

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN EL CASO DE ACTUACIONES ILEGALES GENERADOS EN LA ADJUDICACIÓN DE UNA LICITACIÓN PÚBLICA: COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL N° 86.803-2021

*Alfredo Concha-Perusina Biskup**

I. INTRODUCCIÓN

Las licitaciones públicas, a que convocan los órganos de la Administración del Estado, deben regirse por los principios establecidos en la Ley N° 19.886 sobre “Bases de los Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios”, y su Reglamento Complementario, la Ley N° 18.575 “Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”, entre otras disposiciones legales. Sin embargo, la entidad licitante puede en algunos casos no cumplir estrictamente con las disposiciones legales, irrogando un daño a los oferentes originando de suyo la obligación de repararlo, en cuanto el particular de dicho daño no estaba jurídicamente obligado a soportarlo. En este sentido, cuando un Organismo del Estado actúa ilegal o arbitrariamente en una de las etapas de una licitación, que resulta en la exclusión de uno de los oferentes imposibilitando de la adjudicación de la propuesta pública, la jurisprudencia ha señalado que en atención a que la adjudicación es una manifestación de una potestad discrecional de la Administración, quien participe en una licitación solo tiene una mera expectativa que no puede ser objeto de reparación, no dando lugar a indemnizaciones.

II. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL N° 86.803-2021

2. HISTORIA PROCESAL

Los antecedentes de esta controversia jurídica se remontan al año 2017 cuando la Ilustre Municipalidad de Lebu convocó a un procedimiento de licitación pública para efectos de contratar el “Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Lebu”. Tal procedimiento finalizó siendo adjudicado a la empresa “Constructora Andes y Cía Ltda.”, sin embargo, fue objeto de demanda ante el Tribunal de Compras Públicas (TPC), por parte del oferente no adjudicado “Constructora Manzano y

*Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de los Andes. Correo electrónico: aconcha.perusina@gmail.com

Asociados Limitada". Esta acción fue acogida el 30 de agosto de 2017, declarándose ilegal y arbitraria el actuar del Municipio en el procedimiento de licitación, consistente en haber omitido las incongruencias manifiestas y de relevancia que ostentaba la oferta de la empresa adjudicada Constructora Andes y Cía. Limitada, al haber evaluado su oferta y no decretarla fuera de bases y finalmente adjudicarle la licitación, infringiéndose en consecuencia los artículos 9 y 10 de la Ley N° 19.886, artículo 37 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas, punto 8 y siguientes de las Bases de Licitación Pública.

En agosto del 2018 el oferente no adjudicado presentó una acción de indemnización de perjuicios por falta de servicio, la que fue tramitada ante el Juzgado de Letras y Garantía de Lebu (ROL: C-287-2018), siendo acogida parcialmente y condenando al Municipio al pago de \$17.289.053, por concepto de pérdida de chance u oportunidad. La sentencia fundamenta su decisión en que la privación de una simple expectativa, de una contingencia incierta de ganancia o pérdida, aun por culpa o dolo de un tercero, no constituye, pues, un daño indemnizable por no ser cierto (considerando vigésimo cuarto).

Ante ello, tanto la Constructora como el Municipio dedujeron recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado, a lo cual la Corte de Apelaciones de Concepción (ROL: 1410-2020), revocó la sentencia dictada por Tribunal de Primera Instancia, acogiendo la indemnización de perjuicios por falta de servicios en relación al lucro cesante, condenando a la Municipalidad de Lebu a pagar una suma de \$316.684.912, por considerar el Tribunal de Alzada que los actos ilícitos en que incurrió el municipio privaron a la empresa de la muy probable adjudicación de la licitación y sus utilidades, lo que permiten hacer una estimación real y relativamente certera de lo que habría percibido de no mediar el referido actuar ilegal.

Finalmente, la sentencia de la Corte Suprema (ROL: 86.803-2021) declara inadmisble el recurso de casación en la forma y rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por la Municipalidad de Lebu.

2.1. Cuestiones sometidas al conocimiento de la Corte Suprema a través de los recursos de casación en la forma y en el fondo

En cuanto a la casación en la forma, el vicio denunciado por el Municipio en su recurso fue la ausencia de las consideraciones de hecho y de derecho para acoger la demanda interpuesta, así como no ponderar correctamente la prueba rendida en autos, aunado a no realizar ningún análisis que le permitiera llegar a la determinación del *quantum* indemnizatorio de los perjuicios demandados por concepto de lucro cesante.

