

DOCTRINA

El Tribunal de Contratación Pública y la eficacia en la forma de restablecer el imperio del derecho. Nueva regulación, ¿mismos resultados?

The Public Procurement Tribunal and the effectiveness in the way to restore the rule of law. New regulation, same results?

Andrés Ruiz Ibáñez 

Abogado, Chile

RESUMEN Esta investigación plantea una crítica al modelo chileno de reclamos en el ámbito precontractual público, en términos de la eficacia de las medidas adoptadas por el Tribunal de Contratación Pública (TCP) para el restablecimiento del imperio del derecho. Sobre la base de las soluciones aportadas por el derecho comparado intenta explicar los elementos que determinan su eficacia y, por qué, en concepto del autor, la regulación establecida en la reciente Ley 21.634 dificulta la obtención de una protección judicial efectiva. Finalmente, se proponen criterios de ponderación al momento de adoptar una tutela que intentan superar la protección, a todo evento, del contratista irregular.

PALABRAS CLAVE Tribunal de contratación pública, eficacia, tutelas restitutoria e indemnizatoria.

ABSTRACT At paper puts forward a criticism concerned the Chilean model of claims in the public pre-contractual sphere, in terms of the effectiveness of the measures adopted by the Public Procurement Tribunal to restore the rule of law. Based on solutions provided by comparative law, it tries to identify key elements that determine its effectiveness, and the reasons why, in the author's opinion, the regulation established in the recent Law 21.634 hinders an effective judicial protection. Finally, weighting criteria are proposed when Public Procurement Tribunal must grant any relief, which attempts to overcome the protection, in any event, of the irregular contractor.

KEYWORDS Public Procurement Tribunal, effectiveness, restitutory and declaratory relief.

Introducción: La necesidad de ponderar los intereses que se enfrentan a una decisión del órgano licitante al seleccionar su contratista

Resulta sorprendente —y alentador— ver cómo en los últimos años el derecho de la contratación pública ha tenido una fuerte expansión en otras áreas jurídicas, como el medioambiente y la libre competencia, así como las autoridades gubernamentales intentan, por este instrumento, resolver una serie de problemas que enfrentan hoy las sociedades. De esta forma, el contrato público ya no consiste únicamente en un medio transaccional por el cual el Estado adquiere bienes o servicios en condiciones económicas ventajosas, sino que a través de este interviene en la vida económica, social y política del país (Gimeno, 2018: 55), fomentando, entre otros asuntos, la participación de grupos desaventajados, la innovación o el cuidado del medioambiente (Medina, 2022: 125).¹

Sin embargo, para avanzar en estos asuntos, es condición necesaria que los mecanismos de impugnación en materia precontractual sean eficaces, de forma que quien presente la oferta más innovadora o más sustentable tenga la real posibilidad de ser adjudicado en el caso de que la entidad compradora haya cometido un acto ilícito. Esta característica va íntimamente ligada a los poderes que se le otorgan al órgano encargado de resolver los conflictos entre el afectado y el órgano licitante, en términos que el carácter de eficaz de un sistema recursivo debe ofrecer a dicho órgano, según la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional:

La posibilidad de intervenir sin demora, suspender o cancelar el proceso de adjudicación y, en circunstancias normales, impedir que entre en vigor un contrato adjudicado mientras la controversia no se haya resuelto; la facultad de adoptar otras medidas cautelares, como imponer una paralización, o sanciones pecuniarias por incumplimiento; la facultad de otorgar alguna indemnización si ya no es posible intervenir (por ejemplo, en algunos países, una vez adjudicado el contrato), y la posibilidad de actuar con celeridad en un plazo razonablemente breve, que deberá expresarse en días y semanas en condiciones normales (CNUDMI, 2014: 329-330).

La necesidad de contar con un sistema de control que reúna este carácter resulta urgente en nuestro ordenamiento, ya que según evidencia la Fiscalía Nacional Económica (FNE) «no está siendo eficaz para monitorear los procesos de compra realizados por las

1. Respecto de este último objetivo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se pronunció hace más de veinte años en defensa de la posibilidad de incluirlos en las bases de licitación, en la medida que «que tales criterios estén relacionados con el objeto del contrato, no confieran a dicha entidad adjudicadora una libertad incondicional de elección, se mencionen expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación y respeten todos los principios fundamentales del Derecho comunitario, en particular, el principio de no discriminación». Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2022, *Concordia Bus Finland Oy Ab v. Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne*. Disponible en <https://tipg.link/RiHL>.

entidades públicas afectas a la Ley 19.886» (2020: 234).² Es entonces que, salvo aquellas contrataciones sujetas al trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, la corrección de los procedimientos de selección de contratistas queda entregado, en una gran medida, al accionar de los propios oferentes y a las medidas que pueda disponer el TCP. En este ámbito, según la evaluación —a través de la metodología MAPS (Methodology for Assessing Procurement Systems)— que organismos internacionales efectuaron en 2017 al sistema de contratación pública de nuestro país, se consigna una encuesta a los proveedores que habían demandado ante el TCP. En una escala de 1 a 7, un 41% le puso nota 1, esto es, máximo de inconsistencia, mientras que un 9% le puso nota 2. El 50% restante opinó que «las decisiones del TCP tienen algún grado de consistencia» (Dirección de Compras y Contratación Pública, 2017: 166).

En la función de construir un sistema balanceado, el legislador debería tener en cuenta los intereses contrapuestos del reclamante y del organismo licitante, ambos amparados en principios que los sustentan: Por una parte, el interés del oferente que reclama apuntará a la legalidad del procedimiento, por lo que requerirá de un plazo extenso y susceptible de ser interrumpido por una reclamación administrativa previa, una medida cautelar de suspensión que sea automática e indefinida, y en el que la sentencia que acoge la demanda establezca la ineficacia del acto impugnado con efectos *ex tunc*. El riesgo de establecer un régimen en exceso garantista es la paralización del contrato, que afectaría el cumplimiento del interés público que se pretende satisfacer, pues cada vez que exista una adjudicación, cualquier reclamo puede retrotraer el procedimiento, sin importar cuan avanzado se encuentre su ejecución.

En la vereda opuesta, está el interés de la entidad licitante y (aunque no sea parte del juicio) del proveedor adjudicado, quienes aspiran a la seguridad de que la contratación sea intangible, de modo que será de su conveniencia un sistema que contemple un plazo breve para impugnar, sin interrupción, en el que la suspensión del acto sea excepcionalísima, y en el cual la sentencia carezca de efecto restitutorio, enfocándose en una tutela de carácter indemnizatoria para el reclamante. Un diseño en el que se privilegien los hechos consumados conlleva a un desincentivo para los distintos operadores en cuanto a observar la corrección del procedimiento, favoreciendo la corrupción. Precisamente, así como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) advierte la vulnerabilidad de la contratación pública frente a «malos manejos, fraude y corrupción, lo que puede ocurrir en todas las fases del ciclo de adquisición y en todos los niveles del gobierno» (OCDE, 2018: 164), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Promulgada por Chile mediante Decreto número 375, de 2006, del Ministerio de Relaciones Exteriores), plantea en su artículo 9 la necesidad de contar con mecanismos de reclamos eficaces contra actos públicos elaborados en fase precontractual.

2. Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, publicada en el *Diario Oficial* con fecha 30 de julio de 2003.

Las formas de tutela que puede adoptar el órgano decisorio en favor del reclamante, y cómo en el derecho comparado se privilegian aquellas de carácter restitutoria

Tutelas restitutoria e indemnizatoria

En el intento por reconocer ambos bienes jurídicos en disputa, los distintos ordenamientos establecen medidas que, a nivel de doctrina, se han clasificado en tutela primaria o restitutoria, y tutela secundaria o indemnizatoria. El presupuesto de la primera radica en la protección de una posición jurídico-subjetiva, toda vez que los participantes tienen derecho a que el procedimiento se tramite de acuerdo con las normas que lo regulan (Díez, 2012: 73). De esta forma, lo que aquí se persigue es la restitución de la legalidad, por la vía de declarar la nulidad del acto y, consecuentemente, la desaparición de sus efectos jurídicos con carácter *ex tunc, ab initio* y *erga omnes* (Díez, 2012: 75), para que sea la entidad recurrida la que continúe con el procedimiento dictando el acto que considere adecuado según lo que el juzgador haya resuelto (Morón, 2022: 485). Se le llama primaria por cuanto es la forma más eficaz de protección al remover el obstáculo ilegal que le impedía al reclamante (y al resto de los posibles beneficiados) participar en igualdad de condiciones, restituyendo las cosas a su estado original (Díez, 2012: 73). Además, se estima que es la más eficiente pues a la larga asignará la licitación a aquel oferente que haya presentado la oferta más conveniente, y le evitará al Fisco posteriores gastos en una futura indemnización a oferentes que decidan litigar por una errónea decisión del órgano público (CNUDMI, 2014: 358).

Naturalmente, para que pueda otorgarse este tipo de tutela aparecen dos condiciones básicas: 1) el otorgamiento de una medida cautelar de suspensión del procedimiento administrativo concursal y 2) para que ella pueda ser sostenible, el proceso que resuelva el reclamo debe ser sumarísimo, ya que estará presente una necesidad pública pendiente de ser satisfecha. Dicha necesidad puede ser de mayor o menor intensidad, pues no será lo mismo un contrato cuyo objeto es la creación de un bien que no existía, como un hospital, que una contratación encargada de renovar un servicio que se continúa prestando, y que podría ir prorrogándose mientras se resuelve la controversia.

Por su parte, la tutela indemnizatoria o secundaria no se centra en la restitución de la legalidad, sino en el resarcimiento económico de un daño ocasionado por una decisión ilegal, bajo los supuestos creados por la responsabilidad precontractual de la administración (Díez, 2012: 77). Ello supondrá la carga, para el demandante, de acreditar no solo el factor de imputación de la institución agresora (falta de servicio), sino la relación de causalidad entre esta y el daño ocasionado, aspecto bastante complejo de acreditar (Helfmann, 2021: 264), aunque ello se matiza si se efectúa un juicio probabilístico respecto de las reales posibilidades de que el demandante hubiera resultado adjudicado en la licitación, según la teoría de la pérdida de una chance (Ríos y Silva, 2018: 78). Más que una relación de complementariedad existe en la tutela indemnizatoria una forma de subsidiariedad, pues esta operará cuando se hayan presentado circunstancias que

impidan a la nulidad poder desplegar sus efectos, por la afectación desproporcionada de la seguridad en el tráfico jurídico, como sería el caso de una construcción ya muy avanzada de un inmueble.

