

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN MATERIA DE LICITACIONES PÚBLICAS ADJUDICADAS ILEGALMENTE

MAURICIO CISTERNAS MORALES

RESUMEN: El comentario trata la sentencia de la Excm. Corte Suprema dictada en causa Rol N° 19.233-2017, correspondiente a un recurso de casación en el fondo proveniente del juicio de Octavo Juzgado Civil de Santiago, caratulado. “Automática y Regulación S.A. con Fisco de Chile”, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios. En esta decisión, el Tribunal, por unanimidad, rechazó el recurso de casación interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, confirmando las sentencias de la Corte de Apelaciones de Santiago y del Octavo Juzgado Civil de Santiago que condenaron al Fisco de Chile a pagar una indemnización de 9.377,71 Unidades de Fomento, correspondiente a la pérdida sufrida por la actora en razón de la falta de adjudicación de una licitación pública cuya adjudicación fue declarada ilegal mediante sentencia ejecutoriada del Tribunal de Contratación Pública.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad extracontractual del Estado. Licitaciones Públicas. Tribunal de Contratación Pública. Falta de Servicio.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Caso. 3. Los argumentos de la sentencia. 4. Análisis. 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCION

Las licitaciones públicas, a que convocan los órganos de la Administración del Estado, deben regirse por los principios de Libre Concurrencia de los oferentes y de Igualdad de los Oferentes ante las Bases que regulan el llamado, consagrados en el artículo 9 inciso segundo de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; de Estricta Sujeción a las Bases, establecido en el artículo 10 de la Ley N° 19.886 sobre Bases de los Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios; de Transparencia y Publicidad establecido en el artículo 18 de la ya citada Ley N° 19.886 y en el artículo 5 de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública; y de Probidad Administrativa establecido en los artículos 52 y 53 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Estos principios, establecidos a nivel legal, simplemente constituyen, a nuestro juicio, una aplicación de normas de rango constitucional en materia de contratación pública y, en resumen, ellos importan lo siguiente:

- a) El principio de libre concurrencia de los oferentes, se expresa en que cualquier oferente que cumpla los requisitos establecidos en las bases de licitación puede presentar ofertas al procedimiento concursal, es una expresión, en el ámbito de la contratación pública, de la garantía constitucional del artículo 19 N° 21 de nuestra Carta Fundamental.
- b) El principio de igualdad a los oferentes ante las bases establece una obligación para los

organismos públicos en el sentido de no establecer diferencias entre los distintos oferentes, y constituye una aplicación de las garantías constitucionales de los números 2 y 22 del artículo 19 de nuestra Constitución.

- c) El principio de estricta sujeción a las bases se relaciona con el principio de legalidad, establecido en el artículo 7 de la carta fundamental, en cuanto toda actuación de los órganos de la Administración del Estado se debe ajustar no solo a las disposiciones legales que regulan el procedimiento de contratación sino también a las bases que se establecen para regular dicho procedimiento, las que obligan no solo a los oferentes sino también a la administración.
- d) Los principios de transparencia y publicidad y de probidad no son sino una aplicación, en este ámbito, de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución.

Para conocer de las contravenciones a estos principios, cometidas por los órganos de la Administración del Estado en los procesos licitatorios, el legislador ha establecido, en el artículo 22 de la ya aludida Ley N° 19.886, un tribunal especial denominado Tribunal de Contratación Pública, el cual constituye un tribunal contencioso administrativo sujeto a la supervigilancia de la Corte Suprema, ante el cual se ejerce la acción de impugnación, establecida en el artículo 24 del mismo cuerpo legal, y que tiene por objeto que dicha instancia jurisdiccional se pronuncie acerca de las actuaciones, u omisiones, ilegales o arbitrarias ocurridas en los procedimientos de contratación que dicho cuerpo legal regula.

Sin embargo, la restringida competencia de dicho tribunal solo alcanza a los actos ocurridos entre el llamado a licitación y su adjudicación, ambos inclusive.

Esta limitación de la competencia del Tribunal de Contratación Pública produce como efecto el que, en los casos de declararse ilegal o arbitraria la adjudicación de una licitación pública, dicho tribunal carezca de competencia y facultades para invalidar el contrato suscrito como consecuencia de un proceso licitatorio viciado, o para ordenar el pago de una indemnización al oferente no adjudicado como consecuencia de los perjuicios que el actuar ilegal y arbitrario de la administración le ha ocasionado.

Es por ello que, en el último tiempo, se ha transformado en un hecho de común ocurrencia el que una vez declarada ilegal la adjudicación de una licitación, y habiéndose comenzado a ejecutar el contrato adjudicado en el marco de dicho ilegal proceso, el Tribunal de Contratación Pública declare no solo la ilegalidad del acto terminal, sea que este adjudique la licitación, sea que la declare desierta, sino que, adicionalmente, reconozca a la parte impugnante el derecho a entablar en las sedes respectivas, las acciones indemnizatorias y las administrativas que estime pertinentes.

Esta declaración del Tribunal de Contratación Pública no tiene un alcance definido por el legislador, a diferencia de lo que ocurre en el caso del reclamo de ilegalidad municipal en que el artículo 151 letra i) de la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades que establece que *“cuando se hubiere dado lugar al reclamo, el interesado podrá presentarse a los tribunales ordinarios de justicia para demandar, conforme a las reglas del juicio sumario, la indemnización de los perjuicios que rocedieren y ante el Ministerio Público, la investigación criminal que correspondiere. En ambos casos, no podrá discutirse la ilegalidad ya declarada”*.

