



Revista de Derecho (Valparaíso)

ISSN: 0716-1883

dirder@ucv.cl

Pontificia Universidad Católica de
Valparaíso
Chile

Concha Machuca, Ricardo

CRÍTICA A LA FALTA DE DECLARACIÓN DE NULIDAD Y A LA CONSIGUIENTE
CONFIGURACIÓN DE LA EFICACIA DEL CONTRATO PÚBLICO INVÁLIDO
SOPORTADO EN UN PROCEDIMIENTO ILEGAL

Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XLVI, enero-junio, 2016, pp. 287-310

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Valparaíso, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173646921009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

CRÍTICA A LA FALTA DE DECLARACIÓN DE NULIDAD Y A LA CONSIGUIENTE CONFIGURACIÓN DE LA EFICACIA DEL CONTRATO PÚBLICO INVÁLIDO SOPORTADO EN UN PROCEDIMIENTO ILEGAL

[Critical analysis of the configuration of the public contract supported in an illegal procedure, however effective]

Ricardo CONCHA MACHUCA*
Universidad de Talca

RESUMEN

Requiriéndose declaración judicial para que opere la nulidad, y en el entendido de que un vicio de invalidez es presupuesto y causal de nulidad, este trabajo analiza críticamente la configuración dada en el derecho chileno en virtud de la que contratos ilegales en grado de invalidez, incluso habiéndose constatado la ilegalidad mediante sentencia judicial ejecutoriada, siguen teniéndose por eficaces sin que exista norma jurídica alguna que autorice la eficacia de tales negocios jurídicos viciados, en virtud

ABSTRACT

Given a court resolution is required to apply nullity, and on the basis that invalidity is the preliminary finding and cause for nullity, this work analyses, from a critique standpoint, the setting existing in Chilean law by virtue of which illegal contracts that are no longer in force, even when the illegality has been ascertained by way of legal executed judgment, are still regarded as efficient without any legal norm that authorises the efficacy of said defective legal businesses, by virtue of which, lacking a declaration of

RECIDIDO el 26 de abril de 2016 y ACEPTADO el 16 de junio de 2016

* Académico, Universidad de Talca, Av. Lircay s/n, Talca, rconcha@utalca.cl.
Este trabajo es producto del proyecto de investigación FONDECYT de Iniciación N° 11130604, financiado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, “Declaración de nulidad del contrato de la Administración por vicio de invalidez en el procedimiento que lo soporta”.

de los que, faltando una declaración de nulidad, se tiene a la Administración del Estado por obligada en contratos que al no encontrarse válidamente celebrados, no pueden conferir fuerza obligatoria. Por otra parte, se proponen soluciones a la problemática planteada, las que pasan tanto por las alternativas que ofrecen las acciones ordinarias de nulidad (en el ámbito administrativo y civil), como la acción especial de impugnación creada por la Ley N° 19.886.

PALABRAS CLAVE

Contrato – validez – eficacia – nulidad.

invalidity, the State Administration is bound by contracts that as they have not been validly entered into, they cannot give binding force. On the other hand, solutions comprising alternatives that both offer the ordinary invalidity actions (within the administrative and civil scope), as well as the special actions to challenge created under Act No. 19.886 are proposed.

KEYWORDS

Contract – validity – efficacy – nullity

I. INTRODUCCIÓN**

A diez años de la instauración de la acción de especial de impugnación por ilegalidad en la selección de licitantes en la contratación pública, este artículo plantea como se ha configurado la afirmación de la eficacia de contratos que celebra la Administración del Estado, a pesar de la ilegalidad constatada en la formación de la decisión de contratar en un procedimiento de licitación. La importancia de tratar esta figura está dada porque de ese modo se muestra su efecto pernicioso, que consiste en que se tiene por obligada a una parte, esto es, a la Administración del Estado, sin que el contrato pueda, en Derecho, tener fuerza obligatoria¹.

** Tabla de Abreviaturas: 1. LCP.: Ley de contratos administrativos de suministros y prestación de servicios pública, N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. 2. LBPA.: Ley de bases de procedimientos administrativos. 3. TCP.: Tribunal de Contratación Pública. 4. CS.: CS., de Chile.

¹ La declaración de ilegalidad, si bien da lugar a invalidez, no basta para obtener la ineficacia del contrato, toda vez que para que opere la nulidad se requiere de declaración judicial expresa, y sobre la base de ese entendido operan en el sistema jurídico los Tribunales de Justicia. En este sentido, CONCHA, Ricardo, *Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar*, en *Revista de Derecho*, 44, (2015) pp. 31-49. Por otra parte, la fuerza obligatoria del contrato de la Administración, en CS., 22 de marzo de 2013, rol N° 6988-2012, se encuentra

Considerando que tradicionalmente en Chile la nulidad tiende a identificarse con el derecho para atacar el acto mediante la acción de nulidad², este trabajo trata el problema planteado desde dos perspectivas. La primera perspectiva consiste en establecer, por una parte, los casos en que en la judicatura especializada se discute acerca de la legalidad de un contrato que presenta un vicio en un procedimiento de licitación, y por otra parte, en determinar el problema en doctrina, en lo que específicamente se refiere a los argumentos dogmáticos para criticar tal situación. Mediante la segunda perspectiva se exponen las alternativas para superar el problema de acuerdo a derecho, y cuáles serían los ajustes necesarios para que la judicatura especializada cumpla con su propósito establecido de acuerdo con el derecho vigente.

II. LA ACCIÓN ESPECIAL DE IMPUGNACIÓN DE LA LCP

1. *Separabilidad entre el procedimiento y el contrato en el tratamiento de la acción de especial de impugnación*

La ilegalidad, en contexto de licitaciones públicas o privadas, que se haya cometido entre la fijación de las bases y la adjudicación del mismo contrato, se puede hacer valer mediante la acción especial de impugnación, dispuesta en el capítulo V de la LCP.

El campo de aplicación de esta acción es bastante amplio. Dentro de las clases de contratos impugnables mediante esta acción especial, se encuentran, desde luego, los contratos administrativos de suministros y prestación de servicios, los contratos administrativos de ejecución y concesión de obra pública³ y toda la contratación administrativa municipal⁴.

soportada en el artículo 1545 CC. En este entendido, CS., 8 de abril de 2013, rol N° 3261-2012, ha resuelto aplicando las normas civiles de los efectos de las obligaciones para el cumplimiento forzado, así como las reglas civiles de interpretación de los contratos. Véase CS., 06 de abril de 2013, rol N° 5940-2012.

² En este sentido, DOMÍNGUEZ, Ramón, *Todo el que tenga interés en ello... (sobre el art. 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta)* en MANTILLA, Fabricio - PIZARRO, Carlos (editores), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet* (Santiago, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2008), p. 543., señala que en la concepción tradicional del derecho civil chileno, la nulidad tiende a confundirse con la acción de nulidad, es decir, el derecho para atacar el acto, adquiriendo un carácter procesal:

³ La misma LCP, dispone en el inciso 3º de la letra e) de su artículo 3 que su Capítulo V se aplica directamente a los contratos administrativos de concesión y ejecución de obra pública.

⁴ El artículo 66 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, N° 18.695 reza “*La regulación de los procedimientos administrativos de contratación que*

A tratar del alcance que a la acción de impugnación se le ha dado por los tribunales de justicia se dedican los párrafos siguientes de este apartado.

El Tribunal de Contratación Pública⁵, es una judicatura especializada competente para conocer de lo que se denomina en este trabajo acción especial de impugnación. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso II del art. 26 LCP., conoce de esta acción en segunda instancia la Corte de Apelaciones de Santiago.

Cabe adelantar que en general, los tribunales sostienen la eficacia del contrato, a pesar de la ilegalidad del procedimiento de contratación. Se pueden distinguir tres órdenes de sentencias, según la manera en que resuelven a favor de la eficacia del contrato ilegal:

En el primer orden, se hallan las sentencias que se niegan expresamente a declarar infeliz el contrato, a base de argumentos que consideran el interés público o general comprometido en la contratación, los derechos adquiridos de quien se adjudicó el contrato y la consideración de ciertos aspectos procesales.