Las desventajas de la tutela indemnizatoria fueron consignadas ya en 2006 por la Comisión de la Unión Europea, quien presentó, a modo de insumo para la modificación de la Directiva 89/665, un reporte acerca de la evaluación de los remedios en el campo de la contratación pública. Los reparos se referían a que: i) carece de un efecto correctivo, pues aunque la acción pueda prosperar con una indemnización muchas veces incompleta al real daño, lo cierto es que el contratista no resultará adjudicado y muchas veces sentirá que ha afectado sus posibilidades de ser alguna vez adjudicado por la autoridad licitante; ii) presentan dificultades prácticas al momento de acreditar las reales posibilidades de ser adjudicado, más aún en los casos en que quien protesta no participó en la licitación por falta de transparencia; y iii) el proceso es largo y costoso pues debe litigarse ante tribunales y procesos ordinarios que pueden durar años (European Communities, 2006: 12).

Modelos comparados

En la persecución de la eficacia de las medidas que un órgano decisorio debe adoptar, tanto en instrumentos elaborados por organismos internacionales que funcionan como *soft law*, así como directivas de la Unión Europea y legislación comparada, es posible encontrar reglas que apuntan a crear condiciones para otorgar una tutela de carácter restitutoria, así como una especificación de las opciones de que dispone la entidad de control para arribar a una decisión que pondere los bienes jurídicos en colisión.

La Ley Modelo de la CNUDMI de 2011

Este cuerpo, además de enfatizar la independencia del órgano que resolverá los recursos, establece un período (moratoria o *stand still*) que dé margen para que los proveedores puedan impugnar la decisión de la entidad adjudicadora, antes de que entre en vigor el respectivo contrato (artículo 22.2). También contempla la atribución de ordenar la suspensión del proceso de contratación en cualquier momento, sea previo a la entrada en vigor del contrato o mientras este se encuentra en ejecución (artículo 67.3). Respecto de las medidas que puede adoptar el órgano administrativo o judicial independiente que conoce del recurso, cuando acoge la reclamación presentada, se encuentran (artículo 67.9):

- i) Prohibir a la entidad adjudicadora que actúe, adopte una decisión o siga un procedimiento de un modo que no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley.
- ii) Exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado o procedido de manera no conforme a lo dispuesto en la presente Ley, que actúe o adopte una decisión o siga un procedimiento de un modo que se ajuste a las disposiciones de la presente Ley.

iii) Revocar, en todo o en parte, todo acto o decisión de la entidad adjudicadora que no se ajuste a lo dispuesto en la presente Ley.

iv) Revocar toda adjudicación de un contrato o todo acuerdo marco cuya entrada en vigor no se haya ajustado a lo dispuesto en la presente Ley y, de haberse dado aviso de la adjudicación o de la entrada en vigor, ordenar que se publique un aviso de su revocación.

v) Ordenar que se ponga fin al proceso de contratación.

vi) Exigir el pago de una indemnización por todo gasto razonable que realice el proveedor o contratista.

vii) Tomar cualquier otra medida que sea apropiada en las circunstancias del caso.

Unión Europea

En el caso de la Unión Europea explica Díez que frente al diagnóstico de una fuerte resistencia de los gobiernos nacionales, en cuanto a no ofrecer a los particulares acciones para denunciar posibles irregularidades en los procedimientos de adjudicación,³ a partir de los años noventa fueron aprobadas, en forma complementaria a las directivas de contratación, las denominadas *Directivas de recursos*. Ellas, en definitiva, obligaban a los Estados a establecer procedimientos que permitieran «reaccionar de forma rápida y eficaz ante la vulneración de las reglas previstas en las Directivas de contratación» (2012: 31). Tales directivas son la 89/665, relativa a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, completada por la Directiva 92/50, que amplía el ámbito de aplicación a los contratos de servicio. Con el fin de garantizar a los proveedores una tutela más eficaz, fue aprobada la Directiva 2007/66, que modifica las anteriores, fundamentalmente con dos medidas. Por una parte, a través del efecto suspensivo del procedimiento por la interposición del recurso en la etapa precontractual (artículo 2.1a) y, por la otra, por medio del establecimiento de un plazo suspensivo obligatorio o *standstill* entre la adjudicación y la celebración del contrato (artículo 2 bis).

Respecto de las medidas que la legislación de cada Estado deberá transponer, la Directiva 2007/66 establece, en primer lugar, la existencia de un órgano independiente (no necesariamente judicial), con facultades para declarar la nulidad del contrato, lo que se entiende como una medida efectiva, proporcional y disuasoria, «que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación» (Gallego, 2020: 628). En su virtud, los órganos juzgadores deberán tener la

3. Considerado como *leading case*, *Alcatel Austria AG y otros, con Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, C-81/98, 28 de octubre de 1999, el TJUE dispuso que «los Estados miembros están obligados a establecer, en todos los casos, independientemente de la posibilidad de obtener una indemnización por daños y perjuicios, un procedimiento de recurso que permita al demandante obtener, si concurren los correspondientes requisitos, la anulación de la decisión del órgano de contratación anterior a la celebración de contrato por la que resuelve con qué licitador en dicho procedimiento celebrará el contrato». Disponible en <https://tipg.link/RiHg>.

facultad para anular con efectos retroactivos todas las obligaciones contractuales, o limitar el alcance de la anulación a las obligaciones que estén aún por ejecutar e, incluso, mantener los efectos de un contrato que haya sido adjudicado ilegalmente. En los últimos dos casos, los Estados miembros dispondrán que se apliquen como sanciones la imposición de multas al poder adjudicador, o la reducción de la vigencia del contrato, para lo cual otorgarán al órgano juzgador «amplias facultades discrecionales para apreciar todos los factores pertinentes». Entre ellos se menciona la gravedad de la infracción, el comportamiento del poder adjudicador y la circunstancia de que el contrato siga vigente (artículo 2 quinquies, apartados 2 y 3 y artículo 2 sexies, apartado 2). Es importante destacar que, en el evento de demandarse una indemnización de perjuicios, el TJUE ha resuelto que las directivas de recursos deben interpretarse en el siguiente sentido: se oponen a cualquier legislación nacional que la supedita al deber de acreditar el carácter culposo de esta infracción, e incluso en los casos en que la culpa se presume, por cuanto la obtención de una indemnización solo puede constituir una alternativa procesal compatible con el objetivo de eficacia que se persigue con ellas.⁴

Un informe de la Comisión Europea de 2017 da cuenta que los remedios dispuestos han cumplido, por lo general, sus objetivos de aumentar las garantías de transparencia y no discriminación, al permitir la adopción de medidas rápidas y eficaces cuando se produce un presunto incumplimiento de las directivas, garantizando a los operadores económicos que todas las solicitudes de licitación serán tratadas de manera equitativa, de manera que se les reconoce como elemento disuasorio contra el comportamiento irregular en el ámbito de la contratación pública (Comisión Europea, 2017: 6). El mismo informe hace presente, en relación con la eficacia de las sanciones alternativas y los plazos, que los Estados miembros utilizan las sanciones alternativas (como la reducción de la vigencia del contrato o la imposición de multas) de manera esporádica, y tanto los encuestados como algunos Estados miembros las consideran el recurso menos pertinente (Comisión Europea, 2017: 6-7).

España

A propósito de denuncias de la Comisión Europea, que condujeron a la condena de España por parte del TJUE,⁵ el legislador español creó el denominado Recurso especial en materia de contratación (2007), aunque no será hasta la dictación de la Ley 34/2010 que pueda hablarse de un verdadero cumplimiento a las directivas de recursos, con la

4. *Stadt Graz con Strabag AG y otros*: C-314/09, 30 de septiembre de 2010. Disponible en <https://tipg.link/RiHm>.

5. *Comisión de las Comunidades Europeas con Reino de España*, C-214/00, 15 de mayo de 2003, y *Comisión de las Comunidades Europeas con Reino de España*, C-444/06, 3 de abril de 2008. En esta última, el TJUE sostuvo que «se desprende que, en determinados supuestos, no puede interponerse ningún recurso útil contra el acto de adjudicación antes de la ejecución misma del contrato, mientras que el objetivo de la Directiva sobre recursos consiste en garantizar que las decisiones ilícitas de los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible». Disponible en <https://tipg.link/RiHm>.

creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y el otorgamiento de la facultad para las comunidades autónomas de crear sus tribunales en esta materia (Fernández, 2020: 673), los cuales, pese a su denominación, son órganos administrativos independientes. Actualmente, en los artículos 44-60 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) de 2017 se determinan, entre otras materias, los posibles efectos que pueden derivarse de un acto declarado inválido, pudiendo destacarse nítidamente tanto la tutela restitutoria como indemnizatoria.

En efecto, los artículos 57.2 y 58 de la LCSP establecen que, en caso de ser acogida la pretensión, el TACRC correspondiente deberá, primeramente, restablecer la legalidad quebrantada, para lo cual estará facultado para anular el acto viciado, retrotraer actuaciones, cancelar la licitación y, en el caso de que la invalidez afecte a un contrato ya celebrado, su liquidación, lo que implica la restitución recíproca de las cosas que las partes hubiesen recibido, y si ello no es posible, se devolverá su valor conforme lo establece el artículo 42.1 de la LCSP (Díez, 2018a: 583-584). Complementando esta disposición, el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales dispuso en su artículo 36.1 que cuando proceda la retroacción del procedimiento, la anulación de trámites «no será obstáculo» para mantener la validez de aquellos cuyo contenido hubieran permanecido igual, de no haberse cometido la infracción.

Respecto de la tutela indemnizatoria, el artículo 58.1 dispone que, a solicitud del interesado, el Tribunal podrá imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada, por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso, resarciéndole, cuando menos, los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación.

De acuerdo con lo expuesto por la doctrina española, se le considera al recurso especial tanto un instrumento útil en la lucha contra la corrupción (Cerrillo, 2018: 423; Campos, 2019: 267), como eficaz para satisfacer íntegramente las pretensiones del recurrente (Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad Autónoma de Madrid, 2022: 126), fundamentalmente, por el breve plazo de su tramitación, si se compara con el recurso contencioso administrativo general. Según informa, el tiempo medio de tramitación durante 2022 fue de 71,87 días naturales o corridos, lo que implica una tendencia en ascenso —y preocupante— en los últimos años (Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, 2023: 29). Derivado de lo anterior, resulta factible que los TACRC mantengan la suspensión automática cuando se recurre en contra de la adjudicación (Serrano, 2023: 843; Santiago, 2024: 1021). Esta posibilidad de restitución íntegra y la confianza de los operadores jurídicos en su tramitación explicaría por qué es excepcional la solicitud del recurrente en cuanto a imponer al poder adjudicador la obligación de indemnizarlo (Serrano, 2023: 843).

Estados Unidos de América

En el sistema de Estados Unidos, un proveedor dispone de tres vías de reclamo en contra de una decisión gubernamental en un procedimiento licitatorio. Se encuentran las instancias administrativas, como el propio órgano licitante y la Government Accountability Office (GAO), cuyas decisiones son recomendaciones a la entidad recurrida, aunque rara vez no son seguidas (Cibinic y otros, 2023: 15-68); y está la instancia judicial, como es la United States Court of Federal Claims, en su sigla COFC (Jones, 2017: 327).