El alcance de esta última declaración del Tribunal de Contratación Pública se ha traducido en

la posterior interposición, en sede civil, de acciones de indemnización de perjuicios en contra del Fisco, o del órgano descentralizado que actuó ilegalmente, fundadas en la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio.

Sin embargo, el resultado de las posteriores acciones indemnizatorias en sede civil no ha sido pacífico, en particular en lo que se refiere a la determinación de los perjuicios que el acto de adjudicación ilegal o arbitrario produce en el proveedor perjudicado.

Es así como en “Sociedad Mansilla y Asencio con Municipalidad de Punta Arenas”¹, se dispone, en el considerando Trigésimo Octavo: *“Resumiendo, la empresa demandante no alcanzó a suscribir el contrato. Fue marginada de la licitación, en forma ilegal y arbitraria. Las actuaciones que provocaron dicha marginación fueron objeto de esa concreta y delimitada declaración judicial de ilegalidad y arbitrariedad, dejando a salvo la acción de la actora para pedir se le indemnizara de los perjuicios que particularmente pudo haber sufrido a raíz de lo que, para efectos de análisis, se ha denominado “exclusión ilegal”, para reclamar las indemnizaciones que estime procedentes, en la sede jurisdiccional que sea competente, según estableció expresamente el fallo del Tribunal de Contratación Pública. Fundada en las sentencias que efectuaron dicha calificación jurídica, accionó en estos autos. Sin embargo, les dio un alcance diverso y, consecuentemente, debido a ese alcance diverso, terminó pidiendo indemnización de perjuicios distintos a los que los actos constitutivos de la “exclusión ilegal” le pudieron haber causado”*.

En el mismo sentido, nuestro máximo tribunal en el caso “Sociedad Comercial e Inversiones Prammar Limitada con Municipalidad de Temuco” señaló: *Quinto: Que del tenor del libelo por el que se interpone el recurso de casación en estudio se puede comprobar que la demandante omitió extender la infracción legal a las normas que tienen el carácter de decisorias de la litis, en el caso de autos aquellas invocadas por los sentenciadores de segundo grado para sostener que el ente municipal no tenía obligación de adjudicar la licitación a la demandante y, por ende, que no podía concluirse que existió relación de causalidad entre la actuación reprochada y el lucro cesante demandado, esto es, los artículos 7 y 9 de la Ley N° 19.886, todo ello en relación con el artículo 152 de la Ley N° 18.695 relativa a la responsabilidad por falta de servicio de los órganos de la Administración del Estado en materia municipal, por lo que el recurso de nulidad intentado no puede prosperar. En efecto, aun en el evento que esta Corte concordara con la actora en el sentido de haberse producido el error de derecho que denuncia en su recurso, tendría no obstante que declarar que este no influye en lo dispositivo de la sentencia”²*.

Distinto, en cambio, es el criterio aplicado en el caso “Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional de Deportes”³, cuya sentencia de reemplazo señala: *“Tercero: Que de conformidad a lo expuesto, en el presente caso se trataría de un caso de*

¹ Rol C-1535-2011 del 1^{er} Juzgado de Letras en lo Civil de Punta Arenas, confirmada por la Corte de Apelaciones de dicha ciudad en recurso Rol 290-2013, y por la Corte Suprema en Recurso de Casación 2555-2014.

² Rol N° 16.582-2014, Corte Suprema recurso de casación “Sociedad Comercial e Inversiones Prammar Limitada con Municipalidad de Temuco”.

³ Rol C-16.722-2012, del 4 Juzgado Civil de Santiago, rechazada en primera instancia, confirmada por la Corte de Santiago en recurso Rol 8160-2014, y dejada sin efecto por la Corte Suprema en Recurso de Casación Rol 2795-2015.

mal funcionamiento o funcionamiento indebido ya que encontrándose los órganos del Estado obligados a respetar el principio de juridicidad establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, reiterado en lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley N° 18.575, no lo hicieron en el caso sub-lite, toda vez que actuaron ilegalmente.

En efecto, dicha actuación que ya ha sido calificada como ilegal no es una mera infracción de carácter formal o una simple situación referida a la incompetencia de un funcionario, respecto de la cual la misma medida hubiere podido ser adoptada por una autoridad competente; ni tampoco se trata de un mero error de apreciación de un acto intermedio como tampoco de un acto en que la misma medida hubiera podido ser tomada empleando un procedimiento regular. Nos encontramos, en cambio, ante un acto que siendo ilegal, era determinante para la adopción de la resolución final del procedimiento administrativo respectivo; se trataba de la evaluación conforme a la cual se debía, luego, decidir la adjudicación de la propuesta pública respectiva. El acto en el cual se incurrió en la ilegalidad era aquel que luego de comparar todos los aspectos sometidos a escrutinio en la licitación, asignaba puntuación a los oferentes determinando así al mejor calificado tanto técnica como económicamente. El contenido de dicho acto era relevante para la adopción de la decisión final, la cual si bien no estaba vinculada por él, debía atender a sus consideraciones para resolver la licitación. Fue en dicha evaluación que, ilegalmente, se favoreció a un oferente en perjuicio de otro, que es el ahora demandante.

Hay, pues, un funcionamiento indebido de parte de la Administración y, por consiguiente, hay una falta de servicio.

