

**INFORME EN DERECHO**

**PROCEDENCIA DE LA RECLAMACIÓN**

**PLANTEADA POR**

**LA SOCIEDAD CONCESIONARIA SANJOSÉ RUTAS DEL LOA S.A.**

**24 de Noviembre de 2015**

## INDICE

|             |   |           |
|-------------|---|-----------|
| <b>I.</b>   | <b>INTRODUCCION</b>   | <b>3</b>  |
| <b>II.</b>  | <b>RECLAMACIÓN</b>  | <b>4</b>  |
| 1.          | PROCESO DE LICITACIÓN   | 4         |
| 2.          | CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES  | 5         |
| 3.          | GARANTÍA DE CONSTRUCCIÓN, SOLICITUD DE AMPLIACIÓN Y RECHAZO   | 6         |
| 4.          | MULTAS, RECURSOS ADMINISTRATIVOS NO RESUELTOS Y RETARDO EN EL TÉRMINO DEL CONTRATO  | 9         |
| 5.          | FUNDAMENTACIÓN  | 10        |
| <b>III.</b> | <b>PRINCIPIOS Y NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES</b>   | <b>14</b> |
| 1.          | SUJECIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y A LAS NORMAS DICTADAS CONFORME A ELLA  | 15        |
| 2.          | REQUISITOS PARA LA ACTUACIÓN VÁLIDA DE LOS ÓRGANOS DEL ESTADO   | 16        |
|             | A. INVESTIDURA REGULAR  | 17        |
|             | B. COMPETENCIA  | 17        |
|             | C. ACTUACIÓN EN LA FORMA QUE PRESCRIBA LA LEY   | 17        |
| 3.          | NULIDAD Y RESPONSABILIDAD   | 18        |
| 4.          | ACTO ADMINISTRATIVO   | 20        |
|             | A. CONCEPTO   | 20        |
|             | B. ELEMENTOS  | 23        |
|             | C. LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA Y LA DECISIÓN DE DEJARLO SIN EFECTO SON ACTOS ADMINISTRATIVOS                    | 28        |
| 5.          | PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO  | 30        |
|             | A. CONCEPTO   | 31        |
|             | B. ÁMBITO DE APLICACIÓN   | 32        |
|             | C. PRINCIPIOS QUE CONFORMAN EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO  | 34        |
|             | D. DEBER DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS   | 38        |
|             | E. PLAZOS PARA LA ADMINISTRACIÓN  | 41        |
|             | F. DERECHOS DE LAS PERSONAS INTERESADAS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA                                       | 42        |
|             | G. EL DECRETO DE ADJUDICACIÓN DE LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA ES RESULTADO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ESPECIAL: LA LICITACIÓN PÚBLICA | 44        |
|             | a. Principio de Celeridad   | 48        |
|             | b. Principio Conclusivo   | 50        |
|             | c. Principio de Inexcusabilidad   | 52        |
|             | d. Reglas Legales de Cumplimiento de los Plazos Previstos para el Procedimiento Administrativo  | 52        |
| 6.          | PRINCIPIOS DE EFICIENCIA Y EFICACIA   | 54        |
| 7.          | DERECHO A UN PROCEDIMIENTO RACIONAL Y JUSTO   | 58        |

|            |   |           |
|------------|---|-----------|
| 8.         | DERECHO A LA SEGURIDAD Y CERTEZA JURÍDICA FRENTE A LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA. DERIVACIÓN Y CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y BUENA FE | 61        |
|            | A. APROXIMACIÓN   | 61        |
|            | B. APLICACIÓN   | 65        |
| 9.         | DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY Y EN EL TRATO ECONÓMICO   | 67        |
|            | A. PRINCIPIO GENERAL  | 67        |
|            | B. RESPETO SUSTANTIVO Y NO MERAMENTE FORMAL   | 68        |
|            | C. IGUALDAD EN EL TRATO ECONÓMICO   | 69        |
|            | D. PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD   | 70        |
| <u>IV.</u> | <u>EL COBRO DE MULTAS ES IMPROCEDENTE</u>   | <u>72</u> |
| 1.         | SE INCUMPLIÓ EL PLAZO   | 72        |
| 2.         | PROCEDE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS   | 75        |
| 3.         | LAS ACTUACIONES ANTERIORES SON DECISIVAS  | 76        |
| <u>V.</u>  | <u>CONCLUSIONES</u>   | <u>77</u> |

## I. INTRODUCCION

Se nos ha solicitado examinar, en un Informe en Derecho, la procedencia del argumento principal que sirve de base a la reclamación deducida por la Sociedad Concesionaria SANJOSÉ Rutas del Loa S.A ante la Comisión Arbitral del contrato de Concesión Vial Rutas del Loa, con el objeto que se dejen sin efecto las multas cursadas por el Ministerio de Obras Públicas por no haber otorgado, dentro de plazo, la garantía de construcción de la obra requerida en las Bases de Licitación.

El fundamento de esta petición radica en la situación perjudicial en que el Ministerio de Obras Públicas sumió a la concesionaria al no adjudicar el contrato dentro de un plazo razonable, pues entre la fecha en que se emitió el *Acta de Adjudicación* y que ésta se concretó transcurrieron *doscientos sesenta y cuatro días* y fueron necesarios otros *ocho meses* más para que la Contraloría General de la República tomara razón del Decreto respectivo, el cual sólo se publicó en el Diario Oficial luego de *quinientos ocho días* desde la recepción de las ofertas técnicas; y, por otra parte, al no formalizar su extinción, , dentro de un lapso razonable, no obstante haber constatado, a juicio de la Administración, el incumplimiento que lo justificaba.

Más concretamente, las dudas que se nos ha pedido dilucidar son las siguientes:

1°. Si el Estado tiene o no plazo para dictar el acto administrativo de adjudicación de una concesión de obra pública; y si, al mismo tiempo, una vez iniciado el procedimiento de extinción del contrato, cuenta o no con un lapso predeterminado para solicitar su extinción y cuál es el efecto del retardo, en particular, respecto de las multas derivadas del incumplimiento que motiva dicha extinción;

2°. Si se puede o no atribuir responsabilidad al Estado por los efectos que provoque en el interesado el retardo injustificado, tanto en la dictación del decreto de adjudicación como en solicitar la extinción del contrato; y

3°. Si tiene consecuencias, desde el ángulo del Derecho Público, que se altere significativamente la conducta permanente que ha tenido el Estado, en cuanto al plazo que se ha tomado para dictar decretos de adjudicación en anteriores procesos de licitación,

especialmente, en nexa con la evaluación de riesgos que debieron efectuar los interesados en la concesión Rutas del Loa.

