

Colaboración recibida el 24 de septiembre de 2014 y aprobada el 21 de enero de 2015

Causal de nulidad y efecto anulatorio: separabilidad de los actos precontractuales. Análisis crítico a base de un estudio de grupo de casos a diez años de funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública*

RICARDO CONCHA MACHUCA**

I. Introducción

En materia de contratación administrativa la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios (en adelante LdC) estableció hace diez años¹ el Tribunal de Contratación Pública (en adelante, el Tribunal), otorgándole competencia en la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación, debiendo pronunciarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, ordenando, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho². El campo de competencia de este Tribunal se extiende más allá de los contratos de suministros y prestación de servicios, alcanzando a toda la contratación administrativa municipal³, abarcando incluso a los contratos administrativos de ejecución y concesión de obra pública⁴.

En tal contexto, el presente trabajo se encarga de mostrar la evolución de la tendencia jurisprudencial presente en los grupos de casos en que el Tribunal ha

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Fondecyt N° 11130604, financiado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica (Conicyt).

** Académico, Universidad de Talca. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Lic. en Cs. Jurídicas, Universidad de Concepción. Correo electrónico: rconcha@utalca.cl.

¹ Instalado el 27 de septiembre de 2005.

² Artículos 24 inciso I y 26 inciso I de la LCASYP.

³ Artículo 66 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades: "La regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y sus reglamentos".

⁴ La LdC dispone que el Capítulo V de la misma (donde se establece las normas que rigen el Tribunal de Contratación Pública) se aplican supletoriamente a los contratos administrativos de concesión y ejecución de obra pública.

determinado la ilegalidad del procedimiento pre-contractual, en cuanto a sus efectos en el contrato finalmente celebrado con la contraparte, generalmente, privada.

Conviene hacer un análisis al respecto, toda vez que en 2015 se están cumpliendo diez años desde la instalación del Tribunal. Este trabajo, por lo tanto, abarca todo el período de existencia del mismo, por lo que las conclusiones que se pueden extraer constituyen una muestra cierta de la manera en que el Tribunal resuelve la materia.

Empíricamente se muestra como en el estado actual, para el grupo de casos seleccionados (esto es, aquellos en que se determina la ilegalidad del procedimiento administrativo de contratación, cuando el contrato se ha suscrito) se encuentran algunos con sentencias judiciales sometidas a condición.

II. Problemática

Este Tribunal está llamado por ley para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación, debiendo pronunciarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, ordenando, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho⁵.

En el ámbito de su competencia, precisamente, cuando se ha establecido en el juicio que ha habido una actuación ilegal en el procedimiento administrativo de contratación, la abrumadora jurisprudencia del Tribunal dispone, para reestablecer el imperio del derecho, que no cabe privar de efectos al contrato, aunque se encuentre soportado en un procedimiento viciado.

Como se ve en las sentencias que más adelante se exponen, se califica de ilegal un acto, y en consecuencia se le priva de efectos, esto es, opera como cualquier declaración de nulidad, teniendo como causal la ilegalidad del procedimiento de contratación. Sin embargo, tal declaración no de nulidad no alcanza al contrato. Para resolver de ese modo, el Tribunal ha utilizado, durante sus diez años de existencia, criterios diversos para determinar los efectos de la sentencia que, a pesar de declarar la ilegalidad de un acto del procedimiento administrativo de contratación, mantiene el vínculo contractual, notándose a veces, de un criterio meramente pragmático, en ocasiones otro más complejo en cuanto a su elaboración jurídica, para incluso, caer en una manera peculiar de resolver la temática, pero siempre manteniendo la intangibilidad del contrato⁶.

⁵ Artículos 24 inciso I y 26 inciso I de la LCASYP.

⁶ En general con respecto al problema de la nulidad del contrato de la Administración en la literatura comparada, se pueden consultar: POUYAUD (1991); REBELO (1994); SAINZ (1995); REBOLLO (1996), pp. 95-115; BALLESTEROS (1997); TESO (1997); TRILLO (2001); PALOMAR (2002); DÍAZ (2003); SANTAMARÍA (2004),

III. Criterios del Tribunal de Contratación Pública

La resolución del Tribunal en casos en que ha declarado la ilegalidad de un acto de procedimiento, ha tendido a la uniformidad y permanencia en el sentido de, pura y simplemente, no privar de eficacia al contrato que se soporta en el procedimiento viciado. Esto hasta hace un par de años, toda vez que últimamente se ha configurado una línea jurisprudencial divergente, al menos en apariencia, toda vez que no se pronuncia categóricamente por la eficacia del contrato, pero tampoco por la otra alternativa.