Cuarto: Que, habiéndose determinado la efectiva existencia de una falta de servicio corresponde evaluar la concurrencia de un perjuicio irrogado a la demandante vinculado por un nexo causal a la referida falta y considerando la naturaleza del procedimiento administrativo en el cual se produjo la ilegalidad que es constitutiva de la indebida actuación de la Administración, que pretendía discernir al mejor oferente para adjudicarle a él la venta de un bien o la prestación de un servicio, es razonable concluir que este actuar indebido de la Administración le ha significado a la actora la pérdida de una chance, de una oportunidad legítima de ganancia eventual, respecto de la cual es posible hacer una evaluación de los perjuicios fijándola prudencialmente en el equivalente al cinco por ciento del monto de la oferta hecha por su parte para adjudicarse la licitación, la cual ascendía a un total de \$365.500.000”.

Es así como la sentencia que se pasa a analizar viene a ratificar este segundo criterio, estableciendo una cierta línea jurisprudencial que, en nuestra opinión, apunta en el sentido correcto al reconocer al oferente no adjudicado, y que debió ser el mejor evaluado, como consecuencia de una actuación calificada mediante sentencia ejecutoriada como de ilegal y arbitraria, el derecho a obtener como indemnización de perjuicios una suma equivalente a la utilidad que el contrato le hubiere reportado, de no haber mediado la actuación ilegal de la administración.

2. EL CASO

La sociedad Automática y Regulación S.A. participó como oferente en la licitación pública para la “Habilitación centro de sistema de control de área de tránsito de Puerto Montt”, ID

Nº 1577-16-LP11 a que llamó la Intendencia de la X Región de Los Lagos. Dicha licitación fue adjudicada a la sociedad SICE Agencia Chile S.A. Esta adjudicación fue impugnada ante el Tribunal de Contratación Pública, por Automática y Regulación S.A., en los autos Rol Nº 141-2011⁴ de dicho tribunal el que, en definitiva, mediante sentencia ejecutoriada, declaró ilegal y arbitraria la resolución de adjudicación a la empresa SICE Agencia Chile S.A., agregando en dicha sentencia que al estar dictada la resolución de adjudicación y ejecutada parte importante del proyecto Control Área de Tránsito Puerto Montt y a fin de evitar las negativas consecuencias que traería para los habitantes de esa ciudad su interrupción, no se dejaba sin efecto la adjudicación pero sí se reconocía al demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones indemnizatorias pertinentes.

Con el mérito de esta sentencia, Automática y Regulación S.A. interpuso demanda de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado, en contra del Fisco de Chile, ante el 8º Juzgado Civil de Santiago en los autos Rol Nº C-17620-2014.

La sentencia de primera instancia acogió la demanda interpuesta condenando al Fisco a pagar una indemnización de UF 9.377,71 por concepto de lucro cesante. Apelada, la sentencia de primera instancia, esta fue confirmada por la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago en autos Rol Nº 12.293-2016. Luego el Fisco interpuso recurso de casación para ante la Excma. Corte Suprema en los autos Rol Nº 19.233-2017, la que, en definitiva, rechazó dicho recurso, manteniendo a firme la condena al Fisco, por los fundamentos que en la sentencia en comento se expresan.

3. LOS ARGUMENTOS DE LA SENTENCIA

La sentencia de la Corte Suprema⁵ se fundamenta en el hecho que la ilegalidad declarada por el Tribunal de Contratación Pública configura una falta de servicio por parte de la Intendencia de la X Región de Los Lagos, señalando en los párrafos finales del considerando Séptimo: *“Sin embargo, de lo que se lleva expuesto aparece que la falta de servicio fue establecida a partir de las circunstancias expuestas en la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública el 24 de enero de 2013, de cuyo tenor se desprende no solo la calificación jurídica de “arbitraria e ilegal” de la actuación administrativa que llevó al acogimiento de la acción de impugnación, sino también los antecedentes fácticos que fueron asentados en ese proceso, que dan cuenta de la configuración de una falta de servicio. En otras palabras, no se liberó a la actora de tener que acreditar el factor de imputación, sino el proceso valorativo de la prueba por ella rendida, consistente en el mérito del procedimiento seguido ante el Tribunal de la Contratación Pública, se estimó suficiente para concluir la prestación de un servicio defectuoso, con la consiguiente obligación indemnizatoria. En consecuencia, por haberse satisfecho la carga de acreditar los elementos que componen la falta de servicio, precisamente en aplicación estricta del artículo 1698 del Código Civil, no se observa en el fallo*

⁴ Automática y Regulación S.A. con Intendencia Región de Los Lagos, Rol Nº 141-2011, Tribunal de Contratación Pública: Disponible en <http://consultas.tribunaldecontratacionpublica.cl/tcp/download/25194?inlineifpossible=true>

⁵ CORTE SUPREMA, Recurso de Casación Rol Nº 19.233-2017, Automática y Regulación S.A. con Fisco. Disponible en https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_2112/suprema/documentos/docCausaSuprema.php

recurrido la vulneración acusada”.