En cuanto al interés general, se ha fallado⁶ que en virtud del interés público comprometido es necesario mantener la eficacia del contrato, toda vez que, en sus términos, “*es obvio que es el interés público el que aparece directamente comprometido y obligado en el acto, en función de cumplir dicho organismo con la necesidad de satisfacer una necesidad pública*”, y se indica que en materia de contratación administrativa “*la preeminencia del interés público en relación a los derechos privados individuales, es un principio ampliamente reconocido, tanto por la doctrina como por la normativa de derecho público. En este caso, sin embargo, la supremacía del interés general ha surgido como una limitación necesaria a la facultad jurisdiccional de este tribunal para constreñir los efectos propios de la anulación de un acto administrativo, omitiendo deliberadamente una declaración de retroactividad que, además de ser inoportuna, provocaría perjuicio al interés público, inseguridad jurídica*

realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y sus reglamentos”.

⁵ Lo que ha venido ocurriendo en los últimos años es una proliferación de tribunales especiales del orden contencioso administrativo para determinadas materias específicas como lo son los tribunales ambientales, los aduaneros y tributarios, y el propio Tribunal de Contratación Pública. Todos estos Tribunales no forman ni constituyen una orgánica contencioso administrativa sino que cada uno tiene una regulación *sui generis*, lo que se manifiesta, en que por ejemplo, reciben financiamiento de distintos órganos de la Administración del Estado para su funcionamiento, pero estando sujetos jurisdiccionalmente a los tribunales ordinarios de segunda instancia.

⁶ TCP. 24 de abril de 2007, rol N° 58-2006; TCP. 23 de agosto de 2007, rol N° 86-2006; TCP. 25 de septiembre de 2007, rol N° 41-2007; TCP. 4 de marzo de 2008, rol N° 42-2007.

y, a lo menos, perturbación en el ejercicio de derechos dotados de amparo constitucional”. Con respecto a los eventuales derechos adquiridos, se aprecia que para sostener la eficacia del contrato ilegalmente celebrado, el Tribunal arguye lo que denomina derechos adquiridos del contratista que se adjudicó el contrato. De este modo hay fallos que señalan que “*no caben dudas respecto a que la declaración de nulidad lesionaría derechos adquiridos legítimamente por el adjudicatario [...], amparados en su ejercicio por una garantía constitucional expresa, como es la contenida en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República*”. Se aprecia como se llega al extremo de sostener que de contratos ilegales surgen derechos adquiridos (más adelante nos detendremos críticamente en este punto). En cuanto a los argumentos procesales, se halla la consideración de aspectos procedimentales referidos al emplazamiento del licitante ganador. En este sentido, se ha resuelto que éste “*resulta ser un tercero que no ha sido parte en este juicio, respecto de quién, además, no se ha demostrado que de algún modo haya intervenido en el acto ni contribuido a causar la ilegalidad declarada, ni que haya existido mala fe en su obrar en el proceso a que dio origen la propuesta pública*”⁸. Al respecto, se puede acotar que la no afectación de terceros ajenos al juicio se puede explicar mejor por el efecto relativo de las sentencias judiciales, regla en virtud de la que no se le puede oponer a nadie una sentencia de un pleito en que no ha sido parte. Sin embargo ello no es argumento válido para sostener la eficacia del contrato.

En el segundo orden de sentencias que afirman la eficacia del contrato ilegal, es posible encontrar fallos en los que se descarta el efecto anulatorio por cuestiones meramente pragmáticas, sin mayor argumentación. En este sentido, se ha fallado que, en tanto el contrato objeto de la licitación pública impugnada en el pleito se ha cumplido, resulta inoficioso declarar la nulidad⁹. En otros, se ha resuelto que el fallo no afectará al contrato si es que éste ya se ha ejecutado al momento de la ejecutoriedad de la sentencia definitiva de ilegalidad¹⁰.

⁷ TCP. 24 de abril de 2007, rol N° 58-2006; TCP. 23 de agosto de 2007, rol N° 86-2006; TCP. 25 de septiembre de 2007, rol N° 41-2007; TCP. 4 de marzo de 2008, rol N° 42-2007.

⁸ TCP. 24 de abril de 2007, rol N° 58-2006; TCP. 23 de agosto de 2007, rol N° 86-2006; TCP. 25 de septiembre de 2007, rol N° 41-2007; TCP. 4 de marzo de 2008, rol N° 42-2007. Para la CORTE SUPREMA, 14 de abril de 2015, rol N° 30323-2014, sin embargo y en general, en materia de nulidad administrativa, la falta de emplazamiento de los favorecidos por el acto nulo impide que se acoja la demanda.

⁹ TCP. 25 de abril de 2013, rol N° 126-2012.

¹⁰ Se falla que se acoge la acción de impugnación “*sólo en cuanto se declaran ilegales el Acta de Evaluación de la propuesta, la Resolución [...] que aprobó el informe*

En el tercer orden, y predominantemente en la actualidad se hallan fallos que sujetan a condición la cuestión de la eficacia del contrato. Estas sentencias generalmente en la parte dispositiva declaran ilegal y privan de efectos al acto impugnado. Sin embargo, acto seguido establecen una modalidad, en estos términos: “*si en la etapa de ejecución de este fallo, se acreditare el íntegro cumplimiento del contrato de adquisición de los bienes, que debió suscribirse con motivo de la propuesta pública en que incide la demanda, y no pudiese, por tal motivo, cumplirse con lo dispuesto por este Tribunal en el resolutivo que antecede, se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias que estime pertinentes, en resguardo de los derechos que crea corresponderle.*”¹¹

En otras decisiones la formula condicional es más amplia. Una buena muestra de ello son los siguientes fallos. En fallo 24 de marzo de 2015, la literalidad de la cláusula condicional es la siguiente: “*si por cualquier razón de orden legal o administrativo, no pudiese llevarse a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de este fallo, se reconoce a la empresa [...] el derecho a entablar en las sedes respectivas, las acciones jurisdiccionales indemnizatorias y las administrativas pertinentes*”¹². En fallo de 23 de septiembre de 2014, habiendo declarado ilegal licitación, en la misma sentencia se resuelve que “*en consecuencia, deberá retrotraerse la licitación al estado de modificarse las Bases Administrativas*” y que “*si por cualquier motivo de orden administrativo o legal, no pudiese darse cumplimiento a lo resuelto precedentemente, se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias y las administrativas que fueren pertinentes*”¹³.

En estos últimos fallos expuestos ni siquiera se señala cuál es la condición a la que queda sujeta la eficacia de la sentencia (y por ende, del contrato), pudiendo calificarse, tanto por su literalidad, como por sus efectos, como una condición meramente potestativa. Asimismo en la generalidad de los fallos condicionales no se encuentra una fundamentación que afirme o niegue el efecto anulatorio, toda vez que, hipotéticamente, este puede

de la Comisión Evaluadora y adjudicó la licitación pública y la Resolución Exenta [...], que aprobó el contrato para la prestación de los servicios materia de la propuesta pública y se la rechaza en todo lo demás”, TCP. 2 de diciembre de 2014, rol N° 132-2013. En el mismo sentido, TCP. 16 de diciembre de 2014, rol N° 126-2013, 16 de diciembre de 2014.

¹¹ TCP. 9 de septiembre de 2014, rol N° 142-2013, previamente TCP. 12 de junio de 2009, rol N° 28-2008.

¹² TCP. 24 de marzo de 2015, rol 311-2014. En igual sentido, previamente TCP. 22 de enero de 2013, rol 123-2012, TCP. 28 de agosto de 2013, rol 127-2013, TCP. 24 de septiembre de 2013, rol 169-2013.

¹³ TCP. 23 de septiembre de 2014, rol 120- 2013.

o no verificarse, dependiendo, y esto es lo que más llama la atención, de circunstancias que extrañan a lo resuelto en la misma sentencia.