Para pronunciarnos acerca de las consultas formuladas, resulta necesario resumir, primeramente, la reclamación interpuesta. Luego, revisaremos los principios y normas contenidos en la Carta Fundamental que se vinculan con ella, pues nada puede hacerse sin respetarlos, como lo exige su artículo 6°. También se hará mención de los principales elementos de la actividad formal de la Administración –acto y procedimiento administrativo- con el objeto de entregar un marco teórico suficiente y pertinente que permita absolver, en definitiva, las dudas formuladas, dejando constancia –al final- de las conclusiones de rigor.

## **II. RECLAMACIÓN**

Como anticipábamos, es indispensable resumir los argumentos, de hecho y de derecho, contenidos en la reclamación presentada por la sociedad concesionaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 bis de la Ley de Concesiones de Obras Públicas<sup>1</sup>, en contra del Ministerio de Obras Públicas. Dicha acción se ha intentado, específicamente, en contra de dos Resoluciones DGOP –N° 5.304, de 30 de diciembre de 2014, rectificadas por Resolución DGOP N° 98, de 14 de enero de 2015, y Resolución DGOP N° 390, de 28 de enero de 2015-, en las cuales se aplicaron más de ciento sesenta multas, de 100 y 150 Unidades Tributarias Mensuales, por el incumplimiento, por parte de la concesionaria, consistente en no haber entregado la *garantía de construcción* exigida por las Bases de Licitación.

Dichas resoluciones administrativas de carácter sancionatorio fueron dictadas en el marco del contrato de concesión para la ejecución, reparación, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada *Concesión Vial Rutas del Loa* por el período comprendido entre el 27 de julio y el 23 de diciembre de 2014.

### **1. Proceso de Licitación**

Da cuenta la reclamante, en lo que aquí interesa, que el 6 de diciembre de 2012 se verificó la recepción de las ofertas y apertura de las ofertas técnicas de la licitación de la

---

<sup>1</sup> Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado consta del Decreto N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, de 1996, publicado en el Diario Oficial el 18 de diciembre de 1996 (debe entenderse que la naturaleza de tal norma es la de un Decreto con Fuerza de Ley)

obra pública fiscal recién referida y quince días más tarde sucedió lo mismo con las ofertas económicas.

Sobre esa base, el Ministerio de Obras Públicas procedió, *el 8 de febrero de 2013*, a emitir el *Acta de Adjudicación*, por la cual se declaró la intención de adjudicar dicha concesión al Grupo Licitante *Consortio Vial Anto-Andina*, conformado por las empresas Inversiones Viales Andina Limitada y Constructora e Inversiones SANJOSE Andina Limitada, requiriéndose, al mismo tiempo, la renovación de la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, lo cual se hizo hasta el 11 de junio de 2014.

Empero, transcurridos *doscientos sesenta y cuatro días* después de la recepción de las ofertas técnicas y *más de seis meses* desde aquella declaración de intenciones, recién el 27 de agosto de 2013, el Estado, a través del Ministerio aludido, procedió a adjudicar el Contrato de Concesión e, incluso, *ocho meses más tarde*, el 10 de abril de 2014, la Contraloría General de la República tomó razón del Decreto Supremo N° 249 en que constaba dicha adjudicación.

Finalmente, el 28 de abril de 2014, habiendo transcurrido *quinientos ocho días* desde la recepción de las ofertas técnicas, se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo mencionado.

Por eso, sólo el 20 de junio de 2014, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9°, letra a), de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en el artículo 1.7.3. de las respectivas Bases de Licitación, las empresas Constructora e Inversiones SANJOSE Andina Limitada e Inversiones Viales Andina Limitada pudieron constituir la *Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A.*, con la cual se entendió celebrado el contrato de concesión de obra pública de la especie.

## **2. Cumplimiento de las Obligaciones**

La reclamante, entonces, procede a describir la obra pública concesionada y a exponer el desarrollo del contrato, señalando que *fue cumpliendo todas las obligaciones* que le imponen la legislación vigente y las Bases de Licitación, a pesar de la dilación inicial en que había incurrido el Ministerio de Obras Públicas para formalizar la respectiva adjudicación y el impacto que tal dilación ya le había ocasionado, v. gr., porque debió realizar una

segunda renovación de la Garantía de Seriedad de la Oferta, hasta el 30 de septiembre de 2014, con el objeto de compatibilizar dicho plazo con la entrega de la *garantía de construcción*.

En este sentido y siempre actuando dentro de plazo, la concesionaria hizo entrega del Proyecto Vial de la Ruta 25 Carmen Alto-Calama, que comprendía, entre otros antecedentes, la memoria, la descripción del área de emplazamiento del proyecto, la descripción de las obras a ejecutar, las memorias de cálculo, los elementos principales de la rasante en alzado, el sistema de cobro de peajes, el diseño geométrico, la ingeniería básica, topografía y mecánica de suelo y diagnóstico de pavimento; mantuvo y conservó la infraestructura preexistente; y pagó al postulante de la iniciativa privada de donde emanó el proyecto, la cantidad de 79.758 unidades de fomento por concepto de los estudios efectuados para su desarrollo.

### **3. Garantía de Construcción, Solicitud de Ampliación y Rechazo**

Particularmente, respecto de dicha garantía, el 27 de julio de 2014 vencía el plazo para que la concesionaria hiciera entrega de ella, la cual debía estar constituida por diez boletas de garantía bancarias de igual monto o por una póliza de seguro de garantía de ejecución inmediata para concesiones de obras públicas, pagaderas a la vista, emitidas en Santiago, por un Banco o Compañía de Seguros de la plaza a nombre del Director General de Obras Públicas. El valor total de esta Garantía ascendía a la suma 325.000 unidades de fomento.

Sin embargo, *dos días antes del vencimiento*, el 25 de julio de 2014, la concesionaria solicitó al Director General de Obras Públicas autorización para ampliar ese plazo hasta el vencimiento de la *Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta*, esto es, al 30 de septiembre de 2014, puntualizando que, con el objeto de no alterar el equilibrio económico del contrato de concesión, se ofrecía, además y dada la diferencia de cuantía entre las dos garantías antes señaladas, pagar el costo de dicha diferencia por todo el tiempo que durara la prórroga.

Esta petición formulada por la concesionaria, se fundaba en:

*"(...) la excesiva dilación que presentó la adjudicación del presente contrato de concesión, la que recordemos fue de 508 días, situación que había afec-*

*tado el desarrollo de otro contrato de concesión de obra de pública fiscal en el que participan las empresas que la conforman. Nos referimos al "Programa de Concesiones de Infraestructura Hospitalaria", que comprende los Hospitales de Maipú y La Florida.*

Lo anterior porque, no obstante que se trataba de contratos de concesión diferentes, desde el punto de vista del financiamiento, las entidades crediticias consideraban, obviamente, los negocios del Grupo SANJOSÉ como un todo indivisible, de manera tal que lo que ocurriera en uno de ellos necesariamente afectaba a los demás.