La misma sentencia, en su considerando noveno, segundo párrafo se extiende acerca de la falta de servicio y el alcance de la sentencia del Tribunal de Contratación Pública señalando: *“En efecto, alega el Fisco de Chile que se resolvió su responsabilidad por falta de servicio únicamente sobre la base de estimar que la declaración de nulidad de un acto administrativo carece de eficacia indemnizatoria inmediata, afirmando que no existió dolo o culpa de la Administración, en razón de haber procedido a adjudicar la licitación sobre la base de una interpretación razonable de los documentos que la regían. Sin embargo, se asentó en la causa que la licitación en cuestión fue arbitraria e ilegalmente adjudicada a un tercero cuya oferta omitía valores exigidos en las Bases de Licitación, en circunstancias que debía ser entregada a la demandante, puesto que su propuesta era la inmediatamente inferior en la evaluación y cumplía con los requisitos exigidos para ello. De esta forma, se privó a la empresa reclamante de las ganancias que lícitamente habría obtenido si el servicio hubiese sido correctamente prestado. En este contexto, la variación de los hechos asentados en la causa es ajena a un recurso de esta especie, destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley, esto es, en la casación se analiza la legalidad de una sentencia, aspecto que comprende realizar un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero a los hechos como soberanamente los han dado por probados o sentados los magistrados a cargo de la instancia, los que no pueden modificarse por esta Corte a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor legal de la prueba, cuyo no es el caso de autos, según ya se analizó”.*

Finalmente, la sentencia en comento concluye expresando en sus considerandos décimo y undécimo lo siguiente: *“Décimo: Que, a mayor abundamiento, asevera la recurrente que debió acreditarse el dolo o culpa de parte de la Administración, olvidando que el factor de imputación respecto de la actuación administrativa es precisamente la falta de servicio, que se encuentra desvinculada del elemento subjetivo que afecta al funcionario. Esta Corte ha señalado reiteradamente que la falta de servicio “no es una responsabilidad objetiva sino subjetiva, basada en la falta de servicio, en la que aquélla, considerada como ‘la culpa del Servicio’, deberá probarse –por quien alega– el mal funcionamiento del servicio, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del mismo; que esta omisión o acción defectuosa haya provocado, un daño al usuario o beneficiario del servicio público de que se trata; y, en fin, que la falla en la actividad del ente administrativo haya sido la causa del daño experimentado, todo por disponerlo así el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado, lo que en la especie la parte recurrente no hizo. En la responsabilidad por falta de servicio no interesa la persona del funcionario, el que podrá estar o no identificado, lo que importa es la ‘falta de servicio’, un reproche o reparo de legitimidad, lo que desde ya excluye la responsabilidad objetiva ya que esta se compromete sin necesidad de falta, bastando para ello que el daño exista y también la relación de causalidad entre este y el accionar del Estado” (CS Rol 1976-2007 considerando décimo sexto). En este sentido, es evidente que todo daño causado por el mal funcionamiento de los organismos públicos solo puede provenir de la acción u omisión de una persona; incluso el funcionario causante de la actuación defectuosa del servicio podrá estar claramente individualizado, pero no todo acto realizado en el ejercicio de funciones que comprometa la responsabilidad civil del Estado constituye una falta personal, siendo en la mayoría de los casos una falta de servicio que no arrastrará la responsabilidad del funcionario.*

Undécimo: Que, en consecuencia, encontrándose asentado que la demandada incurrió en la falta de servicio que se reprocha, provocando a la actora un daño que merece ser indemnizado, los sentenciadores no han incurrido en yerro jurídico al así resolverlo”.

4. ANÁLISIS

Los hechos señalados nos sitúan jurídicamente en la esfera de la responsabilidad extracontractual del Estado, al tenor de lo preceptuado en los artículos 6°, 7° y 38 inciso segundo de la Carta Fundamental y en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

En este sentido cabe recordar que el artículo 7 de la Constitución, hace responsables a los órganos del Estado cuando estos no someten sus actos a las normas constitucionales. A su turno, los artículos 6 y 7 de la misma carta fundamental, señalan que la infracción de sus disposiciones generará u originará, las responsabilidades y sanciones que determine la ley o que la ley señale.

Adicionalmente, el artículo 38, inciso 2° de nuestra Constitución prescribe que *“cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.*

No obstante, la responsabilidad del Estado no deriva exclusivamente de distintas disposiciones constitucionales, siendo que también es la consecuencia necesaria de la naturaleza de las funciones que este ejerce en uso de sus potestades reguladas por normas de Derecho Público, lo que hace que sus acciones ilegales o arbitrarias tengan como consecuencia su responsabilidad extracontractual.

Esta responsabilidad extracontractual del Estado se deduce de las reglas generales contenidas en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que no solo establecen la responsabilidad del Estado por los daños que cause, sino que introducen el concepto de falta de servicio.

Al efecto, las normas precedentemente aludidas disponen:

Artículo 4º.- El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.

Artículo 42.- Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.

Sobre este punto existen diversas posturas que se han desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia.

El profesor Eduardo Soto Kloss sostiene que la responsabilidad extracontractual del Estado es objetiva, ya que nace de la aplicación directa de la Constitución y se fundamenta en la

imposibilidad de imponer cargas desiguales, ni afectar el derecho de propiedad⁶.

Por su parte Pedro Pierry Arrau sostiene que la responsabilidad extracontractual del Estado es subjetiva y nace de la culpa de la Administración⁷.

Según el autor Nicolás Enteiche Rosales: *“La teoría de la responsabilidad por la Falta de Servicio, entendida como la culpa del servicio o falta objetivada, es un reproche casuístico de uno o varios jueces, en otras palabras, la actual noción del concepto falta de servicio de la LOCBGAE, es una evaluación judicial de la conveniencia del actuar de los servicios públicos. Así, esta teoría otorga al juzgador ordinario una herramienta abierta para introducir estándares franceses o propios adecuados a la consideración del servicio público como sujeto activo, mediante la sujeción nominal a las expresiones falta de servicio y falta personal, conceptos que no tienen contenido propio”*⁸.

A su turno, Cristián Román Cordero señala que: *“No puede dejar de observarse que las normas que, actualmente, regulan la responsabilidad de la Administración del Estado son escasas y excesivamente genéricas, ya que no establecen con precisión cuáles son, en definitiva, los presupuestos cuya ocurrencia hacen procedente dicha responsabilidad”*⁹.

