

Análisis de las sentencias de la Corte Suprema sobre indemnización de perjuicios derivadas de licitaciones públicas

Jurisprudential Analysis of Supreme Court rulings on compensation for damages derived from public bidding

CRISTÓBAL HERRERA VARGAS*

Universidad Finis Terrae, Santiago, Chile
cherrerav@uft.edu | <https://orcid.org/0009-0002-7715-7121>



Recibido: 10/04/2024 | Aceptado: 22/05/2024 | Publicado: 31/05/2024

Resumen. En los últimos años los Tribunales Superiores de Justicia han acogido demandas de indemnización de perjuicios deducidas por oferentes perjudicados en procesos de licitación pública. Esto importa un cambio relevante en la jurisprudencia previa de nuestros tribunales, puesto que eran renuentes al resarcimiento de los perjuicios, al sostener que la participación en un proceso licitatorio únicamente importaba una mera expectativa. Un factor relevante en este cambio lo constituyen las declaraciones de ilegalidad y arbitrariedad junto con la medida para restablecer el imperio del Derecho dictada por el Tribunal de Contratación Pública junto con la aceptación de la noción de pérdida de chance. Por lo que, procederemos a analizar la creación y funcionamiento de esta Magistratura especializada y qué entiende por acto ilegal y arbitrario. Luego, nos referiremos el concepto de mera expectativa, cuál es la noción de Responsabilidad del Estado utilizada por la Corte Suprema, para finalizar identificando cuáles son los criterios utilizados para acoger estas acciones y qué es lo que se indemniza mediante el análisis de sentencias.

Palabras clave. Derecho administrativo, contratación pública, licitación pública, adjudicación, meras expectativas, indemnización, responsabilidad del estado, pérdida de chance.

Abstract. In recent years, the Superior Courts of Justice have accepted lawsuits regarding compensation as a result of damages offered by affected bidders in public

* Magíster en Derecho Público, Universidad Finis Terrae. Abogado, Universidad de los Andes.

bidding processes. This creates a relevant change in the previous jurisprudence of our courts, as they were reluctant to compensate for damages, maintaining that participation in a bidding process was a mere expectation. A relevant factor in this change is the declarations of illegality and arbitrariness in conjunction with the measure to reestablish the rule of law issued by the Court of Public Procurement together with the acceptance of the notion of loss of chance. Therefore, we will proceed to analyze the creation and operation of this specialized Judiciary and what is understood by an illegal and arbitrary act. Afterwards, we will refer to the concept of mere expectations, which is the notion of State Responsibility used by the Supreme Court, by identifying the criteria used to accept these actions and what is compensated through the analysis of sentences.

Keywords. Administrative law, public contracts, public bidding, adjudication, mere expectations, compensation, state responsibility, loss of chance.

1. Introducción

La satisfacción de necesidades concretas con recursos limitados ha sido un tema relevante y transversal para la Administración de los distintos Estados que componen el orbe y se manifiesta en distintas alternativas o modelos a aplicar, entre los cuales, podemos encontrar sistemas como el nuestro que incentivan la colaboración público-privada.

Esta cooperación trae consigo la responsabilidad de contemplar mecanismos de solución de controversias y reparación cuando se susciten conflictos entre las partes. Nuestro sistema jurídico actualmente posee un sistema de acciones judiciales y administrativas¹ que permiten recurrir tanto a instituciones que integran o no el Poder Judicial, pero tal como indica Alarcón (2017), “su elección será determinada por la etapa contractual en donde se produzca el conflicto” (p. 124).

Sin embargo, la existencia de estas instituciones como instancias para presentar los descargos que se estimen pertinentes trae consigo pronunciamientos o soluciones que con el tiempo y la evolución doctrinaria pueden ser fluctuantes o, derechamente, dar un giro alternativo a lo que se venía sosteniendo.

Este último punto es el que buscaremos analizar en las siguientes líneas, tomando en consideración y cotejando las sentencias de nuestro Máximo Tribunal que, en el último tiempo, han optado por reconocer una compensación pecuniaria, asumiendo el desafío de su determinación, a propósito de perjuicios por errores en procesos licitatorios.

Estas variaciones jurisprudenciales nos permitirán establecer si es solo un fenómeno momentáneo o, con propiedad, podemos hablar de una evolución en el entendimiento de nuestros magistrados. Asimismo, buscaremos identificar cuáles son los criterios o

¹ Nos referimos a la posibilidad de solicitar pronunciamiento tanto al Tribunal de Contratación Pública como a la Contraloría General de la República.

fundamentos que se utilizaban con anterioridad para descartar estas peticiones, si ahora se rechazan lo mismo, o bien, estos han sido superados y existen nuevas razones esgrimidas.

Finalmente, para desarrollar lo expuesto con anterioridad, procederemos a analizar la creación y funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública y qué entiende por un acto ilegal y arbitrario en el contexto de la acción de impugnación del artículo 24² de la Ley n° 19.886³ de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios⁴. Luego, abordaremos el concepto de meras expectativas, cuál es la noción de Responsabilidad del Estado utilizada por la Corte Suprema, para finalizar identificando cuáles son los criterios utilizados para acoger estas acciones y qué es lo que se indemniza mediante el análisis de sentencias.

2. Licitaciones y otras formas de contratación

Tratándose de la adquisición de suministros y prestación de servicios, se dictó la Ley n°19.886⁵ de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios y el Decreto Supremo n° 250, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba Reglamento de la Ley n°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios⁶.

Así, la Administración encuentra cuatro maneras distintas y complementarias para relacionarse con los distintos interesados que se presenten. Estas son: la licitación pública, la licitación privada, el convenio marco y el trato directo.

Respecto a la primera, que es la que ocupa este trabajo, encontramos su definición legal en el artículo séptimo de la citada ley, que la define de la siguiente manera: “El procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente” (ley 19.886, 2003).

Entre sus características, se ha estimado que “es un procedimiento administrativo, un procedimiento concursal de carácter abierto, mecanismo de contratación de carácter

² “El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”

³ Es menester señalar que, no obstante haberse publicado el día 13 de diciembre de 2023 la Ley n° 21.634 que introduce modificaciones a la Ley n° 19.886 entre otros cuerpos normativos, la nueva reglamentación del Tribunal de Contratación Pública aún no entra en vigencia.

⁴ En adelante, Ley n° 19.886 o Ley de Compras Públicas.

⁵ El día 27 de octubre de 1999, el Presidente de la República envió un mensaje a la Cámara de Diputados con el objetivo de dar inicio a este proyecto de ley.

⁶ En la historia de la ley consta que es, a propósito de un informe del año 1996 del Consejo de Auditoría externa del Consejo de la Presidencia, que se 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”.

colectivo, constituye la regla general como mecanismo de contratación, es un mecanismo de contratación obligatorio” (Celis, 2022, p. 181-183).

Este procedimiento de selección de un co-contratante particular no es un hecho o momento aislado dentro del procedimiento de contratación, sino que está conformado por distintas actuaciones que dan vida o dinamismo a esta actividad estatal. Lo anterior, permite también que en estas distintas etapas se puedan generar problemas que susciten la Responsabilidad del Estado Administración.

Parte de la doctrina, entre los cuales Lara (2011) destaca: “a) el haber seleccionado un mecanismo de contratación distinto al que le corresponde, b) incumplimiento de obligaciones financieras, c) declarar desierta la licitación sin motivación, d) prácticas abusivas de la Administración, e) imprecisiones en los términos de referencia y f) la imposibilidad de la toma de razón por causas imputable a la Administración” (p. 55-62). Sin embargo, a las ya mencionadas, se añade la circunstancia de presentarse errores al momento de la adjudicación por una mala ponderación de los antecedentes manifestada en la entrega de puntajes equívocos o en la elección de un oferente infractor de las bases licitatorias.

Esta última circunstancia es lo que ha sido comentada en el último tiempo, ya que se ha producido una alteración jurisprudencial, puesto que, con anterioridad, no se concedía ningún tipo de compensación pecuniaria; mientras que, en los últimos años⁷, podemos observar sentencias acogiendo pretensiones de indemnización, siendo lo discutido en la actualidad ¿Qué debe indemnizarse? Más que el hecho: ¿Qué implicó este cambio jurisprudencial?

