a nuestra opinión– son idóneas para que los terceros puedan ver protegido su legítimo derecho o interés en el juicio, por lo que este Tribunal contencioso-administrativo debe preocuparse más de darle operatividad al mandato del artículo 26 de la ley 19.886, tomando medidas que realmente restablezcan el imperio del Derecho; que de proteger el derecho de terceros, ya que éstos tienen herramientas para hacerlo por sí solos. Dicho de otra forma “resulta chocante privar a alguien de sus derechos contractuales sin ser oído, pero es igualmente desconcertante que después de un juicio en que se han acopiado pruebas suficientes, un Tribunal de la República deba *cruzarse de brazos* frente a un contrato que fue adjudicado, por ejemplo, gracias a la coima o el amiguismo” (Valdivia, 2013: p. 464).

4. Las consecuencias jurídicas que genera para el futuro la sentencia dictada por el TCP.

4.1 Consecuencias en procedimientos posteriores

Mencioné en el primer capítulo que la sentencia que dicta el TCP en el procedimiento de impugnación, una vez firme y ejecutoriada (o la sentencia de segunda instancia dictada por la CA de Santiago en procedimiento de reclamación) genera el efecto de cosa juzgada, el que comprende tanto la acción como la excepción⁸⁹. Al respecto, la Ilustrísima CA de Santiago, conociendo un Recurso de protección, estableció que la sentencia que emana del TCP genera *cosa juzgada material*; a diferencia de lo que ocurre con el Recurso de Protección (con el cual tienen características similares), que genera cosa juzgada formal (ROL ICA 1102-2007).

⁸⁸ Recordar lo que se dijo *supra*; el TCP señaló en algunas sentencias que no procedería aplicar el procedimiento de ejecución incidental del CPC en esta materia, debido a que las características especiales de la contratación administrativa exigen un sistema más adecuado.

⁸⁹ Esta característica se desprende del hecho que la ley 19.886 considera a esta resolución como *Sentencia Definitiva*, la que de acuerdo al artículo 175 del CPC, produce efecto de Cosa juzgada; en virtud de la remisión que el artículo 27 de la misma ley hace a la normativa común a todo procedimiento contenida en el CPC.

Que la sentencia del TCP genere cosa juzgada material implica que la sentencia se puede cumplir sin restricción alguna, y que impide renovar la discusión sobre la cuestión resuelta, tanto en el mismo proceso, como en un juicio futuro posterior. Es decir, produce tanto la inimpugnabilidad como la irrevocabilidad o inmutabilidad de un resultado procesal. Lo anterior, supone la improcedencia de todo recurso, tanto judicial como administrativo.

La misma LCASyPS hace eco de lo dicho anteriormente, al establecer en el artículo 26 inciso final que, contra la resolución que falla el recurso de reclamación *no procederá recurso alguno*. Esto deja que manifiesto que la reclamación que se realiza ante la CA de Santiago es la única oportunidad para revisar la sentencia del TCP⁹⁰. Además, en virtud a la misma remisión a las normas del CPC, en caso que se solicite ante el mismo TCP u otro órgano jurisdiccional la impugnación de los mismos actos u omisiones, y en el cual participan las mismas partes, se puede oponer la excepción dilatoria de Litispendencia (si hay un procedimiento pendiente) o la excepción perentoria de cosa juzgada (si hay un proceso terminado).

Por su parte, para la CGR implica la inhibición del control administrativo de este órgano, proscribiéndose toda tramitación adicional o diferente a la concurrencia del TCP. El órgano contralor, en dictamen N° 35.749-2005, estableció que “en este sentido, la jurisprudencia administrativa de este Organismo de Control contenida en el dictamen N° 18.740 de 2004, se ha señalado que considerando que la referida Ley N° 19.886 contempla un procedimiento reglado conforme al cual deben tramitarse tanto las licitaciones y adjudicaciones de los contratos a que se refiere, como los medios de impugnación a su respecto, creando especialmente un órgano jurisdiccional, no resultan procedentes otros trámites o instancias que los expresamente previstos en dicha normativa” (Lara y Mendoza, 2005: p. 114).