Como puede observarse, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han evolucionado desde la teoría de la responsabilidad objetiva¹⁰ hasta la teoría de la responsabilidad subjetiva, pasando por la teoría de la falta de servicio¹¹.

Luis Cordero Vega lo resume acertadamente al señalar: *“La Corte Suprema varió su jurisprudencia el año 2002 de la mano del Ministro Urbano Marín en el caso Domic Bezic, en donde estableció las bases de su nueva jurisprudencia. Para la Corte, desde entonces, el sistema de responsabilidad del Estado no está regulado en la Constitución, este es un sistema que descansa en la falta de servicio y está sujeto a las reglas generales de prescripción del*

⁶ SOTO KLOSS, Eduardo: El Régimen Chileno de responsabilidad del Estado: Un régimen constitucional. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Abeledo Perrot. LegalPublishing. Tercera Edición 2012.

⁷ PIERRY ARRAU, Pedro: LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES

⁸ ENTEICHE ROSALES, Nicolás: El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999–2010). Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 23 - Enero 2011 Universidad del Desarrollo

⁹ ROMÁN CORDERO, Cristián: Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile. 150 años de doctrina. Derecho Administrativo 150 años de Doctrina- Editorial Jurídica de Chile. Año 2016.

¹⁰ SOTO KLOSS, Eduardo: La Responsabilidad del Estado/Administración es objetiva. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Abeledo Perrot. LegalPublishing. Tercera Edición 2012

¹¹ LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO Pedro Pierry Arrau. https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES

Código Civil. Tras esta sentencia la Corte no volverá al sistema de responsabilidad del Estado anterior, por el contrario fue perfeccionando el de falta de servicio.

Será otro ministro el responsable de esta precisión, Pedro Pierry. Tras su llegada a la Corte Suprema a fines de 2006, la Corte profundizó sus conceptos en materia de responsabilidad por falta de servicio, que comenzará a constituir el título de imputación de responsabilidad que reconocerá la Corte y sobre el cual razonará todos sus criterios”¹².

Por otra parte, otros autores (Nicolás Enteiche Rosales) señalan que la discusión no se encuentra terminada e indican que en Chile no existe consenso doctrinario ni jurisprudencial respecto al fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador, pues existen dos grandes tendencias que sostienen argumentos distintos y bases diversas para exponer sus ideas.

La primera señala que la Responsabilidad Extracontractual del Estado es objetiva, en otras palabras, para responsabilizar al Estado Administrador por los daños causados por este solo se requiere un daño antijurídico. La segunda cree que además de lo anterior es necesario que se acredite la existencia de una Falta de Servicio, como ya antes lo hemos mencionado.

Pues bien, sea cual fuere la postura que se siga, y sean cuales fueren los fallos que se citen, lo cierto es que la doctrina administrativista chilena está conteste: *“en cuanto a algunos requisitos de procedencia en la REEA, estos son:*

- *La existencia de una actividad –actos, hechos u omisiones– realizada por un órgano del Estado;*
- *La existencia de una causa o relación causal entre esta actividad y el resultado dañoso;*
- *La existencia de una lesión o menoscabo en los derechos de la víctima”¹³.*

Por tanto, y más allá de la tesis que se suscriba, para determinar la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado, debemos recurrir a lo que disponen los artículos 4° y 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que establecen, en general, que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado y, en especial, respecto de los Ministerios y organismos regidos por el Título II del mismo cuerpo legal, que los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio y que, no obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en la falta.

En razón de lo expresado debemos ocuparnos en determinar que es la Falta de Servicio.

Según Jorge Bermúdez Soto: *“El artículo 42 LBGAE° hace responsable a la Administración del*

¹² CORDERO VEGA, Luis: La Corte Suprema y la responsabilidad del Estado. Disponible en (<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Análisis-Juridico/2011/09/20/La-Corte-Suprema-y-la-responsabilidad-del-Estado.aspx>)

¹³ ENTEICHE ROSALES, Nicolás: El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010). Revista ACTUALIDAD JURIDICA N° 23 - Enero 2011 Universidad del Desarrollo.

Estado que actuó causando un daño en “falta de servicio”. La expresión utilizada por la norma es desafortunada, ya que da a entender que el origen del daño está en la falta u omisión en la prestación de un servicio que debe darse. Si ello fuera así, quedarían fuera todas las actuaciones dañosas provenientes de actividades que no suponen servicio o prestación alguna, las que en la práctica son la mayoría. En realidad, la falta de servicio como supuesto de responsabilidad debe entenderse en forma más amplia, entendiéndose que se refiere a la falla, falta o negligencia “en el servicio”. Es decir, en el sentido que fue el órgano administrativo el que ha actuado mal”¹⁴.

Para el autor y profesor, Enrique Barros la responsabilidad por falta de servicio exige un juicio de valor acerca del nivel y calidad del servicio que era exigible del municipio o del órgano de la administración¹⁵. Vale decir, exige que el servicio sea catalogado como defectuoso. Según este autor la responsabilidad del Estado puede tener otras vertientes como por ejemplo la responsabilidad por ilegalidad; la responsabilidad por culpa; la responsabilidad por imposición desigual de cargas públicas, etc.

Así, esta falta de servicio se construye en torno a estas tres categorías: El mal funcionamiento, el funcionamiento tardío o el no funcionamiento del servicio.