A continuación, revisaremos brevemente la Magistratura de Contratación Pública, que ha sido parte importante en el cambio jurisprudencial que adelantábamos sobre acoger demandas de indemnización de perjuicios por errores en procesos licitatorios en sede civil. En razón de tomar los interesados como punto de inicio para el resarcimiento de sus perjuicios lo resuelto por este Tribunal especializado (TCP, 04/07/2023, rol 50-2018) y en diversas oportunidades, como se verá más adelante, con la siguiente fórmula y como medida para restablecer el imperio del Derecho, “se reconoce al actor el derecho a demandar en las sedes jurisdiccionales correspondientes al pago de las indemnizaciones civiles que estime corresponderle, así como hacer efectivas la responsabilidad administrativa que estime pertinente”.

⁷ Según expondremos en este trabajo, podemos encontrar sentencias desde el año 2015.

3. El Tribunal de Contratación Pública⁸

Uno de los primeros factores que se deben considerar, previamente a solicitar la indemnización por parte del Estado en sede civil, es el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico cuenta con un tribunal especializado en materia de contrataciones públicas y que lleva este mismo nombre.

El Tribunal de Contratación Pública fue creado en el año 2003, y su regulación podemos encontrarla en los artículos 22 al 27 de la Ley n° 19.886 y en el Auto Acordado n° 165 del año 2018, dictado por la Corte Suprema.

Este es el encargado de conocer “la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismo públicos regidos por esta ley” (ley 19.886, 2003, art. 24). Asimismo, en su inciso segundo establece los elementos que pueden fundarse (actos u omisiones), la calificación de estos (ilegales o arbitrarios) y el momento o cuando debe producirse el vicio (entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación).

3.1. Actos u omisiones

Puntualizando sobre las resoluciones que más originan la participación del Tribunal de Contratación, Felipe Olmos (2019) precisa en un orden de prelación en que podríamos ubicar en primer lugar la resolución que adjudica la propuesta. Luego, las acciones dirigidas contra la resolución que declara desierta la licitación y, en último lugar, aquellas que declaran inadmisibles una oferta o impugnan cláusulas de las bases de licitación. Señala también que son pocas las acciones de impugnación que se dirigen contra omisiones, como, no haber declarado inadmisibles una oferta que no reunía las exigencias establecidas en el pliego, o no haber pedido que se subsanen defectos meramente formales respecto de una oferta que se declaró inadmisibles (pp. 13-14).

3.2. Ilegales o arbitrarios

Si bien la ley contempla ambas situaciones, es relevante lo sostenido por el ya mentado autor en el párrafo anterior: “No obstante, que la arbitrariedad también puede ser fundamento basal de la acción de impugnación nunca se esgrime como único argumento, sino que la mayor parte de las veces, como apoyo del reclamo de ilegalidad” (Olmos, 2019, p. 14).

Esta dicotomía no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, sino que una redacción similar podemos encontrar en el artículo 20⁹ de la Constitución Política de la República a propósito del llamado recurso o acción de protección.

⁸ Como se indicó, la nueva normativa de este Colegiado aún no entra en vigencia.

⁹ El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso quinto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25°

Entre los aspectos a enfatizar podríamos señalar que no existe total claridad sobre lo que debe entenderse por ilegal o arbitrario, puesto que, según el caso y el derecho afectado, se hace uso de distintas nociones. Sin embargo, la Corte de Apelaciones cuenta con una sentencia donde busca conceptualizar ambos enunciados.

Así, “arbitrario” (CA, 16/01/2019, rol 14296-2018) consiste “en un acto o proceder caprichoso, contrario a la justicia, o a las leyes, inicuo, antojadizo, o infundado, despótico”; mientras que “ilegal” es “aquel que no está ajustado a derecho, constituyendo dicha disconformidad una infracción al ordenamiento jurídico que le priva actual o potencialmente de validez”.

3.3. Ilegalidad o arbitrariedad en la adjudicación

Entre los momentos relevantes a destacar en un proceso de contratación pública está el acto administrativo de la adjudicación. El reglamento lo define en su artículo segundo numeral primero como un “Acto administrativo fundado, por medio del cual la autoridad competente selecciona a uno o más oferentes para la suscripción de un Contrato de Suministro o Servicios, regido por la Ley n° 19.886”.

De lo anterior se desprenden ciertas características: La necesidad de ser motivado o fundado, es decir, que relate los hechos y el razonamiento empleados para llevar a determinada conclusión; dictado por el órgano o persona investido previamente, dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley, la posibilidad de ser simple o múltiple, la primera permite adjudicar a una única oferta por cada línea de producto o servicio licitado, mientras que la segunda, permite adjudicar más de una oferta por cada línea de producto o servicio licitado, con la condición de que la cantidad solicitada, debe coincidir con la cantidad total adjudicada; y la materia sobre las cuales pueden versar los contratos.

Por su parte, el artículo 10 de la Ley n°19.886 sobre la adjudicación prescribe en su inciso primero: “El contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente” y el inciso segundo: “El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento”.

Al igual que en el reglamento, hay una mención a la necesidad de motivación del acto de adjudicación y que sea emitido por quien la ley ha establecido para estos efectos.

podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.

En cuanto al procedimiento de adjudicación, este se encuentra regulado en el artículo 41 del DS 250 siendo los incisos tercero al sexto de este los más atinentes para este trabajo y que pueden resumirse en lo siguiente: Se debe aceptar la propuesta más ventajosa considerando la metodología de evaluación propuesta, la aceptación de la oferta debe ser por acto administrativo fundado, esto quiere decir, que debe añadirse la mayor cantidad de información que permita entender la calificación dada a los oferentes, no puede adjudicarse a quien incumpla las bases de licitación, ni a quienes se encuentren inhabilitados para contratar con la Administración, ni adjudicar a quien no tenga los poderes suficientes de representación para ratificar con posterioridad y en la forma prescrita por la ley.

El profesor Moraga (2019), refiriéndose a la impugnación de la actividad ilegal o arbitraria en los procedimientos de contratación, identifica los siguientes errores que pueden suscitarse durante la etapa de evaluación y adjudicación: a) Si la Administración no evalúa las ofertas o permite que un tercero lo haga, sin que ello hubiera sido regulado en las bases de licitación; b) Evaluar las propuestas según factores de licitación no declarados o no establecidos y previamente publicados a todos los licitantes; c) No dictar el acto de adjudicación ni el acto que declara fallido o desierto el concurso o licitación; d) Adjudicar el contrato a un proponente cuya oferta no cumple los requisitos establecidos en las bases de licitación o que, conforme a los factores de licitación, objetivamente no puede ser tenida como la más conveniente para la Administración; e) Dictar el acto de adjudicación del contrato por una autoridad incompetente, o con infracción de normas procedimentales o con alteración del contenido esencial de las bases de licitación o desconociendo el contenido esencial de la misma oferta del privado que el ente administrativo aprueba y adjudica; f) Dictar el acto de adjudicación del contrato sin que previamente se hubieran resuelto las acciones jurisdiccionales interpuestas y g) en las que se hubieran resuelto las acciones jurisdiccionales interpuestas y en las que se hubieran otorgado medidas provisionales para evitar su dictación (p. 575).

Para efectos de nuestro trabajo es este el punto crucial. Dado que, de no presentarse errores en esta parte de los procesos licitatorios, no existiría el derecho a una retribución económica, como explicaremos a continuación.

3.4. Indemnización en sede civil

Esta idea de buscar una retribución económica producto de la imposibilidad de hacer que las cosas vuelvan a su estado anterior se desprende del inciso primero del artículo 26 de la Ley n° 19.886 que refiere: “En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”.

Por lo que, las dos funciones elementales de este colegiado son declarar o no la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión y ordenar, cuando corresponda, las medidas para restablecer el imperio del derecho. Es de destacar que ambas funciones también

pueden ser realizadas por otros entes de la Administración, pese a la idoneidad por especialidad con que cuenta el Colegiado de Contratación.

Así, por ejemplo, nada obsta a que el interesado en obtener una compensación económica asista directamente a través de una demanda en los tribunales ordinarios de justicia. Por otro lado, y, con independencia, de obtener una sentencia favorable acerca de una indemnización, nuestro sistema también plantea la posibilidad de someter a conocimiento de la Contraloría General de la República para que emita un pronunciamiento acerca de la legalidad o no de un acto en un proceso licitatorio.

En este sentido, se decanta el profesor José Luis Lara (2011) afirmando:

En consecuencia, no cabe duda de que la víctima podrá demandar directamente la Responsabilidad del Estado en sede judicial bastando la acreditación del daño causado por la Administración, sea directamente o habiendo mediado previamente una sentencia que así lo declare por parte del Tribunal de Compras o un dictamen de la Contraloría General de la República. (p. 67)

Concentrándonos nuevamente en la última frase que compone el artículo citado con anterioridad, se ha entendido que *la posibilidad de demandar el pago de indemnizaciones* sería una de las medidas para restablecer el imperio del Derecho que el Tribunal puede ordenar en su sentencia, dada la amplitud con la que fue redactada la norma y, en la medida que lo estime necesario.