Respecto de la reclamación ante la GAO, se ha establecido que si el reclamo se presentó antes de la adjudicación y mientras se encuentra pendiente de resolución, no se puede adjudicar un contrato a partir de que la agencia federal haya recibido la notificación del reclamo por parte de la GAO.⁶ El plazo dispuesto por la normativa para que este organismo resuelva el reclamo es, por regla general, de 100 días hábiles a contar de la fecha en que el reclamo fue presentado,⁷ y dentro de las medidas que puede recomendar cuando acoge el reclamo existen aquellas restitutorias y otras indemnizatorias. Dentro de las primeras se encuentran las de retrotraer el procedimiento licitatorio, tramitar una nueva licitación, terminar anticipadamente el contrato, e incluso adjudicar un contrato de acuerdo con los requerimientos establecidos. Además, puede proponer otras medidas que estime necesarias para promover el cumplimiento de los estatutos que resulten aplicables, como por ejemplo, la exclusión de un oferente cuando su propuesta tergiversa de manera grave las bases y compromete la corrección del proceso.⁸ Con todo, no se pronuncia respecto de eventuales costos producidos por la terminación, readjudicación o relicitación del contrato.⁹ En cuanto a la tutela indemnizatoria, se encuentran cubiertos los costos del reclamo (incluidos los honorarios de abogados) y los costos de preparar la oferta, siendo rechazados los reclamos que exigen además una compensación por la pérdida de una ganancia (Cibinic y otros, 2023: 15-70 y 15-71).

Tratándose de un reclamo presentado con posterioridad a la adjudicación, pero dentro del plazo de diez días (cinco días en el caso de que el oferente afectado haya solicitado información), la agencia contratante deberá —tan pronto reciba el reclamo desde la GAO— ordenar inmediatamente al contratista que cese la ejecución del contrato y suspenda cualquier actividad relacionada. La precitada regla no es aplicable cuando se presenten situaciones de urgencia, o que la ejecución del contrato sea la solución que se ajuste más a los intereses del país,¹⁰ decisión esta última que podría ser revisada por la COFC (Cibinic y otros, 2023: 15-40).

6. 31, U.S.C. § 3553(c). Disponible en <https://tipg.link/RiHy>.

7. 31, U.S.C. § 3554(a). Disponible en <https://tipg.link/RiI2>.

8. *GAO v. Patricio Enterprises Inc.* B-412738, B-412738.2. May 26, 2016, «Our Office has held that exclusion of an offeror from a competition is warranted where it made a material misrepresentation in its proposal and where the agency's reliance on the misrepresentation had a material effect on the evaluation results».

9. 31, U.S.C. § 3554(b).

10. 31, U.S.C. § 3553(d).

En lo que se refiere a la COFC, si bien no se contempla en su regulación un plazo para demandar, la misma corte ha interpretado que para dar debido resguardo de la seguridad nacional y la necesidad de una resolución expedita, aquella parte que teniendo la oportunidad de impugnar un error manifiesto y no lo hace antes del cierre de la licitación, renuncia a presentar la misma objeción posteriormente, lo que se conoce como regla Blue and Gold (Cibinic y otros 2023: 15-101). En cuanto a los remedios que puede otorgar, tiene atribuciones tanto para suspender el procedimiento (Jones, 2017: 354), como para resolver en definitiva cualquier medida restitutoria que la corte discrecionalmente considere adecuada,¹¹ incluida la prohibición para la agencia gubernamental de celebrar el contrato o ponerle término al mismo (casos de *injunctive relief*), hasta la declaración de un derecho al resarcimiento de los perjuicios (*declaratory relief*), con la limitación de que estos deben circunscribirse a los costos de preparación de la oferta,¹² por lo que la reclamación de indemnizaciones por pérdida de ganancias (lucro cesante) han sido uniformemente rechazadas (Cibinic y otros, 2023: 15-126).

Las medidas que la Ley 19.886 le impone establecer al TC al momento de acoger la demanda

Habiendo revisado someramente algunas soluciones planteadas por el derecho comparado, examinaremos ahora las facultades que la normativa nacional ha dotado al TCP para restablecer el imperio del derecho y cómo lo ha abordado dicha magistratura.

Acerca del sentido de la expresión «restablecer el imperio del derecho» utilizada por la ley 19.886, y que el artículo 26 quáter de la ley 21.634 mantiene

A diferencia de lo que acontece en el derecho europeo, y más cercano en esta parte a la regulación de Estados Unidos, nuestro legislador incorporó una fórmula amplia al momento de definir las potestades que el TCP tiene para definir, según el mérito de cada caso, la situación jurídica en la que quedará el proceso de selección cuando la demanda es acogida. Con pequeñas modificaciones en su texto al artículo 26, inciso primero, la Ley 21.634¹³ mantiene el sentido original de la prescripción de la Ley 19.886, estableciendo ahora en el artículo 26 quáter inciso segundo, lo siguiente: «En la sentencia definitiva, el tribunal se pronunciará fundadamente sobre la legalidad o arbitrariedad

11. «That section 1491(b)(4) [...] does not deprive a court of its equitable discretion in deciding whether injunctive relief is appropriate». United States Court of Appeals, Federal Circuit, PGBA, LLC versus United States, 389 F.3d 1219 (Fed. Cir. 2004).

12. 28 U.S.C § 1491 (b) (2): «To afford relief in such an action, the courts may award any relief that the court considers proper, including declaratory and injunctive relief except that any monetary relief shall be limited to bid preparation and proposal costs» Disponible en <https://tipg.link/RiI8>.

13. Ley 21.634, que moderniza la Ley 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. Publicada en el *Diario Oficial* el 11 de diciembre de 2023.

del acto u omisión respecto del cual se dedujo la acción de impugnación o del vicio en que se fundó la nulidad y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho».

Naturalmente, la terminología utilizada en 2003, cuando se promulgó la Ley 19.886, y confirmada en este nuevo 26 quáter, no era nueva en nuestro derecho, y mucho tiene que ver con las facultades que la Constitución Política le entrega a los tribunales superiores de justicia a propósito del recurso de protección (artículo 20), conceptos que se repiten a propósito de las facultades que tiene el juez de la instancia cuando conoce de la acción de no discriminación arbitraria (Ley 20.609, artículo 1),¹⁴ o el juez tributario y aduanero cuando conoce de un procedimiento especial de reclamo por vulneración de derechos (Ley 20.322, artículo 156).¹⁵ De esta manera, si consideramos que la intención del legislador era dotar al TCP de las mismas atribuciones que tienen dichos tribunales al resolver esta acción de amparo de derechos fundamentales, resulta necesario aclarar su naturaleza.

A este respecto, seguimos a parte de la doctrina nacional, para quienes, en materia de protección, la potestad es de naturaleza restitutoria, por lo cual la sentencia puede ordenar la restitución de un bien, realizar determinadas conductas o actuaciones u ordenar conductas de abstención (Nogueira, 2007; Pinochet, 2020: 32-33, y Zúñiga, 2007: 143), lo cual viene a ser el elemento común para este tipo de acciones constitucionales (Fernández y Samaniego, 2011: 193), y ratificada con la frondosa jurisprudencia sobre las medidas que los tribunales superiores han dispuesto en contra de la administración, por ejemplo en materia de cobertura para medicamentos de alto costo¹⁶ o restitución de un empleo público.¹⁷

Ahora bien, es efectivo que el tribunal que resuelva la acción de protección deberá, además de restablecer el imperio del derecho, «asegurar la debida protección del afectado», lo que no se encuentra en la Ley 19.886 ni en sus modificaciones. Esta diferencia puede llevar a la conclusión que el juicio se oriente a un control objetivo de pura legalidad de los actos precontractuales, sin que corresponda cuidar los intereses del demandante (Valdivia, 2013: 480). Sin embargo, ello no le resta en absoluto su carácter restitutorio en favor de quien ejerce la pretensión, pues en un contencioso de carácter anulatorio como es el que conoce el TCP, el principal interés por parte del demandante es que, luego del control de legalidad del acto impugnado, se produzcan efectos resti-

14. Ley 20.609, que Establece Medidas Contra la Discriminación, publicada en el *Diario Oficial* el 24 de julio de 2012.

15. Ley 20.322, que Fortalece y Perfecciona la Jurisdicción Tributaria y Aduanera, publicada en el *Diario Oficial* el 27 de enero de 2009.

16. *Astorga con Hospital San Juan de Dios*, Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de mayo de 2019, rol 11.295-2019, y *Guevara con Fondo Nacional de Salud y Ministerio de Salud*, Corte Suprema, 16 de agosto de 2022, rol 5.516-2022.

17. *Peña Olate con Instituto de Previsión Social*, Corte Suprema, 3 de octubre de 2016, rol 35.196-2016; *Ángulo con Ilustre Municipalidad de Arica*, Corte Suprema, 29 de junio de 2021, rol 11.248-2021, y *Cabello con Subsecretaría de Educación Parvularia*, Corte Suprema, 15 de febrero de 2023, rol 141.231-2022.

tutorios como consecuencia de la declaración de nulidad. En otras palabras, la retroacción del acto, como efecto de su declaración de nulidad, es la forma como cualquier demandante entiende que se restablece el imperio del derecho. Además, cuando en no pocas ocasiones la pretensión del actor se satisface sin la necesidad de que el TCP dicte sentencia y se presenta el respectivo desistimiento, el TCP lo acepta,¹⁸ sin que tenga la facultad para declarar de oficio la nulidad (como sucede en los contratos civiles, según lo dispone el artículo 1683 del Código Civil), de manera que el respeto a la legalidad puede ceder a la pretensión de quien impetra la acción impugnatoria.

En este sentido, si bien el reclamante no puede saber cómo terminará el procedimiento precontractual en caso de que se reanude (Valdivia, 2013: 474), sí tiene certeza de que, en el estado actual de las cosas, o no tiene posibilidades de ser adjudicado o estas se han reducido significativamente; circunstancias que a través de la acción que presenta intentará cambiar. De esta manera, aun cuando no se explicita como deber del tribunal la debida protección del afectado, nos parece que no se puede desconocer que la adopción de una medida como la retroacción o el término anticipado de un contrato tiene una naturaleza restitutoria, que es lo que motivará al demandante a perseverar en su pretensión. Este mandato de restablecer el imperio del derecho es consistente con lo que tanto la Ley Modelo de la CNUDMI sobre contratación pública, como las directivas de la Unión Europea sobre recursos y el derecho comparado, han mandatado a sus organismos revisores independientes para adoptar aquellas «medidas correctivas». Es decir, decisiones que no solo se conforman con declarar una situación de ilegalidad, sino que van más allá: apuntan como regla primaria a enmendar la conducta reprochada, sea retrotrayendo u ordenando el término del contrato para volver a las cánones normales en que debe reconducirse la compra pública.