Sin embargo, la descrita manera de fallar, implica sostener en los hechos la eficacia del contrato, en el subentendido, de que el hecho que impide que se cumpla la orden de la privación de efectos del contrato es que este se halla celebrado o ejecutado, lo que es todo un contrasentido para una sentencia que en apariencia es de ineficacia. Un claro ejemplo de estas clases de sentencias es el fallo de 6 de junio de 2014, toda vez que, al menos retóricamente, declara ineficaz al contrato, en estos términos: “*se deja sin efecto el contrato [...] suscrito entre la entidad licitante y la empresa*”, para luego agregar la modalidad: “*que en el evento que la medida antes dispuesta no pudiera llevarse a cabo, se reconoce a la parte demandante el derecho a entablar en la sede jurisdiccional competente las acciones indemnizatorias que estime pertinentes*”¹⁴.

Cabe notar que todas las sentencias expuestas no expresan que el contrato sea válido, sino que no procede el efecto anulatorio, para de esta manera, pretiriendo la cuestión de la validez, sostener la eficacia del contrato. Es decir, la cuestión de la validez, en estas sentencias, no es algo que influya en la nulidad.

2. Crítica a los argumentos que sostienen la eficacia del contrato ilegal

Corresponde dar lugar ahora a la crítica a los argumentos que sostienen la eficacia del contrato aun habiéndose constatado judicialmente la ilegalidad de la licitación que lo soporta.

En primer lugar, es descartable el argumento de que el interés público conduce a desechar la ineficacia del contrato, con su sola mención o invocación, sin ningún desarrollo argumental, que indique por qué el supuesto interés público en la ejecución del contrato, prefiere al interés público que existe en el respeto de la legalidad. No es propio que los fallos no desarrollen la idea de interés público a la que se refieren, sino que únicamente lo invoquen a modo de petición de principios, para sostener que la eficacia del contrato va mejor a este interés (y no la ineficacia), y no exprese en sus fallos cual es la noción de interés público que maneja el Tribunal, ni las razones de por qué ese interés sostiene la eficacia de lo ilegal.

En segundo lugar, también es descartable el argumento de que cuando ya se ha suscrito el contrato la declaración nulidad resulta inoficiosa, obviando que, como se sabe, el efecto propio de la nulidad es precisamente dejar a las partes en el estado anterior a la celebración del contrato. Tal fundamento es, entonces, jurídicamente falso, toda vez que implica dejar

¹⁴ TCP. 6 de junio de 2014, rol N° 28-2013.

de aplicar una institución, como los es la nulidad, que tiene por función resguardar la legalidad objetiva¹⁵, simplemente, porque las consecuencias parecen no ser deseables para el Tribunal, cuestión que entendemos descartada en el ordenamiento jurídico chileno¹⁶.

En tercer lugar, tampoco el argumento de los eventuales derechos adquiridos por el licitante ganador de un procedimiento viciado es sostenible para descartar la nulidad del contrato que se encuentra soportado en un procedimiento ilegal.

La lógica jurídica indica que de un acto ilegal en cuanto tal no pueden surgir válidamente derechos. En este caso los supuestos derechos adquiridos serían los derechos contractuales, aquellos derechos personales o créditos, que el licitante ganador tiene, como sujeto activo, en contra del Estado en tanto sujeto pasivo. El licitante ganador tendría créditos en tanto acreedor, en los términos del art. 578 CC. Dichos derechos personales emanan de la ley del contrato, esto es, del art. 1545 CC., que como lo ha dicho la Corte Suprema también rige para los contratos del Estado¹⁷, y dicha norma establece que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes. Y, a *contrario sensu*, un contrato ilegal no obliga, no es fuente de créditos o de derechos personales, ni de obligaciones. De modo que, al privar de eficacia a un contrato soportado en un procedimiento viciado, no se está vulnerando ningún derecho adquirido, toda vez que, en su virtud,

¹⁵ Sobre la función de la nulidad ver BARAONA, Jorge, *La nulidad de los actos jurídicos: consideraciones históricas y dogmáticas* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, 2012), pp.43-48.

¹⁶ Ello en virtud del artículo 11 del Código Civil, que dispone que “cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de prever un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”, en relación con el artículo 23 CC., que reza: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes”. Sobre esta última norma ver GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011) pp. 105 y ss.; 177 y ss.

¹⁷ Así lo declara expresamente la Corte Suprema, 22 de marzo de 2013, rol N° 6988-2012, con comentario en CONCHA, Ricardo, *La fuente normativa de la fuerza obligatoria del contrato de la Administración (art. 1545 del Código Civil)*, en *Ius et Praxis*, Año 19 (2013) N° 2, pp.467-476. En este sentido, cuando se trata de conflictos contractuales el máximo tribunal aplica las reglas civiles de interpretación de contratos del CC. (CS., 06/05/2013, rol N°5940-2012, y las normas de los efectos de las obligaciones para el cumplimiento forzado del mismo código (CS., 08 de abril de 2013, rol N°3261-2012).

no pudo incorporarse válidamente al patrimonio del contratista ningún derecho personal o de crédito en contra de la Administración del Estado¹⁸.

Estos argumentos no pueden conducir a sostener la validez de lo ilegal. Indicativo de ello es que las sentencias no afirman la validez de los contratos, solo descartan el efecto anulatorio. Una crítica general a las consecuencias que se siguen de la aplicación de estos cuestionados argumentos se expondrá luego de revisar algunas soluciones comparadas, para similar problemática, dadas principalmente en el derecho europeo continental romano germánico.

3. Regulación de la problemática en otros ordenamientos

El problema del vínculo entre el procedimiento de licitación y el contrato, no es exclusiva del derecho chileno¹⁹. En el derecho comunitario europeo actualmente vigente se establece, en términos generales, que la ilegalidad del procedimiento, en ciertas causales catalogadas, debe traer como consecuencia necesaria la ineficacia del contrato²⁰.

Para impugnar la contratación soportada en procedimientos viciados se distingue entre lo que se ha denominado un recurso especial precontractual

¹⁸ Un problema diverso podrá ser el determinar el eventual derecho a indemnización, y bajo qué título, del contratista que de buena fe se ha adjudicado el contrato.

¹⁹ En general con respecto al problema de la nulidad de los contratos de la Administración del Estado, en la literatura comparada, además de los textos referidos en este trabajo, se establece el estado del arte en el marco del derecho europeo continental, principalmente, por las siguientes obras: BACA ONETO, Víctor (2005): *La invalidez de los contratos públicos* (Navarra, Editorial Aranzadi, 2005); BERMEJO VERA, José, *Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público*, en GIMENO FELIÚ, José (editor), *El derecho de los contratos del sector público*, (Zaragoza, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2008); DÍAZ, JOSÉ, *De la invalidez de los contratos en:* GARCÍA MACHO, Ricardo, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y la ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003); GALLEGOS, Isabel, *Efectos de la declaración de invalidez del contrato público en Contratación administrativa práctica* (2008) 76; PALOMAR OLMEDA, Alberto, *La invalidez de los contratos*, en Jiménez, Emilio, *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas* (Navarra, Editorial Aranzadi, 2002); REBELO DE SOUSA, Marcelo, *O concurso público na formação do acto administrativo* (Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1994); SAINZ MORENO, Fernando, *Invalidez de los contratos de la Administración*, en: Pendás García, Benigno, *Derecho de los contratos público* (Barcelona, Editorial Praxis, 1995); SANTAMARÍA PASTOR, Juan, *La invalidez de los contratos públicos*, en *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Pública* (Madrid, Editorial Civitas, 2004).

²⁰ Antes, se esta exigencia era menor, en este sentido, ver MARCHETTI, BARBARA, *ANNULLAMENTO DELL' AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO: ESPERIENZE EUROPEE A CONFRONTO EN DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO*, XXVI (2008) 1, pp. 95- 137.

y uno de nulidad para cuando el contrato se ha celebrado. Bajo una serie de parámetros se autoriza a los estados a establecer una consecuencia distinta que la nulidad *ex tunc*, como puede ser la multa para el poder adjudicador, indemnizaciones o de otra índole. Para ello se deberán considerar algunos aspectos como un daño económico desproporcionado u otros factores²¹.