Especial mención merece este punto cuando se trata de sentencias dictadas una vez que el proceso licitatorio ya finalizó o está en desarrollo. Esta restricción a la Magistratura de Contratación de retrotraer el procedimiento hasta el momento de la evaluación de las ofertas, buscando salvaguardar los errores advertidos en su sentencia, guarda más relación con no interrumpir la satisfacción del fin público buscado por la Administración, más que continuar beneficiando al oferente infractor¹⁰.

3.5. Mera expectativa¹¹

En paralelo a lo anterior, pueden presentarse dos situaciones que prevenimos líneas más arriba, es decir, afectados que en primer lugar agotaron la vía administrativa para luego incoar las acciones indemnizatorias que estimen en sede civil. Mientras que una segunda opción la constituyen aquellos que directamente van a los tribunales ordinarios de justicia buscando obtener una retribución pecuniaria.

Si bien, la jurisprudencia de la Excelentísima Corte ha sido vacilante al respecto, dado que en algunos casos (CS, 06/03/2017, rol 52848-2016) ha estimado que primero debe

¹⁰ No ha sido el objeto del presente trabajo hacer un comentario o evaluación de las facultades en esta materia del Tribunal de Contratación Pública. No obstante, se tiene conocimiento de que hay quienes ven como una posible solución la ampliación de esta facultad para evitar una posterior litigación por la determinación de los perjuicios en sede civil.

¹¹ Este concepto estará con cursivas cuando sea utilizado en un pronunciamiento o sentencia.

recurrir ante el Tribunal de Contratación Pública, para luego someter ella los asuntos a su conocimiento¹², en otros no lo ha visto como un requisito o medio de preparación de la vía procesal¹³.

Sin embargo, y, adentrándonos en otra disquisición realizada por el Máximo Colegiado en nuestro país, podemos encontrar casos en donde el fundamento para rechazar la pretensión de indemnización dice relación con el concepto de mera expectativa que a continuación analizaremos.

Sobre el término antes esbozado, el Tribunal Constitucional (16/07/1982, rol 12-1982) ha señalado que puede entenderse como “mera expectativa o derecho eventual no incorporado al patrimonio de una persona”, o, también, “las esperanzas de adquirir algún derecho fundadas en la ley vigente”.

Puntualmente, en el ámbito de las licitaciones, y como indica Carolina Helfmann (2019):

este término se construiría sobre la base de disposiciones que emanan de la misma Ley de Compras Públicas, como aquella que establece que se adjudicará a la oferta más conveniente (artículo 7°), o bien aquella que habilita a declarar la licitación desierta cuando las ofertas no sean convenientes (artículo 9°). (p. 11)

Se ha entendido que todo oferente —persona jurídica con o sin fin de lucro, nacional o extranjera, persona natural, unión temporal de proveedores— mediante su participación en el concurso licitatorio, posee esta “mera expectativa” de ser adjudicado y, por tanto, ser quien en definitiva ejecutará el suministro del bien o servicio requerido.

Este razonamiento es uno de los esgrimidos en la mayoría de las defensas de órganos de la Administración Central como de los órganos descentralizados¹⁴ para controvertir las pretensiones contrarias, e incluso es posible encontrarlos en algunas bases de licitación¹⁵.

Es interesante mencionar que incluso esta nomenclatura ha sido utilizada por los Tribunales Superiores de Justicia a propósito de la impugnación del proceso licitatorio a través del Recurso de Protección.

Así, por ejemplo, sucedió en la licitación pública n° 18-213 sobre “Servicio de perforación para preacondicionamiento GOBM 2019-2023” en la cual el recurrente, luego de no resultar ganador, intentó esta vía alegando que tanto el oferente adjudicado como el proceso contaron con distintos vicios como: la inasistencia de una visita obligatoria,

¹² Este caso comenzó por la demanda de un particular contra la Municipalidad de Algarrobo a título de nulidad de derecho público e indemnización de perjuicios por errores al momento de la adjudicación.

¹³ Se abordará en las próximas páginas, pero se anticipa que al menos hemos encontrado un caso en donde se ha acogido una demanda de indemnización de perjuicios en sede civil sin haber obtenido un pronunciamiento del Tribunal de Contratación Pública referente a medidas de restablecer el imperio del derecho.

¹⁴ Como se verá más adelante en rol n° 154.663-2020 y Rol 52.594-2021.

¹⁵ Como en la Resolución Exenta n° 2674 (2019) que “Aprueba bases administrativas y técnicas y llama a licitación pública para la contratación del servicio de limpieza de fachadas y eliminación de rayados en la provincia de Santiago, Región metropolitana, pág. 13.

la modificación en varias oportunidades del plazo de recepción de ofertas, el irrespeto al plazo para realizar la adjudicación y finalmente la inexistencia del acta de evaluación.

Sin embargo, los Supremos sentenciadores (CS, 25/09/2019, rol 20803-2019) expresan:

Que, sobre la base de lo razonado, en el caso de autos no se ha establecido que la recurrente tenga un derecho indubitado que la habilite para reclamar por la presente vía, razón por la cual no se dan los presupuestos que permitan acoger la presente acción de protección.

Misma consideración encontramos en la sentencia rol n° 239-2023 (02/05/2023) de la Alta Magistratura, que confirma sin mayores reflexiones el fallo de la Corte de Apelaciones rol n° 30018-2022 (13/12/2022), y luego de señalar la extemporaneidad de la acción originada en un proceso licitatorio desarrollado por la Ilustre Municipalidad de Temuco, esgrimiendo que:

Finalmente, si el recurrente estima que el acto impugnado es ilegal y que consecuentemente es dubitado, debe solicitar la respectiva declaración en este sentido, lo que por sí solo escapa a los fines de este tipo de arbitrio constitucional, uno de cuyos pilares es la afectación de un derecho indubitado, el cual de no existir impide accionar por este medio legal.

Un énfasis más claro encontramos en la sentencia de la Ilustrísima Corte (CS, 27/05/2022, rol 74279-2022) donde hace directa mención del órgano competente según el objeto sosteniendo:

Recayendo la solicitud de invalidación de la parte recurrente en un decreto que adjudica la licitación respectiva, no resulta ser esta la vía idónea al efecto, pudiendo ejercer los mecanismos que establece la Ley n° 19.886 ante el Tribunal de Contratación Pública.

Trasladándonos a la jurisdicción civil,¹⁶ de igual manera podemos encontrarnos con este concepto, o quizás, institución, de mera expectativa para prescindir de las pretensiones indemnizatorias.

Comenzaremos con las razones dadas por el juez de letras de Castro en su sentencia,¹⁷ a propósito de un proceso licitatorio edilicio en donde se demandó a la Ilustre Municipalidad de Dalcahue, a título de lucro cesante, intereses, reajustes y costas por un oferente al no resultar ganador del concurso público.

El magistrado, decidiendo sobre la pretensión económica del licitante perjudicado y, teniendo en consideración la prueba incorporada por este, asiente en rol n° 1070-2017 (JL

¹⁶ Los fallos expuestos en este apartado serán revisados más adelante en relación con lo dicho por la Corte Suprema.

¹⁷ Se expone en razón de ser este asunto analizado por la Corte Suprema y se analizarán los fundamentos.

Castro, 17/05/2017) que: “queda de manifiesto que tenía *meras expectativas*, las mismas que cualquier otro oferente que se presenta en una licitación pública, y que no existía certeza de que se adjudicara la referida licitación”.

En el mismo sentido, se decanta el sentenciador interino del juzgado de letras y garantía de la comuna de Lebú (18/06/2020, rol 287-2018)¹⁸, al expresar que rechaza la petición de lucro cesante impetrada por el oferente no escogido en un proceso licitatorio por no superar el estándar de *mera expectativa*, indicando “Que por todo lo anterior y el hecho de que el actor solo tuviera una *mera expectativa* respecto de la adjudicación del contrato de licitación”.

Por último, y aproximándonos al siguiente apartado de este trabajo, el Máximo Tribunal (CS, 21/01/2014, rol 175-2012) utilizando el concepto de *mera expectativa* como argumento rechazó la acción indemnizatoria interpuesta contra la Ilustre Municipalidad de Recoleta por una empresa, luego de haber sido adjudicada en un proceso licitatorio producto de una mala evaluación de su oferta económica y que, advertida la situación y retrotraído el procedimiento hasta el acto de evaluación, esta decidió no participar nuevamente, prefiriendo accionar de perjuicios.