Acerca de las medidas restitutorias que el TCP puede adoptar

En su deber de ordenar «en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho», el TCP cuenta, entonces, con una amplia gama de atribuciones de carácter restitutoria. Sobre el tenor literal de la disposición han surgido críticas desde un doble punto de vista pues, en primer lugar, el deber de disponerlas no sería obligatorio para el TCP, sino potestativo y, en segundo, no establecería la ley un listado de tales medidas (Vergara, 2016: 372; Lara y García-Huidobro, 2013: 437).

A nuestro juicio, cuando el antiguo artículo 26, inciso primero —y lo mismo el nuevo artículo 26 quáter— emplea la frase «en su caso», se está refiriendo al evento de que la demanda sea acogida, pues el contexto de dicha frase es el pronunciamiento del TCP sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, por lo que las medidas para restablecer el imperio del derecho se otorgarán en el caso que se declare la ilicitud del acto. Sostener lo contrario implicaría que la norma habilitante permitiría

18. *Valtek S.A. con Hospital Regional de Rancagua*, rol 16-2021; *HMG Consultores SpA con Defensoría de los Derechos de la Niñez*, rol 37-2021.

negarle un efecto útil a la sentencia, cual es la eficacia de la medida que se dispone, cuestión que, como hemos visto, es el objetivo principal de este tipo de procedimientos.

Respecto de la ausencia en el texto de un listado de medidas posibles de adoptar, si bien en materia de *lege ferenda* sería deseable que estas aparecieran expresamente indicadas, nos parece que ello no constituye un obstáculo serio para su imposición, por cuanto, como hemos podido ver a propósito de la naturaleza restitutoria de tales medidas, son amplias y no se limitan únicamente a la ineficacia del acto impugnado. Por lo demás, y tal como el mismo tribunal lo ha señalado en numerosas sentencias —para lo cual cita lo resuelto por la Corte Suprema al conocer un recurso de queja—, entiende que está facultado para adoptar «las medidas necesarias para corregir las incorrecciones jurídicas producidas durante el proceso de compra y que dicho órgano jurisdiccional observe en el curso del procedimiento».¹⁹

Teniendo presente el mandato entregado, las medidas que podría adoptar el TCP frente a la constatación de un acto que declare como ilegal o arbitrario consisten en:

La retroacción

Dado el carácter y finalidad de este contencioso administrativo, la primera medida a adoptar —una vez constatada la ilegalidad del acto impugnado— debiera ser su declaración de nulidad y, consecuentemente, de todos aquellos actos que se hayan dictado con posterioridad, incluyendo el contrato, correspondiendo evaluar su ineficacia para efectos de retrotraer el procedimiento al estado anterior a la comisión del acto ilícito (Camacho, 2021: 164).²⁰ En el evento de que la nulidad alcance a un contrato en ejecución correspondería aplicar los efectos propios de una causal de término anticipado, por lo cual se asume que entra en fase de liquidación, debiendo pagarse aquellas prestaciones efectivamente ejecutadas por el contratista.

La retroacción es la consecuencia alternativa a la ineficacia de todo el proceso licitatorio, pues permite la conservación de aquellos actos no afectados por el vicio declarado por el Tribunal (Saiz Ruiz, 2024: 329). Tal sería el caso, por ejemplo, si obligara a la entidad licitante a incorporar la oferta del demandante, sin que por ello se altere la evaluación de los demás oferentes. Ahora, bien podría el TCP entender, como ha sucedido

19. Por todas, *Sociedad Comercial de Transporte ICT limitada con Ministerio de Obras Públicas, Dirección de vialidad*, rol 9-2021.

20. De esta especie es la sentencia *Seguridad Privada Alfa Limitada con Ilustre Municipalidad de Villa Alemana*, rol 217-2021. A pesar de que el plazo de ejecución del servicio licitado era de treinta y seis meses, de los cuales se había ejecutado nueve, la falta de autorización por parte de la Subsecretaría de Telecomunicaciones para operar una central constituye una «infracción a la normativa aplicable en la materia, que impide a la empresa Oregon Security Spa prestar el servicio licitado y por lo tanto, no puede y no pudo corresponder a la oferente que se adjudicare el servicio licitado». En razón de ello, dispuso que «la entidad licitante deberá retrotraer el procedimiento licitatorio al estado de evaluar nuevamente las ofertas, por una comisión no inhabilitada, declarando inadmisibles las ofertas de la empresa Oregon Security Spa, continuando con el proceso licitatorio, conforme a las disposiciones de las bases de licitación y a la normativa aplicable en la especie, hasta su total conclusión».

en el ordenamiento español,²¹ que apreciando un error en la valoración de las ofertas según los criterios de evaluación establecidos en las bases, lo que corresponde, más que la retroacción, es declarar la ineficacia de todo el procedimiento, por cuanto se trata de criterios de adjudicación dependientes de fórmulas, en los que ya se conoce cada oferta presentada y ha quedado comprometida la objetividad de la comisión evaluadora.

Cabe preguntarse si en el ejercicio de su atribución, el TCP podría no conformarse con ordenar la retroacción del procedimiento licitatorio, e ir más allá, imponiéndole deberes activos a la entidad contratante, como la dictación de una determinada resolución. Nos parece que la atribución otorgada no es posible extenderla a un punto en que termine por sustituir las facultades decisorias de la entidad pública contratante, como sería la dictación de cualquier acto trámite o final, o el pronunciamiento sobre la idoneidad técnica de una propuesta, lo que sería propio de un órgano administrativo jerárquico, pero no de un tribunal independiente como lo es el TCP. Algo similar sucede en el derecho de Estados Unidos (Jones, 2017: 355) y de España (Fernández, 2020: 685).

Entonces, la regla general en esta materia es un reenvío a la autoridad contratante, a fin de que —una vez retrotraído el procedimiento— genere el acto que considere necesario para continuar la tramitación del procedimiento que conlleve al contrato (Morón, 2022: 418) salvo que, con los antecedentes disponibles, solo resulte factible adoptar una única decisión, de forma que la atribución sea eminentemente reglada, ejerciendo un control de carácter *positivo* (Rodríguez, 2016: 170-176). Un ejemplo que ilustra este punto es el caso «Estacionamientos y aplicaciones móviles limitada con Ilustre Municipalidad de Huechuraba», en el que, a propósito del reclamo que formula el demandante en contra de dicha corporación edilicia por haber declarado inadmisibles su oferta y adjudicado la de su rival, el TCP concluye que ambas ofertas infringieron las bases, y «no existiendo ofertas válidas para evaluar, procede que la Ilustre Municipalidad de Huechuraba declare desierta la licitación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 19.886 y efectúe un llamado a una nueva licitación, si así lo estimare pertinente».²²

La cancelación del proceso licitatorio

Habrá, además, otros casos en los que el TCP, junto con declarar la nulidad del acto impugnado, deberá extenderla a todo el procedimiento por cuanto el vicio detectado se encuentra en la elección de este,²³ o cuando la ilegalidad se detecta en un criterio de

21. *Matsurgical Sociedad de Responsabilidad Limitada, contra Servicio Murciano de Salud*. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 15 de febrero de 2024, Recurso núm. 1704/2023.

22. *Estacionamientos y aplicaciones móviles limitada con Ilustre Municipalidad de Huechuraba*, rol 42-2021. En el mismo sentido, *Solanch Macarena Tejos Carrasco con Serviu región del Maule*, rol 39-2021.

23. A este respecto, son destacables las sentencias que este tribunal dictó en 2012: *Dimacofi con Policía de Investigaciones*, de fecha 28 de julio de 2011, rol 94-2011; y *Dimacofi con Ministerio de Obras Públicas*, de 17 de noviembre de 2011, rol 124-2011. En ellas, se da cuenta que la intención de compra contenía cláusulas que se alejaban de tal forma de las bases del convenio marco al que se encontraban obligadas a respetar,

evaluación. En este último caso carece de sentido conservar la eficacia de algún trámite o actuación, en la medida que el criterio írrito influya en el resultado de las evaluaciones de las ofertas, y la subsecuente adjudicación. Tratándose del error en el procedimiento de selección del contratista, conviene tener presente el avance que representa la nueva regulación sobre trato directo contenida en el nuevo artículo 8 bis y, especialmente, en la amplitud de casos que cubre el numeral 1 del artículo 24, a partir de los cuales se deja atrás una asentada jurisprudencia del TCP, en cuanto a que carecía de competencia para conocer reclamaciones respecto de tratos directos,²⁴ interpretación que había sido cuestionada incluso por la Corte Suprema, conociendo de un recurso de protección.²⁵

La ineficacia ex nunc

Otra medida de carácter correctiva que podría adoptar el TCP, especialmente para aquellas impugnaciones en las que no fue acogida la suspensión del procedimiento — que constituyen la gran mayoría de los casos — es determinar la ineficacia *ex nunc* del contrato, de forma que podría disponer tanto el término anticipado como una reducción de su plazo, para que la entidad licitante decida un nuevo proceso de contratación, que podrá o no ser competitivo, dependiendo de las circunstancias. Se trata de una facultad que, como lo advierte Morón, supone superar la tesis de los actos separables, por la cual «el contrato es autónomo del proceso de formación y sus vicios» (2022: 434), y, tal como sucede en el derecho de la Unión Europea, debe reservarse para supuestos de especial gravedad (Gallego, 2020: 628) como, por ejemplo, acreditarse un engaño de parte del oferente adjudicado, o que la ejecución del contratista supone la infracción de las normas que regulan esa particular actividad.

Las medidas que adopta el TCP cuando acoge una demanda

Al momento de disponer las medidas que el TCP considera idóneas para el restablecimiento del derecho, en lo que parece un considerando de estilo, este niega un efecto anulatorio *per se* a la declaración judicial de arbitrariedad o ilegalidad, planteando que:

La declaración judicial de arbitrariedad o ilegalidad de un acto administrativo, no produce por sí misma un efecto anulatorio, ya que la misma disposición establece que el Tribunal en su caso ordenará, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho, lo que implica que la ley ha entregado al juez la facultad de disponer las providencias o medidas que estime procedentes, según las circunstancias de cada caso, para el restablecimiento del orden jurídico quebrantado.²⁶

que en los hechos se transformó en una licitación privada, sin que concurriera alguna causal que la justificara, por lo que ordenó la nulidad de todo el procedimiento.

24. *Grupo Bios S.A. con Servicio de Salud Metropolitano Sur Oriente*, rol 115-2009.

25. *Coan Chile Limitada con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas*, 13 de mayo de 2020, rol 25.693-2019.