En lo que toca al grupo de casos en estudio (estos es, declaración de ilegalidad del procedimiento cuando hay un contrato celebrado o ejecutado), se puede clasificar la jurisprudencia del Tribunal en dos grandes subgrupos. El primero constituido por los fallos que resuelven en contra de que el efecto anulatorio alcance al contrato, y el segundo por aquellos que no se pronuncian pura simplemente al respecto.

Dentro del primer subgrupo se pueden encontrar argumentos en relación con los intereses en juego, tanto los públicos como los privados. El criterio seguido por los que utilizan el argumento de los intereses involucrados en la materia es el siguiente: parten por descartar el efecto anulatorio, apreciándose que sí hay una decisión en cuanto a eficacia del contrato: “los preceptos constitucionales y legales permiten concluir que la declaración judicial de arbitrariedad e ilegalidad de una acción u omisión no produce por sí misma un efecto anulatorio. Ahora bien según lo previene dicha normativa, ha quedado entregada al juez la facultad de disponer las providencias o medidas que estime procedente, según las circunstancias de cada caso, para el restablecimiento del orden jurídico”⁷.

Por una parte, para no privar de eficacia al contrato, se encuentra el fundamento de los supuestos *derechos adquiridos* del contratista privado, que se haya adjudicado el contrato. Este orden de sentencias indican que “no caben dudas respecto a que la declaración de nulidad lesionaría derechos adquiridos legítimamente por el adjudicatario (de todos modos, amparados en su ejercicio por una garantía constitucional expresa, como es la contenida en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política de la República)”⁸. Sin embargo, dichos argumentos parecen cuestionables, todas vez que no pueden surgir derechos

pp. 365-396; VALAGUZZA (2004), pp. 284-313; BACA (2005); GALLEGO (2008), pp. 43 a 53; BERMEJO (2008); GIMENO (2009); DIEZ (2012).

⁷ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 58-2006, 24 de abril de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 86-2006, 23 de agosto de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 42-2007, 4 de marzo de 2008, entre otras.

⁸ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 58-2006, 24 de abril de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 86-2006, 23 de agosto de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 41-2007, 25 de septiembre de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 42-2007, 4 de marzo de 2008.

adquiridos de un contrato inválido, de acuerdo con el art. 1545 del Código Civil (de donde la fuerza obligatoria del contrato deriva de haberse legalmente celebrado), norma desde donde emana la fuerza obligatoria de todo contrato, incluso los que celebra la Administración⁹, a lo más puede constituir un título injusto de posesión que puede dar lugar a prescripción adquisitiva extraordinaria pasados diez años de celebrado el contrato, cuando sea del caso.

Además, se encuentra la consideración del contratista de la Administración, que también se refiere a aspecto procesales, así se indica que el adjudicatario “resulta ser un tercero que no ha sido parte en este juicio, respecto de quien, además, no se ha demostrado que de algún modo haya intervenido en el acto ni contribuido a causar la ilegalidad declarada, ni que haya existido mala fe en su obrar en el proceso a que dio origen la propuesta pública”¹⁰. Este problema de falta de concurrencia del adjudicatario y que, por ende, no le puede afectar la sentencia, es una aplicación de la regla general del efecto relativo de las sentencias judiciales.

En cuanto al interés público, se puede constatar que es utilizado como un argumento para descartar el efecto anulatorio, que vendría dado por la aplicación de las normas de derecho privado¹¹. En este sentido se ha fallado que “tratándose de situaciones reguladas por el Derecho Público, no resulta posible la aplicación lisa y llana de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contratos de orden privado. En efecto, en el caso que nos preocupa, es un órgano de la Administración del Estado el que ha intervenido como parte en el contrato de suministro de un servicio, y es éste conjuntamente con su contratante quien se resultaría afectado por la declaración de nulidad del acto adjudicatorio que resolvió la licitación”. “De modo que, siendo así, es obvio que es el interés público el que aparece directamente comprometido y obligado en el acto, en función de cumplir dicho organismo con la necesidad de satisfacer una necesidad pública”.