Respecto de la casación en el fondo, la Municipalidad esgrime que la decisión de otorgar indemnización por lucro cesante constituye una errada aplicación de los artículos 1556 y 2329 del Código Civil, al no existir la certeza de que la demandante obtendría la adjudicación al procederse a una nueva evaluación de las ofertas, no concurriendo un daño cierto e indemnizable, requisito indispensable para indemnizar un perjuicio por lucro cesante. Asimismo, la recurrente alega como infracción normativa, la ausencia de relación causal vulnerándose los artículos 1437 y 2314 del mismo Código.

III. DECISIÓN DE LA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA Y RELEVANCIA DE LA MISMA

3. FALLO DE LA CORTE SUPREMA

El 30 de mayo del 2022 la Corte Suprema declaró inadmisibile el recurso de casación en la forma y rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por la Ilustre Municipalidad de Lebu en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que acogió la demanda de indemnización por falta de servicio en relación con el lucro cesante a favor de Constructora Manzano y Asociados Limitada.

3.1. *Fundamentos de la decisión*

El Máximo Tribunal esgrimió como principales argumentos para arribar al pronunciamiento establecido en el fallo que la falta de servicio que se imputa a la demandada como factor de atribución de responsabilidad, resultó suficientemente acreditada, tanto en lo que concierne al actuar deficiente del Municipio en el marco del procedimiento de licitación pública “Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo Lebu” como en lo relativo a no haber acatado lo instruido en su sentencia por el Tribunal de Contratación. Efectivamente, el proceder arbitrario e ilegal del Municipio en el procedimiento de licitación, consistente en haber omitido las incongruencias manifiestas y de relevancia que ostentaba la oferta de “Constructora Andes y Cía. Limitada”, al haber evaluado su oferta y no decretarla fuera de bases y finalmente adjudicarle la licitación, lo que fue debidamente acreditado con la sentencia emanada del TCP. Lo anterior se yergue como una hipótesis de “culpa contra la legalidad”, por cuanto supone que el ente Municipal ha causado daño por el incumplimiento de normas establecidas imperativamente por el ordenamiento jurídico, en razón de ello, corresponde presumir que la omisión es imputable a su culpa o imprudencia.

Agrega en su razonamiento la Corte Suprema, que si bien la sentencia del Tribunal de Contratación instruyó que debía retrotraerse el proceso licitatorio al estado de efectuarse una nueva evaluación de las ofertas, en los términos establecidos en las bases de licitación, con exclusión del oferente adjudicado “Constructora Andes y Cía. Limitada”, por ser inadmisibile su oferta, aquello debe entenderse en el marco de que ha sido precisamente en esa etapa del procedimiento de licitación, que se incurrió en las omisiones antes descritas.

3.2. *Relevancia de la decisión de la Corte Suprema*

La sentencia en comento es relevante, ya que constituye un cambio en su línea jurisprudencial, yendo más allá respecto del reconocimiento de los daños ocasionados a un particular perjudicado por el actuar ilegal de un organismo de la administración del Estado en un proceso licitatorio. Así, el Máximo Tribunal reconoce la procedencia del pago de una indemnización por concepto del lucro cesante apartándose de la categoría de daño indemnizable por pérdida de oportunidad o chance.

IV. CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LA SENTENCIA ROL 86.803-2022.

4. ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

La jurisprudencia judicial ha transitado entre dos teorías en relación con la responsabilidad del Estado: la teoría objetiva y subjetiva, siendo esta última la aplicada en la actualidad. En consecuencia, es necesario acreditar un factor de imputación. En nuestro ordenamiento jurídico, ese factor de imputación es la falta de servicio, debiéndose probar que la Administración: no ha actuado, ha actuado de manera indebida o bien de manera tardía¹. Esto de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la Constitución Política de la República y en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Para que se dé lugar a una acción resarcitoria se debe acreditar, como requisitos: la falta de servicio por parte de un organismo de la Administración del Estado; el daño causado con motivo de tal falta de servicio; y la relación de causalidad entre la falta de servicio y el daño sufrido por un particular.