26. Por todas, *Comercial Cavieres EIRL con Servicio Nacional de Geología y Minería*, 22 de julio de 2022,

En este punto existe, a nuestro juicio, un error terminológico, pues confunde nulidad con ineficacia, en circunstancias que son conceptos autónomos, siendo el primero susceptible de aplicación dicotómica, vale decir, un acto es inválido o no lo es, según si se ajusta a un supuesto normativo (Díez, 2018b: 74). Por su parte, la ineficacia se refiere a la pérdida de efectos jurídicos (Huepe, 2021: 581-582; Valdivia, 2018: 236) y en este escenario cabe una aplicación matizada, conforme a las circunstancias y los intereses en juego, lo que producirá que algunos actos podrán subsistir y otros no, para lo cual no hay una aplicación subsuntiva de la norma, sino una ponderación (Díez, 2018b: 74). De esta manera, comprobada la ilegalidad del acto que amerite, por su entidad, la declaración de nulidad, podría ocurrir que en un ejercicio de ponderación de las circunstancias se declare la subsistencia del mismo, si con ella se evitan efectos más perjudiciales que los generados al mantener un acto ilegal.

Seguidamente, el TCP ha indicado circunstancias que, a su juicio, debieran ser tenidas en cuenta al momento de disponer cuál sería la medida adecuada para restablecer el imperio del derecho. Entre ellas, el contenido del acto u omisión impugnado, el grado de desarrollo de sus efectos, la naturaleza y magnitud de la lesión causada, la conveniencia y posibilidad fáctica de retrotraer, cuidando que los efectos de la sentencia «no perjudiquen el interés público comprometido».²⁷ Actualmente, se ve una tendencia a analizar el contexto del caso, aunque no en profundidad, llegando a «presumir que el servicio ya se encuentra ejecutado»²⁸ con la finalidad de mantener la eficacia del acto ilegal.

Una vez declarada la ilegalidad, las medidas que el TCP ha dispuesto en sus resoluciones se pueden clasificar en:

a) Aquellas que apuntan a la ineficacia del acto impugnado, ordenando retrotraer el procedimiento licitatorio al estado anterior a la dictación del acto declarado ilegal o arbitrario con efectos *ex tunc*, o bien, para remover el acto impugnado y dictar otro que se ajuste a lo que se está disponiendo.²⁹

b) Junto con declarar ilegal y arbitrario el acto impugnado se reconoce a la parte demandante el derecho a demandar, en las sedes jurisdiccionales correspondientes, las indemnizaciones civiles que estime pertinentes.³⁰

rol 57-2021, Corte de Apelaciones de Santiago, 29 de septiembre de 2022, rol 375-2022; y *Araucaria Paisajismo Limitada con Ilustre Municipalidad de Cerro Navia*, 26 de octubre de 2022, rol 178-2021.

27. *Comercial F&C Limitada con Ilustre Municipalidad de Villa Alegre*, 28 de julio de 2021, rol 22-2021.

28. *Sistemas de Seguridad y Tecnología SpA con Ilustre Municipalidad de La Cisterna*, 4 de marzo de 2022, rol 121-2021. En el mismo sentido, rol 155-2022.

29. A modo ejemplar, *Nec Chile S.A. con Ilustre Municipalidad de Las Condes*, 30 de junio de 2022, roles 45-2022 y 58-2022, y *Siemens Healthcare Equipos Medicos S.P.A. con Servicio de Salud Occidente Hospital San Juan de Dios*, 21 de septiembre de 2023, rol 38-2023; *Datasense Spa con Ilustre Municipalidad de Río Hurtado*, 25 de agosto de 2023, rol 119-2023.

30. De esta clase son, entre otras, *Quorux Chile SpA con Municipalidad de Ovalle*, 28 de marzo de 2024, rol 200-2023; *Ecoverde S.A. con Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río*, 3 de agosto de 2023, rol 42-2022; *UTP Fremiqsur Ltda. y Mauricio Ladrón de Guevara Ltda. con Hospital Clínico Metropolitano de La Florida*,

c) Aquellas que se limitan a declarar ilegal y arbitrario el acto impugnado, no resultando procedente disponer medidas para restablecer el imperio del derecho.³¹

Dado el alto número de casos que, llegando a sentencia que acoge la demanda, se limita a reconocer un derecho a demandar perjuicios (Arriagada, 2020: 41-48), parece necesario analizar si este reconocimiento constituye, en efecto, una medida que restablece el imperio del derecho.

El reconocimiento de un derecho a demandar para el resarcimiento de los perjuicios, como una medida que restablece el imperio del derecho

Es evidente que este tipo de tutela apunta, únicamente, a que el proveedor recurrente obtenga algún beneficio económico frente a la impotencia de obtener una decisión que, compartiendo la tesis de una ilegalidad, no priva de efectos al acto impugnado, convalidando en la práctica todo lo obrado por la entidad demandada. No hay, por tanto, una orden de hacer, sino que únicamente, en la terminología del recurso de protección, un deseo de otorgar una «protección del afectado».

Acerca de la necesidad de contemplar una tutela indemnizatoria en el ordenamiento jurídico

La situación que a menudo enfrenta el TCP no es desconocida en el derecho comparado, pese a que para evitarla se realizan esfuerzos en el diseño de los procedimientos. Como es una situación que se puede presentar, parece sensato que el ordenamiento jurídico le otorgue al proponente un remedio subsidiario. A este respecto, la guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI, reconoce que:

Rectificar a tiempo puede, sin duda, evitar tener que indemnizar al autor del recurso. No obstante, en algunos casos la indemnización puede formar parte de la reparación, por ejemplo, si el contrato ya ha entrado en vigor y no se considera conveniente revocarlo. Por lo tanto, el hecho de no prever indemnizaciones (más allá de las costas que entrañe el recurso) tal vez prive de un medio de reparación adecuado para todas las situaciones, razón por la cual la cuestión de otorgar indemnización debería tenerse en cuenta en el contexto del objetivo más amplio de contar con un mecanismo de recursos que sea efectivo.

Ahora bien, para que esta promesa no implique una nueva frustración, la Directiva 92/13 de la Unión Europea ha establecido únicamente como elementos de la responsa-

4 de julio de 2023, rol 50-2018; *Afardi Construcciones e Ingeniería SpA con Subsecretaría de Salud Pública*, 7 de junio de 2023, rol 20-2022.

31. A modo ejemplar: *SUAT SPA con Instituto de Previsión Social*, 4 de febrero de 2022, rol 220-2021; *Sociedad constructora MG limitada con Ilustre Municipalidad de Cholchol*, 4 de septiembre de 2023, rol 15-2020, *Comercializadora P&E Soluciones Industriales SpA con Hospital Clínico Metropolitano El Carmen Doctor Luis Valentín Ferrada*, 10 de noviembre de 2023, rol 155-2022.

bilidad resarcitoria (artículo 2.7): i) que ha habido una violación del derecho comunitario en materia de formalización de contratos o de las normas nacionales que transponen este derecho, y ii) que hubiera tenido una posibilidad real de obtener el contrato, posibilidad que se ha visto comprometida debido a esta violación.

En relación con el primer requisito, cabe destacar que es una flexibilización fundamental para resguardar el efecto práctico de la tutela, pues no es necesario acreditar una conducta culposa o dolosa del funcionario. En lo que respecta al segundo, tampoco es necesario acreditar que de no mediar la actuación ilegal se habría obtenido el contrato, por haber sido la oferta mejor evaluada o cualquier circunstancia que habría llevado a una certeza de obtener la adjudicación, sino que se conforma con una posición mucho más fácil de probar, cual es el acreditar una posibilidad real o cierta de ser adjudicatario (Morón, 2022: 449). Ello haría posible que varios licitadores puedan recibir una indemnización en el mismo procedimiento en la medida de las probabilidades que cada uno tenía de haber obtenido el contrato (Díez, 2018b: 86).

Por otra parte, la Directiva 2007/66 (artículo 2.6) se refiere a la posible prejudicialidad que se pueda requerir para obtener la indemnización, de forma que los Estados miembros podrán establecer que la decisión cuestionada deba ser anulada, en primer término, por un organismo que tenga la competencia necesaria a tal efecto. En el caso español, el TACRC, además de conocer y resolver el recurso especial en materia de contratación, es competente para «imponer a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso», según lo dispone el artículo 58.1 de la LCSP. En el caso del derecho de Estados Unidos, tanto la GAO como la COFC cuando conocen de las reclamaciones en procedimientos licitatorios tienen competencia para establecer el acceso a una indemnización en favor del demandante exitoso.

La forma como la Ley 21.634 se aproxima a la tutela indemnizatoria

Se han formulado potentes críticas a la doctrina del TCP por cuanto si el éxito del reclamo no afecta la eficacia del contrato, «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» (Concha, 2016: 300). Ello se debe, en gran parte, a un deficiente diseño del procedimiento que, a modo ejemplar, no contemplaba la instalación de un litisconsorcio necesario en caso de que se esté impugnando la adjudicación, o permite un período probatorio que puede extenderse en meses, a la usanza del procedimiento civil de mayor cuantía.

Entonces, para remediar en parte la frustración del recurrente se sostuvo que, si el TCP está facultado para tomar las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho, en una interpretación extensiva y en una situación de notorio avance del contrato, bien podrían conocer de la acción resarcitoria por razones de especialidad, economía procedimental y equilibrio en la satisfacción de los intereses privados en juego (Vergara y Bartlett, 2017: 70). Aun cuando podamos compartir que la solución

propuesta no solo era la más lógica, sino que iba en la línea de hacer más eficiente la labor del Estado (Escanilla, 2013: 136), no hay más remedio que reconocer que el TCP carece de competencia para otorgar una tutela indemnizatoria, toda vez que se necesita habilitación legal para pronunciarse respecto de todos los elementos de la responsabilidad patrimonial de la administración (Arriagada, 2020: 49). A lo sumo, la ilicitud declarada ha servido para acreditar la existencia de una acción u omisión imputable a la administración que sea calificada como falta de servicio, lo que en fallos de la Corte Suprema se ha observado a partir de la infracción al principio de estricta sujeción a las bases.³²

Por lo tanto, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley 21.634 (respecto de esta materia, a partir del 12 de diciembre de 2024), la única tutela que podía otorgar es una de carácter restitutoria, lo que significó que el TCP, en aquellos casos que mantuvo los efectos del acto ilícito, no estaba cumpliendo con su deber de restablecer el imperio del derecho. Se hacía urgente, por tanto, tramitar una reforma legal que, tal como sucede en el derecho comparado, consagre expresamente una tutela indemnizatoria, idealmente aprovechando la experiencia legislativa en materia de libre competencia, la que había evolucionado desde una competencia en tribunales ordinarios civiles a una otorgada al propio Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), lo que ocurrió una vez entrada en vigencia de la Ley 20.945.³³ Una opción menos efectiva es la que aporta el artículo 151 de la Ley 18.695 en materia municipal, pues de acogerse el reclamo de ilegalidad, quien conocerá de la acción indemnizatoria es un tribunal ordinario de instancia, aunque en ese caso resulta comprensible, atendido que quien declaró la antijuridicidad de la actuación municipal es un tribunal superior de justicia y no uno especialista en la materia.