Agregándose que “en materia de contratación administrativa la preeminencia del interés público en relación a los derechos privados individuales, es un principio ampliamente reconocido, tanto por la doctrina como por la normativa de derecho público. En este caso, sin embargo, la supremacía del interés general ha surgido como una limitación necesaria a la facultad jurisdiccional de este

⁹ CONCHA (2013), pp. 467-476.

¹⁰ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 58-2006, 24 de abril de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 86-2006, 23 de agosto de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 41-2007, 25 de septiembre de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 42-2007, 4 de marzo de 2008.

¹¹ Véanse entre, otros: Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 58-2006, 24 de abril de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 86-2006, 23 de agosto de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 42-2007, 4 de marzo de 2008.

Tribunal para constreñir los efectos propios de la anulación de un acto administrativo, omitiendo deliberadamente una declaración de retroactividad que, además de ser inoportuna, provocaría perjuicio al interés público, inseguridad jurídica y, a lo menos, perturbación en el ejercicio de derechos de terceros dotados de amparo constitucional”.

Así se limita el alcance de la retroactividad a que da lugar la ilegalidad del procedimiento de contratación previa, dejando fuera al contrato que este mismo procedimiento soporta. Por una parte de este orden de sentencias se puede inferir que el Tribunal declara la nulidad, sin llamarla así, toda vez que ordena retrotraer en virtud de una ilegalidad, que se produce por la inobservancia de las normas que actualizan la competencia de la Administración para contratar. Por otra parte, el Tribunal expresamente rechaza el efecto anulatorio sobre el contrato, a base de que considera que éste puede atentar contra el interés general¹², con escasísimas excepciones, donde se ha declarado expresamente que se “con el fin de restablecer el imperio del derecho, conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.886, se deja sin efecto el contrato celebrado con la adjudicataria, retrotrayendo la presente licitación al estado de efectuar una nueva evaluación de las propuestas”¹³.

De *lega data*, en los ordenamientos jurídicos donde, a pesar de una ilegalidad, existe una solución que descarta el efecto anulatorio en el contrato, esta solución se ha establecido por ley¹⁴, toda vez que el efecto anulatorio es un efecto de derecho, que opera en virtud de declaración judicial, por orden de la ley (en Chile por aplicación de los artículos 10 y 11, 1462 del Código Civil, en virtud de la supletoriedad ordenada por la misma LdC, artículo 1^o¹⁵) y,

¹² En este sentido falla el Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 58-2006, 24 de abril de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 86-2006, 23 de agosto de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 41-2007, 25 de septiembre de 2007; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 42-2007, 4 de marzo de 2008.

¹³ Sólo se ha podido encontrar una sentencia, en que se falla por única vez privando de efectos al contrato, aunque sin utilizar la expresión nulidad: “de acuerdo con los antecedentes que obran en autos, el contrato que se ha adjudicado por un plazo de cuatro años, se encuentra en ejecución [...] en consideración a lo cual y con el fin de restablecer el imperio del derecho, conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.886, se deja sin efecto el contrato celebrado con la adjudicataria, retrotrayendo la presente licitación al estado de efectuar una nueva evaluación de las propuestas, en los términos que se establecen en los Considerandos de la presente sentencia”. En lo dispositivo se resolvió que “se acoge la demanda de impugnación interpuesta, en cuanto se declaran ilegales y se dejan sin efecto el Acta de Evaluación Económica [...], el Decreto Alcaldicio [...], que adjudicó [...] la licitación pública [...], y el contrato celebrado con la adjudicataria...”. Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 243-2012, 9 de enero de 2014. Este, eso sí, es un caso aislado, no se han encontrado otras sentencias en los mismos términos.

¹⁴ Derecho Comunitario Europeo, que ha ordenado la materia. Directiva Comunitaria.

¹⁵ “Artículo 1º. Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán

por tanto se requiere ley para desvirtuarlo¹⁶. No obstante, el Tribunal resuelve pretiriendo lo dispuesto en el art. 1º de la LdC, que establece la aplicación supletoria de las normas de derecho privado, toda vez que, dado el silencio de la LdC, correspondería hacerse cargo del efecto anulatorio que sería aplicable por supletoriedad.