Desde la entrada en vigencia de la ley 19.886, la CGR se ha abstenido de emitir pronunciamientos respecto a impugnaciones de bases y adjudicaciones, reconociendo plenamente la competencia del TCP como excluyente de su intervención en asuntos litigiosos en materia de contratación administrativa. Sin embargo, el órgano contralor igualmente mantiene la facultad de hacer exámenes de legalidad de ciertos actos, como las bases de licitación, por estar

⁹⁰ Como ya lo vimos, ni siquiera está abierta la posibilidad de interponer un recurso de casación, ni en el fondo ni en la forma, porque aquel está regulado en el Libro IV del CPC; y el artículo 27 de la ley 19.886 solamente se remite a los Libros I y II del mismo código.

sujeto a toma de razón de acuerdo a la Resolución N° 1600 de 2008⁹¹; ni las revisiones posteriores, tanto a través de auditorías como de pronunciamientos de tipo general⁹².

Esto se conecta con el principio de *No intervención*, que rige a la CGR y que se encuentra establecido en el artículo 6° de la ley 10.336, de acuerdo al cual la contraloría se encuentra impedida de intervenir en asuntos que sean propiamente de carácter litigioso o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de justicia. Este principio es aplicable tanto en juicios pendientes como en aquellos casos en que se haya dictado una sentencia de término que resolvió el fondo del problema que se pretendía replantear a la Contraloría. En ese orden de ideas, el principio de No intervención se vincula fuertemente con el efecto de cosa juzgada que lleva generalmente una sentencia definitiva. Barra y Celis agregan que además estos principios deben conectarse con el principio constitucional de *Distribución de funciones*, contenido en el artículo 7° de la Carta Fundamental (2012: p. 216). Los mismos autores concluyen que el órgano contralor puede conocer sobre actos u omisiones ilegales o arbitrarios generados en los procedimientos concursales de licitación pública o privada regidos por el sistema de Compras Públicas, siempre y cuando *no se encuentren sometidos al conocimiento del Tribunal, ni sean de carácter litigioso* (Barra y Celis, 2012: p. 222).

A su vez, Helfmann y Lara hacen presente que elegir la vía judicial importa necesariamente una debida coordinación con la impugnación en sede administrativa, a razón que no es procedente estar ventilando dicha materia en ambas sedes de manera concurrente, por aplicación del principio de *no intervención* ya desarrollado. Por ende, estos autores aconsejan *primeramente instar la vía administrativa*, más aún si la interposición de las acciones administrativas suspenden los plazos para recurrir a la vía jurisdiccional, conforme a los términos del artículo 54 de la Ley 19.880 (2009, p. 152).

⁹¹ La Contraloría de refiere a éste punto en el Dictamen N° 40.587 de 2005.

⁹² Sobre esto mismo, es importante mencionar que la Contraloría realizó una investigación especial en la licitación que llevó a cabo el Servicio de Registro Civil e Identificación, relativa al *Sistema de identificación, documentos de identidad y de viaje, y Servicios relacionados*, que concluyó con el informe N° 100/2010. Dicha convocatoria fue objeto de múltiples impugnaciones ante el TCP, entre las cuales está la ya mencionada causa ROL 85-2010, que llevó a realizar nuevamente la licitación, y que concluyó con la adjudicación a la empresa MORPHO S.A. Dicha licitación ha sido objeto de polémica durante gran parte de 2013 y aún en este año, por los constantes problemas que ha sufrido la plataforma de soporte de este nuevo sistema.

4.2 Cumplimiento de la sentencia

Respecto a este ítem advertí un vacío en la normativa del TCP, no obstante integrarse este vacío con las normas de ejecución incidental del CPC, estas no se adecúan a la dinámica en que se desarrollan las contrataciones administrativas, por lo que aquellas medidas que el Tribunal pueda llegar a adoptar para restablecer el orden jurídico pueden quedar en el papel porque es imposible su ejecución material.

El TCP ha sostenido en su jurisprudencia⁹³ que “debe tenerse presente que la naturaleza contencioso-administrativa que se someten a la decisión de éste Tribunal constituyen un límite para la vigencia de los contenidos en dicho título (Título XIX del Libro I del CPC, que regula la ejecución incidental), desde que regulan situaciones diferentes”. Dice esto el Tribunal porque el procedimiento incidental del CPC estaría orientado a sentencias acaecidas en cuestiones eminentemente civiles y fue dictado en una época en la que la regulación judicial de los actos de la Administración no estaba desarrollada de manera armónica como lo es ahora. No obstante esta aprehensión, el TCP igualmente ha debido aceptar que en algunas oportunidades las partes recurran a esta normativa.