Ese llamado de urgencia encontró respuesta en la Ley 21.634, aunque de una manera incompleta, pues a partir de ella el demandante afectado recibirá una mínima protección, según se desprende del nuevo artículo 26 septies, inciso primero:

Cuando por sentencia firme y ejecutoriada se hubiere dado lugar a alguna de las acciones de impugnación o de nulidad señaladas en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 24, la parte interesada podrá interponer ante el tribunal ordinario de justicia competente en su domicilio o en el domicilio del Tribunal de Contratación Pública, demanda de indemnización de perjuicios, la que se tramitará conforme a las reglas del juicio sumario. En dicho procedimiento, no podrá discutirse la ilegalidad, arbitrariedad y/o nulidad ya declarada por el Tribunal de Contratación Pública.

32. *Centro de salud Visual RR Ltda. con Centro de referencia de Salud de Maipú*, 13 de enero de 2023, rol 5798-2022. En el mismo sentido, *González con Ilustre Municipalidad de Dalcahue*, 15 de marzo de 2021, rol 4.960-2019; *Navarrete y Díaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A. con Ilustre Municipalidad de Puerto Varas*, 15 de junio de 2022, rol 14325-2021.

33. Ley 20.945, que perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia, publicada en el *Diario Oficial* el 30 de agosto de 2016.

La disposición transcrita debe complementarse con el artículo 24, inciso final, que declara la incompetencia de dicho tribunal para conocer de las acciones civiles que emanen de los incumplimientos de los contratos administrativos suscritos en virtud de esta ley, «ni de acciones indemnizatorias de ningún tipo».

En esta norma se observa, efectivamente, una intención por otorgarle a la sentencia del TCP un efecto práctico, a la vez que lo salva de la ilegalidad que cometía cuando no otorgaba alguna medida de carácter restitutoria. No obstante, la nueva regla no reduce la posibilidad de que el tribunal ordinario que conocerá de la demanda por indemnización de perjuicios, al momento de confrontar el actuar de la entidad licitante según parámetros de eficiencia y razonabilidad, es decir, falta de servicio (Sanhueza, 2005: 131), termine en la práctica pronunciándose nuevamente sobre el acto impugnado.

Por otra parte, si bien es rescatable establecer un procedimiento más breve para obtener una tutela resarcitoria, debe tenerse en consideración que, ahora sí, se le está exigiendo una sentencia previa del TCP como requisito de procesabilidad de una acción indemnizatoria y, no obstante eso, deberá igualmente acreditar los distintos elementos de la responsabilidad extracontractual, salvo la ilegalidad del acto u omisión. No obstante, se observa una tendencia jurisprudencial en cuanto a que uno de los elementos más difíciles de acreditar, como lo es el daño, se está apreciando prudencialmente, fundado en la doctrina de la pérdida de una chance³⁴ y, en menor medida, bajo el clásico concepto de lucro cesante.³⁵ Respecto de este último, se ha señalado que ello importaría un exceso de protección, por cuanto se trata en definitiva de oferentes que no gozan de un derecho a adjudicarse la licitación ni a obtener los beneficios del contrato, por lo que no sería coherente otorgar una indemnización equivalente a la que habría obtenido si se le hubiese puesto término anticipado sin mediar culpa del particular (Phillips, 2020: 342-343).

Una oportunidad desperdiciada: la nueva regulación aleja al TCP de la posibilidad efectiva de otorgar una tutela restitutoria, y más bien propende a una tutela que no alcanza a ser indemnizatoria

A la luz de la evolución que ha tenido el derecho europeo, insumo valioso que tuvo a la vista el legislador de la Ley 21.634 para regular nuevos procedimientos de compra, habría sido esperable que tuviera en consideración su experiencia en materia de reclamos de los oferentes. A partir de lo que se ha revisado, podemos detectar tres condiciones necesarias para avanzar hacia una tutela efectiva para los oferentes. En primer lugar,

34. *Gonzalo Mercadal y Cia. Limitada con Serviu V Región*, Corte Suprema, 12 de enero de 2023, rol 88.733-2021; *PE y GE S.A. con Ilustre Municipalidad de San Joaquín*, Corte Suprema, 23 de diciembre de 2022, rol 52594-2021; *Constructora Indico Limitada con Municipalidad de San Bernardo*, Corte Suprema, 19 de noviembre de 2021, rol 154663-2020; y *Sociedad Comercial Boero y Boero Limitada con Ilustre Municipalidad de Nacimiento*, Corte Suprema, 13 de diciembre de 2021, rol 17273-2021.

35. *Navarrete y Diaz Cumsille Ingenieros Civiles S.A. con Ilustre Municipalidad de Puerto Varas*, Corte Suprema, 15 de junio de 2022, rol 14325-2021.

se constata el establecimiento de un procedimiento breve y sumario, que permita en la práctica mantener la suspensión del procedimiento. En segundo lugar, tratándose de la impugnación del acto adjudicatorio, define un tiempo de espera a la firma del contrato y la suspensión automática del procedimiento, una vez declarada la admisibilidad de la demanda. En tercer lugar, se radica en el mismo órgano que conoció el acto ilegal la competencia para conocer de las acciones indemnizatorias, otorgándole al demandante la ventaja de acreditar únicamente el daño y la relación causal. Lejos de observar la experiencia comparada, nuestro legislador optó por profundizar un diseño de actos procesales de carácter contencioso administrativo, centrados en la ritualidad de un juicio, lo que como se señaló no es un aspecto esencial en este tipo de regulaciones pudiendo asumir esta función de control un organismo administrativo autónomo.

Así, en relación con el primer componente son variadas las disposiciones de la Ley 21.634 que permiten concluir que el procedimiento se ralentizará, condenándolo en el mayor de los casos a la ineficacia. Solo a modo de ejemplo:

i) Admitida a tramitación la demanda, el tribunal oficiará al organismo público demandado y ordenará notificar a los particulares demandados, si los hay. Este particular será la mayor de las veces el adjudicatario, a quien los efectos de la sentencia le pudieran afectar y, por lo tanto, se trata de una persona que ha aportado al Registro de Proveedores, entre muchos datos, un correo electrónico. Pues bien, el artículo 25 ter, inciso penúltimo, establece que la demanda deberá ser notificada personalmente, y en caso de no ser habido en una oportunidad, se procederá a su notificación por cédula.

ii) Se permite al demandado pedir, por una sola vez y por razones fundadas, una prórroga del plazo para contestar la demanda, hasta por un máximo de cinco días hábiles (artículo 25).

iii) Si el demandado opone una o más excepciones dilatorias, la regla general será darle el carácter de incidente de previo pronunciamiento y, de ser acogidas, la parte demandante tendrá un plazo de diez días hábiles para subsanar los vicios (artículo 25 ter).

iv) Llamado a conciliación obligatoria (artículo 25 quáter), pudiendo el tribunal ordenar la suspensión de la audiencia de conciliación por el tiempo que estime pertinente, con tope de treinta días hábiles.

v) Las actuaciones probatorias, trámites, diligencias o notificaciones que por orden del tribunal hayan de practicarse fuera de la ciudad de asiento, deberán llevarse a efecto ante el juez de letras en lo civil correspondiente, en virtud de exhorto ordenado remitir a solicitud de parte o de oficio, los cuales deberán ser remitidos, diligenciados y devueltos mediante la utilización del sistema informático (artículo 25 sexies).

Respecto del tiempo de espera a la firma del contrato se contemplan dos situaciones: la primera, tratándose de aquellas causales de trato directo que regula el artículo 8 bis, para contrataciones que superen las 1.000 UTM, por un plazo de cinco días hábiles desde que se publique en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado. La segunda, establecida en el artículo 10 inciso segundo, para procesos licitatorios superiores a 5.000 UTM, en los que la suscripción del contrato solo podrá

efectuarse una vez transcurrido el plazo de diez días hábiles desde la notificación, por el mismo medio, de la resolución adjudicatoria.

Si bien se reconoce la intención del legislador en cuanto a evitar la carrera por la firma del contrato, en la práctica, la espera decretada muy probablemente no surtirá ningún efecto si el TCP no decreta la suspensión del procedimiento, cuestión que lejos de ser automática, implica no solo un ejercicio de ponderación de dicho organismo, sino la tramitación de un nuevo incidente previo a su otorgamiento, incluso si se solicita como medida prejudicial precautoria. En efecto, en este escenario el tribunal oficiará al organismo público demandado y ordenará notificar a los particulares demandados en caso de que existieran, para que informen dentro de un plazo de siete días hábiles (artículo 25 bis, inciso tercero), por lo que una vez evacuado, el plazo de suspensión ya habrá sido sobrepasado. A este respecto, resalta la notable diferencia en la solución que adoptó el legislador peruano en esta materia, y que se vio confirmada en su reciente Ley 32.069, Ley General de Contrataciones Públicas, publicada el 24 de junio de 2024, cuyo artículo 75.1 prescribe que interpuesto el recurso, queda «en suspenso el procedimiento de selección hasta que sea resuelto, siendo nulos los actos posteriores practicados hasta antes de la expedición de la respectiva resolución».

En tercer lugar, el legislador de la Ley 21.634, optó por radicar la competencia en los tribunales ordinarios civiles, y si bien efectuó una remisión a las normas del procedimiento sumario, el demandante deberá igualmente acreditar todos los elementos de la responsabilidad extracontractual, salvo la ilegalidad declarada por el TCP. Esta solución no consideró la propia experiencia respecto de la indemnización de perjuicios en libre competencia, a partir de la cual lo relevante es que los requisitos para la acreditación de la responsabilidad civil se centren en el daño y la relación causal, sin que sea necesario probar ni el hecho ilícito ni la culpa, por cuanto se trataría de una culpa contra legalidad (Banfi, 2014: 41; Hernández, 2018: 119).

Podemos concluir, entonces, que la nueva regulación no reconoce la importancia de diseñar un procedimiento de reclamo que apunte, esencialmente, a la eficacia del pronunciamiento que acoja la demanda, por lo que concordamos con Olmos cuando plantea sus dudas en cuanto a que las innovaciones introducidas contribuirán a un juicio más eficaz y congruente con su naturaleza breve (Olmos, 2024: 316). Por el contrario, en la práctica será muy difícil adoptar una decisión que suponga una superación de la teoría de los actos separables, y sea capaz de privar de efectos al contrato que es producto de un procedimiento precontractual ilícito (Concha, 2012: 238), lo que creemos puede suceder, incluso, con la acción especial de nulidad contra los contratos celebrados por los órganos de la Administración del Estado, por infracción de las normas del Capítulo VII de la misma ley, sobre probidad y transparencia, los que de acuerdo al artículo 35 sexies, son nulos.