Estos argumentos que pueden ser razonables, de *lege ferenda*, conllevan la decisión de no privar eficacia al contrato. Ahora bien, independiente de la opinión jurídicamente discutible que pueda merecer de *lege data*, estos argumentos configuran una decisión formalmente válida.

Sin embargo, dicha argumentación, hoy en día no se encuentra presente, toda vez que la tendencia actual únicamente se limita a establecer en la sentencia la ilegalidad y ordena retrotraer las cosas al estado anterior al acto viciado, no alcanzando al contrato, por cuestiones meramente pragmáticas. En este último sentido, en 2014, se encuentran algunos fallos que rechazan la anulación, sobre la base de argumentos pragmáticos, sin entrar a desechar en los considerandos el efecto anulatorio, como en fallo de 2 de diciembre de 2014, en que se resolvió: “se acoge la acción de impugnación [...] sólo en cuanto se declaran ilegales el Acta de Evaluación de la propuesta, la Resolución [...] que aprobó el informe de la Comisión Evaluadora y adjudicó la licitación pública y la Resolución Exenta [...], que aprobó el contrato para la prestación de los servicios materia de la propuesta pública y se la rechaza en todo lo demás”, agregando que “se reconoce a la parte demandante el derecho a demandar en la sede jurisdiccional correspondiente las indemnizaciones a que hubiere lugar, así como la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos que participaron en los actos administrativos declarados ilegales”¹⁷.

En estos últimos fallos se aprecia un aparente efecto anulatorio, limitado a los actos administrativos, pero no alcanzando al contrato. No obstante, se aprecia claramente que se decide por el Tribunal que el contrato es eficaz.

Ahora bien, desde 2013 aparecen sentencias que no deciden puramente y simplemente sobre la eficacia del contrato, sino que sujetan dicha cuestión a modalidad. Así, en este subgrupo (que mayoritariamente no argumenta a favor o en contra del efecto anulatorio) se encuentran fallos que no resuelven la cuestión de la eficacia o ineficacia del contrato, dejando la cuestión sin una respuesta afirmativa o negativa. Esto es, no se pronuncian a favor ni en contra.

a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”.

¹⁶ CONCHA (2012).

¹⁷ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 132-2013, 2 de diciembre de 2014. En el mismo sentido, Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 126-2013, 16 de diciembre de 2014.

El origen de esta manera de resolver se encontraría en un caso del todo diverso al del grupo de casos en estudios (esto es de declaración de ilegalidad cuando el contrato se ha celebrado o ejecutado), en sentencia de 1 de diciembre de 2011¹⁸. El supuesto de hecho fue el siguiente: la Administración declaró desierta una licitación pública. Respecto de dicho acto uno de los concursantes impugna ante el Tribunal, el que en sentencia definitiva, acoge la demanda y “ordena a la demandada retrotraer la tramitación administrativa del proceso licitatorio al estado anterior a la dictación de la resolución que declaró desierta la licitación y continuar su prosecución en conformidad a la ley, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a aquél en que la presente sentencia quede ejecutoriada”. Para en seguida disponer que “en todo caso, en el evento que por cualquier razón de orden legal o administrativo debidamente fundada, no pudiese cumplirse con lo dispuesto por este Tribunal en lo resolutivo que antecede, se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias que estime pertinentes en resguardo de los derechos que crea corresponderle”.

Manera de resolver que se traslapó a los casos en que el procedimiento administrativo termina con un contrato. Cabe hacer presente que la diferencia entre estos supuestos de hecho se encuentra en que, en virtud de la sentencia del Tribunal, en un caso no hay un contrato que se soporte en un acto viciado, y en el otro sí¹⁹.

Ahora, para el caso de que lo impugnado se trate de actos de adjudicación del contrato, esta situación se comenzó a perfilar en 2009. En sentencia de 12 de junio de 2009, por primera vez sale de la parte considerativa la negación del efecto anulatorio, encontrándose en la parte dispositiva el condicionamiento del mismo²⁰, estableciendo que si a la ejecución del fallo el contrato se ha cumplido, en dicha parte lo dispositivo de la sentencia no afecta al contrato, en estos términos: “si en la etapa de ejecución de este fallo, se acreditare el íntegro cumplimiento del contrato de prestación de servicios que debió suscribirse con motivo de la propuesta pública en que incide la demanda, y no pudiese, por tal motivo, cumplirse con lo dispuesto por este Tribunal en los resolutivos que anteceden, se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias que estime pertinentes, en resguardo de los derechos que crea corresponderle”²¹. Esta sentencia es con-

¹⁸ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 146-2010, 1 de diciembre de 2011.