Ahora, proponer una solución a este problema no es fácil, porque Creo que primeramente deberían reformularse las competencias del Tribunal y qué efectos tendrá la sentencia en concreto, para luego formular un procedimiento de ejecución incidental que se adecúe a la especialidad de la materia debatida⁹⁴.

En otro punto, y en el actual escenario del procedimiento de impugnación ante el TCP, junto a la falta de competencia del TCP para conocer materias relacionadas al contrato administrativo en sí y a la aplicaciones de sanciones y multas, está la no existencia de normativa que le asegure al actor vencedor que el tribunal ordinario que conocerá de su acción indemnizatoria tome como antecedente principal de su pretensión la sentencia del TCP, que declaró ilegal y/o arbitrario el acto que le ocasionó ese perjuicio, por tratarse de un juicio totalmente distinto, ante dos jurisdicciones distintas.

Escanilla al respecto expone que en la primera cuenta pública que hace el TCP, el órgano plantea la necesidad de contemplar en la

⁹³ Sentencia TCP ROL 69-2008 caratulada “Xerox de Chile S.A. con Defensoría Penal Pública”, de fecha 13 de noviembre de 2009.

⁹⁴ En materia de ejecución de sentencias, el DFL N° 1 de 2005 dispone en su artículo 28: “La ejecución de las resoluciones pronunciadas en virtud de este procedimiento, corresponderá directamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el que contará, para tales efectos, con todas las facultades propias de un Tribunal de Justicia”.

Ley de compras una norma parecida a la del artículo 30 del DFL N° 1/2005, que impone la obligación al juez civil de fundar su fallo en aquello establecido por el TDLC en su sentencia condenatoria (2013: p. 137). Lara y García-Huidobro, en la misma línea del TCP también toman como modelo el DFL N° 1/2005⁹⁵, y proponen para corregir esta situación que se otorgue al TCP competencias en materia de ejecución, incumplimiento e interpretación de los contratos administrativos, y en la aplicación de multas y sanciones⁹⁶, pero que la acción de indemnización de perjuicios siga siendo de competencia de los Tribunales ordinarios (2013: p. 426).

Ahora, la acción de indemnización de perjuicios se someterá a un régimen especial, similar al que dispone el mismo cuerpo legal⁹⁷: debe tramitarse en un procedimiento ágil, que no dilate innecesariamente el asunto, como por ejemplo, el procedimiento *sumario*; y liberar al autor de la carga de acreditar los perjuicios a impedir al Tribunal ordinario recibir prueba sobre la existencia de los mismos, ya que la sentencia que dicta el TDLC hará plena prueba de estos, por lo que sólo será materia de discusión la *cuantía de los perjuicios* (Lara y García-Huidobro, 2013: p. 427).

⁹⁵ Que regula en su título II al TDLC

⁹⁶ Con el fin que esas materias de contenido específico sean conocidas por un órgano jurisdiccional especialista en la materia y que no se produzca confusión o entorpecimiento en la sede de impugnación respecto a saber sobre qué materias el TCP tiene o no competencia.

⁹⁷ También tiene una regulación similar el artículo 59 del CPP.

Conclusiones

1. El procedimiento de impugnación que establece la LCASyPC, finaliza con una resolución que dicta el TCP, la que tiene como gran característica el ser una *sentencia definitiva declarativa*. Dicha sentencia tiene como principal objetivo declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y, según el caso, ordenar las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho. Esto se traduce (así lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia del TCP) en que la sentencia no conlleva *per se* un efecto anulatorio, pero puede darle este efecto como *una de las medidas* que el TCP tiene a disposición para cumplir con el mandato legislativo, y que Creo es la más efectiva.
2. En esta última situación es donde se ve que el Tribunal limita más sus facultades; opta por no anular el acto ilegal o arbitrario, porque implica anular además aquellos actos (anteriores o posteriores) que son consecuencia directa del acto viciado y devolver al procedimiento al estado anterior a dicho acto. Por esto, el TCP prefiere otras medidas como declarar el derecho al demandante vencedor de perseguir las responsabilidades civiles y administrativas ante las instancias que correspondan.
3. El TCP toma esta postura debido a que, en primer lugar, entiende que aquellos actos posteriores a la adjudicación escapan de su competencia, por lo que mal podría extenderles los efectos de su sentencia, y en caso de hacerlo estaría sobrepasando el mandato legal. En segundo lugar, en la gran mayoría de estos casos, el contrato adjudicado ya fue suscrito y se encuentra en ejecución, por lo que el Tribunal entra a ponderar otras circunstancias como la protección del interés público (ya que, a entender del TCP, al estar el contrato en ejecución se ha satisfecho el interés que la Administración tenía al contratar) y la protección de los derechos de terceros (especialmente del co-contratante).
4. De la forma en que está establecida en la LCASyPS la competencia del TCP, y de la tendencia de éste a limitar los efectos de sus sentencias (junto a los razonamientos que esgrime para sostener su postura), es posible concluir que el derecho administrativo de los contratos en Chile recoge la teoría de *Los actos separables*, pero más cercana a la vertiente francesa, porque se hace la distinción entre el contrato administrativo y los actos previos que le dan soporte (los que