A su turno, Pedro Pierry Arrau, sostiene que: *“La falta de servicio así considerada la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración, ambas nociones apreciadas objetivamente y referidas a lo que puede exigirse de un servicio público moderno, y lo que debe ser su comportamiento normal. Si por esta falta de servicio se ocasiona un daño a un particular, la Administración deberá indemnizarlo”* y, luego, el mismo autor, continúa expresando: *“La emisión de un acto administrativo ilegal constituye, por lo general, una falta de servicio; compromete, por lo tanto, la responsabilidad del Estado si se causa un daño a una persona. En la dictación de esos actos ilegales no interesa la persona del funcionario o autoridad que lo dictó, sin perjuicio en todo caso de la responsabilidad administrativa que pueda corresponderle o a la existencia de una falta personal, siendo siempre el Estado el que responderá por los perjuicios que causen sus actos administrativos ilegales”¹⁶.*

De esta manera, tal y como lo ha sostenido la Corte Suprema, precisamente de la mano de Pierry: *“la falta de servicio “se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del Servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el artículo 42 de la Ley N° 18.575”¹⁷.*

¹⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge: Derecho Administrativo General, tercera Edición, año 2014. Pág. 619.

¹⁵ BARROS BOURIE, Enrique, Tratado de responsabilidad extracontractual, pág. 90.

¹⁶ LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO Pedro Pierry Arrau. https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61-a3e6648a6db2/Rev_1_%2B2LA%2BRESPONSABILIDAD%2BEXTRACONTRACTUAL.pdf?MOD=AJPERES

¹⁷ CORTE SUPREMA, Recurso de Casación, Muñoz Saavedra, Jéssica y otros con Municipalidad de Putaendo y otros. Rol N° 9554- 2012, sentencia de 10 de junio de 2013, considerando undécimo.

En el mismo sentido nuestro máximo tribunal ha dicho: *“En efecto, dicha actuación que ya ha sido calificada como ilegal no es una mera infracción de carácter formal o una simple situación referida a la incompetencia de un funcionario, respecto de la cual la misma medida hubiere podido ser adoptada por una autoridad competente; ni tampoco se trata de un mero error de apreciación de un acto intermedio como tampoco de un acto en que la misma medida hubiera podido ser tomada empleando un procedimiento regular. Nos encontramos, en cambio, ante un acto que siendo ilegal, era determinante para la adopción de la resolución final del procedimiento administrativo respectivo; se trataba de la evaluación conforme a la cual se debía, luego, decidir la adjudicación de la propuesta pública respectiva. El acto en el cual se incurrió en la ilegalidad era aquel que luego de comparar todos los aspectos sometidos a escrutinio en la licitación, asignaba puntuación a los oferentes determinando así al mejor calificado tanto técnica como económicamente. El contenido de dicho acto era relevante para la adopción de la decisión final, la cual si bien no estaba vinculada por él, debía atender a sus consideraciones para resolver la licitación. Fue en dicha evaluación que, ilegalmente, se favoreció a un oferente en perjuicio de otro, que es el ahora demandante.*

Hay, pues, un funcionamiento indebido de parte de la Administración y, por consiguiente, hay una falta de servicio”¹⁸.

La sentencia en análisis ratifica el criterio precedentemente expresado, esto es que existe falta de servicio cuando existe un mal funcionamiento de la administración, en particular cuando esta actúa ilegalmente. Sin embargo, adicionalmente agrega un elemento extremadamente relevante, a nuestro juicio, cual es que, la falta de servicio puede ser establecida no solo en el juicio en que se persigue la indemnización de perjuicios, sino con anterioridad mediante la sentencia del Tribunal de Contratación Pública que califica de arbitraria e ilegal la actuación, en este caso de la Intendencia de la X Región de Los Lagos.

En consecuencia, de acuerdo al parecer expresado en esta sentencia, para establecer la responsabilidad extracontractual del Estado respecto del oferente no adjudicado, en el caso de una adjudicación declarada arbitraria e ilegal por el Tribunal de Contratación Pública, es posible acreditar la falta de servicio con el mérito de la propia sentencia de dicho tribunal, debiéndose acreditar, en consecuencia, en el juicio civil indemnizatorio, la existencia de relación causal entre esta actuación ilegal y el resultado dañoso, y la existencia de una lesión o menoscabo en los derechos de la víctima.

Pues bien, estos dos últimos elementos, la relación causal y la existencia de la lesión como consecuencia de la falta de servicio, son los aspectos en que la jurisprudencia no ha estado conteste.

En efecto, en los casos de “Sociedad Mansilla y Asencio con Municipalidad de Punta Arenas” y Sociedad Comercial e Inversiones Pramar Limitada con Municipalidad de Temuco” la Corte Suprema estima que la actuación ilegal de la administración, constatada mediante sentencia ejecutoriada, no tiene una relación causal con el daño alegado, toda vez que el oferente no tenía sino una mera expectativa de adjudicarse la licitación, y, por tanto el daño no puede provenir de la utilidad que le habría provocado la suscripción del contrato toda vez que a

¹⁸ CORTE SUPREMA, sentencia de 30 de septiembre de 2015, Rol N° 2.795-2015 caratulados Héctor Hernán Herrera (Comercial e Industrial Titanium Limitada) con Instituto Nacional de Deportes (Considerando tercero).

este respecto no tuvo derecho a suscribirlo sino una mera expectativa de que ello ocurriera.

Este criterio cambia en el caso “Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional de Deportes” en que la Corte concluye que: *“es razonable concluir que este actuar indebido de la Administración le ha significado a la actora la pérdida de una chance, de una oportunidad legítima de ganancia eventual”* y establece como indemnización de perjuicios una suma ascendente al 5% del valor del contrato. Sin embargo, a nuestro juicio, si bien la sentencia apunta en el sentido correcto, tal cambio de criterio adolece falta de fundamentación suficiente para establecer los motivos en base a los cuales se determina el daño y además, la existencia de la relación causal entre la falta de servicio y la lesión.