En virtud de los cual, los jueces superiores sostendrán (13/08/2019, rol 12908-2018):

ordenado, a su vez, la continuación del mismo a partir de una nueva evaluación de las ofertas, resulta evidente que la actora solo cuenta con una *mera expectativa* de obtener en el concurso de que se trata, pues la nueva evaluación y las decisiones que a partir de ella se adopten son completamente independientes de aquellas acordadas en el certamen original.

Manifestando entonces esta idea aún imperante sobre quién participa en un proceso licitatorio únicamente tiene una posibilidad, más no un derecho adquirido (CS, 29/09/2014, rol 16702-2014).

4. Jurisprudencia de la Corte Suprema

A continuación, analizaremos seis sentencias dictadas por la tercera sala de la Corte Suprema, conociendo a propósito de recursos de casación sobre demandas de indemnización de perjuicios producto de procesos licitatorios.

Corresponde señalar que los juzgadores tendrán presentes entre sus razones al momento de emitir pronunciamiento rol n° 2795-2015 (CS, 30/09/2015), que el título por el cual responde la Administración es de una Responsabilidad de carácter subjetiva y, por tanto, “Que reiteradamente se ha dicho que hay falta de servicio cuando el servicio no se presta, se presta mal o se presta tardíamente; por ello todo mal funcionamiento del servicio la constituye”.

¹⁸ Se expone en razón de ser este asunto analizado por la Corte Suprema con una conclusión distinta.

Además, sobre las identidades similares, pero no idénticas de la ilegalidad y la falta de servicio, ha precisado (CS, 10/11/2020, rol 50493-2020) “No toda ilegalidad necesariamente es constitutiva de falta de servicio, por cuanto las nociones de ilegalidad y falta de servicio son independientes”¹⁹. Por último, se verá como un recurso a utilizar por los jueces el concepto de *pérdida de chance* o *pérdida de oportunidad* al momento de argumentar en sentencias con miras a declarar favorables la pretensión de indemnización de los demandantes.

4.1. “Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional de Deportes” (CS, 30/09/15, rol 2795-2015)²⁰.

El Instituto de Deportes llama a licitación pública de ID Chilecompra 858-95-LP09 sobre “Reposición pantalla led coliseo de fútbol del Estadio Nacional”. El actor interpone demanda de indemnización de perjuicios²¹ (daño emergente, lucro cesante y daño moral) por la suma de \$500.000.000 (quinientos millones de pesos) o lo que se estime en derecho corresponda, con reajustes, intereses y costas.

Sustentan lo pedido por los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, cometidos con ocasión del procedimiento de dictación de la Resolución Exenta n° 2286, de 24 de agosto de 2009, que aprobó la rectificación del Informe Técnico de la Comisión Evaluadora de las ofertas. Precizando lo anterior, el demandante señala que hubo un error al momento de evaluar los criterios técnicos que impidió que obtuviera el primer lugar en la valoración y que, advertida dicha situación ante el órgano correspondiente, no se enmendó, sino que se reevaluó los antecedentes, siendo nuevamente perjudicado y manteniéndose el erróneo ganador.

Asimismo, la actora interpuso ante el Tribunal de Contratación Pública acción de impugnación en contra del mentado Informe Técnico, obteniendo declaración de ilegalidad respecto de este y señalando que podrá reclamar las indemnizaciones que estime procedentes (TCP, 10/09/2010, rol 84-2009).

El recurrente deduce recurso de casación, el que se divide en los siguientes capítulos: Primero, se infringieron los artículos 6°, 7° y 38 de la Constitución Política de la República y en los artículos 4° y 42 de la Ley n° 18.575 Orgánica de Bases de la Administración del Estado²². Cabe destacar que en esta oportunidad es cuando pide la Responsabilidad Extracontractual de la Administración.

Funda su pretensión de indemnización de perjuicios en la sentencia favorable obtenida por el Tribunal de Contratación Pública, que declara ilegal únicamente el Informe de

¹⁹ También se hace mención del fallo rol n° 7522-2008 de fecha 20 de agosto de 2010.

²⁰ Si bien se acogió tuvo un voto en contra del Ministro Aránguiz Zúñiga por no haberse acreditado los perjuicios.

²¹ En su demanda inicial el actor indica qué régimen de Responsabilidad del Estado busca hacer aplicable a la Municipalidad.

²² En adelante, Ley de Bases de la Administración o Ley de Bases.

Rectificación, no extendiéndose sobre la resolución de adjudicación ni invalidándose el proceso. Esta limitación es la que utilizaron tanto los demandados como el juez civil y la Judicatura de Apelaciones para sostener que no hay daño ni vínculo de causalidad que pueda sustentar las indemnizaciones por parte del actor.

Por su parte, el actor recursivo señala que, al no ser enmendadas las irregularidades advertidas, se configura la falta de servicio demandada.

El Tribunal Supremo, en su arbitrio, considera procedente la falta del servicio teniendo presente que la declaración de ilegalidad no fue sobre la resolución de adjudicación y que no hubo invalidación del proceso licitatorio. Sin embargo, entiende, a diferencia del juez civil y la Corte, que la mala calificación realizada sí trajo una consecuencia directa al recurrente.

Por lo que, esclarecido lo anterior, al entender que hay falta de servicio por infracción al artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración y por existir vínculo de causalidad entre la mala evaluación y los perjuicios solicitados, corresponde resarcir los perjuicios por concepto de “pérdida de una chance, de una oportunidad legítima de ganancia eventual,” y que se estima puede apreciarse prudencialmente en el 5% del valor ofertado²³ que corresponde a \$18.250.000 (dieciocho millones doscientos cincuenta mil pesos).

Finalmente, se debe hacer mención que la Corte no entrega mayores razones o el método utilizado para arribar a dicha conclusión.

4.2. “Luis González Paredes con Ilustre Municipalidad de Dalcahue” (CS, 15/03/2021, rol 4960-2019)²⁴.

El recurrente interpuso ante la mentada municipalidad demanda de indemnización de perjuicios producto de haberse realizado la licitación pública “Reposición posta Tehuaco-Quetalco comuna de Dalcahue”.

En este certamen se produjo una infracción a las bases de licitación, puesto que el proponente que ganó en su Oferta Económica no consideró el concepto “Número de hombres mes”, elemento establecido y necesario según el punto 4.3, Antecedentes Económicos, de las bases de licitación y que la Comisión al constatar su ausencia debió dejar fuera.

Asimismo, don Luis González recurrió a Contraloría obteniendo pronunciamiento (Dictamen 5339-2016)²⁵ a su favor, declarándose que debió haberse rechazado la oferta adjudicada por infracción a las bases de licitación y, a su vez, obtuvo sentencia favorable del Tribunal de Contratación Pública (TCP, 22/02/2017, rol 149-2016) que declaró ilegales y arbitrarios el Acta de Apertura del concurso, la Orden de Compra n° 3520-30-SE16

²³ El valor ofertado fue \$365.000.000 (trescientos sesenta y cinco millones).

²⁴ Acogida con el voto en contra del Señor Pallavicini por no verificarse el lucro cesante.

²⁵ Corresponde a la Contraloría de la Región de los Lagos.

y el Decreto Alcaldicio n° 1211, que adjudicó la licitación junto con reconocer al actor a demandar las indemnizaciones que corresponda.

En cuanto a los perjuicios, exige la indemnización por lucro cesante que estima en el monto de \$26.917.768 (veintiséis millones novecientos diecisiete mil setecientos sesenta y ocho pesos) por utilidades que no percibió, la suma de \$13.571.227 (trece millones quinientos setenta y un mil doscientos veintisiete pesos) por concepto propuesto por esta, que llama *obtención de mejor precio por compra en volumen materiales de construcción*, siendo el total buscado el de \$40.488.995 (cuarenta millones cuatrocientos ochenta y ocho mil novecientos noventa y cinco pesos) más reajustes e intereses, costas o la cifra que resulte acreditada más reajustes intereses con costas.

Uno de los primeros elementos a exponer es que, si bien no se ha establecido cuál es el régimen jurídico de Responsabilidad Estatal, la Corte estima que deberá aplicarse la Responsabilidad por falta de servicio y, por ser un órgano descentralizado, se aplicará la Ley n° 18.695 Orgánica de Municipalidades.²⁶ Luego procederá a definirla y concluirá que existirá falta de servicio “cuando se constate la ausencia de actividad del órgano de la Administración, debiendo aquella actividad haber existido, disponiendo de los medios para ellos”.