Ahora bien, esta reglamentación ha sido incorporada como norma interna los estados miembros de la Unión Europea de manera distinta. Se trata sintéticamente a continuación cómo se configura el problema en algunos derechos nacionales.

En el ordenamiento jurídico alemán, existe establecido un control de la parte pública de la formación de los contratos administrativos, pero dicho control, antes de la normativa europea, no alcanzaba a afectar la validez del contrato, sino que existía únicamente para los fines del control interno de la Administración, cuya infracción podía dar lugar a sanciones administrativas internas, pero no tocaba al contrato. Actualmente, se puede decir que, en términos generales, y dependiendo de las causales, la ilegalidad en el procedimiento da lugar a nulidad con efectos *ex tunc*²². En el *common law* europeo, la solución era similar a la del derecho alemán, ya que comparten la concepción civil del contrato de la Administración. Así para el derecho inglés, en principio los contratos públicos tienen el mismo tratamiento que los contratos privados. Esto se demuestra especialmente en que las normas de procedimiento administrativo de contratación no conforman parte de la *power conferring rule* de la Administración para contratar, por lo que, en principio, no pueden afectar la validez del contrato, y durante un largo periodo, ni siquiera eran reclamables ante el foro. En los años 70 del siglo pasado se incorporó la posibilidad de la revisión del poder contractual de la Administración pública. Pero no a través del remedio civilista, sino que considerando el poder contractual de la autoridad como un poder público impugnable mediante el procedimiento del *judicial review*. Entonces, frente a las dos opciones de justiciabilidad, esto es, el remedio civil o remedio administrativo, en el derecho inglés se optó por la justiciabilidad administrativa. Ahora bien, siempre sin tocar al contrato, por lo que en ningún caso el *judicial review* afectaba la validez del mismo²³, cuestión que por aplicación de la normativa europea actualmente se ve matizada.

Por otro lado tenemos la situación dada en los derechos francés, español e italiano, en los que la ilegalidad del procedimiento de contratación es

²¹ Véase la directiva comunitaria 2007/66/UE, artículo 2º, *quinquies*, bajo el epígrafe “ineficacia”.

²² DÍEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos* (Madrid, Marcial Pons, 2012), pp. 198-201, 211-212.

²³ MARCHETTI, BARBARA, cit. (n.20) pp. 121- 126.

reclamable, a través de la justicia administrativa, ante el juez administrativo. Ahora bien, la consecuencia de la ilegalidad ha sido diversa en cada derecho nacional, y es lo que precisamente la directiva europea vigente, ya referida, intenta reglamentar estableciendo pisos mínimos.

En el derecho francés el problema tradicionalmente refiere a la teoría de los actos separables, la que en síntesis implica que la anulación un acto de procedimiento no conlleva necesariamente la declaración judicial de nulidad del contrato, toda vez que el procedimiento administrativo pre contractual y los actos que lo conforman se conciben como separados del contrato finalmente celebrado²⁴. Asimismo, se constataba por un autor que en el derecho francés se da cierto rechazo de la justicia administrativa para declarar la nulidad del contrato, y ordenar el efecto anulatorio, prevaleciendo argumentos pragmáticos, sobre las decisiones que se derivarían de la aplicación estricta de la lógica jurídica²⁵. Actualmente, en Francia, se admite en términos generales (dependiendo de la clase de contrato y del vicio) la relación de validez entre el procedimiento y el contrato, a efectos de ineeficacia de este último, por aplicación de la referida normativa europea.

Por su parte el derecho español, prescribe expresamente por ley que “*La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*”²⁶. De esta manera, en España es la misma la ley, la que establece que corresponde la declaración de la nulidad del contrato, cuando se anula la adjudicación o los actos administrativos preparatorios, debiendo entrar el contrato en fase de liquidación. Ahora bien, dependiendo de la clase de contrato, como de la clase de vicio, el sistema varía entre la ineeficacia *ex tunc* del contrato, como en el mantenimiento de sus efectos en casos calificados, autorizados por la ley y debidamente justificados por los Tribunales²⁷.

Por otra parte, en el derecho italiano, ha habido posturas diversas. Se ha sostenido que el vicio del negocio jurídico contractual debe hacerse valer

²⁴ MACERA, Bernad-Frank, *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, (Barcelona, Cedecs Editorial, 2001) p. 69.

²⁵ POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs*, (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991) pp. 550 y 551.

²⁶ Artículo 35.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, España.

²⁷ Véase DÍEZ, Silvia, cit. (n. 22) pp.201-209, 213-218.

ante el juez²⁸, y que en virtud de la nulidad de la adjudicación el contrato se extingue automáticamente²⁹, a base de que el fundamento del contrato se halla en el procedimiento administrativo, de modo que la nulidad de éste último conlleva la ineffectuacíon del contrato en definitiva celebrado³⁰.

En los derechos nacionales europeos se aprecia que hay soluciones distintas e incluso alguna que, en los hechos puede coincidir con la solución dada en el ordenamiento jurídico nacional. Pero dichas soluciones encuentran un respaldo normativo. Entre nosotros no existe tal norma, al contrario tenemos el artículo 11 del Código Civil, que justamente establece la inevitabilidad de la nulidad salvo que la ley establezca expresamente otra consecuencia; norma aplicable a la materia, a lo menos, en virtud del art. 1 LCP.

4. Crítica a la separabilidad de hecho en el derecho chileno

De las sentencias expuestas anteriormente (*supra* I.1) se aprecia que en ellas se declara la ilegalidad del contrato, supuestamente se le priva de efectos y se ordena retrotraer las cosas al estado anterior al del acto ilegal³¹. Esto es, declara, figuradamente, una nulidad propiamente tal. Pero ello es solo en apariencia, porque la orden de retrotraer o de privación de efectos, como se ha expuesto, es meramente retórica sin ninguna pretensión de aplicación.

A la luz del ordenamiento jurídico chileno dicha solución no se ajusta al derecho vigente³², toda vez que ninguno de los argumentos considerados por las sentencias expuestas justifica tal tipo de decisiones, como se ha expresado en un apartado anterior (*supra* I.1).

Del mismo modo, tampoco son procedentes otros fundamentos,

²⁸ BENEDETTI, Aureta – ROSSI, Giampaolo, *La actividad contractual de la Administración Pública en Italia*, en *Documentación Administrativa*, 248 - 249 (1997), p. 420.

²⁹ MARCHETTI, Barbara, CIT. (n. 20) pp. 98 – 135; VALAGUZZA, SARA, Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto en *Diritto Processuale amministrativo*, XXII(2004) 1, pp. 284 - 313.

³⁰ BENEDETTI - ROSSI, cit. (n. 28) p. 420.

³¹ Por ejemplo, TCP. 23 de septiembre de 2014, rol 120- 2013, “en consecuencia, deberá retrotraerse la licitación al estado de modificarse las Bases Administrativas”.

³² De acuerdo con los artículos 10 y 11 CC. que respectivamente disponen: “*Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención*”; “*Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de prever un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley.*”

esgrimidos en otras ocasiones en las sentencias. En este sentido, no es sostenible que para descartar el efecto anulatorio del vicio de ilegalidad sobre el contrato, simplemente se sostenga que tratándose de situaciones reguladas por el derecho público, no resulta posible la aplicación lisa y llana de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contratos de orden privado, y que por lo tanto procede aplicar el derecho privado de contratos³³. Esta afirmación que, siendo discutible, puede tener algo de razonabilidad en abstracto, soslaya que en materia de contratos existe la supletoriedad del derecho privado ordenada expresamente por el art. 1 LCP.