En vez de ello, tendremos, muy probablemente, un aumento de casos en que el Fisco asumirá frente a la parte afectada su responsabilidad patrimonial, previa tramitación de un nuevo juicio, todo financiado con los impuestos de los contribuyentes. Esta situación contrasta notoriamente con la experiencia de los tribunales administrativos de

recursos contractuales (TARC) que conocen de estas materias en España, en los que el recurso especial en materia de contratación tiene un diseño orientado hacia la consecución de una resolución rápida y eficaz, lo que permite que puedan ser resueltos antes de que transcurra un mes desde su presentación (Santiago, 2018: 685-686).

¿Es factible obtener una tutela restitutoria? El ineludible deber de ponderación por parte del TCP al momento de determinar la medida que restablezca el imperio del derecho

Lo que hemos planteado hasta ahora nos lleva a la idea de que la multiplicidad de trámites y actuaciones previas a la dictación de la sentencia hará, en muchos casos, extremadamente difícil que el TCP resuelva la contienda antes de que el contrato comience a ser ejecutado. En tal evento le resultará tentador, y hasta necesario, rechazar la pretensión de ineficacia del acto impugnado, y contentarse con invitar al demandante a perseguir una indemnización de perjuicios. Sin embargo, a pesar de que el diseño institucional de la acción de reclamación, reforzado por la Ley 21.634, conduce en la mayor parte de los casos a una especie de tutela indemnizatoria, nos parece que siempre deberá el TCP efectuar una debida ponderación entre los bienes en conflicto, teniendo en cuenta la gama de opciones que tiene al momento de establecer la medida o remedio concreto. En este sentido, como primera premisa al momento de aplicar la medida que restablece el imperio del derecho, el TCP no debiera incurrir en la dualidad entre ineficacia *ex tunc* o limitarse a constatar la ilicitud del acto.

Para ello, un mito que el TCP debiera derribar es el supuesto límite a los propios efectos de la declaración de ineficacia, en cuanto a no perjudicar el interés público comprometido, dando a entender que se infringiría siempre, por el solo hecho de que existe un contrato firmado. Una interpretación como la anotada lleva a que el interés público implique una consecuencia negativa en el efecto útil de los remedios en el ámbito precontractual (Díaz, 2019: 181). Por el contrario, el interés general se encuentra tanto en la permanencia del contrato como en su ineficacia ya que, al provenir de un procedimiento precontractual ilegal, se requiere dar la señal que el sistema de contratación no acepta prácticas corruptas, colusorias, ilegales o arbitrarias (Moraga, 2019: 551; Valdivia, 2013: 466).

El interés público es, por tanto, un concepto que guía la ponderación de intereses y no necesariamente un freno al otorgamiento de una tutela restitutoria. En este sentido, en la jurisprudencia de la COFC se observa que el interés público se reconoce cuando se compele a la administración para llevar a cabo procedimientos de contratación justos y legales, dando una consideración equitativa a todas las ofertas.³⁶ En un sentido

36. *Klinge Corporation v. U.S.*, num. 08-134C (Fed. Cl. Jun. 10, 2008). En dicho fallo se explica que: «The public interest must weigh in favor of injunctive relief. The public interest is served by ensuring that the government conduct fair and legal procurement procedures, giving honest and fair consideration to all bids. *Aeroplata Corp. v. United States*, 67 Fed. Cl. 4, 13 (2005). Preserving the integrity of the public procurement system is in the public interest. *MVM, Inc. v. United States*, 46 Fed. Cl. 137, 143 (2000); *Day Zimmerman*

similar, el TJUE observa que, a partir de la interpretación teleológica y armónica de la totalidad de fuentes comunitarias y los principios de la contratación pública, se persigue en última instancia una contratación lo más favorable para los intereses públicos (Díaz, 2019: 175-177), sin que exista propiamente una contraposición entre estos y los intereses del reclamante.

Por ello, aun en el caso de un procedimiento cuya tramitación tomó varios meses, el TCP no puede eludir su responsabilidad de adoptar, en el marco de las normas y principios que rigen su actuar, una decisión que pondere los intereses en conflicto y es en este propósito que se pueden encontrar algunos criterios que permitirían adoptar una decisión proporcional. Para ello, debemos tener en cuenta la línea del tiempo en el ciclo de vida de un contrato. En ella nos encontraríamos con dos extremos en los cuales solo cabe una decisión, por cuanto no habría nada que ponderar. Ellos son, por un lado, un contrato completamente ejecutado (en cuyo caso solo cabe una tutela indemnizatoria, por cuanto la necesidad pública ya fue satisfecha), y por el otro, un proceso precontractual en su fase inicial (en el que la tutela restitutoria se debería imponer sin contrapesos).

De acuerdo con una regla básica de ponderación, según la cual «cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 2012: 138), sostenemos que, por criterio general, al tiempo que la decisión del TCP se encuentre más cerca de uno de estos extremos, más proclive debiera estar, en principio, a adoptar la tutela que le corresponde. Sin embargo, existen situaciones en las cuales el interés público exigirá adoptar la tutela inversa, vale decir, habrá casos en que a pesar de que no exista aún un contrato celebrado, igualmente se ajusta más al interés público no privar de eficacia al acto ilícito y; por el contrario, existen otros en los que correspondería que, a pesar de que un contrato se encuentre en ejecución, habría que declarar su ineficacia y ponerle término anticipado. Naturalmente, el contexto de la contratación es clave para adoptar la decisión proporcional, pero algunos criterios a considerar serían:

a) Aquellos que pueden imponerse a la ineficacia del acto ilegal:

- La emergencia o urgencia en la contratación.
- Si a pesar de la ilicitud del acto, el adjudicatario sería el mismo.
- Si se excluye ilegalmente a un oferente en la evaluación, pero sin posibilidades de ser adjudicado.

b) Aquellos que se imponen por sobre la eficacia del contrato:

Servs. v. United States, 38 Fed. Cl. 591, 610 (1997). The integrity of the procurement process necessarily includes the requirement that government officials follow applicable procurement law and regulation. *Rotech Healthcare, Inc. v. United States*, 71 Fed. Cl. 393, 431 (2006)».

- Infracción a normas sobre libre concurrencia al proceso licitatorio, en términos que se excluya a un potencial proveedor que razonablemente podría ser adjudicado.³⁷
- Infracción a lo dispuesto en el Capítulo VII de la nueva ley, sobre probidad administrativa y transparencia en la contratación pública, en cuyo caso el artículo 35 sexies expresamente prevé que la sanción es la nulidad.
- Si la eventual ineficacia que se dicte no afecta la continuidad del servicio, sea porque se puede proveer por medio de un trato directo, sea porque no es una contratación crítica.
- Si el estado de avance del contrato hace económicamente viable ponerle término anticipado y contratar a un nuevo proveedor.

Ahora bien, es posible que se presente una colisión entre los criterios que hemos expuesto, por ejemplo, si en una compra crítica para la salud de la población se detectaron graves vicios de probidad de la compra, que por expresa disposición del artículo 35 sexies correspondería declarar su nulidad. Incluso en ese caso, me parece ineludible la ponderación que deba efectuar el TCP en términos que, si la satisfacción de una necesidad pública impostergable que hace urgente la compra se viera afectada, podría igualmente no privar de eficacia al acto nulo.

Conclusiones

La capacidad que tenga el órgano decisorio (en el caso chileno, el TCP) para adoptar medidas eficaces constituye una herramienta disuasoria esencial para prevenir conductas ilícitas por parte de autoridades compradoras y oferentes, en la etapa precontractual. No es posible avanzar en temas tan importantes para el desarrollo de la contratación pública como integridad, transparencia, o eficiencia del gasto público, si no existe como contrapartida un sistema robusto de remedios, que restituya con prontitud al reclamante su legítima expectativa de ser adjudicado. Así por lo demás lo han entendido diversos instrumentos y normas internacionales, al diseñar un reclamo especial con la finalidad de evitar una decisión que carezca de efectos prácticos, privilegiando el otorgamiento de una tutela restitutoria, en desmedro de una de carácter indemnizatoria.

37. En este sentido, *Partner Apelski Dariusz v Zarząd Oczyszczania Miasta*, C-324/14, 7 de abril de 2016. Para el TJUE: «Los principios de igualdad de trato y de no discriminación de los operadores económicos, enunciados en el artículo 2 de la Directiva 2004/18, deben interpretarse en el sentido de que exigen que se anule y se repita una subasta electrónica en la que no se invitó a participar a un operador económico que presentó una oferta admisible, aunque no pueda demostrarse que la participación del operador excluido habría modificado el resultado de la subasta». Disponible en <https://tipg.link/RiI9>.

En el mismo sentido, la COFC de Estados Unidos de América ha sostenido que el demandante sufre un daño irreparable si es privado de la oportunidad de competir en igualdad de condiciones. *Palantir USG, Inc. v. United States*, 129 Fed. Cl. 218, 291 (2016).

En el análisis de las facultades del TCP estas tienen un carácter esencialmente restitutorio, pero sin que se agoten en una ineficacia *ex tunc*, por lo que podría dictar otro tipo de medidas, como el término anticipado del contrato, la reducción de su plazo o la cancelación del procedimiento licitatorio. No tiene, en contraste, una facultad para otorgar una tutela indemnizatoria que, de acuerdo a los términos establecidos en la Ley 21.634, solo podrá obtenerse, en primera instancia, ante un juez ordinario civil bajo las reglas del juicio sumario, debiendo acreditar el actor todos los elementos de la responsabilidad extracontractual salvo la ilegalidad declarada por el tribunal. Esta situación contrasta con la que sufre el afectado de un acto anticompetitivo declarado así por el TDLC, en los que podrá demandar ante esa misma sede y solo deberá enfocarse en acreditar el daño y la relación causal, precisamente para otorgar una mayor satisfacción al afectado en el reconocimiento de su derecho a ser indemnizado.

La nueva Ley 21.634 no resulta idónea para superar el principal problema que arrastraba la Ley 19.886, cual es la necesidad de agilizar los procesos, a fin de que la autoridad de control tenga la real opción de otorgar una tutela restitutoria. Las principales deficiencias se sintetizan en: a) procedimiento excesivo en actuaciones procesales, cuya tramitación normal tomará, en muchos casos, meses; b) establece la suspensión del procedimiento licitatorio como la regla excepcional, pues junto a la eventual caución previa que deba rendirse, se requerirá fundarla, en vez del otorgamiento automático que se contempla en legislaciones orientadas a la eficacia del procedimiento; y c) no dio competencia al TCP para conocer de la indemnización de perjuicios, al contrario de la experiencia española con los TARC y la nacional con la ampliación de la competencia del TDLC. Erróneamente, a nuestro juicio, el legislador de este cuerpo legal se enfocó en reglamentar un procedimiento judicial especial, en circunstancias que la marca distintiva no es la radicación de esta materia en un órgano judicial (a nivel comparado basta con la autonomía e independencia del órgano que lo resuelve, pudiendo ser administrativo), sino que la eficacia y prontitud de su decisión.