Agregaré que lo constitutivo de falta de servicio es el hecho de adjudicar la licitación a un oferente cuya oferta debió rechazarse por incumplir las bases que rigen el proceso concursal en relación con el artículo diez inciso tercero de la Ley n° 19.886; que la infracción se cometió durante la etapa precontractual, que constituye un elemento de la esencia en estos procedimientos públicos y, por aplicación del artículo 152 de la Ley Orgánica de Municipalidades, ya que al decidir de esa manera infringió la buena fe de las normas reguladoras que ella misma se ha impuesto. A continuación, refiriéndose al escenario de ser excluido el oferente adjudicado, señala que hubieran quedado únicamente dos y que, de estos, tomando en cuenta los puntajes obtenidos, puede desprenderse que el recurrente habría resultado ganador por su mayor calificación.

Lo anterior es lo que permite dilucidar a los jueces de instancia que el actor recursivo contaba con una chance y que los perjuicios producidos se derivan del indebido obrar municipal. Sin embargo, se rechaza el monto solicitado por concepto de mejor precio por no ser explicado con claridad, pero se acoge la indemnización por lucro cesante determinándose por un monto equivalente al 5% de su oferta²⁷.

Siendo los elementos contemplados por los jueces, la prueba rendida “presupuesto estimativo de obras” y “Informe propuesta pública n° 3520-26-LR16”²⁸, presentados el primero por el actor y el segundo por la administración, para determinar la cifra a resarcir.

²⁶ En adelante, Ley n°18.695, Ley de Municipalidades o Ley Orgánica de Municipalidades.

²⁷ La oferta fue de \$291.609.149 (doscientos noventa y un millones seiscientos nueve mil ciento cuarenta y nueve pesos). Por lo que, el monto a indemnizar corresponde a \$14.580.458 mil pesos (catorce millones quinientos ochenta mil cuatrocientos cincuenta y ocho mil pesos).

²⁸ Corresponde al acta de evaluación.

4.3. “Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A. con Ilustre Municipalidad de Puerto Varas” (CS, 15/06/2022, rol 14325-2021)²⁹

Se dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra de la Municipalidad de Puerto Varas, producto de haberse declarado ganador del proceso licitatorio ID n° 2852-51-LP13 para la construcción y operación del relleno sanitario provincial de Llanquihue a un oferente con infracción a las bases que regían el concurso. Por cuanto, no incluyó en su oferta el costo de construcción de la primera etapa del vertedero, el valor fijo proforma de la maquinaria, ascendente a \$1.100.000.000 (un mil cien millones de pesos) y que tenía el carácter de obligatorio en la presentación de oferta.

En cuanto a lo solicitado, corresponde al daño emergente avaluado en \$15.603.330 (quince millones seiscientos tres mil trescientos treinta pesos), lucro cesante \$2.627.744.867 (dos mil seiscientos veintisiete millones setecientos cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y siete pesos) resultando un total de \$2.643.348.197 (dos mil millones seiscientos cuarenta y tres millones trescientos cuarenta y ocho mil ciento noventa y siete) o la suma mayor o menor que se determine con reajustes e intereses más costas.

Asimismo, previamente presentó acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, quien declaró arbitrario e ilegal el actuar del organismo dirigido por la autoridad edilicia (TCP, 23/10/2015, rol 209-2013), puntualmente el Acta de evaluación, el Decreto Alcaldicio n° 3961 de 17 de septiembre de 2013. reconociendo además el derecho de entablar las acciones indemnizatorias y administrativas que estimen pertinentes.

Interesante es en este caso que tanto el juez civil como el Tribunal de Apelaciones rechazaron la demanda, dado que, al examinar la prueba acompañada, y tomando en cuenta lo señalado por el magistrado de Contratación que, aun constando solamente dos oferentes, el actor no podía resultar ganador de este proceso por haber ofertado un precio más alto del dispuesto en las bases de licitación.

Así, los Supremos sentenciadores conocerán estos autos mediante los recursos de casación en la forma, alegando que hubo *ultra petita* en las decisiones anteriores y en el fondo entablados por la demandante.

Precisará entonces que la normativa aplicable es el inciso primero del artículo 152 del Decreto con Fuerza de Ley n° 1 de 2006, que contiene el texto refundido de la Ley n° 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades. Luego, que la falta de servicio consistió en adjudicar a un oferente que infringió las bases de licitación y que no se excluyó oportunamente.

Destacará este pronunciamiento (CS, 15/06/2022, rol 14325-2021), al igual que el fallo que antecede, por referirse al ámbito de la Responsabilidad precontractual, dado que el error se cometió en la etapa contractual preparatoria, indicando “puesto que al adoptar

²⁹ Acogida con el voto en contra de la Ministra Ravanales quién rechazó por considerar que no se configuró daño para la sociedad demandante.

la decisión adjudicataria en comento vulneró los deberes que la buena fe impone en esta etapa previa o inicial del íter contractual”.

Adiciona que en caso de haber excluido oportunamente al proveedor adjudicado, siendo solamente dos los partícipes, correspondería adjudicar al actor de autos. No obstante, en este caso no hay referencia al lugar o puntaje obtenido aplicando la metodología de evaluación contenida en las bases.³⁰

Establecido lo anterior, descartará indemnizar el daño emergente basándose en la prueba rendida, pero sostendrá que el lucro cesante resultó probado, en razón de la actuación declarada ilegal de la demandada. De esta forma, y en relación con el mérito de la prueba rendida, conforme a un informe pericial y un informe privado, concluyen que la ganancia justa e idónea para este trabajo alcanza los 3,5% de las utilidades a título de lucro cesante³¹ siendo la suma final de la indemnización \$91.971.070 (noventa y un millones novecientos setenta y unos mil setenta pesos).

Consta en el fallo que existió una prevención por cuanto lo que correspondía indemnizar fue una pérdida de chance y no el lucro cesante³².

4.4. “PE & GE S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín” (CS, 23/12/2022, rol 52.594-2021)³³.

Esta empresa demanda la Responsabilidad Extracontractual de la Ilustre Municipalidad de San Joaquín por haberse adjudicado el concurso público ID n° 218-93-LP11 “Servicio de recolección y transporte de residuos sólidos domiciliarios, servicio de limpieza y barrido de calles y ferias libres y retiro de excedentes y servicio de retiro de escombros, micro basurales y desechos urbanos vegetales” a un oferente infractor de las bases.

En cuanto al perjuicio, exige la suma de \$426.492.781 (cuatrocientos veintiséis millones cuatrocientos noventa y dos mil setecientos ochenta y un pesos) compuesto por \$20.000.000 (veinte millones de pesos) por adquisición de maquinaria para ofertar, junto con los demás gastos para participar en este proceso. Por otro lado, el mismo monto se exige a título de daño moral y la suma de \$386.492.781 (trescientos ochenta y seis millones cuatrocientos noventa y dos mil setecientos ochenta y un pesos) por lucro cesante —equivalente al 15% de la utilidad obtenida en 6 años de duración del contrato— o lo que el Tribunal estime pertinente con costas.

La infracción consistió en que el adjudicado junto con otros oferentes fueron requeridos por el Municipio para presentar documentación que no fue incorporada al momento de ofertar, pero era necesaria para su evaluación y, una vez acompañada, fue declarado

³⁰ Sobre este punto se refiere la disidencia en este caso, ya que, a juicio de su autora, debió resultar igualmente excluido el actor por cuanto su oferta excedió el monto máximo.

³¹ \$2.627.744.867 (dos mil seiscientos veintisiete millones setecientos cuarenta y cuatro mil ochocientos sesenta y siete).

³² Esta prevención la realizó el Ministro Sergio Muñoz Gajardo.

³³ Todos los Ministros fallaron a favor de indemnizar.

vencedor. Aun cuando el requirente había cumplido en acompañar oportunamente los antecedentes solicitados y que su propuesta fue la más favorable.

Con anterioridad a la acción civil, la empresa perjudicada concurrió al Tribunal de Contratación Pública (08/11/2013, rol 22-2012), quien junto con dar lugar a su pretensión declaró ilegal y arbitrario el Acta n° 1 de la comisión, el Memorandum n° 16 de 18 de enero de 2012 y el Decreto n° 385 de 8 de marzo de 2012 de adjudicación, ordenando dejar sin efecto el acto de adjudicación, el contrato y otorgó un plazo de 16 días para retrotraer el proceso a la etapa de evaluación, pero no se reconoció el derecho a demandar los perjuicios. Finalmente, el juez civil no da lugar a la demanda por acoger la prescripción alegada por el organismo público, fallo que sería confirmado en sede de apelación.

Sin embargo, la Suprema Corte acogerá la pretensión descartando la excepción de prescripción antes señalada, determinando en primer lugar que el régimen aplicable dada la naturaleza pública de la entidad licitante es el artículo 152 de la Ley Orgánica de Municipalidades y que *la falta de servicio* está constituida por no acatar la orden de retrotraer el proceso dada por la judicatura de contratación en su sentencia.