Desde otra perspectiva es criticable que, en estos casos ni siquiera se analiza en las sentencias si el vicio por el que se impugna la licitación cabe en la excepción del art. 13 Inciso II de la LBPA., regla autoriza a considerar que un vicio no afecta la validez de un acto. Esta norma, que es general en materia de nulidad administrativa, últimamente ha sido frecuentemente aplicada por la Corte Suprema³⁴, dispone que “*el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado*”. De la transcrita disposición se colige que el vicio de forma puede o no afectar la validez del acto. Para que afecte la validez, el vicio de forma debe afectar a un requisito esencial y generar perjuicio. Salta a la vista que lo primero que se requiere para que el vicio no sea invalidante es que este sea precisamente, de forma. Resulta difícil que ese realmente sea el caso en el problema que nos ocupa toda vez que, los fallos que declaran la ilegalidad en materia de licitaciones (como, por ejemplo, en los casos citados en este trabajo), tanto en primera como en segunda instancia, se basan en vicios sustantivos tales como que la entidad licitante no ha dado estricto apego a las bases administrativas o técnicas que rigen la licitación, lo que difícilmente cabe en el supuesto del art. 13 inciso 2º LBPA. (que autoriza la conservación del acto), porque tal orden de vicios no cabe calificarlos como meramente formales.

En suma, la acción de impugnación especial del artículo 24 LCP. se ha configurado como una especie de reclamo de ilegalidad especial, cuyo

³³ TCP. 24 de abril de 2007, rol N° 58-2006; TCP. 23 de agosto de 2007, rol N° 86-2006; TCP. 25 de septiembre de 2007, rol N° 41-2007; TCP. 4 de marzo de 2008, rol N° 42-2007.

³⁴ CS., 17 de diciembre de 2015, rol N° 8650-2015; CS., 17 de diciembre de 2015, rol N° 8659-2015, y previa y especialmente, CS., 06 de noviembre de 2013, rol N° 7370-2010, falló considerando la trascendencia del vicio con ocasión de un reclamo de ilegalidad municipal en una licitación, en el mismo sentido, falló la CS., 6 de noviembre de 2013, rol N° 7439-2010.

éxito no afecta la validez del contrato, lo que tiene el pernicioso efecto de poner en entredicho la legalidad, configurándose de hecho y sin justificación una separabilidad entre el procedimiento viciado y el contrato resultante. Elocuentemente un autor denominó el fenómeno descrito como el “efecto platónico de la anulación de los actos separables” para señalar el problema similar que se producía en el derecho español³⁵.

La situación descrita también encuentra acogida mayoritaria en la Corte de Apelaciones de Santiago, que oficia de tribunal de segunda instancia a estos efectos, de acuerdo con el inciso 2º del art. 26 LCP. El tribunal de alzada, en la mayoría de los casos no se pronuncia con respecto al tópico del vínculo entre el procedimiento y el contrato, simplemente confirma o revoca, sin referencia expresa al efecto de la ilegalidad en el contrato. Excepcionalmente se encuentran pronunciamientos que revocando o confirmado la sentencia de primera instancia, declaran ilegal la adjudicación y se pronuncian expresamente por la no procedencia del efecto anulatorio, en los mismos términos que los fallos de primera instancia ya expuestos.

En este sentido, en sentencia de 9 de diciembre de 2013 la Corte de Apelaciones de Santiago anula retóricamente el contrato, usando el modo condicional ya aludido³⁶. Asimismo el citado tribunal de alzada ha descartado pura y simplemente el efecto anulatorio en atención a que la fecha de la sentencia resulta posterior a la suscripción del contrato³⁷.

³⁵ MACERA, Bernard-Frank, cit. (n. 24) p. 69.

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago 9 de diciembre de 2013, rol N° 5709-2013: “I.- Que, se acoge, con costas, la referida acción de impugnación declarándose ilegales tanto el acto constitutivo de la evaluación de las ofertas como la exclusión de la reclamante y la Resolución Exenta nº 715 de 8 de mayo de 2012 de la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que adjudicó la licitación pública “Arriendo de Cartografía Digital para la Subsecretaría de Prevención del Delito y Policía de Investigaciones de Chile”, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a la empresa Sociedad Australiamericana de Fotografía Perc Remota e Ingeniería S.A. II.- Que, en el evento que el contrato que debe suscribirse con motivo de la propuesta pública en cuestión, adjudicación que por esta sentencia se deja sin efecto, aún no se haya suscrito, se retrotrae el proceso licitatorio respectivo a la etapa de efectuarse una nueva evaluación de los oferentes, sujetándose los evaluadores estrictamente a lo establecido en las Bases de Licitación, debiendo luego disponer su prosecución en conformidad a la ley. III.- Que, por el contrario, si se encuentra en cumplimiento el contrato que debió suscribirse con motivo de la propuesta pública en cuestión, adjudicación que por esta sentencia se deja sin efecto, se reconoce a la reclamante Mapas Digitales S.A. el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias que estime pertinentes”.

³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de enero de 2015, rol N° 9785-2014: “I. Que se declara ilegal y arbitraria la Resolución Afecta N° 247 de 2 de diciembre de 2010 dictada por el Director (s) de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud. II. Que atendida la fecha en que se adopta la decisión, no

El recurso de casación no procede³⁸, por lo que la Corte Suprema, por su parte, únicamente puede llegar a conocer de estos asuntos mediante el recurso de queja que se puede interponer contra la sentencia de segunda instancia, lo que implica configurar una falta o abuso grave de parte del tribunal de alzada.

Lamentablemente la situación descrita nos lleva a preguntarnos por el propósito mismo de la acción especial de impugnación establecida por la LCP., y del mismo Tribunal de Contratación Pública, cuya única competencia consiste en conocer de esta acción.

Entonces, dado que, según el estado del arte, hay actos viciados declarados como tal por los tribunales, que sin embargo siguen siendo eficaces, surge la necesidad de configurar una alternativa dogmática (*de lege data*), considerando que, también de *lege data*, la jurisprudencia chilena que desvincula el procedimiento del contrato, es incorrecta, toda vez que soportar la eficacia del contrato en tales condiciones implica sostener que el Fisco resulta obligado contractualmente por un acto ilegal, del que no se puede decir que es válido.

Una solución acorde con el derecho vigente se puede, en principio, lograr mediante las acciones ordinarias de nulidad, o incluso con algunos ajustes al mecanismo actualmente disponible en la acción especial de impugnación regulada en el capítulo V de la ley de contratos administrativos de suministros y prestación de servicios pública.

III. OPCIONES: ACCIONES ORDINARIAS O ESPECIAL

1. *Acciones ordinarias de nulidad*

Las alternativas dogmáticas, en abstracto, son las acciones ordinarias de nulidad. La acción especial de impugnación del capítulo V de la LCP., no descarta los medios ordinarios para accionar de nulidad. Dado que, en el ordenamiento jurídico chileno no existe un régimen normativo que regule especialmente la acción de nulidad del contrato de la Administración, en general, ni en especial por vicio en la formación de decisión de la Administración en un procedimiento de licitación (toda vez, que con respecto a esto último, en los hechos, se ha descartado); la cuestión es, entonces, bajo qué régimen corresponde substanciar la pretensión anulatoria: se presentan dos opciones la acción de nulidad civil o la acción de nulidad administrativa.

resulta posible acceder a la petición anulatoria, sin perjuicio de los derechos que la parte pueda hacer valer en la sede respectiva.”