Con todo, *cuarenta y un días* después de la solicitud de ampliación del plazo para constituir la garantía de construcción y vencido el plazo establecido en las Bases de Licitación al efecto, el 4 de septiembre de 2014, el Director General de Obras de Públicas, mediante Oficio Ordinario N° 1.109, denegó la petición de aumento, que había sido formulada en tiempo y forma por la concesionaria, sobre la base de sostener que carecía de competencia para modificar los plazos establecidos en las Bases de Licitación, ante lo cual SANJOSÉ Rutas del Loa S.A. expone en su reclamación que:

*"La respuesta del Ministerio de Obras Públicas carece de todo fundamento razonable y se aparta del imperativo constitucional y legal de brindar un trato igualitario a todos quienes se hallan participando dentro del sistema de concesiones de obras públicas.*

El hecho de que la solicitud de la Concesionaria diere origen a una modificación contractual no constituye fundamento suficiente para su rechazo por la autoridad administrativa, si tenemos en consideración que en el mismo período el Ministerio de Obras Públicas se encontraba modificando diversos contratos de concesión, como son, a modo de ejemplo: Hospital de Antofagasta (modificado mediante Resolución DGOP N°2746, de 31 de julio de 2014), Infraestructura Penitenciaria Grupo II (modificado mediante DS MOP N°340, de 07 de julio de 2014), Aeropuerto Internacional Arturo Merino Benítez de Santiago (modificado mediante Resolución DGOP N°4611, de 21 de noviembre de 2014), Aeropuerto Diego Aracena de Iquique (modificado mediante Resolución DGOP N°2501, de 11 de julio de 2014) y Alternativas de Acceso a Iquique (modificado mediante Resolución DGOP N°2020, de 10 de junio de 2014)".

Pese a la negativa del Ministerio de Obras Públicas, agrega el escrito con que se ha iniciado el proceso en que incide este Informe en Derecho, y ante la imposibilidad de entregar la garantía de construcción en los términos exigidos en las Bases de Licitación, la concesionaria, el 25 de septiembre de 2014, esto es, estando todavía vigente la Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta, entregó al Director General de Obras Públicas



el documento denominado *Certificado de Prorroga Boleta de Garantía*, emitido por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile, por el cual se extendía, hasta el 30 de diciembre de 2014, el plazo de validez de aquella boleta, por la suma de 175.000 unidades de fomento.

La sociedad concesionaria hace presente, entonces, a la Comisión Arbitral que:

“(...) a esa fecha, 25 de septiembre de 2014, ya se había verificado y configurado la causal de Incumplimiento Grave del Contrato de Concesión que el Ministerio de Obras Públicas hizo efectiva recién *179 días después*, ante esta misma Comisión, además, de haberse configurado la causal por la cual dicha Secretaria de Estado hizo efectiva la “Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta”, 169 días después”.

Por ello, la reclamante extrae una conclusión de lo obrado por la autoridad administrativa, en el sentido que:

“(...) la actitud mostrada por el Concesionario en orden a mantener vigente la única garantía que podía brindarle al Estado de Chile con miras a *continuar la ejecución del contrato* de obra de interés colectivo, es la que llevó al Ministerio de Obras Públicas, en los hechos, a validar su actuación. De otro modo, habría recurrido al ejercicio de la potestad sancionadora que le reconoce la normativa del contrato. Basta señalar al respecto que es precisamente este hecho –la no entrega de la Garantía de Construcción– el que termina siendo la causa del cobro de la “Boleta de Garantía Bancaria de Seriedad de la Oferta” efectuado por el Ministerio de Obras Públicas, y también el fundamento del término de la Concesión decretado por la H. Comisión Arbitral en su oportunidad”.

Pues bien, el 26 de septiembre de 2014, esto es, *sesenta días* después del vencimiento del plazo previsto contractualmente para la entrega de la garantía de construcción, el Director General de Obras Públicas notificó a la concesionaria su incumplimiento, señalándole que se había configurado la causal prevista en el numeral 1.11.2.3 letra f) de las Bases de Licitación, pidiéndole remitir un informe con las medidas que se implementarían para subsanar la falta señalada.

El 30 de octubre de 2014, dentro de plazo una vez más, la concesionaria respondió el requerimiento formulado por el Director General de Obras Públicas haciéndole presente el impacto que había tenido en el contrato de concesión la dilación en la adjudicación, junto con el efecto que estaba generando el retraso en la puesta en servicio definitiva de los Hospitales de Maipú y la Florida. Adicionalmente, se le informó de las gestiones que se encontraba realizando para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y le solicitó

el otorgamiento de un plazo para la implementación de dichas medidas, lo que le permitiría entregar la garantía de construcción, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 79 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas<sup>2</sup>, bajo la supervisión del Inspector Fiscal.

Sin embargo, el Director General de Obras Públicas nunca se pronunció sobre lo informado y solicitado por la Sociedad Concesionaria y, por ende, no fijó plazo para la implementación de las medidas que podrían haberse desarrollado bajo la supervisión del Inspector Fiscal, tal y como se lo exigían las Bases de Licitación, sin perjuicio de lo cual en la reclamación se sostiene que:

"A estas alturas del contrato de concesión la situación económica del GRUPO SAJOSÉ era muy compleja y apremiante, estando próxima la firma del Contrato de Reestructuración con sus entidades financieras que establecerían en definitiva la prohibición de acometer el contrato "Concesión Vial Rutas de Loa". No obstante lo anteriormente expuesto, *y en una clara manifestación de su buena fe y compromiso de ejecutar el contrato*, La Sociedad Concesionaria renovó la Garantía de Seriedad de la Oferta hasta el día 30 de abril de 2015".

De lo expuesto, entonces y conforme a los antecedentes compulsados, es menester constatar que lo solicitado por la concesionaria, en relación con posponer el otorgamiento de la garantía de construcción, no sólo fue rechazado cuando el plazo para constituir la había vencido, sino que no dio origen, por parte del Ministerio de Obras Públicas, al procedimiento de extinción del contrato por incumplimiento grave, sino que inició un procedimiento administrativo tendiente a resolver esa falta, generando en la empresa la expectativa razonable que así se procedería.

#### **4. Multas, Recursos Administrativos no Resueltos y Retardo en el Término del Contrato**

Finalmente, se procedió por la autoridad a imponer las multas que son objeto de la reclamación hoy pendiente ante la Comisión Arbitral del contrato de concesión de obra pública en referencia. No obstante lo cual, ellas fueron objeto, dentro de plazo, de los recursos de reposición y jerárquico, solicitándose expresamente la suspensión de sus efectos mientras no fueran resueltos, petición ésta que nunca fue proveída.

---

<sup>2</sup> Decreto Supremo N° 956, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas.