4.1. Diferencia entre falta de servicio e ilegalidad

A nivel jurisprudencial se ha distinguido entre falta de servicio e ilegalidad. Así, en causas relativas a la indemnización de perjuicios derivadas de procesos licitatorios, se ha señalado:

“...que no toda ilegalidad necesariamente es constitutiva de falta de servicio, por cuanto las nociones de ilegalidad y falta de servicio son independientes. De este modo, una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, lo que resulta evidente por ejemplo tratándose de ilegalidades de forma, o de incompetencia, cuando la misma medida hubiere podido ser este modo una medida ilegal, susceptible de anulación, no da siempre derecho a reparación, lo que resulta evidente por ejemplo tratándose de ilegalidades de forma”².

V. COMENTARIO Y EVALUACIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA ROL N° 86.803-2021

La sentencia en comento es relevante, ya que es posible apreciar un peculiar criterio jurisprudencial adoptado por la Máxima Magistratura, donde reconoce la procedencia del pago de indemnización por concepto de lucro cesante a un oferente no adjudicado cuya oferta contaba con el mejor puntaje, lo que implica

¹PIERRY, 2009, 31-66.

²Corte Suprema, 10 de enero de 2019, Rol N° 22.222-2018.

un cambio en la línea jurisprudencial que solo reconocía en dichos casos indemnizaciones por concepto de “pérdida de oportunidad o chance”³.

Si nos atenemos a la jurisprudencia, anteriormente la Corte Suprema entendía que el proponente que no resultó adjudicado en un proceso licitatorio tan solo contaba con una mera expectativa de adjudicarse la licitación, sin que existiera una relación de causalidad con la conducta reprochada al Organismo Estatal⁴ ni la existencia de “certidumbre del daño”⁵. En este sentido, al ser la potestad de adjudicar de carácter discrecional, el servicio en cuestión no estaría obligado a dárselo a la actora, e incluso podía declarar desierta la licitación.

De esta manera, según el razonamiento de la Corte, aun cuando un oferente afectado en una licitación acreditase que contaba con la propuesta más conveniente, en estricto rigor no podía asegurar que habría resultado adjudicado, siendo ello una situación futura e incierta, que depende de la conveniencia del organismo en dicha contratación y no solamente del actuar legal del mismo⁶. En otras palabras, quien participa en un proceso de licitación solo tiene una “mera expectativa” que no puede ser objeto de reparación. No obstante lo anterior, en el año 2015, la Corte Suprema mediante diversos fallos acogió el pago de indemnizaciones por ilegalidades incurridas de organismos públicos en procesos licitatorios, incorporando jurisprudencialmente el concepto de “pérdida de oportunidad o chance”, lo que permitió establecer el nexo de la conducta reprochada y cuantificar la suma de la indemnización.

Al respecto, la Máxima Magistratura arguye que, si se acredita que un organismo público incurrió en una falta de servicio en el desarrollo de una licitación, procede indemnizar al oferente perjudicado quien no resultó adjudicado, por un concepto de oportunidad legítima de ganancia eventual, como consecuencia del actuar ilegal de la administración. En este sentido, existe una probabilidad razonable de adjudicación que se aleja de una mera expectativa y, por tanto, debe indemnizarse⁷.

En la causa ROL 86.803-2021 (Constructora Manzano y Asociados Limitada con Municipalidad de Lebu), la Tercera Sala de la Corte Suprema desestimó, en todas sus partes, los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la Ilustre Municipalidad de Lebu, confirmando la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción –ROL: 1410 2020–, que condenó al Municipio a pagar al proveedor una indemnización por concepto de lucro, siendo avaluada esta en la utilidad esperada por el oferente si se hubiera adjudicado la licitación. De esta forma, el Máximo Tribunal reconoce que es procedente el pago de inmunización de perjuicios por concepto de lucro cesante, alejándose del concepto de daño indemnizable por pérdida de oportunidad o chance.

La Corte Suprema, en la presente sentencia, establece que existiría una certeza de adjudicación de no haber mediado los actos ilegales por parte del Municipio. En este sentido, el Tribunal afirma en su considerando décimo séptimo que:

³ACEVEDO, 2018, 85-87.

⁴Corte Suprema, 29 de septiembre de 2014, Rol N° 16.702-2014.

⁵Corte Suprema, 8 de septiembre de 2015, Rol N° 8.099-2015.

⁶CORDERO, 2015, 739.

⁷CELIS Y ORTEGA, 2019, 223.