³⁸ Así se ha fallado, CS., 2 de abril de 2014, rol N° 1823-2014.

a) La acción de nulidad administrativa. En el derecho chileno, jurisprudencialmente se entiende que existen dos órdenes de acciones contencioso administrativas, estas serían las acciones encaminadas a conseguir la nulidad, las que pueden interponerse por cualquiera que tenga algún interés en ello, presentan la particularidad de hacer desaparecer el acto administrativo con efectos generales, *erga omnes*, y aquéllas que miran a la obtención de algún derecho en favor de un particular que presentan la característica de ser declarativas de derechos³⁹. Sin embargo, la procedencia de la acción de nulidad administrativa (comúnmente denominada nulidad de derecho público) enfrenta dos órdenes de dificultades para que opere como acción de nulidad en el problema que nos ocupa. En primer lugar, cabe considerar que según la tendencia vigente de la Corte Suprema⁴⁰ que determina el alcance de la acción de nulidad administrativa, únicamente hasta aquellos casos en que la ley no haya establecido un régimen propio de impugnación del acto de que se trate, la acción de nulidad administrativa resulta difícil de sostener en el foro. En segundo lugar, su fundamento y régimen jurídico se corresponde mejor para atacar la validez de actos que constituyen el ejercicio de poder público heterónomo, no para atacar la validez de actos jurídicos bilaterales en ejercicio de un poder autónomo, que es la fuente de las obligaciones contractuales que contrae la Administración del Estado⁴¹. Ahora bien, es plausible sostener que corresponde aplicar el régimen de nulidad administrativa, para el caso que el contrato no se haya suscrito, ya que no se ha generado el sinalagma contractual, y lo que se ataca es un acto unilateral de la Administración del Estado. Ello es posible de plantear, a pesar de que la jurisprudencia de la Corte Suprema arriba expuesta que resta del campo de aplicación de la acción de nulidad administrativa los casos en que existe un remedio especial, toda vez que la acción especial de impugnación del Cap. V de la LCP no ha devenido realmente en acción de nulidad, en este sentido la misma Corte Suprema, ha aceptado la denominada acción de nulidad de derecho público, como vía para demandar la nulidad de los actos precontractuales, que conforman el

³⁹ En este sentido, CS., 28 de junio de 2007, rol N° 1203-2006,y CS., 8 de abril de 2013, rol N° 8867-2012, que agrega que “*Que estas acciones declarativas de derechos o también denominadas de “plena jurisdicción”, de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sujetas en lo concerniente a la prescripción a las reglas generales sobre dicho instituto contempladas en el Código Civil, entre otras, a las disposiciones de sus artículos 2497, 2514 y 2515*”.

⁴⁰ CS., 18 de junio de 2014, rol N° 2019-2014; CS., 17 de diciembre 2015, rol N° 8650-2015; CS., 17 de diciembre, 2015, rol N° 8659-2015.

⁴¹ Tanto es así que la nulidad civil es un modo de extinguir las obligaciones, de acuerdo con el artículo 1567 n° 8 del Código Civil.

procedimiento administrativo⁴². Sin embargo, igualmente, en este último supuesto, se presentan otros dos órdenes de inconvenientes para la acción de nulidad administrativa. El primero de que no se trata de una acción precisamente configurada, con un régimen jurídico delineado⁴³. El segundo, que cuenta con la tramitación de una acción ordinaria, generalmente en un juicio de lato conocimiento, lo que resta las posibilidades de que esta acción se vista como una posibilidad real de hacer valer sus intereses en la actual licitación, por parte de los demás licitantes perjudicados con la actuación ilegal.

b) La acción ordinaria civil. Como se sabe, la acción de nulidad del contrato de la Administración, en general, ni en especial por un vicio en la formación de la decisión de la Administración en un procedimiento de licitación, no cuentan con una reglamentación especial. Dado que no existe una normativa que regule los efectos de la nulidad contractual cuando se toca el patrimonio fiscal, deben regir las reglas generales aplicables a la materia, a falta de regla especial. Frente a la carencia de reglamentación especial corresponde la aplicación del derecho civil, cuando menos, por mandato del art. 1 LCP., así como de variados argumentos que conllevan a la aplicabilidad de la normativa civil en materia de nulidad contractual, un ejemplo de tales argumentos es que, como se sabe, el contrato administrativo es una clase de contrato propiamente tal⁴⁴. Entonces, la respuesta de *lege data*, para los casos en que el contrato se ha suscrito es que el régimen aplicable es la nulidad contractual de derecho civil⁴⁵. En este sentido, cabe destacar que parte de la misma doctrina administrativista ha planteado

⁴² CS., 17 de diciembre de 2013, rol N° 3375-2013, en sentencia de reemplazo se lee: “se decide que se acoge la demanda de lo principal de fojas 3, con su ulterior rectificación, declarándose nulos de derecho público los Decretos Alcaldíos de la Ilustre Municipalidad de El Quisco Nos. 1.439, de 22 de noviembre de 2.006 y 1.510, de 6 de diciembre de 2.006”

⁴³ CONCHA, Ricardo, *El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público*, en *Revista de Derecho (Valdivia)* vol.26 (2013) n°.2, pp. 93-114.

⁴⁴ A modo ejemplar se refieren los siguientes autores que lo entienden de esa manera, ya sea expresa o tácitamente, AMUNÁTEGUI, José Domingo, *Administración política i Derecho Administrativo* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1894), pp. 147, 152 y 215, JARA, Manuel (1943) *Derecho Administrativo* (Santiago, N. Avaria e Hijo, 1943), p. 205, SILVA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), pp. 170 - 172., MORALES, Claudio, *Contratación administrativa* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007) p. 32.

⁴⁵ Sobre este punto ya nos hemos referido en otro lugar, y existen variados argumentos de diverso orden para soportar tal idea, véase, CONCHA, Ricardo, *Nulidad del contrato de la Administración. Aplicabilidad de las reglas civiles*, (Santiago, Thomson Reuters, 2012), *passim*.

que la nulidad de derecho civil, por la vía del artículo 1462 CC. integra el vacío de reglamentación que se encuentra, en general, en la nulidad administrativa⁴⁶, toda vez que tal regla dispone que “hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno”. Sin embargo de tratarse de una solución que deriva de la aplicación de las normas, cabe preguntarse al respecto si conceptualmente es admisible acaso que todo vicio de derecho público es vicio de objeto. De todos modos, de *lege data*, mediante el citado art. 1462 se incorpora la legalidad de derecho público a la nulidad contractual, pasando a ser el régimen contractual civil un régimen de síntesis, en el que si hay objeto ilícito hay nulidad, quedando referido al derecho administrativo determinar cuándo hay vicio de ilegalidad, que pueda dar lugar a vicio de objeto por contravención al derecho público chileno. Precisamente, queda remitido al derecho administrativo determinar cuándo un vicio es sustancial o formal, y en caso de ser formal, si ese vicio es relevante (para lo que tiene que afectar a un requisito esencial y causar perjuicio) de acuerdo con el art. 13 inciso II de la LBPA⁴⁷. Esta nulidad contractual se rige por las normas del Título XX del Libro IV del Código Civil producirá sus efectos propios, del artículo 1687 que dispone el efecto restitutorio. En este sentido se ha fallado la ley no somete a un estatuto particular los efectos de un acto administrativo nulo⁴⁸. En este punto es donde cabe tener presente que precisamente, cuando se anula una licitación, se toca la esfera patrimonial de quien se había adjudicado el contrato, sino que también se involucra la esfera patrimonial de la Administración del Estado, que se encontraba aparentemente obligada a base de actos viciados.

2. Alternativa: que se declare nulo el contrato mediante la acción especial de impugnación

Cabe considerar que dejar únicamente la vía ordinaria para alegar la nulidad, no parece ajustarse a las particularidades de la contratación pública, cuando se trata impugnar los vicios de ilegalidad en los procedimientos de licitación. Al respecto cabe hacer presente que existe escasa posibilidad de que un licitante perdedor ejerza una acción ordinaria, ya que es pre-

⁴⁶ BERMÚDEZ, Jorge, *El principio de legalidad y la nulidad de derecho público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común* en *Revista de Derecho Público*, 70, (2008) pp. 273- 285.

⁴⁷ Norma que se encuentra en plena aplicación por la CS., véase: CS., 18 de junio de 2014, rol N° 2019-2014, CS., 10 diciembre 2014, rol N° 16.706-2014,CS., 16 noviembre 2015, rol N° 29.546-2014, CS., 17 de diciembre 2015, rol N° 8650-2015; CS., 17 de diciembre, 2015, rol N° 8659-2015.

⁴⁸ CS., 8 de abril de 2013, rol N° 8867-2012.

sumible que a una empresa licitante poco le interesará enfrascarse en un largo procedimiento ordinario, del que por mucho que salga ganancioso, después de varios años, no se servirán sus intereses en la actual licitación.