En fin, el 23 de marzo de 2015, transcurrido más de un mes desde la interposición del último de los recursos administrativos mencionados, mediante anotación en el Libro de Obras de la Construcción, el Inspector Fiscal informó a la concesionaria que diez días antes se había procedido al cobro de la Garantía de Seriedad de la Oferta, por el incumplimiento grave de las obligaciones, a propósito de lo cual la reclamante expone:

“Sobre al particular hacemos presente a la Honorable Comisión que a la fecha del cobro de la Garantía de Seriedad de la Oferta, el Ministerio de Obras Públicas no había presentado todavía a su conocimiento la solicitud de declaración de incumplimiento grave de sus obligaciones, hecho que sólo se verificó con fecha 23 de marzo de 2015. Siendo ello así, el Ministerio no pudo legítimamente invocar como causal del cobro de dicha garantía esa circunstancia. Y así pedimos considerarlo en la resolución del presente conflicto”.

Previamente, el 6 de abril de 2015, la concesionaria requirió al Ministerio de Obras Públicas para que se dispusiera el término anticipado del contrato de concesión por mutuo acuerdo de las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, lo cual tampoco fue nunca respondido.

Sin embargo, el 23 de abril, la empresa se allanó a la declaración de incumplimiento grave presentada por el Ministerio de Obras Públicas ante la Comisión, pero haciendo expresa reserva de todos los derechos y acciones que le pudieran corresponder.

Por último, el 22 de junio de 2015, la Comisión Arbitral declaró que la concesionaria había incurrido en incumplimiento grave del contrato, produciéndose la extinción de la concesión, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 N° 3° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

## **5. Fundamentación**

Para concluir, es indispensable dejar sentado que la reclamante sustenta su petición en que, si bien es cierto la Ley de Concesiones de Obras Públicas ni las Bases de Licitación establecen un plazo cierto o determinado para la adjudicación del presente contrato administrativo, los licitantes internalizaron en sus ofertas y modelo de negocio una *fecha probable* para que se concretara ese acto administrativo, sobre de la base de la información disponible en el mercado para esta clase de relaciones jurídicas, dado que siempre el

desconocimiento del plazo de adjudicación genera un riesgo que los licitantes deben asumir, por lo que es necesario actuar con criterios de razonabilidad o proporcionalidad.

Ello exige, señala la concesionaria, actuar con la mayor diligencia en el análisis de los antecedentes contractuales para lo cual es útil tomar como referencia la experiencia de otros contratos de la misma envergadura y naturaleza de aquél en que se está interesado, de lo cual surge que, en procesos licitatorios correspondientes al período 2009-2010, *en promedio*, el plazo que medió entre la formulación de las ofertas y la adjudicación del contrato fue de *ciento noventa días*, lo cual la condujo a estimar en doscientos cincuenta días, pero en este caso el proceso de adjudicación demoró *quinientos ocho días*:

“Ahora bien, fue sobre la base de la información del promedio histórico antes referido (190 días) que la Sociedad Concesionaria analizó, estudió, estructuró y formuló su oferta y su modelo de negocio, pero, por circunstancias ajenas a su voluntad y a pesar del análisis diligente que ella realizó, en los hechos hubo un retraso en la fase de adjudicación del contrato de concesión de la especie que alteró cualquier previsión que pudiera haber efectuado. Y ello se puede afirmar tratándose de cualquiera de los licitantes interesados.

Esa situación –demora en más de un 100% del plazo promedio histórico analizado– sólo se generó por actuaciones imputables al Estado de Chile, y derivó en la imposibilidad de nuestra parte para acometer el contrato de concesión de la especie, pese a sus intentos de cumplirlo en tiempo y forma.

A mayor abundamiento, hacemos presente a la Honorable Comisión Arbitral que el efecto negativo que podía generar la referida demora en la conclusión del procedimiento de contratación de la presente concesión de obra pública fue oportunamente representado al Estado de Chile”.

Tan anómala situación fue puesta en conocimiento de la Contraloría General de la República el 19 de febrero de 2014, aunque dicha Entidad de Control, mediante Dictamen N° 27.455, de 2014, sólo se atuvo a señalar que las consideraciones y solicitudes formuladas fueron debidamente ponderadas, con ocasión del trámite de control preventivo de juridicidad del Decreto MOP N° 249, de 2013, de adjudicación.

Adicionalmente, el 11 de marzo de 2014, ya se había realizado una presentación al Ministerio de Obras Públicas haciendo presente los efectos nocivos que le estaba provocando la dilación injustificada de la fase de adjudicación del contrato.

Por ende, estima improcedente la aplicación de multas por parte del Ministerio de Obras Públicas:

“(…) toda vez que el motivo que justifica el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Concesionaria está conformado por hechos –acciones y omisiones-, o causas *imputables a éste último* (Ministerio de Obras Públicas), *como lo es la dilación injustificada* del plazo de adjudicación de la concesión –*tomando en cuenta el plazo promedio histórico* de adjudicación de esta clase de contratos administrativos”.

La dilación injustificada denunciada, entonces, contraviene, a juicio de la concesionaria, lo preceptuado en el artículo 7° de la Ley N° 19.880<sup>3</sup>, relativo al *principio de celeridad*, tornándose imposible de prever, al momento de estudiar, analizar y formular la oferta técnica y económica, la tardanza excesiva, encareciendo el valor del proyecto producto la devaluación de la unidad de fomento respecto del Euro y del Dólar que se generó en ese periodo.

Para fundamentar su argumentación, la reclamante expone, en primer lugar, acerca de la interrelación que cabe establecer, desde el ángulo económico, entre la Concesión Vial Rutas del Loa y el proceso de puesta en servicio definitiva de otras obras que tenía a su cargo el grupo económico, como lo son los Hospitales de Maipú y La Florida, viéndose afectado aquél por la incertidumbre y desconfianza que rodearon el referido proceso de habilitación y por lo que considera incumplimientos del Ministerio de Obras Públicas:

“Si bien estamos en presencia de contratos administrativos diferentes, hacemos presente a la Honorable Comisión Arbitral que quienes conforman la Sociedad Concesionaria San José Rutas del Loa S.A. forman parte del Grupo Empresarial San José S.A., el que, además, tiene a su cargo la concesión de los hospitales de Maipú y de La Florida.

La obra de pública fiscal denominada “Programa de Concesiones de Infraestructura Hospitalaria”, que comprende los Hospitales de Maipú y La Florida, se había adjudicado mediante DS MOP N°230, de fecha 11 de agosto de 2009, el cual había sido publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de noviembre de 2009. El plazo común para la Puesta en Servicio Provisoria de la Obra de los Hospitales de Maipú y La Florida era 1095 días, contados desde la publicación en el Diario Oficial del Decreto Supremo de Adjudicación, por lo que éste vencía originalmente el 4 de noviembre de 2012.

---

<sup>3</sup> Ley N° 19.880 que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Si bien al momento de formular la Oferta Técnica y Económica del contrato "Concesión Vial Rutas del Loa" se conocían retrasos y extensiones de plazo en la construcción de los Hospitales de Maipú y la Florida, ambos proyectos seguían siendo compatibles en su ejecución, entre otras razones, por sus plazos diferentes de construcción.