pueden impugnarse separadamente, con independencia a la naturaleza del contrato), la ilegalidad de un acto previo no conlleva necesariamente su nulidad ni, en consecuencia, la nulidad del contrato al que sirve de soporte. La forma en que el TCP aplica esta teoría es incluso más extrema que en Francia, ya que ni siquiera la ilegalidad de la adjudicación conlleva la nulidad del contrato.

5. Ahora, respecto a la protección de los terceros ajenos al litigio, cuando el TCP hace su decisión tiene en mente a aquel tercero que se adjudicó el contrato objeto de la licitación y lo suscribió con el licitante, e incluso ya lo ejecutó, cumpliendo las prestaciones a las que se obligó y que satisfacen la necesidad pública que motivó la contratación, con el respectivo derecho a percibir el precio pactado por sus servicios. Este particular, al suscribir el contrato con la Administración, adquiere derechos y obligaciones que pasan a su patrimonio, por lo que si se deja el contrato sin efecto se afectaría el patrimonio de este tercero, el cual está protegido incluso a nivel constitucional. En dicha postura influyen principios como la *confianza legítima* y la *seguridad jurídica*.
6. Sobre la protección del TCP a los terceros ajenos, la doctrina también ha sido crítica ya que sostiene que la premisa de proteger a los terceros de buena fe se entiende en los casos de invalidación y revocación administrativa, figuras en las cuales la Administración retira unilateralmente un acto administrativo. Sin embargo, el caso objeto de nuestro estudio se enmarca en el contexto de un proceso judicial, en donde un tercero imparcial (como el juez) procede a invalidar un acto administrativo, por lo que la legalidad no debería ceder ante los intereses particulares.
7. Estimo que ya existen en las leyes oportunidades para que los terceros hagan valer sus derechos en juicio, por lo que el TCP no debería verse impedido de fallar conforme a derecho por miedo a afectar los derechos de éstos. Una opción sería que el TCP exija *litisconsorcio pasivo* entre el licitante y el tercero adjudicatario, y en caso que el demandante no accione contra ambos al mismo tiempo el Tribunal puede corregir el proceso, para que la acción del demandante no devenga en inútil. Otra opción, propuesta por nosotros, es que el co-contratante (o cualquier otro tercero) puede hacerse parte del proceso mediante la institución de los *terceros con interés* que contempla el CPC. El tercero no necesariamente debe ser informado (o emplazado) para que se entere que hay una impugnación contra la licitación en la que participó. Entonces, aunque no se establezca en la

LCASyPS una fase especial para emplazar a los terceros, estos pueden ingresar al litigio como tercero *coadyuvante*, *excluyente* o *independiente*, recibiendo un tratamiento similar al de una parte principal.

8. Estimo necesario revisar el mandato legislativo, detallando y ampliando con claridad las competencias del Tribunal, ya que el TCP queda en la lamentable necesidad de dar preponderancia a un interés sobre el otro, pasando por sobre ciertos principios para proteger otros, tratando de no vulnerar el principio de juridicidad al mantenerse en la *esfera de su competencia*, pero vulnerándolo de todas formas al no aplicar completamente el mandato del artículo 26. Creo que esta sería una medida que favorezca la pronta y cumplida Administración de justicia, de acuerdo al artículo 77 inciso 1° de la CPR.
9. En cuanto a los efectos que la sentencia que dicta el TCP genera hacia el futuro, al ser una sentencia definitiva trae consigo el efecto de *cosa juzgada*, más específicamente *cosa juzgada material*. Lo anterior implica que dicha resolución goza de inimpugnabilidad e inmutabilidad, que supone la improcedencia de cualquier otro recurso judicial o administrativo ni que se discuta lo mismo en un nuevo proceso. En el proceso que se sigue ante el TCP pueden oponerse las excepciones de *cosa juzgada* y de *litispendencia*, por aplicación de las normas del libro I del CPC.
10. No se puede desconocer la importancia de la labor del Tribunal de Contratación Pública, pero debemos trabajar para perfeccionar las normas que lo rigen, y así se pueda sacar el mejor provecho a su expertise y especialización en la materia.