Así las cosas, la vía ordinaria únicamente podría tener cierta aplicación cuando sea el mismo Estado el que pide la nulidad, u otra persona pública o privada que tenga interés en ello, siempre que tal interés sea otro que el de la adjudicación actual de un contrato mediante licitación. Por lo que corresponde explorar la posibilidad de que, como resultado de la acción especial de impugnación, efectivamente se pueda declarar la nulidad del contrato, de acuerdo con el art. 26 LCP. que dispone que “*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*”.

Sobre la base de que del estado de la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública en sus diez años de funcionamiento se aprecia que un vicio de ilegalidad en el procedimiento de contratación implica retrotraer las cosas al estado anterior al del acto viciado⁴⁹, y que sin embargo el mismo Tribunal priva de efectos a esa declaración, previamente hecha; tenemos lo que podríamos llamar una declaración de nulidad potencial, la que sobre la base de lo prescrito en el art. 26 LCP., que dispone que se pueden ordenar las medidas necesarias para el reestablecimiento del imperio del derecho, dentro de las que, claramente se encuentra la nulidad como instrumento de resguardo de la legalidad objetiva⁵⁰, el Tribunal de Contratación Pública sí puede (y debe si aparece de manifiesto⁵¹) declarar la nulidad de actos viciados, y desde luego del contrato, salvando algunas cuestiones de procedimiento (como el emplazamiento de las partes del contrato, en particular del licitante ganador, lo que perfectamente se puede hacer actualmente aplicando regla generales). Esta alternativa es plausible, sobre todo considerando que como resultado de la acción de impugnación especial del capítulo V de la LCP., en ocasiones, efectivamente se anulan actos: *i)* por una parte, en casos en que mientras se substanciaba el procedimiento se había suspendido el procedimiento de licitación, se ha fallado dotando de efecto consecuencial a la privación de efectos de un acto viciado dado que antes de la dictación de la sentencia no se había suscrito el contrato adjudicado⁵²; *ii)* por otra parte, el Tribunal de Contratación Pública,

⁴⁹ TCP., 2 de diciembre de 2014, rol N° 132-2013. En el mismo sentido, TCP, 16 de diciembre de 2014, rol N° 126-2013

⁵⁰ En el sentido de lo expuesto por BARAONA, Jorge, cit. (n.15) pp.43-48.

⁵¹ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.683 del CCCh.

⁵² TCP., 18 de noviembre de 2008, rol N° 76-2008, TCP., 11 de noviembre de 2008, rol N° 7-2008, TCP, 24 de octubre de 2008, rol N° 34- 2008.

excepcionalmente ha declarado la nulidad derivada o consecuencial, pero sólo respecto de los actos de procedimiento, dentro de los límites del *iter administrativo*, sin incluir al contrato en la declaración de nulidad⁵³.

Además, existe un caso en que efectivamente se declaró la nulidad del contrato. En fallo de 29 enero de 2014⁵⁴, se resuelve declarando la ineficacia del contrato, *ex nunc*: “*de acuerdo con los antecedentes que obran en autos, el contrato que se ha adjudicado por un plazo de cuatro años, se encuentra en ejecución [...], en consideración a lo cual y con el fin de restablecer el imperio del derecho, conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.886, se deja sin efecto el contrato celebrado con la adjudicataria, retrotrayendo la presente licitación al estado de efectuar una nueva evaluación de las propuestas*”. En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago, en fallo de 13 de marzo de 2015, revocó la sentencia de primera instancia, declaró la ilegalidad y, en consecuencia, ordenó retrotraer las cosas al estado anterior al acto viciado⁵⁵.

Estos tres supuestos descritos, muestran que efectivamente se declara la ilegalidad, más privación de efectos (es decir, nulidad), que es lo propio, toda vez que cabe darle un efecto cierto y real a la ilegalidad declarada por sentencia judicial, consecuencia que viene dada por el derecho vigente, ya que esta ilegalidad implica una contravención al derecho público, por lo que de acuerdo al art. 1462 CCCh da lugar a objeto ilícito, y en consecuencia es causal nulidad absoluta, la que resulta aplicable, cuando menos, en virtud del art. 1 LCP., que ordena el criterio de integración normativa aplicable a la acción de impugnación contemplada en el capítulo V de la LCP.

⁵³ TCP., 22 de junio de 2010, rol N° 139-2009, TCP., 5 de septiembre de 2009, rol: 23-2009.

⁵⁴ TCP., 9 de enero de 2014, rol N° 243-2012.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de marzo de 2015, rol N°9928-2014, “*se revoca la sentencia en alzada de cuatro de noviembre de dos mil catorce, escrita a fs. 694 y siguientes en aquélla parte que reconoce el derecho al demandante a entablar en la sede jurisdiccional competente las acciones indemnizatorias que estime que le corresponden y en su lugar, se ordena retrotraer la tramitación administrativa del proceso licitatorio “Apertura y mantención de cuentas corrientes y contratación de servicios relacionados con el giro bancario para la Municipalidad y Corporación Municipal de Desarrollo Social de Macul” N°2287-850-LP12, al estado previo a la evaluación de las ofertas presentadas, disponiendo expresamente su legal y reglamentaria prosecución, a fin de que se adjudique, en definitiva, la Licitación a la oferta más conveniente en estricta sujeción a las Bases Administrativas que la rigen*”.

3. *Ajustes necesarios de hacer a la acción de impugnación para su empleo como acción anulatoria⁵⁶*

Para que la acción especial de impugnación pueda ser cabalmente empleada como anulatoria y lograr que se adecue a las acciones que se ejercen para dejar sin efectos licitaciones viciadas, requiere de algunos ajustes.

a) Establecer la suspensión obligatoria de la suscripción del contrato y/o establecer un periodo de espera entre la adjudicación y la suscripción del contrato. Es necesaria la suspensión obligatoria (no facultativa, como actualmente existe) del procedimiento en caso de impugnación, o al menos la suspensión de la adjudicación, en caso de que el acto impugnado no sea la misma adjudicación, como existe en modelos de derecho comparado (el estadounidense, por ejemplo, aunque con matices⁵⁷). Así, se puede establecer un periodo de tiempo necesario de espera entre la adjudicación y la suscripción del contrato, el que se podrá ampliar si hay acción pendiente. En caso de que el acto impugnado sea la misma adjudicación, sería conveniente establecer la suspensión de la suscripción del contrato, y en todo caso la suspensión de su ejecución, hasta la resolución del asunto. La urgencia de una prestación contractual, no es óbice a estos ajustes, pues para tales casos existen otros mecanismos de contratación, que no son las licitaciones, y, que por tanto, se encuentran fuera del ámbito la acción especial de impugnación. Tampoco lo es la interrupción del servicio público, puesto que la sentencia anulatoria, ordenando la liquidación, puede ser con efectos *ex nunc*, desde que se adjudique nuevamente el contrato. La suspensión propuesta como medida cautelar, implica necesariamente establecer una tramitación medianamente rápida del procedimiento de impugnación, para que el contrato se celebre oportunamente.

b) Se debe emplazar al licitante ganador, que podría ser perjudicado por la impugnación, para que pueda ejercer sus derechos y defender la validez del procedimiento. El emplazamiento de la parte ganadora en una acción de impugnación, es necesaria para que le puedan ser oponibles los efectos de una sentencia de ineeficacia, en el sentido de como ha resuelto recientemente la Corte Suprema en materia de nulidad administrativa⁵⁸.

⁵⁶ De *lege ferenda* sería recomendable establecer un acción especial de nulidad especialmente diseñada para el caso en que el contrato se haya celebrado, que considere los requerimientos especiales de la contratación pública, con causales específicas, y posibilidades de modulación del efecto anulatorio.

⁵⁷ GORDON, Daniel, *Bid Protests: The Costs are Real, But the Benefits Outweigh Them*, en *Public Contract L.J.*, 42:3 (2013) pp. 1-53.