¹⁹ En este sentido, Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 132-2013, 2 de diciembre de 2014.

²⁰ Con una excepción, Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 7-2012, 18 de enero de 2013.

²¹ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 28-2008, 12 de junio de 2009. Sin embargo, dicha situación no se consolidó, porque en 2010, se encuentran fallos que vuelven a argumentar en lo considerativo en contra del efecto anulatorio, a base de, por una parte, considerar los *derechos adquiridos* de quien se

dicional, pero al menos expresa cuál es la condición: el cumplimiento íntegro del contrato. En el mismo sentido, en sentencia de 9 de septiembre de 2014, se indica que “si en la etapa de ejecución de este fallo, se acreditare el íntegro cumplimiento del contrato de adquisición de los bienes, que debió suscribirse con motivo de la propuesta pública en que incide la demanda, y no pudiese, por tal motivo, cumplirse con lo dispuesto por este Tribunal en el resolutivo que antecede, se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias que estime pertinentes, en resguardo de los derechos que crea corresponderle”²².

Una sentencia condicional es una quimera jurídica. Sin embargo, es posible afirmar que la situación ha empeorado, en orden a determinar en qué circunstancia consiste la condición.

Desde el año 2013, es posible encontrar varias sentencias del Tribunal en el sentido de declarar que se acoge la demanda de impugnación ordenando retrotraer el procedimiento administrativo de contratación, pero luego agregando una condición que desvirtúa lo así resuelto. Debido a la peculiaridad de tales decisiones es que se exponen a continuación en todas las variantes que se han presentado.

En sentencia de 18 de enero de 2013, Rol N° 7-2012, la cláusula condicional reza así: “si por razones o motivos de orden legal o reglamentario no fuere posible llevar a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de esta sentencia, se reconoce al actor el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias y las administrativas pertinentes”.

En sentencia de 22 de enero de 2013, Rol N° 123-2012, la cláusula condicional dispone que: “si en la etapa de ejecución de este fallo, no pudiese cumplirse con lo dispuesto por este Tribunal en lo resolutivo que antecede, por cualquier motivo de orden legal o administrativo, se reconoce a la demandante

adjudicó el contrato, el interés público envuelto en los efectos materiales del cumplimiento del contrato, y en que no es aplicable la nulidad de derecho privado a esta clase de actos. Esta sentencia puede ser cuestionable, pero no por ello deja de tener algo de razonabilidad, al menos formal, toda vez es clara en su parte resolutive en cuanto a desechar el efecto anulatorio: “Que se acoge la demanda de impugnación [...] en cuanto se declara ilegal y arbitrario, el Decreto Exento [...] que adjudicó la propuesta pública [...], todo ello, sin perjuicio de los derechos que a la demandante puedan corresponder para reclamar las indemnizaciones que estime procedentes, en la sede jurisdiccional que sea competente”. Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 73-2009, 22 de julio de 2010. En el mismo sentido, se falló que “se acoge, la acción de impugnación [...] sólo en cuanto se declara ilegal y arbitrario el acto referido a la evaluación de las ofertas y la resolución que adjudicó la licitación de autos. [...] que, en atención a que a esta fecha se encuentra dictado el Decreto Alcaldicio Adjudicatorio a que dio origen este proceso de licitación, se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias y las administrativas pertinentes”. Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 118-2009, 6 de agosto de 2010; en el mismo sentido, Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 138-2009, 4 de marzo de 2011.

²² Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 142-2013, 9 de septiembre de 2014.

el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales que estime pertinentes”.

En sentencia de 28 de agosto de 2013, Rol N° 127-2013, la disposición condicional señala: “si por motivos de orden legal o reglamentario, no se pudiere llevar a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de esta sentencia, se reconoce al actor el derecho a demandar en las sedes correspondientes las indemnizaciones civiles y acciones disciplinarias, a que hubiere lugar”.