Bibliografía

Literatura:

1. AA (2008): “CGR, 27 de abril de 2007, dictamen N° 19.014, Principio de los Actos Separables”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Santiago, N° 2, pp. 278-285.
2. Barra Gallardo, Nancy; Celis Danzinger, Gabriel (2012): *Contratación administrativa bajo la ley de compras*, 3ra edición, Abeledo-Perrot, Madrid.
3. Barrachina Juan, Eduardo (1986): *Compendio de Derecho Administrativo*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona.
4. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2003): *Historia de la Ley 19.886: Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*, Biblioteca del Congreso Nacional, Santiago.
5. Bórquez, Francisco; Helfmann Martini, Carolina (2005): “La contratación pública y la libre competencia”, en *Revista Anales Derecho UC: Temas de libre competencia* 6, pp. 99-130.
6. Burdeau, Francois (1995): *Historie du droit administratif*, editorial PUF, Paris.
7. Carretero Pérez, Adolfo (1970): “La teoría de los Actos Separables”, en *Revista de Administración Pública* 61, pp. 83-117.
8. Celis Danzinger, Gabriel (2006): “Lineamientos generales sobre la ley de compras”, en *Derecho Público Contemporáneo* 11, pp. 11 y ss.
9. ----- (2008): “Principios constitucionales en la ley de compras”, en *Nomos* 1, pp. 71-106.
10. Clavero Arévalo, Manuel Francisco, (1969) “El estado actual de la doctrina de los Actos Separables”, en *Revista de Estudios de la Vida local* 164, pp.545-568.

11. Concha Machuca, Ricardo (2012): *Nulidad del contrato de la Administración: aplicabilidad de las reglas civiles*, Legal Publishing, Santiago.
12. ----- (2015): “Causal de nulidad y efecto anulatorio: separabilidad de los actos precontractuales. Análisis crítico a base de un estudio de grupo de casos a diez años de funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública”, en *Revista Ius et Praxis*, Talca, Año 21, N° 2, pp. 553-566.
13. Cruz Millar, Alicia de la (2008): “Público/privado en la Contratación Administrativa”, en *Revista de Derecho Administrativo* 2, pp. 57-76.
14. Departamento de Estudios Jurídicos PuntoLex (2007): *Jurisprudencia judicial Administrativa*, 2 volúmenes, PuntoLex, Santiago.
15. Díaz Canales, Aldo (2011): *De la decisión del Tribunal de contratación pública en orden a negarse a retrotraer los procesos licitatorios viciados por ilegalidades o arbitrariedades declaradas* Memoria de grado, Universidad de Chile, Santiago.
16. Escanilla Abarza, Eduardo (2013): “El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo”, en *Derecho Público Iberoamericano Universidad del Desarrollo* 2, pp.103-149.
17. Espinoza Riera, Sergio Andrés (2011): “La medida de suspensión de los efectos del procedimiento de licitación ante el Tribunal de la Contratación Pública”, en *Revista de Derecho Administrativo* 5, pp. 67-82.
18. Ferrada Bórquez, Juan Carlos (2013): “La legitimación activa en los procesos administrativos anulatorios en el derecho chileno”, en *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno. IX jornadas de derecho administrativo*, Juan Carlos Ferrada Bórquez (Coord.), Santiago, Legal Publishing, p. 158-187.
19. García de Enterría, Eduardo (2000): *Curso de Derecho Administrativo*, editorial Civitas, Madrid.
20. Garcia-Trevijano Fos, Juan Antonio (1956): “Principios sobre los contratos de la Administración con especial referencia a la esfera local”, en *Revista de Estudios de la Vida Local* 87, pp. 301-341.