El contrato de concesión de los hospitales de Maipú y la Florida había cerrado su financiamiento en el mes febrero de 2011, mediante el otorgamiento de un Crédito Sindicado donde intervinieron 8 entidades financieras, a saber, el BBVA, Itaú, Banco Estado, BICE, Scotiabank, Security, Corpbanca y Banco Consorcio, lo que aseguraba su desarrollo y construcción.

El referido contrato de financiamiento se amortizaba en el tiempo con el pago de los subsidios tanto de construcción como de operación que debía efectuar el Estado de Chile a la Sociedad Concesionaria, a partir del otorgamiento de la Puesta en Servicio Provisoria de los hospitales (PSP) y su consolidación definitiva con el otorgamiento de su Puesta en Servicio Definitiva (PSD).

Desgraciadamente el proceso de Puesta en Servicio Definitivo se vio afectado severamente por el actuar de la Administración, lo que se tradujo en definitiva en que el contrato "Concesión Vial Rutas del Loa" se viera afectado por esta problemática en el desarrollo y ejecución.

Esta situación no hubiere ocurrido si el contrato "Concesión Vial Rutas del Loa" se hubiera adjudicado dentro de plazos razonables, entendiéndose por éste un plazo de 250 días contados desde la presentación de las ofertas, el cual incluso excede el promedio del plazo histórico de adjudicación".

Por otra parte, alude a la situación financiera del Grupo San José, a raíz de la cual y por la propia naturaleza y regulación aplicable al contrato de concesión de los hospitales de Maipú y La Florida, una de las condiciones esenciales para la emisión de los bonos era que se obtuviera la puesta en servicio definitiva de ambos centros hospitalarios, la que pese a todos los esfuerzos desplegados por el Grupo San José no llegó a concretarse, sino hasta el 13 de febrero de 2015:

"Ello tuvo como consecuencia que en la fase final de la negociación del acuerdo de reestructuración no se hubiesen cumplido parte de las previsiones sobre las que este se había estado negociando, esto es, la obtención de la Puesta en Servicio Definitiva de los hospitales de Maipú y La Florida y la Emisión de Bonos correspondiente.

Estas circunstancias perjudicaron notablemente la negociación, además, de afectar las condiciones finales impuestas por los bancos, donde nos vimos en la obligación (dada la desconfianza generada) de establecer una serie de limitaciones y obligaciones al Grupo San José, entre las cuales, se encuentra aquella de no poder conceder ningún tipo de préstamo, crédito, garantía o

contragarantía o cualquier tipo de financiación de fondos, realizar aportación alguna, dar garantías (ni reales ni personales) o prestar caución de cualquier tipo a la "Sociedad Concesionaria SanJosé Rutas del Loa S.A."

En fin y situándose de lleno en el fundamento normativo de su pretensión, la reclamación expone, detalladamente, que, sin perjuicio de la aparente legalidad formal u objetiva que parecen revestir las resoluciones que imponen las multas, ellas lesionan la certeza jurídica que exige el ordenamiento jurídico en materia de determinación de los plazos dentro de los que han de cumplirse las obligaciones contractuales, a raíz de la injustificada dilación en la adjudicación del contrato de concesión y en su posterior otorgamiento.

Ello, naturalmente, con base en los artículos 6° y 7° de la Constitución en relación con el artículo 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, incluso admitiendo la hipótesis que se trate de actos discrecionales.

En definitiva, si bien la reclamación asume que no existe, en la ley ni en las Bases de Licitación, un plazo determinado dentro del cual debía procederse a la dictación del decreto de adjudicación, ello no implica que la autoridad pueda dictarlo a su mero arbitrio en la oportunidad que estime conveniente, como surge de lo prescrito en los artículos 3° incisos segundo y octavo de la ya referida Ley N° 18.575 y en el artículo 7° de la Ley N° 19.880, acudiendo a numerosos dictámenes de la Contraloría General de la República para confirmar su hipótesis.

En definitiva, la reclamante concluye solicitando, como petición principal, que se declare la improcedencia de las multas aplicadas, respecto de lo cual se nos ha solicitado este Informe, hallándose la causa con la demanda arbitral presentada ante la competente Comisión.

### **III. PRINCIPIOS Y NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES**

Como indicamos en la Introducción, antes de absolver las consultas que nos han sido formuladas, estimamos útil resumir los principios y preceptos constitucionales que son necesarios para su adecuada solución, explicados por la doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado respecto de ellos; en particular, los que se vinculan con la forma como

deben conducirse los órganos administrativos, habida consideración que todos, incluyendo al Ministerio de Obras Públicas, tenemos que ser respetuosos de la Carta Fundamental.

Asimismo, es necesario examinar esa preceptiva constitucional considerando la normativa legal que la complementa y aplica, en particular las disposiciones contenidas en las Leyes N° 18.575 y N° 19.880.

### **1. Sujeción a la Constitución y a las Normas Dictadas Conforme a Ella**

Debemos comenzar recordando que, en Derecho Público, como es bien sabido, los órganos del Estado sólo pueden hacer lo que la Constitución y las leyes expresamente autorizan y tienen que hacerlo tal y como esa preceptiva dispone, precisamente en función y para el servicio de las personas, de acuerdo al artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución, pues:

“Es expresión del Estado de Derecho, por cierto, el que las funciones del Estado sean ejercidas *de acuerdo con la Constitución*, por órganos diversos e independientes entre sí, sin perjuicio de la adecuada interrelación que debe existir entre ellos, concepto esencial en una auténtica democracia”<sup>4</sup>.

Es, por lo dicho, que el artículo 6º de la Constitución consagra el principio de supremacía constitucional, así como el de vinculación directa (también aludida en doctrina como vinculación positiva) entre sus preceptos y las autoridades públicas, en tanto que el artículo 7º establece las condiciones para la validez de los actos estatales, so pena de incurrir en vicio de nulidad, y el denominado *principio máximo del derecho público chileno*.

Situado dentro de las *Bases de la Institucionalidad*, el artículo 6º señala que los órganos del Estado deben someter su acción a la Carta Fundamental y a las normas dictadas conforme a ella, declarando que los preceptos de la Constitución obligan a los titulares e integrantes de dichos órganos, como a toda persona, institución o grupo<sup>5</sup>:

“(…) si es cierto que la fuerza normativa sirve para descalificar transgresiones, su rol fundamental radica en procurar *que no haya transgresiones*, en que la Constitución se acate, se cumpla y alimente afirmativa y positivamente a todo el mundo jurídico-político. Tal vez resida allí la razón de la aludida obligación judicial de intentar la compatibilización con la Constitución, y sólo

<sup>4</sup> Comisión de Estudio de la Nueva Constitución: *Informe con Ideas Precisas*, VIII *Revista Chilena de Derecho* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, N° 1-6, enero-diciembre 1981) p. 171.