En sentencia de 24 de septiembre de 2013, Rol N° 169-2013, la orden condicional dispone: “si por motivos de orden legal o reglamentario, no se pudiere llevar a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de esta sentencia, se reconoce al actor el derecho a demandar en las sedes correspondientes las indemnizaciones civiles y acciones disciplinarias, a que hubiere lugar”.

En sentencia de 15 de abril de 2014²³, se dispone que “si por cualquier motivo, no pudiere cumplirse con lo resolutivo de este fallo, se reconoce a la actora el derecho a deducir en las sedes correspondientes, las acciones indemnizatorias que estime corresponderle, así como a perseguir las responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos que intervinieron en la ejecución de los actos reprochables”²⁴.

En sentencia de 6 de junio de 2014, Rol N° 28-2013, llama la atención que incluso el Tribunal llega a fallar que “se deja sin efecto el contrato [...] suscrito entre la entidad licitante y la empresa”. No obstante, luego agrega la condición: “que en el evento que la medida antes dispuesta no pudiera llevarse a cabo, se reconoce a la parte demandante el derecho a entablar en la sede jurisdiccional competente las acciones indemnizatorias que estime pertinentes”.

En sentencia de 23 de septiembre de 2014, Rol N° 120-2013, el Tribunal, luego de declarar ilegal el procedimiento, ordena que “en consecuencia, deberá retrotraerse la licitación al estado de modificarse las Bases Administrativas”, agregando que “si por cualquier motivo de orden administrativo o legal, no pudiese darse cumplimiento a lo resuelto precedentemente, se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias y las administrativas que fueren pertinentes”.

En sentencia de 24 de marzo de 2015, Rol N° 311-2014, la cláusula condicional reza “si por cualquier razón de orden legal o administrativo, no pudiese llevarse a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de este fallo, se reconoce a la

²³ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 236-2013, 15 de abril de 2014.

²⁴ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 78-2013, 24 de abril de 2014. Este fallo es aún más difícil de entender, porque el procedimiento administrativo de contratación se había suspendido, con un considerando como este tercero. En el mismo sentido, Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 175-2012, 21 de enero de 2014.

empresa [...] el derecho a entablar en las sedes respectivas, las acciones jurisdiccionales indemnizatorias y las administrativas pertinentes”.

En todo este orden de sentencias, no se conoce cuál es el hecho en que consiste la condición, de modo que la única manera de calificarla es que se trata de una condición meramente potestativa que depende la voluntad de una parte (la Administración del Estado), a la que queda sujeta la eficacia de la sentencia.

En cuanto a la precisión del marco para ejercer la voluntad de cumplir o no con la sentencia, las formulas varían entre: “si por razones o motivos de orden legal o reglamentario no fuere posible llevar a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de esta sentencia”²⁵; “si en la etapa de ejecución de este fallo, no pudiese cumplirse con lo dispuesto por este Tribunal en lo resolutivo que antecede, por cualquier motivo de orden legal o administrativo”²⁶; “si por motivos de orden legal o reglamentario, no se pudiese llevar a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de esta sentencia”²⁷; “si por motivos de orden legal o reglamentario, no se pudiese llevar a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de esta sentencia”²⁸; “si por cualquier motivo, no pudiese cumplirse con lo resolutivo de este fallo”²⁹; “que en el evento que la medida antes dispuesta no pudiera llevarse a cabo”³⁰ y “si por cualquier razón de orden legal o administrativo, no pudiese llevarse a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de este fallo”³¹.

De modo que, en realidad, se trata de una condición que depende de la voluntad de la Administración, a la que queda sometida la eficacia de la sentencia judicial, por lo que se puede calificar de meramente potestativa. Esto es, la Administración decide si cumple o no el fallo, configurándose la ineficacia de la parte dispositiva de la sentencia que ordena retrotraer las cosas al estado anterior al acto ilegal.

Así entonces, ocurre que, hoy en día, no se argumenta en los considerandos en contra del efecto anulatorio, sino que establece una parte dispositiva condicional, por lo que si el efecto anulatorio en algunos casos puede proceder, si no se verifica la condición, no cabrían, entonces, los argumentos en contra de tal efecto (fundamentalmente los referidos al interés general, invocado en la parte considerativa del primer subgrupo de sentencias expuestas en trabajo), que lo descartaba. Se puede apreciar que no existe una solución del asunto lo

²⁵ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 7-2012, 18 de enero de 2013.