En la causa “Automática y Regulación S.A. con Fisco”, la Corte va más allá y efectúa un análisis que compartimos, al señalar que: *“se asentó en la causa que la licitación en cuestión fue arbitraria e ilegalmente adjudicada a un tercero cuya oferta omitía valores exigidos en las Bases de Licitación, en circunstancias que debía ser entregada a la demandante, puesto que su propuesta era la inmediatamente inferior en la evaluación y cumplía con los requisitos exigidos para ello. De esta forma, se privó a la empresa reclamante de las ganancias que lícitamente habría obtenido si el servicio hubiese sido correctamente prestado”*.

En efecto, a nuestro juicio, la constatación de ilegalidad y arbitrariedad en la decisión adoptada al adjudicar, o declarar desierta una licitación pública, tiene una consecuencia ineludible y evidente, cual es que, el oferente que sufrió la ilegalidad o arbitrariedad, debió quedar en una posición frente a la administración que es distinta de aquella en que quedó como consecuencia de la falta de servicio.

Constatada esta circunstancia, creemos que corresponde a las partes acreditar, y al juez determinar, si la posición jurídica en que hubiere quedado el administrado importaba para él el derecho a suscribir el contrato licitado. En otras palabras, debe determinarse si, de no mediar la falta de servicio, el demandante hubiere sido el proveedor adjudicado. En este último caso, estimamos que corresponde aplicar el artículo 2329 del Código Civil que obliga a indemnizar todo daño, comprendiendo, por tanto, el daño emergente y el lucro cesante.

A nuestro juicio es claro que el oferente perjudicado por la falta de servicio sufre una clara lesión como consecuencia de dicha falta de servicio, y que consiste tanto en el daño emergente (que en el caso de los oferentes de una licitación está constituido por el costo directo de formulación de su oferta, horas de trabajo, gastos administrativos, los costos financieros de las boletas de garantía, los costos judiciales, etc.) y, por el lucro cesante, esto es, la legítima ganancia que le hubiere reportado el contrato que la administración debió celebrar con él, de no mediar la ilegal y arbitraria actuación de la administración.

Es este último aspecto el que ha provocado mayores dudas en la jurisprudencia, ya que en “Sociedad Mansilla y Asencio con Municipalidad de Punta Arenas” y en “Sociedad Comercial e Inversiones Pramar Limitada con Municipalidad de Temuco” la Corte Suprema estima, erradamente a nuestro juicio, que la falta de servicio no es la causa del lucro cesante alegado y rechaza la acción indemnizatoria.

En “Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional de Deportes”, en cambio, determina la indemnización en un porcentaje del valor del contrato, sin explicitar las razones por las cuales determina ese porcentaje, por lo que la indemnización parece más una sanción a la administración por su actuación ilegal y arbitraria que una indemnización de perjuicios.

Pues bien, atendido que se trata de resarcir los perjuicios causados, creemos que su determinación, en el caso del lucro cesante, no debe determinarse en base a un criterio *a priori* sino en base a los antecedentes que aporte el demandante en el proceso, mediante la acreditación, por los medios de prueba legales, de los costos que le significaba la ejecución del contrato y de la utilidad que el mismo debía proporcionarle.

Al efecto, resulta ilustrativa, y a nuestro juicio correcto el razonamiento efectuado en la sentencia de primera instancia del juicio “Automática y Regulación S.A. con Fisco¹⁹ que en sus considerandos decimonoveno, vigésimo y vigésimo primero señala: *“DECIMO-NOVENO: Que lo cierto es que el proyecto licitado debió haberse adjudicado al demandante, de acuerdo a lo ya señalado en el considerando décimo quinto de este fallo; y en este escenario, sería él quien debería estar ejecutándolo y percibiendo los ingresos que le han sido entregados a la empresa SICE, debiendo asimismo, soportar los gastos necesarios para su ejecución. VIGÉSIMO: Que para acreditar las ganancias que habría percibido si es que se le hubiese adjudicado el Proyecto, cobran importancia el contrato suscrito por la Intendencia de la Región de los Lagos y la empresa Sice Agencia de Chile SA.”, con fecha 5 de Diciembre de 2011; las propuestas presentadas por dicha empresa y la actora y de las cuales dan cuentas las actas de evaluación de las mismas; y especialmente los informes periciales y sus anexos. VIGÉSIMO PRIMERO: Que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, corresponde que esta Juez aprecie el valor probatorio de los informes acompañados de acuerdo a las reglas de la sana crítica; por lo que, y considerando que el análisis realizado por la perito nombrada por este Tribunal para determinar la existencia, naturaleza, origen y monto del lucro cesante se ajusta más a la realidad al considerar los ingresos que se encuentran acreditados, obteniendo con ello el margen real obtenido, de un 25%, lo que proyectado a los ingresos totales arroja la suma de UF 9.377,71 es que se considerará que esta suma corresponde efectivamente a la pérdida real sufrida por el actor al no haber sido él, el adjudicatario en el proyecto”.*

En efecto, la virtud de la sentencia sobre que trata este comentario es dejar establecido que cuando se determina que la licitación debió, de no haber mediado la falta de servicio, ser adjudicada al demandante, entonces la administración habría privado al demandante *“de las ganancias que lícitamente habría obtenido si el servicio hubiese sido correctamente prestado”*, lo que constituye un elemento objetivo de determinación y cuantificación de los perjuicios, en particular los referidos al lucro cesante sufrido por la actora.