Señalará que con el mérito de la prueba no es posible acreditar el daño moral ni el daño emergente, pero sí dará bastantes luces sobre lo que la actora denominó lucro cesante. Estimaré que la declaración de ilegalidad y arbitrariedad del acta de evaluación, memorándum y decreto alcaldicio antes mencionados, junto con la obligación de retrotraer el proceso a una nueva evaluación con los mismos estándares y con la exclusión de los oferentes transgresores, permiten observar que el demandante contaba *con una chance u oportunidad seria y concreta de adjudicarse la licitación* (CS, 23/12/2022, rol 52594-2021).

Razonará esto último, ya que de haberse retrotraído el concurso solo quedarían tres postulantes y, de entre ellos, el actor resultaría ganador, no habiendo elementos que permitan explicar que sea electo un oferente que obtuvo una puntuación menor.

Continúa el fallo entregando un marco que nos permite saber qué entienden los sentenciadores por *lucro cesante*, porque no lo concederá y, a su vez, explicará qué entiende por *pérdida de chance* y cómo la determinará.

Sobre esta última, señalará (CS, 23/12/2022, rol 52594-2021) que “es una expectativa de ganancia probable o eventual que, evidentemente, no reviste los mismos caracteres de certeza que la primera, pues aun cuando su posibilidad es seria y razonablemente predecible, no es absolutamente segura”. Mientras que sobre su determinación dirá_

La reparación de la pérdida de oportunidad, la valoración del daño y su quantum indemnizatorio deben quedar a la estimación prudencial del juzgador, quien deberá definir el monto conforme al caso concreto y de los antecedentes aportados por la víctima, debiendo estimar prudencialmente las probabilidades de ocurrencia del beneficio esperado.

Determinando entonces, según su criterio y bajo la prueba rendida, que lo conveniente es resarcir el 1,5% de la oferta efectuada, que corresponde a \$38.829.264 (treinta y ocho

millones ochocientos veintinueve mil doscientos sesenta y cuatro pesos) por considerarse una ganancia justa e idónea.

Sin embargo y no obstante, la distinción propuesta, en las palabras finales del resuelto segundo de la sentencia versa que se condena a pagar *por concepto de lucro cesante*.

4.5. “Gonzalo Mercadal y Cía. Limitada con Serviu V Región” (CS, 12/01/2023, rol 88733-2021)³⁴

Por haberse declarado desierta la licitación n° 82-2008 “Programa de Vialidad Urbana, Mejoramiento camino troncal Quillota, La Cruz, La Calera, Etapa II, tramo Arauco-Valencia” por Serviu V Región, interpone demanda de indemnización de perjuicios la empresa Gonzalo Mercadal y Cía. Limitada exigiendo la Responsabilidad del ente descentralizado por la suma neta de \$568.994.333 (quinientos sesenta y ocho millones novecientos noventa y cuatro mil trescientos treinta y tres pesos) equivalentes al 23,4% del valor ofertado, o bien incluyendo impuesto, \$677.043.759 (seiscientos setenta y siete millones cuarenta y tres mil setecientos cincuenta nueve pesos). Señala que entiende además que la indemnización de perjuicios comprende el lucro cesante, daño emergente y puede extenderse al concepto de *pérdida de chance*.

Es menester señalar que el actor, con anterioridad, también concurrió ante el Tribunal de Contratación Pública (04/04/2012, rol 64-2009), quien declaró ilegales y arbitrarios la resolución que declaró desierto el concurso, el Ordinario mediante el cual el Director respectivo comunica la decisión, y reconociendo al derecho de demandar los perjuicios.

Asimismo, la sociedad, habiendo demandado en sede civil (5° JL Valpo., 14/06/2016, rol 2790-2013) la Responsabilidad del servicio público descrito, obtuvo sentencia favorable ordenando el resarcimiento únicamente del daño emergente, evaluándolo en \$50.000 (cincuenta mil pesos) y no concediendo la pérdida de chance por no ser solicitada. El mismo raciocinio fue el utilizado por el Tribunal de Alzada conociendo el asunto.

Emitiendo pronunciamiento, los Supremos acogen el recurso, descartando la alegación de prescripción interpuesta por la contraria, fundado en que, de no haberse declarado ilegalmente desierto el llamado a licitación pública, el actor hubiera resultado ganador por ser el proponente mejor evaluado y que, además, debe distinguirse entre *la pérdida de chance* del lucro cesante, el daño emergente o daño extrapatrimonial.

Precisará que no debe confundirse el concepto de *pérdida de chance* con daño eventual, en razón, de que sobre este último no se tiene certeza razonable del daño que se recibirá. En cambio, “en los casos de pérdida de una oportunidad puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado o de evitar el perjuicio”.

³⁴ En este caso se acordó con los votos en contra de la Ministra Vivanco y del Señor Matus, pero por estimar procedente la excepción de prescripción.

De este modo, tomará el monto propuesto equivalente a la suma neta propuesta de \$568.994.333 (quinientos setenta y ocho millones novecientos noventa y cuatro mil trescientos treinta y tres mil pesos) y, determinará, prudencialmente, que el monto a indemnizar corresponde al 7% de la cifra descrita, siendo los perjuicios equivalentes a \$39.829.588 (treinta y nueve millones ochocientos veintinueve mil quinientos ochenta y ocho pesos). Con todo, la suma propuesta tuvo como elemento a considerar que Serviu V región convocó a otro certamen donde la empresa pudo participar en igualdad de condiciones.

4.6. “Centro de Salud Visual RR Limitada con Centro de Referencia de Salud Maipú” (CS, 13/01/2023, rol 5798-2022)³⁵

Producto de un error en el proceso licitatorio ID 2115-27-LP13 efectuado por la municipalidad de Maipú titulado “Servicios Médicos de Tratamiento Quirúrgico Integral de Cataratas para el Centro de Referencia de Salud de Maipú” la empresa acciona demandando la indemnización de perjuicios por falta de servicio.

El inconveniente es producto de la resolución de adjudicación en razón de haber resultado vencedor un oferente con infracción a las bases de licitación por no acreditar documentalmente el número de cirugías realizadas en un año, junto con no acompañar los contratos de compraventa o arrendamiento que permitieran acreditar propiedad o autorización de uso de equipamiento.

Respecto a la indemnización solicitada, esta contempla el lucro cesante avaluado en \$988.200.000 por las utilidades que dejó de percibir o, en subsidio, la utilidad neta de \$580.000.000, o bien lo que se determine, más intereses y reajustes, con costas.

De igual manera que en ocasiones similares, el actor interpuso reclamo ante el Tribunal de Contratación Pública, obteniendo sentencia favorable (24/02/2015, rol 159-2013) determinando que la adjudicada no debía resultar ganadora, declarando ilegales el acta de evaluación, la resolución de adjudicación, la oferta inadmisibles y reconociendo el derecho del reclamante a interponer las acciones indemnizatorias.

Luego, conociendo el juez civil la acción indemnizatoria, este la desestimaré, ya que, en su arbitrio, la sentencia del Colegiado especializado en Contratación que reconoce la ilegalidad de un acto no es suficiente para configurar la Responsabilidad de la Administración. Además de indicar que aun de haberse excluido al oferente infractor, la circunstancia de haber participado en un proceso licitatorio constituye únicamente una mera expectativa que no muta a un derecho adquirido por el fallo de los jueces expertos en la materia. La Corte de Apelación confirmará la sentencia rol n° 5798-2022 (CS, 13/01/2023) indicando que en base a la prueba rendida no es posible calcular la utilidad neta e indican:

³⁵ Acordada con el voto en contra del señor Morales quién estimó que el demandante solo contaba con una mera expectativa.

que tampoco es posible dar por establecido que lo normal, en caso de no incurrir en la ilegalidad declarada, sería que la demandante se hubiese adjudicado el contrato, pues, al tenor del artículo 9 de la Ley n° 19.886, la administración tiene la facultad de declarar desierta una licitación, conforme a una estimación que cabe hacer a ésta de manera privativa.

Por su parte, los sentenciadores en el fallo que acoge el recurso sostienen que “la falta de servicio que el actor atribuye al demandado, pues, al adjudicar la licitación pública denominada Equipo quirúrgico de fragmatome retinal vítreo o accesorios para cirugía oftalmológica al oferente Integrasalud Limitada, el Centro de Referencia de Salud Maipú transgredió el principio de estricta sujeción a las bases consagrado en el inciso 3° del artículo 10 de la Ley n° 19.886”.