Por último, a pesar de las trabas que la nueva legislación ha establecido para obtener una sentencia eficaz, queda incólume el deber del TCP en cuanto a efectuar una real ponderación de los bienes e intereses en conflicto, teniendo en cuenta que el interés público podría encontrarse tanto en continuar con la ejecución del contrato, como en retrotraer el procedimiento de selección. De esta forma, la urgencia en la contratación, el avance en la ejecución del contrato o la infracción al principio de probidad serán consideraciones que deberá ponderar para resolver la mantención o no de los efectos del acto, cada vez que concluya su ilicitud. Mientras no se corrijan las distorsiones explicadas, la esperanza de los ciudadanos en la integridad de los procesos de contratación regidos por la Ley 19.886 y sus modificaciones, queda radicada únicamente en la ponderación que efectúen los órganos encargados de su control.

Referencias


- ALEXEY, Robert (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARRIAGADA ZETA, Felipe (2020). «Modo en que la aplicación de medidas para el restablecimiento del imperio del derecho es especificada por el Tribunal de Contratación Pública». *Ars Boni et Aequi*, 16: 35-64. Disponible en <https://tipg.link/RiEh>.
- BANFI DEL RÍO, Cristián (2014). «Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile». *Revista Chilena de Derecho*, 41 (1): 37-58. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000100003>.
- CAMACHO CEPEDA, Gladys (2021). Certeza jurídica y el problema de la nulidad de los contratos públicos en Chile. *Revista digital de derecho administrativo*, 25: 145-174. Disponible en <https://tipg.link/RiFL>.
- CAMPOS ACUÑA, María Concepción (2019). *Aplicación práctica del compliance en la contratación pública*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- CENTRO DE INVESTIGACIÓN SOBRE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID (2022). *Informe sobre la justicia administrativa 2022*. Disponible en <https://tipg.link/RiFW>.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (2018). *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- CIBINIC, John Jr., Ralph Jr. Nash, Christopher Yukins y Nathaniel Castellano (2023). *Formation of Government contracts*. Quinta edición. Wolters Kluwer.
- CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2014). *Guía para la incorporación al derecho interno de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*. Naciones Unidas. Disponible en <https://tipg.link/RiFd>.
- . (2014). *Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública*. Disponible en <https://tipg.link/RiFk>.
- COMISIÓN EUROPEA (2017). *Sobre la eficacia de la Directiva 89/665/CEE y la Directiva 92/13/CEE, modificadas por la directiva 2007/66/CE, en cuanto a los procedimientos de recurso en el ámbito de la contratación pública*. Disponible en <https://tipg.link/RiFt>.
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2012). *Nulidad del contrato de la Administración. Aplicabilidad de las reglas civiles*. Santiago: Legal Publishing Chile.
- . (2016). «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* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 46: 287-310. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512016000100009>.
- DÍAZ BRAVO, Enrique (2019). *El recurso en materia de contratación pública en el derecho europeo y su aplicación en España*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- DÍEZ SASTRE, Silvia (2012). *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*. Madrid, Marcial Pons.
- . (2018a). «La invalidez de los contratos públicos». En José María Gimeno (director), *Estudio sistemático de la ley de contratos del Sector Público* (pp. 571-597). Pamplona: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- . (2018b). «Los efectos de la invalidez en la Ley de Contratos del Sector Público». *Documentación Administrativa Nueva Época*, 5: 69-92. Disponible en <https://tipg.link/RiFy>.
- DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA (2017). *Chile. Evaluación del sistema de compras públicas. Metodología MAPS 2016*. Disponible en <https://tipg.link/RiGo>.
- ESCANILLA ABARZA, Eduardo (2013). «El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis crítico propositivo». *Derecho Público Iberoamericano*, 2: 103-149. Disponible en <https://tipg.link/RiGA>.
- EUROPEAN COMMUNITIES (2006). *Impact assessment report-remedies in the field of public procurement*. Disponible en <https://tipg.link/RiGJ>.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael (2020). «El sistema español de recursos en materia de contratación pública: Entre los derechos a una buena administración y a la tutela judicial efectiva». En Enrique Díaz Bravo y José Antonio Moreno Molina (directores), *Contratación pública global: Visiones comparadas* (pp. 659-705). Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente y Nitza Samaniego Behar (2011). «El juicio de amparo: historia y futuro de la protección constitucional en México». *Revista del Instituto de ciencias jurídicas de Puebla*, 27: 173-200. Disponible en <https://tipg.link/RiGT>.
- FNE, Fiscalía Nacional Económica (2020). *Estudio de Mercado sobre Compras Públicas*. Disponible en <https://tipg.link/RiGW>.
- GALLEGRO CÓRCOLES, Isabel (2020). «Derecho de la contratación pública de la Unión Europea y mecanismos de tutela». En Enrique Díaz Bravo y José Antonio Moreno Molina (directores), *Contratación pública global: Visiones comparadas* (pp. 617-658). Valencia: Tirant lo Blanch.
- GIMENO FELIÚ, José María (2018). «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: Hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente». En José María Gimeno (director), *Estudio sistemático de la ley de contratos del Sector Público* (pp. 47-132). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- HELFMANN MARTINI, Carolina (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 (2019)». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 33: 255-267. Disponible en <https://tipg.link/RiGX>.

- HERNÁNDEZ PAULSEN, Gabriel (2018). «Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores». *Revista Chilena de Derecho Privado*, 30: 87-126. DOI: [10.4067/so718-80722018000100087](https://doi.org/10.4067/so718-80722018000100087).
- HUEPE ARTIGAS, Fabián (2021). «¿Nulidad de derecho público o nulidad del acto administrativo? Bases para la elaboración de una teoría de nulidad del acto administrativo fundada en sus elementos». En Valeska Opazo de la Fuente (directora), *Nulidad e ineficacia: Estudios públicos y privados* (pp. 540-594). Valencia: Tirant lo Blanch.
- JONES, John T. Jr. (2017). *Government Contract Law: The Deskbook for Procurement Professionals*. American Bar Association.
- LARA ARROYO, José Luis y Luis Eugenio García-Huidobro Herrera (2013). «Aspectos críticos de la solución de controversias en la contratación administrativa bajo la Ley 19.886: El caso del Tribunal de Contratación Pública». En Gabriel Bocksang Hola y José Luis Lara Arroyo (coordinadores), *Procedimiento administrativo y contratación pública* (pp.405-448). Santiago: Thomson Reuters La Ley.
- MEDINA ARNAIZ, Teresa (2022). «La incidencia de los objetivos climáticos y medioambientales de la Unión Europea en la contratación pública». En José María Gimeno (director) y María del Carmen de Guerrero (coordinadora), *Observatorio de los contratos públicos 2021* (pp. 123-133). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2019). *Contratación Administrativa*. Santiago: Legal Publishing.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos (2022). *El recurso ante tribunales especiales en materia de contratación pública. Instrumento participativo para preservar la integridad en las compras públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2007). «El recurso de protección en el contexto del amparo de los derechos fundamentales latinoamericano e interamericano». *Ius et Praxis*, 13 (1): 75-134. Disponible en <https://tipg.link/RiGn>.
- OFICINA INDEPENDIENTE DE REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN DE LA CONTRATACIÓN (2023). X: *Los órganos de control en materia de contratación pública*. Disponible en <https://tipg.link/RiGr>.
- OLMOS CARRASCO, Felipe (2024). «El rediseño legal del Tribunal de Contratación Pública». En Ximena Lazo Vitoria e Iván Obando Camino (editores), *Nueva ley de compras públicas. Estudio sistemático y práctico de la reforma a la Ley 19.886*. Santiago: Thomson Reuters.
- OCDE, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2018). *Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública, Contratación pública en Nuevo León, México*. Disponible en <https://tipg.link/RiGy>.
- PHILLIPS LETELIER, Jaime (2020). *La protección de expectativas en el derecho administrativo chileno. Una propuesta para la aplicación del principio de protección de la confianza*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PINOCHET CANTWELL, Francisco (2020). *El Recurso de Protección*. Santiago: El Jurista.
- RÍOS ERAZO, Ignacio y Rodrigo Silva Goñi (2018). *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*. Santiago: Jurídica de Chile.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2016). *Metodología del Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- SAIZ RUIZ, Guillermo (2024). *Estudio práctico de los procedimientos de recurso especial en materia de contratación pública*. Navarra: Aranzadi.
- SANHUEZA ACOSTA, Ricardo (2005). *Responsabilidad patrimonial del Estado administrador chileno*. Santiago: LexisNexis.
- SANTIAGO FERNÁNDEZ, María José (2018). «Procedimiento del recurso especial en materia de contratación». En José María Gimeno (director), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp.667-687). Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- . (2024). «Recurso especial en materia de contratación». En Eduardo Gamero Casado e Isabel Gallego Córcoles (directores) *Tratado de Contratos del Sector Público* (pp. 963-1026). Valencia: Tirant lo Blanch.
- SERRANO CHAMIZO, Javier (2023). «El recurso especial y los órganos y tribunales administrativos de recursos contractuales: la verdadera revolución de la LCSP». En Jaime Pintos Santiago (director), *Cinco años de la Ley de Contratos del Sector Público: Estudio de situación y soluciones para su regulación* (pp. 837-854). Navarra: Aranzadi.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel (2013). «La conservación del contrato anulable en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública». En Juan Carlos Ferrada Bórquez (coordinador), *La nulidad de los actos administrativos en el derecho chileno* (pp. 437-483). Santiago: Thomson Reuter.
- . (2018). *Manual de derecho administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2016) «Tribunal de Contratación Pública: Bases institucionales, organización, competencia y procedimiento». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 46: 347-378. DOI: [10.4067/S0718-68512016000100011](https://doi.org/10.4067/S0718-68512016000100011).
- VERGARA BLANCO, Alejandro y Daniel Bartlett Burguera (2017). «Propuestas para la regulación del Tribunal de contratación pública. Organización, competencia y procedimiento». *Revista de Estudios Públicos*, 147: 33-93. Disponible en <https://tipg.link/RiH6>.
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2007). «El Recurso de Protección y sus límites. A propósito de las “cuestiones técnicas”». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 14 (2): 131-157. Disponible en <https://tipg.link/RiHA>.

Sobre el autor

ANDRÉS RUIZ IBÁÑEZ es abogado y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. Magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Su correo electrónico es andres.ruiz@rsalegal.cl.  <https://orcid.org/0009-0004-4584-4255>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

ASISTENTE DE REDACCIÓN

Jaime Phillips Letelier

jphillips@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rdp@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io