²⁶ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 123-2012, 22 de enero de 2013.

²⁷ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 127-2013, 28 de agosto de 2013.

²⁸ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 169-2013, 24 de septiembre de 2013.

²⁹ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 236-2013, 15 de abril de 2014.

³⁰ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 28-2013, 6 de junio de 2013.

³¹ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 311-2014, 24 de marzo de 2014.

que marca una diferencia con el marco anterior, que derechamente señalaba que el contrato es eficaz.

Otra cuestión es, en qué situación queda el *ganador* del juicio cuando la condición de ineficacia de la sentencia se cumple: sólo se queda con una declaración de que puede ejercer otros derechos, toda vez que la fórmula repetida, luego de expresar la condición, indica que “se reconoce a la demandante el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias y las administrativas que fueren pertinentes”³².

IV. Principales conclusiones

1. El Tribunal de Contratación Pública entiende por causal de nulidad la ilegalidad que se verifica en el procedimiento administrativo de contratación y la califica para declarar viciado el procedimiento y *retrotraer* las cosas al estado anterior al del acto ilegal, mediante sentencia judicial. Por lo que se puede inferir que es causal de nulidad la *ilegalidad* de un acto del procedimiento de contratación. Si lo entendemos de este modo, se puede decir que el Tribunal de Contratación Pública conoce y declara una nulidad. Se trata propiamente de una declaración de nulidad toda vez que tal foro, como se ha visto, ordena *retrotraer* las cosas al estado anterior al del acto viciado. Otra cosa es que el efecto de la nulidad alcance al contrato.

2. El Tribunal en sus fallos más fundados entiende que el interés público conduce a no aplicar el efecto anulatorio al contrato, consecuencia que vendría dada por el derecho privado de contratos, el que decide no aplicar, sin una argumentación que se haga cargo de por qué no corresponde dar lugar a la supletoriedad ordenada por el artículo 1º de la LdC.

3. En otros casos el Tribunal ha declarado que la nulidad es inoficiosa³³, toda vez que el contrato se ha cumplido, desconociendo, precisamente, que en la nulidad se trata de hacer volver las cosas al estado anterior del contrato. Es probable que por inoficiosa el Tribunal entienda que lo es para el concursante, que no podrá adjudicarse el contrato.

4. En el único caso de *nulidad de contrato* se habría aplicado un efecto *ex nunc*. En sentencia de 29 enero de 2014³⁴, se falla por única vez privando de efectos al contrato, aunque sin utilizar la expresión nulidad: “de acuerdo con los antecedentes que obran en autos, el contrato que se ha adjudicado por un

³² Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 236-2013, 15 de abril de 2014; Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 28-2013, 6 de junio de 2014. En igual sentido, Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 311-2014, 24 de marzo de 2015.

³³ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 126-2012, 25 de abril de 2013.

³⁴ Tribunal de Contratación Pública, Rol N° 243-2012, 9 de enero de 2014.

plazo de cuatro años, se encuentra en ejecución [...], en consideración a lo cual y con el fin de restablecer el imperio del derecho, conforme a lo establecido en el inciso primero del artículo 26 de la Ley N° 19.886, se deja sin efecto el contrato celebrado con la adjudicataria, retrotrayendo la presente licitación al estado de efectuar una nueva evaluación de las propuestas”.

5. Al descartarse, por regla general, el efecto anulatorio, se configura una separabilidad de hecho entre el contrato y el procedimiento que lo soporta. Sin embargo, se encuentra un subgrupo de sentencias que no descartan pura y simplemente el efecto anulatorio, sino que lo condicionan. Ahora bien, esa condición se puede calificar de condición meramente potestativa de la Administración del Estado, debido a los términos de la parte dispositiva de las sentencias expuestas, en las que queda condicionada la ejecución y el cumplimiento de la misma una parte, esto es, se le confiere el poder para no cumplir lo fallado. Al respecto, cabe citar a un autor que hablaba del efecto platónico de la anulación de los actos separables para referirse a un problema similar al que aquí se trata³⁵. Pero, me temo, que en Chile estamos frente a algo distinto, algo así como un Tribunal Platónico, desprovisto de propósito.