“(…) resulta ser un hecho no discutido que la actora tenía la oferta con mejor puntaje entre las ofertas restantes, de manera que satisfacía las exigencias para habérsele adjudicado la licitación, por lo que Constructora Manzano y Asociados no tenía una “mera expectativa” de que se le adjudicara la licitación, sino la certeza de dicha adjudicación, certidumbre que deriva de los hechos ciertos ya referidos, el puntaje asignado y el dictamen del Tribunal de Contratación”.

En este sentido, somos contestes de la decisión del fallo de la Corte Suprema debido a que en primer lugar reconoció la concurrencia de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, no sustrayéndose de lo acreditado por el TPC en su sentencia (considerando décimo tercero). En segundo lugar, la Corte establece que la conducta del municipio vulneró los artículos 9 y 10 de la Ley N° 19.886, artículo 37 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas y las bases del concurso público, frustró al oferente de una legítima utilidad de no haber mediado el hecho dañoso y privándolo de la muy probable adjudicación de la licitación y sus utilidades, haciendo una estimación real y relativamente certera de lo que habría percibido de no mediar los referidos actos ilícitos⁸.

VI. CONCLUSIONES

Creemos que la decisión del Máximo Tribunal es acertada al acoger la indemnización de perjuicios por concepto de lucro cesante, sosteniendo que los daños derivan de la actuación administrativa, por cuanto una actuación normal de la Administración habría llevado a la conclusión que de no haber mediado la actuación ilegal o arbitraria el oferente debió haber resultado adjudicado. Consideramos del análisis jurisprudencial, un actuar ilegal de un Organismo del Estado en modo alguno podría importar la exoneración de responsabilidad por los daños causados producto de su obrar, y que en definitiva devinieron en una afectación de la posibilidad de participar en el proceso licitatorio a un particular excluyéndolo.

Si bien, en cuanto a la naturaleza de esos daños, la sentencia concluye que estos son de carácter patrimonial, dando lugar a la indemnización por lucro cesante. Para efectos de determinar el monto, la Corte Suprema señala que 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.

Habrá que estar atento a si la sentencia en el caso “Constructora Manzano y Asociados Limitada con Municipalidad de Lebu” es indicativa o no de un cambio jurisprudencial que permita a los particulares obtener indemnizaciones por el lucro cesante sufrido por las actuaciones ilegales de organismos públicos en el contexto de licitaciones públicas.

⁸CISTERNAS, 2017, 53.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. DOCTRINA

- ACEVEDO ALVEAR, N. (2018): *Licitación Pública, Regulación y Concurrencia*. Primera Edición. Santiago, Chile: Editorial Hammurabi.
- CISTERNAS MORALES, Mauricio (2017): “La Responsabilidad Extracontractual del Estado en Materia de Licitaciones Públicas Adjudicadas Ilegalmente” en *Sentencias Destacadas*, Fundación Libertad y Desarrollo, 45-64.
- CORDERO VEGA, Luis (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*. Segunda Edición. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- CELIS DANZINGER, Gabriel. y ORTEGA GUTIÉRREZ, Jorge (2019): *Código de Contratación Administrativa*. Primera Edición. Santiago, Chile: Editorial Hammurabi.
- PIERRY ARRAU, Pedro (2009): “La Responsabilidad Extracontractual del Estado por Falta de Servicio”, en C. Latorre Florido (Dir.), *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. 31-66. Editorial Metropolitana.

II. JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Suprema, 30 de mayo de 2022, Rol N° 86.803-2021.
- Corte Suprema, 10 de enero de 2019, Rol N° 22.222-2018.
- Corte Suprema, 08 de septiembre de 2015, Rol N° 8.099-2015.
- Corte Suprema, 29 de septiembre de 2014, Rol N° 16.702-2014.
- Corte de Apelaciones de Concepción, 6 de octubre de 2021, Rol N° 1410-2020.
- Juzgado de Letras y Garantía de Lebu, 18 de junio de 2020, Rol C-287-2018.

III. NORMAS CITADAS

- Chile, Ley N.º18.575, *Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*. 17 de noviembre de 2001.
- Chile, Ley N° 19.886 sobre *Bases de los Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios*. 30 de julio de 2003.
- Chile, Decreto 250, que *Aprueba Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*. 24 de septiembre de 2004.
- Chile, Código Civil, 14 de diciembre de 1855.