<sup>5</sup> LUZ BULNES ALDUNATE: “La Fuerza Normativa de la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Católica, Número Especial, 1988) p. 137.



después de fracasado ese intento, declarar que una norma o un acto son inconstitucionales<sup>6</sup>.

La Constitución, entonces, consagra y resguarda su supremacía, por lo que exige que sea respetada por todo órgano estatal, para que se ciñan a ella o para que se aparten de toda transgresión que otros órganos pudieran haber cometido, precisamente, con miras a restablecer su acatamiento, pues así, los principios y normas de la Carta Fundamental:

“(...) se irradia(n) al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella (...)”<sup>7</sup>.

Por cierto, tampoco cabe que se sitúen al margen la conducta de la Administración y, más específicamente, el Ministerio de Obras Públicas para adjudicar un contrato de concesión de obra pública o para ponerle término, si estima que el concesionario ha incurrido en incumplimiento grave, dilatando, sin causa que lo justifique, la adjudicación o la formalización de su extinción. Y el quebrantamiento de esta regla debe ser observado y sancionado por el tribunal competente.

## **2. Requisitos para la Actuación Válida de los Órganos del Estado**

Completando las bases constitucionales del Estado de Derecho, el artículo 7º de la Carta Fundamental establece, en su inciso primero, las exigencias habilitantes e ineludibles para la actuación válida de toda autoridad pública<sup>8</sup>, esto es:

“Contempla los tres requisitos, copulativos y taxativos que un individuo o grupo deben reunir para convertirse en órganos del Estado e imputarle lo hecho o no por ellos. La ausencia de cualquiera de esas exigencias esenciales significa que el Estado-Gobierno no ha sido obligado, pues quien ha obrado es un particular y no un órgano suyo”<sup>9</sup>.

Toda actuación de los órganos públicos, incluyendo las adjudicaciones de contratos de concesión o la formalización de su extinción, debe, en consecuencia, cumplir con estos tres requisitos copulativos, cuya omisión es sancionada, por la misma norma constitucional, con nulidad.

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional: Considerando 7º de la sentencia pronunciada el 5 de junio de 2007, Rol Nº 558 y, en el mismo sentido, el considerando 7º del Rol Nº 560, pronunciada ese mismo día.

<sup>7</sup> Considerando 30º de la sentencia pronunciada el 8 de septiembre de 2009, Rol Nº 1.287.

<sup>8</sup> EDUARDO SOTO KLOSS: “El Tribunal Constitucional ¿Es Poder Constituyente?” *Revista de Derecho Público* (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Nº 13, 1973) p. 251.

<sup>9</sup> JOSÉ LUIS CEA EGAÑA: *El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica* (Valdivia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, 1999) p. 197.

## A. Investidura Regular

En primer lugar, la *investidura regular*, o sea, que la persona natural se incorpore al órgano estatal conforme a las reglas preestablecidas para ese efecto, de tal manera que no haya duda alguna acerca de quién o quiénes integran el órgano público y pueden obrar desde él.

## B. Competencia

El segundo requisito indispensable para que los actos estatales sean válidos corresponde a la denominada *regla de oro* o principio máximo del derecho público chileno, en virtud del cual "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes":

"Que el aludido principio (de legalidad), conocido tradicionalmente bajo el nombre de "principio de clausura del derecho público", supone que el ejercicio de las competencias de las autoridades públicas se realice de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y las leyes, de forma que se disminuya el riesgo de la extralimitación de funciones. Desde este punto de vista, cabe hablar, más propiamente, de principio de juridicidad, en la medida que asegura el sometimiento integral de las autoridades públicas al imperio del ordenamiento jurídico en su conjunto"<sup>10</sup>.

El precepto constitucional es de total y meridiana claridad: Cualquiera autoridad que quiera ejercer una facultad, debe encontrarla descrita, previa y expresamente, en el cuerpo legal que se la otorga. No puede entenderla en forma tácita, sobrentenderla ni estimarla por analogía, sino que, necesariamente, debe estar descrita con precisión y en texto inequívoco, y si no es así, no la posee y no puede ejercerla y menos puede arrancar de las atribuciones expresas otras presuntamente implícitas.

## C. Actuación en la Forma que Prescriba la Ley

Por último y de especial trascendencia para el pronunciamiento que se nos ha solicitado, el tercero de los requisitos copulativos que la Carta Fundamental exige para que un acto estatal sea válido, consiste en que debe ejecutarse *en la forma que prescriba la ley*, pues aquí se encuentra la base para sostener la obligación que pesa sobre los órganos de

<sup>10</sup> Considerando 48º de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 11 de diciembre de 2007, Rol Nº 790.

la Administración del Estado en orden a obrar dentro del plazo dispuesto por el ordenamiento jurídico especial que rige la materia correspondiente; o, en silencio de éste, nunca más allá de seis meses desde la iniciación del procedimiento administrativo hasta la fecha en que se emita la decisión final, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley N° 19.880; o, en todo caso, con celeridad, según se estipula la misma ley aludida en su artículo 7°, para que así se cumpla con el deber de obrar eficaz y eficientemente.

La referencia a este requisito constitucional, trascendente para el Estado de Derecho y, en particular, para las relaciones que se generan entre la autoridad pública administrativa y las personas que participan, colaborando con el Estado, en la satisfacción de necesidades e intereses públicos, como son los concesionarios de obras públicas, nos exigirá detenernos, con mayor detalle, para dar cuenta de los aspectos básicos y generales sobre la actuación jurídica de la Administración y la forma como debe realizarse, una vez referida la consecuencia que tiene incumplir cualquiera de los tres requisitos contemplados en el artículo 7° inciso 2°.

### 3. Nulidad y Responsabilidad

Si una autoridad incumple cualquiera de las exigencias constitucionales para que actúe válidamente, la infracción causa nulidad, es decir, el acto no vale, no produce efecto, no existe, es nada, además que genera responsabilidades y sanciones para quien lo haya adoptado, atendido que:

“(...) frente a un acto dictado en contravención a la Constitución, que es nulo, sea precepto legal, acto administrativo o acto contralor, la autoridad, cualquiera autoridad, está ante un no-acto, que eso significa “nulo”, esto es, que no es tal acto, que no es precepto legal, que *no es acto administrativo*, etc., y ante ello la autoridad tiene el deber jurídico, impuesto por la propia Constitución, de no aplicarlo, ya que no es parte del ordenamiento jurídico, no integra éste, es jurídicamente “nada”/nullus, no existe como acto, desde que eso es lo que significa “es nulo” (art. 7° inc. tercero)”<sup>11</sup>.