6. En suma, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública se puede exponer de este modo, según las diversas variantes que se pueden apreciar para el grupo de casos en análisis³⁶: 1° No se priva de eficacia al contrato, pura y simplemente; 2° No se priva de eficacia al contrato, condicionalmente, sólo si se ha cumplido; 3° No se priva de eficacia al contrato, condicionalmente, si por cualquier razón legal o administrativa no se pudiere cumplir con lo dispositivo. O, desde otra perspectiva: 1° La sentencia no afecta al contrato; 2° La sentencia no afecta al contrato si se ha cumplido íntegramente el contrato; 3° La sentencia no afecta al contrato si por alguna razón no se puede cumplir la sentencia³⁷.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BACA ONETO, Víctor (2005): *La invalidez de los contratos públicos* (Navarra, Editorial Aranzadi S.A).

BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel (1997): “La invalidez de los contratos”, en: VV.AA., *Contratos de las administraciones públicas* (Madrid, Editorial Abella).

³⁵ MACERA (2001).

³⁶ En el tiempo, la fundamentación de las sentencias ha sido irregular. Así, se encuentran muchas sentencias del año 2014, que resuelven lo mismo que las del año 2007, pero sin la argumentación para desechar el efecto anulatorio, que estaba presente en estas últimas.

³⁷ En todos estos supuestos, los fallos expresan en la parte dispositiva un eventual derecho a indemnización del ganancioso en el juicio, cuestión que requiere de un análisis por separado.

- BERMEJO VERA, José (2008): "Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del sector público", en: GIMENO FELIÚ, José, *El derecho de los contratos del sector público* (Zaragoza, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública).
- CONCHA MACHUCA, Ricardo (2012): *Nulidad del contrato de la Administración del Estado. Aplicabilidad de las reglas civiles* (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters).
- DÍAZ, José (2003): "De la invalidez de los contratos", en: GARCÍA MACHO, Ricardo, *Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas y la ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- DÍEZ SASTRE, Silvia (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos* (Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales).
- GALLEGO, Isabel (2008): "Efectos de la declaración de invalidez del contrato público", en: *Contratación administrativa práctica* (año 2008, Nº 76), pp. 43-53.
- GIMENO (2009): "Novedades de la ley de contratos del sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la validez e invalidez y su control en los contratos del sector público", ponencia presentada en Seminario de Nulidad, 7 de abril de 2009 (Zaragoza, s/e.).
- MACERA (2001): *La teoría francesa de los actos separables y su importación por el Derecho público español* (Barcelona, Cedecs Editorial SL).
- PALOMAR OLMEDA, Alberto (2002): "La invalidez de los contratos", en: JIMÉNEZ APARICIO, Emilio, *Comentarios a la legislación de contratos de las administraciones públicas* (Navarra, Editorial Aranzadi).
- POUYAUD, Dominique (1991): *La nullité des contrats administratifs* (Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence).
- REBELO DE SOUSA, Marcelo (1994): *O concurso público na formação do acto administrativo* (Lisboa, Lex Edições Jurídicas).
- REBOLLO, Manuel (1996): "La invalidez de los contratos administrativos", en: *Noticias de la Unión Europea* (Año XII, Nº 136), pp. 95-115.
- SAINZ MORENO, Fernando (1995): "Invalidez de los contratos de la Administración", en: PENDÁS GARCÍA, Benigno, *Derecho de los contratos públicos* (Barcelona, Editorial Praxis).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan (2004): "La invalidez de los contratos públicos", en: *Comentario a la ley de contratos de las Administraciones Públicas* (Madrid, Editorial Civitas), pp. 365-396.

- TESO, Pilar (1997): "La invalidez de los contratos en la Ley 13/95 de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas", en: *Cuadernos de Derecho Judicial* (Nº 8), pp. 161-194.
- TRILLO, Ramón (2001): "El control judicial de la contratación administrativa", en: *Revista Justicia Administrativa* (Año 2001, Nº 10), pp. 5-24.
- VALAGUZZA, Sara (2004): "Illegittimitá della procedura pubblicistica e sue interferenze sulla validitá del contratto", en: *Diritto Processuale Amministrativo* (Año XXII, Nº 1), pp. 284-313.