⁵⁸ CS., 14 de abril de 2015, rol N° 30323-2014, “que tratándose de una acción de nulidad de derecho público cuyo objeto es la anulación de un acto administrativo que constituyó derechos a favor de terceros, resulta claro que la demanda debe ser di-

c) Para evitar un posible abuso de las impugnaciones en el modelo propuesto, habría que incorporar un sistema de sanciones a quienes utilicen las impugnaciones temerariamente, o con el solo fin de dilatar, y que no cuenten con un motivo plausible para objetar la validez del procedimiento de contratación.

d) Finalmente el efecto *ex tunc o ex nunc* de la declaración de nulidad dependerá de la situación concreta del contrato: adjudicado, suscrito, o en ejecución y ejecutado, por una parte, y por otra parte, si se trata de un contrato de ejecución instantánea, como la compra de un suministro, o una prestación de servicios continuos, en los que el efecto de la nulidad, al igual que en materias civiles es *ex nunc*. De tal manera, estimo, se pueden conjugar los intereses públicos y privados, comprometidos en la contratación pública, y se le dota de efecto a la acción de especial de impugnación del capítulo V de la LCP., que hasta ahora es casi inexistente.

CONCLUSIONES

Habiéndose desechado por los tribunales que la acción que se establece en el capítulo V de la LCP. comprenda al derecho a atacar el contrato, con la consiguiente negación de la misma como acción anulatoria, se puede catalogar la solución actualmente imperante en el foro de la siguiente manera: la eficacia del contrato no se ve afectada por la ilegalidad judicialmente declarada del procedimiento que lo soporta. Es decir, hay contratos ilegales que producen efectos. Sin embargo, expresamente no se afirma por los tribunales que tales contratos sean válidos, sino que simplemente no se declaran nulos, afirmando la ilegalidad, pero sin pronunciarse directamente sobre la validez, manteniendo la eficacia del contrato.

Los argumentos centrales para sostener tal clase de decisiones no son del todo correctos, toda vez que: al privar de eficacia a un contrato ilegal no se está vulnerando ningún derecho adquirido, ni necesariamente se vulnera el interés público. Por otra parte es incorrecto descartar el criterio de integración normativa correspondiente en la materia que implica la aplicación supletoria de las reglas de nulidad del Código Civil, cuando menos, en virtud del artículo 1 LCP.

Desde la perspectiva del derecho administrativo, de lo expuesto, y en los hechos, la regulación de la formación del contrato mantiene una

rigida tanto contra la autoridad que emitió el acto como contra las personas o cuyos derechos o intereses pudieran quedar afectados por la pretensiones del demandante. Si falta alguno de ellos, la relación procesal será defectuosa y el juez no podrá entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto”.

relevancia sólo interna, sin dar lugar a una acción de nulidad especial para el licitante perjudicado.

Lo descrito tiene por consecuencia que la acción de impugnación establecida en el capítulo V de la LCP., no soluciona realmente ningún conflicto, toda vez que en su virtud se dictan resoluciones judiciales que únicamente tienen la apariencia de sentencia. En este sentido cabe cuestionarse, si esas sentencias de ilegalidad sin privación de efectos, tienen alguna consecuencia, resultado o efecto, y a mayor abundamiento, si el Tribunal de Contratación Pública cumple con el propósito que se tuvo en vista al establecerlo.

En el entendido de que para que opere la nulidad es necesaria una declaración judicial que constate el vicio de legalidad del acto o contrato⁵⁹, para obtener la ineficacia del contrato soportado en un procedimiento ilegal, y por lo tanto inválido, los instrumentos disponibles en el ordenamiento jurídico chileno son los siguientes: la acción contractual de orden civil, y la acción de nulidad administrativa (aunque se encuentra sujeta los inconvenientes expresados y a la contingencia de ser calificada de improcedente por la Corte Suprema), sin perjuicio del analizado potencial normativo de la acción especial de impugnación establecida en el capítulo V de la LCP.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI, José Domingo, *Administración política i Derecho Administrativo* (Santiago, Imprenta Cervantes, 1894), pp. 147, 152 y 215, JARA, Manuel (1943) *Derecho Administrativo*, (Santiago, N. Avaria e Hijo, 1943), p. 205.
- BACA ONETO, Víctor, *La invalidez de los contratos públicos* (Navarra, Editorial Aranzadi, 2005).
- BARAONA, Jorge, *La nulidad de los actos jurídicos: consideraciones históricas y dogmáticas* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Editorial Ibáñez, 2012).
- BENEDETTI, Auretta-Rossi, Giampaolo, *La actividad contractual de la Administración Pública en Italia*, en *Documentación Administrativa*, 248 - 249 (1997), pp. 407 - 428.
- BERMEJO VERA, José, *Las prohibiciones de contratar en la Ley de contratos del sector público*, en GIMENO FELIÚ, José (editor), *El derecho de los contratos del sector público*, (Zaragoza, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2008).
- BERMÚDEZ, Jorge, *El principio de legalidad y la nulidad de derecho público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común* en *Revista de Derecho Público*, 70, (2008) pp. 273- 285.
- CONCHA, Ricardo, *Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar*, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Colombia, 44,(2015) pp. 31-49.
- CONCHA, Ricardo, *El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de derecho público, en Revista de Derecho* (Valdivia) vol.26 (2013) n°.2, pp. 93-114.

⁵⁹ CONCHA, RICARDO,cit. (n.1) p. 47.

- CONCHA, Ricardo, *La fuente normativa de la fuerza obligatoria del contrato de la Administración (art. 1545 del Código Civil)*, en *Ius et Praxis*, Año 19 (2013) N° 2, pp.467-476.
- CONCHA, Ricardo, *Nulidad del contrato de la Administración. Aplicabilidad de las reglas civiles*, (Santiago, Thomson Reuters, 2012).
- DÍAZ, José, *De la invalidez de los contratos en: GARCÍA MACHO, Ricardo, Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y la ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2003).
- DÍEZ SASTRE, Silvia, *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, (Madrid, Marcial Pons, 2012).
- DOMÍNGUEZ, Ramón, *Todo el que tenga interés en ello... (sobre el art. 1683 del Código Civil chileno y el interés para alegar la nulidad absoluta)* en MANTILLA, Fabricio - PIZARRO, Carlos (editores), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Christian Larroumet*, (Santiago, Ediciones de la Fundación Fernando Fueyo Laneri, 2008).
- GALLEGOS, Isabel, *Efectos de la declaración de invalidez del contrato público en Contratación administrativa práctica* (2008) 76, pp. 43 – 53.
- GORDON, Daniel, *Bid Protests: The Costs are Real, But the Benefits Outweigh Them*, en *Public Contract L.J.*, (2013) 42:3, pp. 1-53.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011).
- MACERA, Bernad-Frank, *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español*, (Barcelona, Cedecs Editorial, 2001).
- MARCHETTI, BARBARA, *ANNULLAMENTO DELL' AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO: ESPERIENZE EUROPEE A CONFRONTO EN DIRITTO PROCESSUALE AMMINISTRATIVO*, XXVI (2008) 1, pp. 95- 137.
- MORAGA, Claudio, *Contratación administrativa*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007) p. 32
- PALOMAR OLMEDA, Alberto, *La invalidez de los contratos*, en JIMÉNEZ, Emilio, *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas* (Navarra, Editorial Aranzadi, 2002).
- POUYAUD, Dominique, *La nullité des contrats administratifs* (París, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1991).
- REBELO DE SOUSA, Marcelo, *O concurso público na formação do acto administrativo* (Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1994).
- SAINZ MORENO, Fernando, *Invalidez de los contratos de la Administración*, en: PENDÁS GARCÍA, Benigno, *Derecho de los contratos público* (Barcelona, Editorial Praxis, 1995).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan, *La invalidez de los contratos públicos*, en *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Pública* (Madrid, Editorial Civitas, 2004) pp. 365-396.
- SILVA, Enrique, *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995) pp. 170 - 172.
- VALAGUZZA, SARA, *Illegittimità della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validità del contratto en diritto processuale amministrativo*, XXII (2004) 1.