Este criterio objetivo no importa alterar la carga probatoria a que están sujetas las partes desde que el demandante deberá acreditar, tal como ocurrió en este caso, cuáles eran los ingresos que debía significarle la ejecución del contrato, cuáles eran los gastos en que debía incurrir para darle cumplimiento, lo que permitirá determinar cuál es la ganancia de la que se vio privado como consecuencia de la decisión ilegal y arbitraria adoptada por la administración en el proceso licitatorio correspondiente.

5. CONCLUSIONES

No obstante que la ley N° 19.886 solo ha regulado el alcance de la sentencia del Tribunal de

¹⁹ Rol C-17.620-2014 “Automática y Regulación S.A. con Fisco, 8° Juzgado Civil de Santiago.

Contratación Pública dentro del procedimiento de contratación, sin extender su alcance más allá de dicho juicio, la sentencia en comento, y otras citadas en el presente artículo, nos permiten concluir que la declaración de ilegalidad y arbitrariedad de una licitación pública, mediante sentencia ejecutoriada del aludido tribunal, no constituye una simple declaración sin efecto alguno, sino que tiene un alcance más amplio, ya que es la prueba idónea que permite acreditar la falta de servicio por parte de la administración en un posterior juicio de indemnización de perjuicios.

Estimamos que, acreditada la falta de servicio mediante la aludida sentencia, lo que corresponde es determinar la posición jurídica en que se hubiere encontrado el actor de no mediar la actuación ilegal y arbitraria de la administración. Si como consecuencia de dicho análisis fluye que este debió haber sido el oferente adjudicado, entonces corresponde que la administración le indemnice los perjuicios provocados por la falta de servicio los que estarán constituidos tanto por el daño emergente como por el lucro cesante.

A nuestro juicio, el lucro cesante estará constituido por la legítima ganancia que le habría provocado la ejecución del contrato de cuya celebración se vio privado como consecuencia del actuar ilegal y arbitrario de la administración. En efecto, existe una clara relación causal entre la falta de servicio y la falta de suscripción del contrato, ya que si la administración se ha ajustado a derecho hubiere adjudicado el contrato al demandante y este hubiere percibido los ingresos que debía reportar el mismo e incurrido en los gastos necesarios para su ejecución, de manera tal que corresponde que se le indemnice el lucro cesante, para lo cual deberá acreditar mediante los medios de prueba legales cuál hubiere sido la utilidad que le hubiere reportado la ejecución de dicho contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS BOURIE, Enrique: Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge: Derecho Administrativo General, tercera Edición, año 2014. Pág. 619.
- CORDERO VEGA, Luis: La Corte Suprema y la responsabilidad del Estado. Disponible en (<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2011/09/20/La-Corte-Suprema-y-la-responsabilidad-del-Estado.aspx>)
- ENTEICHE ROSALES, Nicolás: El fundamento de la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010). Revista Actualidad Jurídica N° 23 - Enero 2011 Universidad del Desarrollo
- PIERRY ARRAU, Pedro: La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/bd5cef7b-c2fe-45db-9a61->
- ROMÁN CORDERO, Cristián: Responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado en Chile. 150 años de doctrina. Derecho Administrativo 150 años de Doctrina- Editorial Jurídica de Chile. Año 2016.
- SOTO KLOSS, Eduardo: El Régimen Chileno de responsabilidad del Estado: Un régimen constitucional. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Abeledo Perrot. LegalPublishing. Tercera Edición 2012.

SOTO KLOSS, Eduardo: La Responsabilidad del Estado/Administración es objetiva. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Abeledo Perrot. LegalPublishing. Tercera Edición 2012.

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653 de 2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia que contiene el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Ley N° 19.886 sobre Bases de los Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios.

Código Civil.

JURISPRUDENCIA CITADA

Rol C-1535-2011 del 1^{er} Juzgado de Letras en lo Civil de Punta Arenas, confirmada por la Corte de Apelaciones de dicha ciudad en recurso Rol 290-2013, y por la Corte Suprema en Recurso de Casación 2555-2014.

Rol N° 16.582-2014, Corte Suprema recurso de casación “Sociedad Comercial e Inversiones Prammar Limitada con Municipalidad de Temuco”.

Rol C-16.722-2012, del 4^o Juzgado Civil de Santiago, rechazada en primera instancia, confirmada por la Corte de Santiago en recurso Rol 8160-2014, y dejada sin efecto por la Corte Suprema en Recurso de Casación Rol 2795-2015.

Rol N° 141-2011, Automática y Regulación S.A. con Intendencia Región de Los Lagos, Tribunal de Contratación Pública: Disponible en <http://consultas.tribunaldecontratacionpublica.cl/tcp/download/25194?inlineifpossible=true>

Rol N° 19.233-2017, Corte Suprema Recurso de Casación, Automática y Regulación S.A. con Fisco. Disponible en https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/ADIR_2112/suprema/documentos/docCausaSuprema.php

Rol N° 9554- 2012, Corte Suprema, Recurso de Casación, Muñoz Saavedra, Jéssica y otros con Municipalidad de Putaendo y otros., sentencia de 10 de junio de 2013, considerando undécimo.

Rol N° 2.795-2015, Corte Suprema, sentencia de 30 de septiembre de 2015, caratulados Héctor Hernán Herrera (Comercial e Industrial Titanium Limitada) con Instituto Nacional de Deportes (Considerando tercero).