Cabe consignar, además, que, conforme a lo dispuesto en los artículos 6°, inciso tercero, y 7°, inciso tercero, de la Constitución, los funcionarios que obren en contravención a los principios y normas que se han explicado, deberán responder de sus actuaciones u omisiones, en conformidad a la ley:

<sup>11</sup> EDUARDO SOTO KLOSS: “Nulidad de la Ley. Nulidad de Derecho Público”, *Ius Publicum* (Santiago, Universidad Santo Tomás, N° 2, 1999) pp. 216-221.

“Que el principio de responsabilidad así concebido no queda restringido al ámbito puramente legal, pues está incorporado al ordenamiento constitucional que no sólo otorga rango constitucional a la responsabilidad civil y penal, al remitirse a ellas la Carta Suprema en numerosos casos en que las alude directamente, o lo hace respecto de ciertos delitos o de los daños y perjuicios que causan determinadas autoridades o ciertas circunstancias, sino que, además, consagra estatutos de responsabilidad constitucional concretos, o encomienda expresamente al legislador hacerlo”<sup>12</sup>.

Los actos de los órganos estatales, en otras palabras, deben respetar la Constitución y la ley, conforme ya fue explicado, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, por lo que aquellos que las contravengan no sólo conllevan secuelas jurídicas respecto de las decisiones anómalas que se adopten, sino también en nexa con el funcionario que así ha obrado, en contra del ordenamiento jurídico.

Por ello, el artículo 4º de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley Nº 18.575), establece que, si bien, el Estado es responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, ello es sin perjuicio de las responsabilidades que puedan afectar al funcionario que los haya ocasionado. Lo mismo se podría desprender de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 38 constitucional cuando reconoce el derecho de toda persona que se sienta afectada en sus derechos e intereses legítimos por una actuación (acto u omisión) de cualquier órgano administrativo a reclamar de ello ante los tribunales que la ley determine, y sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda asumir al funcionario que actuó en el hecho lesivo.

En suma, la Constitución, sobre la base del principio de separación de órganos y funciones, encomienda a los órganos estatales la competencia definida para cada uno, conforme a lo preceptuado en su artículo 7º, inciso segundo, de tal manera que siempre debe considerarse el ámbito preciso de atribuciones de ellos para que obren conforme a la Carta Fundamental y a la legislación vigente, pues, de lo contrario, sus actos u omisiones serán contrarias a derecho y lo mismo si no lo hacen en la forma que prescriba la ley, v.

---

<sup>12</sup> Considerando 13º de la sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 10 de junio de 2008, Rol Nº 943.

gr., porque actúan fuera de plazo o con dilación inexcusable. Por lo mismo, los funcionarios públicos deben responder de sus actuaciones, especialmente, si ellas pugnan con el ordenamiento jurídico vigente, de acuerdo con lo dispuesto también en el Código Político y en la legislación vigente.

#### 4. Acto Administrativo

Es indispensable, como anticipábamos, detenerse en este instituto, desde que la respuesta a las consultas que nos han sido planteadas requiere considerar tanto el acto administrativo de adjudicación del contrato de concesión de obra pública como aquel en virtud del cual se le puso término.

##### A. Concepto

La doctrina especializada ha conceptualizado el acto administrativo como una declaración unilateral de voluntad que emite un órgano de la Administración del Estado en el ejercicio de sus potestades y que genera efectos jurídicos<sup>13</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia administrativa, emanada de la Contraloría General de la República, con antelación a la entrada en vigencia de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos –Ley N° 19.880<sup>14</sup>– sostuvo que el acto administrativo es:

“Toda declaración de voluntad general o particular de un órgano administrativo, en función de una potestad administrativa y que tiene por finalidad decidir o emitir juicios sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él”<sup>15</sup>.

Precisando cuáles son las condiciones que identifican al acto administrativo, el mismo Organismo de Control, ha referido las siguientes:

“1. Que exista una declaración de voluntad; 2. Que dicha declaración emane de un órgano administrativo; 3. Que el órgano emisor sea competente para expedirla; 4. Que el acto implique una decisión tendiente a producir un efecto jurídico; 5. Que recaiga tanto en derechos, deberes e intereses de las en-

<sup>13</sup> Ver sobre este tópico, entre otros, GLADYS CAMACHO CEPEDA: “El Concepto de Acto Administrativo”, GABRIEL BOCKSANG H. y JOSÉ LUIS LARA A. (coordinadores): *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública* (Santiago, LegalPublishing y Thomson Reuters, 2013) pp. 65-74; EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I (Madrid, Ed. Cívitas, 2002) pp. 544-548; ENRIQUE SILVA CIMMA: *Derecho Administrativo, Actos, Contratos y Bienes* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1996) p. 26.

<sup>14</sup> Publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003.

<sup>15</sup> Dictámenes N°s 5.380, de 14 de febrero de 2000 y 29.549, de 7 de agosto de 2000.

tidades administrativas o sobre *derechos y deberes de particulares* frente a la Administración<sup>16</sup>.

A su vez, en cuanto a la forma de exteriorización de tal voluntad, la Contraloría ha expresado, desde muy antiguo, que:

“Corresponde materializarla a través de un acto jurídico, decreto o resolución, que es la forma en que las autoridades facultadas para ello, manifiestan su voluntad”<sup>17</sup>.

A su turno, la Corte Suprema ha señalado que:

“La resolución *fundada* que dicte la autoridad administrativa (...) es un Acto Administrativo, el que según lo definen la doctrina y los autores es toda declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”<sup>18</sup>.

Como nos ha hecho notar recientemente la profesora Gladys Camacho (a quien nos permitimos citar textualmente atendida la claridad de la exposición y de su pertinencia para el desarrollo de este Informe en Derecho), nuestra jurisprudencia administrativa y judicial ha permitido identificar los elementos característicos de los actos administrativos<sup>19</sup>:

a) Acto jurídico que expresa la voluntad de un órgano administrativo.

En tal sentido, al ser una voluntad orgánica, es unilateral, pues:

“En ningún caso la voluntad del particular destinatario es formadora del acto administrativo, sino que a lo sumo puede ser su causa o el detonador de los efectos del acto, pero no alcanza a tener la virtud de dar nacimiento al acto ante el Derecho”<sup>20</sup>.

b) El acto administrativo concreta el ejercicio de una potestad administrativa.

Por consiguiente, la sola voluntad potestativa del órgano es la que imprime la fuerza para producir efectos jurídicos sobre los derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas o de particulares frente a él.

<sup>16</sup> Dictamen N° 5.380, de 14 de febrero de 2000.

<sup>17</sup> Dictamen N° 40.966, de 11 de septiembre de 1956. Ver también, dictamen N° 20.242 de 2013.

<sup>18</sup> SCS, de 7 de abril de 1977, Rol N° 12.282, Considerando 6°, en *Fallos del Mes*, Año XIX, abril 1977, N° 221, pp. 59-64. Ver también, SCA de Concepción, de 10 de septiembre de 2002, Rol N° 1.319-02 y SCA de Santiago, de 10 de enero de 2001, Rol N° 4.502-01.