Continúa su análisis señalando y, con relación al hecho de haber desestimado la indemnización por concepto de lucro cesante por no haberse aportado prueba suficiente por los jueces de Instancia, los Supremos precisarán que debieron ser estos quienes viendo los hechos debieron vislumbrar que lo indemnizable aquí no es el daño final, sino la oportunidad por haber existido *una chance de ganar el concurso*³⁶.

Refiriéndose al monto indemnizatorio, tomará en cuenta que debiéndose declarar fuera de bases al oferente adjudicado, solo quedarían dos proponentes, siendo el que alcanzó el mayor puntaje según la metodología utilizada en el concurso el demandante de autos³⁷.

Así, determinará la utilidad esperada en el 30% del lucro cesante, esto es, \$296.460.000 (doscientos noventa y seis millones cuatrocientos sesenta mil pesos), mientras que la ganancia justa e idónea será determinada por el 5% del monto recién descrito correspondiente \$14.823.000 (catorce millones ochocientos veintitrés mil pesos). Empero, lo expuesto por el Supremo tribunal en definitiva y a modo prudencial fijará el monto en \$15.000.000 (quince millones de pesos), pero por concepto de lucro cesante.

5. Análisis

5.1. Pérdida de chance o lucro cesante

De lo expuesto, podemos observar que en los casos “Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto de Deportes”, y “Gonzalo Mercadal y Compañía Ltda. con Serviu V Región” son los únicos en donde efectivamente lo indemnizado corresponde a una *pérdida de chance u oportunidad*. Mientras que, lo concedido, en “Luis González Paredes con Municipalidad de Dalcahue” y “Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A. con

³⁶ Considerando décimo primero, Sentencia de Reemplazo.

³⁷ El voto de minoría de este fallo expone todo lo contrario, ya que refiere que, no obstante haberse declarado la ilegalidad de la adjudicación, idealmente el actor contaba con una mera expectativa, dado que fueron tres los ofertantes, el ente licitante estaba en la posibilidad de declarar vencedor al demandante o su contrincante, Clínica Novovisión.

Ilustre Municipalidad de Puerto Varas”, PE & GE S.A. con Municipalidad de San Joaquín” y “Centro de Salud Visual RR Limitada con Centro de Referencia de Salud Maipú”, aun cuando fue a título de pérdida de chance, en realidad se entregó por lucro cesante.

5.2. Motivo de la demanda

De todos los casos analizados, el único que no fue indemnizado por haberse producido un error en el proceso licitatorio en relación con el momento de la adjudicación por una mala evaluación de los antecedentes y/o en la entrega de puntajes es Gonzalo Mercadal y Cía. Limitada, quien fue afectado por declararse indebidamente desierto un concurso licitatorio.

5.3. Monto indemnizado

En cuanto a los montos indemnizados de este primer grupo, quisiéramos destacar el caso Gonzalo Mercadal y Compañía Ltda., ya que este propone como monto compensatorio un porcentaje de lo propuesto en su oferta, teniendo claridad que es, justamente, una posibilidad, una opción, lo que se pide resarcir y no la totalidad de un monto, determinando la Corte prudencialmente en un porcentaje del 7% de lo solicitado. Por su parte, a Comercial e Industrial Titanium Limitada se le otorga prudencialmente un porcentaje del 5% del valor ofertado.

Entre tanto, a Luis González se le otorgó al 5% de su oferta, Centro de Salud Visual RR Limitada será el 5% de la utilidad esperada según el lucro cesante, pero que el tribunal fijará prudencialmente en \$15.000.000 (quince millones). Pero por concepto de lucro cesante, a la compañía Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A. será el 3,5% de las utilidades a título de lucro cesante y, finalmente, a la sociedad PE & GE S.A. concede un 1,5% de lo ofertado como monto justo e idóneo.

5.4. Instancia previa ante el Tribunal de Contratación Pública

Respecto de haber concurrido ante el Tribunal de Contratación Pública con anterioridad a la acción civil, debemos mencionar que todos dieron cumplimiento a lo anterior obteniendo sentencias favorables, pero únicamente a la empresa “PE & GE S.A.” no se le reconoció derecho a ser resarcidos en los perjuicios por ordenarse volver el procedimiento atrás hasta la etapa de evaluación. Asimismo, debemos destacar que don Luis González Paredes, además de asistir ante el Tribunal de Contratación Pública, también concurrió a Contraloría General de la República obteniendo dictamen favorable.

5.5. Exclusión del oferente infractor

En el primer grupo, al menos en los casos de Comercial e Industrial Titanium Limitada y Gonzalo Mercadal Cía. Ltda., no hay mención a la circunstancia de que, habiéndose excluido al oferente infractor, estos serían los adjudicados.

Por su parte, en el caso de don Luis González Paredes y Centro de Salud Visual RR Limitada, se tiene en consideración que, en caso de haberse excluido al oferente infractor, debieron ser los adjudicados. Finalmente, en el caso de la Sociedad Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A., la Corte estima que debió ser este el adjudicado, luego de descartar al infractor, pero tanto el juez civil como la Corte de Apelaciones estimaban que, analizada su oferta y las bases, de igual manera debía quedar fuera. Lo anterior, no es aplicable para la empresa PE & GE S.A. por ordenarse la retroacción del procedimiento hasta el momento de la evaluación.

5.6. Responsabilidad del Estado

Respecto al primer grupo, en la empresa Comercial Titanium Limitada demandó la Responsabilidad Extracontractual de la Administración a partir de la fase recursiva. Por su parte, la sociedad Gonzalo Mercadal y Cía. Ltda. no hay mención en la sentencia a falta de servicio.

Por último, y en relación con este segundo grupo propuesto, en los casos de Luis González Paredes y la Compañía Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A., es la Judicatura Suprema quien determina que es aplicable el régimen de Responsabilidad Extracontractual por falta de servicio. En cambio, las empresas PE & GE S.A. y Centro de Salud Visual RR Limitada solicitaron la Responsabilidad por falta de servicio.

6. Conclusiones

Podemos sostener que la Corte Suprema ha dado lugar, aún no de manera tan sostenida producto de las disidencias a la hora de examinar quienes suscriben los fallos, a las pretensiones producto de errores en la adjudicación en procesos licitatorios, identificando entre los elementos mínimos: a) el hecho de haber sido perjudicado en un concurso público por la elección de un oferente con infracción de las bases licitatorias o b) por haberse declarado indebidamente la deserción de un concurso y c) haber obtenido un pronunciamiento favorable del Tribunal de Contratación Pública sobre la acción de impugnación interpuesta junto con establecer como medida para restablecer el imperio del derecho como regla general.

Sobre este último punto, podemos advertir, basándonos en lo expuesto, que la Suprema Judicatura abrió una posibilidad al conceder una indemnización por *pérdida de chance* aun cuando la Magistratura de Contratación no dio lugar a reclamar las indemnizaciones que se estimen pertinentes.

Asimismo, y en caso de no determinar o determinar erróneamente el régimen de Responsabilidad aplicable a la Administración, han sido los jueces del Máximo Tribunal los encargados de realizar o corregir esta imprecisión en virtud de aforismo *iura novit curia*, en virtud del cual, “el juez tiene potestad para variar la calificación de Derecho que las partes efectúen respecto de los hechos alegados” (Romero, 2013, p. 229).

Sin embargo, como contrapartida de lo anterior y de lo observado, aún persiste confusión al momento de determinar el título de lo indemnizado entre los conceptos de lucro cesante y pérdida *de chance*.

Por su parte, la posibilidad de revisión por parte de nuestro Tribunal Superior ha permitido ampliar lo pedido, incluyéndose la indemnización por pérdida de chance en la fase recursiva por los oferentes afectados.

Finalmente, en relación con la cuantía a compensar, si bien no se han entregado determinadas fórmulas o cálculos para la determinación de lo que se considerará “justo o idóneo”, uno de los elementos considerados por este Tribunal Supremo es el monto ofertado en los procesos para, fundado en este y en los demás elementos probados en juicio, determinar un porcentaje a indemnizar.

Acerca del artículo

El presente artículo se deriva de la tesis presentada por el autor para obtener el grado de Magister en Derecho Público de la Universidad Finis Terrae, Santiago, Chile (disponible en: <https://repositorio.uft.cl/server/api/core/bitstreams/f4cb6133-5a38-46a4-8b75-056eebee9515/content>).

Notas de conflicto de interés. El autor declara no tener ningún conflicto de interés en relación con la publicación de este artículo.

Contribución en el trabajo. El autor asumió todos los roles establecidos en *Contributor Roles Taxonomy* (CRediT).