21. ----- (1959): “Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del hotel Andalucía-Palace de Sevilla”, en *Revista de Contratación Pública* 28, pp. 147-164.
22. ----- (1961): “Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo”, en *Revista de Administración Pública* 36, pp. 227 - 228.
23. Garrido Falla, Fernando (1966): *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
24. Guajardo Orellana, Tania; Guerrero Rojas, Samuel: (2005) *El debido proceso en los procedimientos administrativo sancionadores*, Memoria de grado, Universidad de Chile. Santiago.
25. Helfmann Martini, Carolina; Lara Arroyo, José Luis, (2012): “La contribución de la jurisprudencia contralora al desarrollo y delimitación de los principios de contratación administrativa”, en *Contraloría General de la República, La Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional*, Santiago, Contraloría General de la República, p. 439-461.
26. ----- (2009): “Las cláusulas abusivas en la contratación pública: su establecimiento e impugnación”, en *Revista de Derecho de la Empresa* 19, pp. 123-156.
27. Lara Arroyo, José Luis; Mendoza Zúñiga, Ramiro (2005): “La contratación administrativa y la ley 19.886: Aspectos a considerar en un recuento jurisprudencial”, en *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae* 9, pp. 99-116.
28. Lazo Vitoria (2013): “La invalidez de los contratos públicos en España: El recurso especial en materia de contratación pública y la cuestión de nulidad”, en *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno. IX jornadas de derecho administrativo*, Juan Carlos Ferrada Bórquez (Coord.), Santiago, Legal Publishing, p. 395-415.
29. Macera-Tiragallos, Bernard Frank (2001): *La Teoría francesa de los Actos Separables y su importación por el Derecho Público español* Barcelona, editorial Cedecs.
30. Martínez López-Muñiz, Juan Luis (1998): “Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español”, en *Derecho administrativo: obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S.*

- Marienhoff*, Juan Carlos Cassagne (coord.), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pp. 947-969.
31. Ministerio de Hacienda. Gobierno de Chile. Dirección de Compras y Contratación Pública (2004): *Ley de compras públicas y reglamento de la ley 19.886*, Santiago.
 32. Moraga Klenner, Claudio (2007): *Contratación Administrativa*, Editorial jurídica de Chile, Santiago.
 33. Muñoz Chiu, Natalia (2004): “Contratación administrativa”, en *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado* 12, pp. 13-40.
 34. Olmos Carrasco, Felipe (2012): “El Tribunal de Contratación Pública. Aspectos relevantes”, en *Revista del Abogado* 56, pp. 31-33.
 35. Poblete Vinaixa, Julia, (2008): *Actos y contratos administrativos*, 4ta edición, LexisNexis, Santiago.
 36. Saz, Silvia del (2007): “La nueva ley de contratos del sector público ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?”, en *Revista de Administración Pública* 174, Madrid, p. 335-366.
 37. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, (2002): *Principios de Derecho Administrativo*, 3ra edición, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid.
 38. Sobarzo Morales, Gisela, (2005): *Contrato Administrativo de suministros y prestación de servicios, ley 19.886* Memoria de grado, Concepción, Universidad de Concepción.
 39. Valdivia, José Miguel (2013): “La conservación del contrato anulable en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública”, en *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno. IX jornadas de derecho administrativo*, Juan Carlos Ferrada Bórquez (Coord.), Santiago, Legal Publishing, p. 437-483.
 40. Vergara Blanco, Alejandro (2016): “Tribunal de Contratación Pública: Bases institucionales, organización, competencia y procedimiento”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, N° 46, pp. 347-378.

Jurisprudencia:

1. Tribunal de Contratación Pública

- Sentencia TCP ROL 20-2005 caratulada “Bestpharma S.A. con CENABAST”, de fecha 22 de marzo de 2007.
- Sentencia TCP ROL 58-2006 caratulada “Correa 3 arquitectos LTDA. con Ilustre Municipalidad de Recoleta”, de fecha 24 de abril de 2007.
- Sentencia TCP ROL 86-2006 caratulada “Empresa constructora Servicon LTDA. con SERVIU V región”, de fecha 23 de agosto de 2007
- Sentencia TCP ROL 87-2006 caratulada “Polaris LTDA. con Servicio de Salud de Llanquihue, Chiloé y Palena”, de fecha 29 de noviembre de 2007.
- Sentencia TCP ROL 11-2007 caratulada “Diseño y producción Mugarte LTDA. con Ministerio del Interior”, de fecha 14 de diciembre de 2007.
- Sentencia TCP ROL 53-2007 caratulada “Martínez y asociados LTDA. con Gendarmería de Chile”, de fecha 20 de diciembre de 2007.
- Sentencia TCP ROL 42-2007 caratulada “PEGASUS con DGAC”, de fecha 04 de marzo de 2008.
- Sentencia TCP ROL 29-2007 caratulada “Sociedad Garafulic y Escandón LTDA. con Instituto de Salud pública”, de fecha 27 de octubre de 2008.
- Sentencia TCP ROL 60-2007 caratulada “Sociedad productora de eventos SER producciones creativas LTDA. con Presidencia de la República”, de fecha 20 de noviembre de 2008.
- Sentencia TCP ROL 61-2008 caratulada “Mago Chic S.A. con Universidad de Santiago de Chile”, de fecha 29 de mayo de 2009.
- Sentencia TCP ROL 28-2008 caratulada “Laboratorio Chile S.A. con CENABAST”, de fecha 22 de junio de 2009.
- Sentencia TCP ROL 94-2008 caratulada “Altramuz Ltda. con Ilustre Municipalidad de Yumbel”, de fecha 26 de agosto de 2009.

- Sentencia TCP ROL 73-2009 caratulada “Sociedad E&C Empresa Constructora LTDA. con Ilustre Municipalidad de Lampa”, de fecha 22 de julio de 2010.
- Sentencia TCP ROL 106-2009 caratulada “Mancilla y Asencio LTDA. con Ilustre Municipalidad de Punta Arenas”, de fecha 06 de agosto de 2010.
- Sentencia TCP ROL 118-2009 caratulada “Ingeniería y construcción Apoquindo LTDA. con Dirección Regional de Obras Portuarias de la IV Región”, de fecha 6 de agosto de 2010
- Sentencia TCP ROL 13-2010 caratulada “Constructora Oscar Núñez y Cía. LTDA. con Ilustre Municipalidad de Peñaflor”, de fecha 22 de junio de 2010.
- Sentencia TCP ROL 73-2010 caratulada “Emilio Ramírez de Arellano producción de eventos EIRL con Instituto Nacional del Deporte”, de fecha 03 de junio de 2011.
- Sentencia TCP ROL 85-2010 caratulada “Morpho S.A. con Servicio de Registro Civil e Identificación”, de fecha 17 de junio de 2011.
- Sentencia TCP ROL 92-2011 caratulada “Genco S.A. con Ilustre Municipalidad de La Pintana”, de fecha 31 de enero de 2012.
- Sentencia TCP ROL 126-2013, de fecha 16 de diciembre de 2014
- Sentencia TCP ROL 132-2013, de fecha 24 de septiembre de 2014

2. Corte de Apelaciones de Santiago:

- Sentencia de reclamación ROL ICA 2404-2009, caratulada “AGA S.A. con CENABAST”, de fecha 07 de julio de 2009
- Sentencia de reclamación ROL ICA 4438-2008, de fecha 05 de septiembre de 2008.

3. Corte Suprema

- Sentencia CS ROL 8127-2011, caratulada “Equipos y construcciones S.A. contra Corte de Apelaciones de Santiago”, de fecha 18 de enero de 2012.

4. Contraloría General de la República:

- Dictamen N° 35.749 de 2005.
- Dictamen N° 40.587 de 2005.
- Dictamen N° 62.496 de 2008.
- Dictamen N° 59.072 de 2010.

5. Jurisprudencia extranjera:

- Sentencia del Consejo de Estado caratulada “Compans”, de fecha 18 de junio de 1860
- Sentencia del Consejo de Estado caratulada “Petit”, de fecha 29 de diciembre de 1905

Legislación:

- Constitución de la República de Chile
- Código Civil
- Código de Procedimiento Civil
- Código Procesal Penal
- Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases generales de la Administración del Estado
- Ley N° 19.880 sobre Bases generales de los Procedimientos administrativos
- Ley N° 19.886 sobre Contratos administrativos de suministros y prestación de servicios
- Ley N° 10.336 sobre Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República
- DFL N° 1/2005 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973.

- Decreto N° 250/2004 del Ministerio de Hacienda, que fija el Reglamento de la Ley N° 19.886.