Referencias

- Alarcón Jaña, P. (2017). Notas acerca del contencioso contractual administrativo en Chile. En E. Soto Kloss (Ed.), *Derecho administrativo y la protección de las personas. Libro homenaje a 30 años de docencia del profesor Ramiro Mendoza en la UC*. Ediciones UC. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2003). Historia de la Ley n° 19.886. BCN. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5860/>
- Celis Danzinger, G. (2022). *Derecho de compras públicas*. Thomson Reuters.
- Dirección de Compras y Contratación Pública. (2005). Instrucciones de uso: tipos de adjudicación y emisión de órdenes de compra. *Chilecompra*. <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n01.pdf>
- Helfmann Martini, C. (2021). Indemnización por actos ilegales o arbitrarios generados en la adjudicación de una licitación pública: Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema González con Ilustre Municipalidad de Dalcahue. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (33), 255-267. <https://doi.org/10.7764/redae.33.9>

- Intendencia Metropolitana de Santiago. (20 de diciembre de 2019). Resolución Exenta n° 2674 “aprueba bases administrativas y técnicas y llama a licitación pública para la contratación del servicio de limpieza de fachadas y eliminación de rayados en la provincia de Santiago, Región Metropolitana”. ID 877-7-LQ19.
- Lara Arroyo, J.L. (2011) La responsabilidad del Estado por su actividad jurídica bilateral: el caso de contrato de suministro y prestación de servicios bajo la Ley 19886. *Revista Ius Publicum*, (27), 51-69.
- Moraga Klenner, C. (2019). *Contratación administrativa*. Thomson Reuters.
- Olmos Carrasco, F. (2013). Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública. En G. Bocksang Hola y J. L. Lara Arroyo (Coords.), *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las Leyes n° 19.880 y n° 19.886*. Legal Publishing Thomson Reuters.
- Romero Rodríguez, S. (2013). Concurso de normas y concurso de acciones en el derecho procesal civil chileno. *Ius et Praxis*, 19(2), 207-250. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200007>
- Tribunal de Contratación Pública. (2018). Cuenta pública. https://tribunaldecontratacionpublica.cl/wp-content/uploads/2023/12/CUENTA_PUBLICA_Agosto2018.pdf

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema, 25 de septiembre de 2019, rol 20803-2019 (Recurso de Apelación), “ADC Services Spa con Codelco Chile”.
- Corte Suprema, 06 de marzo de 2017, rol 52848-2018 (Acción de Nulidad de Derecho Público), “Catalán Vidal Francisco con Ilustre Municipalidad de Algarrobo”.
- Tribunal de Contratación Pública, 24 de febrero de 2015, rol 159-2013 (Acción de impugnación), “Centro de Salud Visual RR Ltda. con Centro de Referencia de Salud de Maipú”.
- Corte Suprema, 13 de enero de 2023, rol 5798-2022 (Recurso de Casación). “Centro de Salud Visual RR Ltda. con Centro de referencia de salud de Maipú”.
- Tribunal de Contratación Pública, 10 de septiembre de 2010, rol 84-2009 (Acción de impugnación), “Comercial e industrial Titanium limitada con Instituto Nacional de Deportes”.
- Corte Suprema, 30 de septiembre de 2015, rol 2795-2015 (Recurso de Casación), “Comercial e Industrial Titanium Limitada con Instituto Nacional de Deportes”.
- Juzgado de Letras y Garantías de Lebu, 18 de junio de 2020, rol 287-2018 (Acción de indemnización de perjuicios), “Constructora Manzano y Asociados Limitada con Ilustre Municipalidad de Lebu”.
- Corte Suprema, 29 de septiembre de 2014, rol 16702-2014 (Recurso de Casación), “E Y C Empresa Constructora Limitada con Ilustre Municipalidad de Lampa”.
- Tribunal de Contratación Pública, 21 de enero de 2014, rol 175-2012 (Acción de impugnación), “Ecoverde con Ilustre Municipalidad de Recoleta”.

- Corte Suprema, 13 de agosto de 2019, rol 12908-2019 (Recurso de Casación), “Ecoverde con Ilustre Municipalidad de Recoleta”.
- Tribunal de Contratación Pública, 04 de julio de 2023, rol 50-2018 (Acción de impugnación), “Fremiqsur Ltda con Hospital Clínico Metropolitano de la Florida”.
- 5° Juzgado Civil de Valparaíso, 14 de junio de 2016, rol 2790-2013 (Acción de indemnización de perjuicios), “Gonzalo Mercadal y Cía. Ltda. con Serviu V Región”.
- Corte Suprema, 12 de enero 2023, rol 88733-2021 (Recurso de Casación), “Gonzalo Mercadal y Cía. Ltda. con Serviu V Región”.
- Corte de Apelaciones de Temuco, 13 de diciembre de 2022, rol 30018-2022 (Recurso de Protección), “Ingeniería la Sebastiana SPA con Ilustre Municipalidad de Temuco”.
- Corte Suprema, 02 de mayo de 2023, rol 239-2023 (Recurso de Apelación), “Ingeniería la Sebastiana SPA con Ilustre Municipalidad de Temuco”.
- Corte Suprema, 02 de agosto de 2010, rol 7522-2008 (Recurso de Casación), “Inmobiliaria San Andrés limitada ingeniería y construcción Valmar Ltda. con Ilustre Municipalidad de Villarrica”.
- Corte Suprema, 10 de noviembre de 2020, rol 50.493 (Recurso de Casación), “Inmobiliaria Mirador Salinas Spa con Ilustre Municipalidad de Viña del Mar”.
- Contraloría General Región de los Lagos, 15 de septiembre de 2016, rol 5339-2016, (Dictamen), “Luis Fernando González Paredes con Ilustre Municipalidad de Dalcahue”.
- Tribunal de Contratación Pública, 22 de febrero de 2017, rol 149-2016 (Acción de impugnación), “Luis Fernando González Paredes con Ilustre Municipalidad de Dalcahue”.
- Juez de Letras de Castro, 17 de mayo de 2017, rol 1070-2017 (Acción de Indemnización de perjuicios), “Luis Fernando González Paredes con Ilustre Municipalidad de Dalcahue”.
- Corte Suprema, 15 de marzo de 2021, rol 4960-2019. (Recurso de Casación), “Luis Fernando González Paredes con Ilustre Municipalidad de Dalcahue”.
- Tribunal de Contratación Pública, 23 de octubre de 2015, rol 209-2013, (Acción de impugnación), “Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros civiles S.A. con Ilustre Municipalidad de Puerto Varas”.
- Corte Suprema 15 de junio de 2022, rol 14325-2021 (Recurso de Casación), “Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros civiles S.A. con Ilustre Municipalidad de Puerto Varas”.
- Tribunal de Contratación Pública, 08 de noviembre de 2013, rol 22-2012 (Acción de impugnación), “PE & GE S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín”.
- Corte Suprema, de 23 de diciembre de 2022, rol 52594-2021 (Recurso de Casación), “PE & GE S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín”.
- Tribunal Constitucional, 16 de julio de 1982, rol 12-1982 (Control de Constitucionalidad), “Pronunciamiento respecto del proyecto de ley que interpreta el alcance de la garantía del derecho de propiedad, en relación con las pensiones integrantes de un sistema de seguridad social y su reajustabilidad”.

Corte de Apelaciones, 16 de enero de 2019, rol 14296-2018 (Recurso de Protección), “Rodrigo Aguilera Sepúlveda en representación de Nelson Daniel Aroca Basaur con Isolina del Rosario Díaz Chávez”.

Tribunal de Contratación Pública, 04 de abril de 2012, rol 64-2009 (Acción de impugnación), “Sociedad Gonzalo Mercadal y Compañía limitada con Serviu Región de Valparaíso”.

Corte Suprema, 27 de mayo de 2022, rol 74279-2022 (Recurso de Protección), “Vidal/Muñoz”.

Normas jurídicas citadas

Constitución Política de la República de Chile.

Corte Suprema. (5 de octubre de 2018). Auto Acordado 165. <https://bcn.cl/2p1h2>

Decreto Supremo 250. (24 de septiembre de 2004). Aprueba reglamento de la ley 19.886. <https://bcn.cl/2f6fl>

Ley 19.886. (30 de julio de 2003). De bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. <https://bcn.cl/2f72u>

Ley 21.634. (11 de diciembre de 2023). Moderniza la ley nº 19.886 y otras leyes, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del estado. <https://bcn.cl/3gxwa>

Abreviaturas

CS: Corte Suprema

DS: Decreto Supremo

JL: Juzgado de Letras civil

TCP: Tribunal de Contratación Pública