<sup>19</sup> GLADYS CAMACHO ZEPEDA op. cit., pp. 78-79.

<sup>20</sup> CLAUDIO MORAGA KLENNER: “La Actividad Formal de la Administración del Estado”, ROLANDO PANTOJA BAUZÁ: *Derecho Administrativo Chileno* (México DF., Ed. Porrúa-Universidad Autónoma de México, 2007) p. 192.

- c) La voluntad del órgano puede ser una decisión o un juicio que tendrá efectos jurídicos sobre derechos, deberes o intereses de las entidades administrativas o de derechos, deberes e intereses de particulares frente a la Administración.

Este aspecto nos subraya que, por esencia, en el ámbito jurisprudencial el acto administrativo es lo que hoy en día se reconoce como un *acto terminal* emanado al finalizar un procedimiento administrativo, siendo un criterio general tanto de la jurisprudencia administrativa como judicial, no pronunciarse sobre actos trámite, pues al no involucrar una decisión que resuelva alguna situación, carecen de capacidad de vulnerar derechos, deberes o intereses de particulares.

- d) La competencia del órgano administrativo que es fundamental, por mandato constitucional, para la validez del acto administrativo, pues ésta es la que habilita el ejercicio de la potestad que éste expresa.
- e) En relación a la forma que deben revestir los actos administrativos, se ha señalado que la expresión externa de la voluntad administrativa potestativa se concreta en decretos y resoluciones<sup>21</sup>, lo cual refiere a la necesaria escrituración de los actos administrativos.

Ahora bien, con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, comenzó a regir en el ámbito de aplicación de dicha normativa, un nuevo concepto de acto administrativo, que sigue la influencia de la doctrina administrativista española e italiana<sup>22</sup>, contenido en el artículo 3° de dicha ley:

“Las decisiones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos.

Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública.

Los actos administrativos tomarán la forma de decretos supremos y resoluciones.

<sup>21</sup> En este aspecto en particular el dictamen N° 7.620/2013 de la Contraloría General de la República ha señalado que el artículo 3° LBPA dispone que las declaraciones de voluntad realizadas en el ejercicio de una potestad pública ya no sólo se expresan a través de decretos y resoluciones son que tal exigencia sería facultativa al señalar que tales actos “pueden” revestir tal forma.

<sup>22</sup> Se sigue el concepto de acto administrativo acuñado por Zanobini y complementado por García de Enterría. Ver: GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ (2002), ob. cit., pp. 544-548.

El decreto supremo es la orden escrita que dicta el Presidente de la República o un Ministro "Por orden del Presidente de la República", sobre asuntos propios de su competencia.

Las resoluciones son los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión.

Constituyen, también, actos administrativos los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias.

Las decisiones de los órganos administrativos pluripersonales se denominan acuerdos y se llevan a efecto por medio de resoluciones de la autoridad ejecutiva de la entidad correspondiente.

Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional".

No es la oportunidad de formular críticas al concepto extendido de acto administrativo que nos entrega esta legislación nacional. Sólo diremos aquí que la amplitud del término que contiene el inciso sexto del precepto legal transcrito ha generado una importante dificultad y confusión al momento, por ejemplo, de determinar la procedencia de recursos en contra de tales actuaciones.

## **B. Elementos**

Tradicionalmente, se estudian los elementos del acto administrativo distinguiendo los siguientes: a) subjetivos; b) objetivos y, c) formales.

El *elemento subjetivo* está referido al emisor del acto administrativo y corresponde a la competencia. Conforme a lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución y en el artículo 2° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el órgano debe actuar, previa investidura regular de sus integrantes<sup>23</sup> y dentro de la competencia que le ha asignado la ley.

---

<sup>23</sup> Como ya se señaló en el presente informe, la autoridad que emite el acto administrativo debe haber sido nombrada o designada, según sea el caso, mediante el procedimiento contemplado en el ordenamiento jurídico. La excepción a esta regla está configurada por lo que en doctrina se conoce como "funcionario de hecho", reconocido en nuestro derecho en el artículo 63 de la Ley N° 18.575 y en el artículo 16 de la Ley N° 18.884, que aprueba el Estatuto Administrativo General.



Conforme a estas exigencias, la autoridad administrativa tiene que respetar los factores de la competencia: Jerarquía, territorio, materia y grado<sup>24</sup>. Recordemos que la competencia es el conjunto de facultades o atribuciones –potestades- que el ordenamiento jurídico asigna a cada órgano del Estado, mismas que derivan del ejercicio de la soberanía que se reconoce a las autoridades que la Constitución y la ley establecen (artículos 5° y 7° Constitución). Ahora, cuando se alude a la competencia en materia administrativa, es aquél conjunto de atribuciones que confiere la Constitución Política o la ley a los órganos que integran la Administración del Estado (artículos 1° y 2° Ley N° 18.575).

Por otra parte, cualquier abuso o desviación de poder está prohibido<sup>25</sup> y, por ende, es sancionado y genera las responsabilidades que la misma normativa legal vigente establezca.

El *elemento objetivo*, en tanto, se refiere propiamente a la declaración de voluntad que emite el órgano competente e incluye el análisis del motivo, del objeto y del fin del acto jurídico administrativo.

Se vincula, así, a la “legitimidad del acto administrativo” y al principio de juridicidad que en materia de actuación administrativa obliga a los órganos que integran la Administración del Estado a actuar en los casos y forma que la ley le indica expresamente, pues la

---

<sup>24</sup> *Jerarquía*: Relación jurídico-administrativa que vincula a órganos y funcionarios en relación de superior a inferior con el propósito de realizar la función que corresponda a la Administración con unidad de acción, es decir, de manera coordinada y eficiente. *Territorio*: Espacio físico dentro del cual se ejercen las atribuciones y potestades asignadas a cada órgano, conforme lo establezca el orden jurídico. En el ámbito administrativo, existen órganos que ejercen sus atribuciones en todo el territorio nacional (Presidente de la República con la colaboración de los Ministros), y otros a quienes se encomienda el ejercicio de sus atribuciones y funciones en un ámbito espacial determinado (Administración Regional: Gobierno Regional, Secretarías Regionales Ministeriales, Servicios o Direcciones Regionales; Administración Provincial: Gobernación; Administración Local o Comunal: Municipalidades). *Materia*: Contenido sustancial de la competencia. Ej. Universidad de Chile cumple funciones y ejerce sus atribuciones en el ámbito de la educación superior. En el ámbito de la Administración del Estado quien determina la materia es la Constitución o la Ley (artículo 7° Constitución Política; artículos 2° y 5° Ley N° 18.575). *Grado*: Es la posición que cada órgano ocupa dentro de la estructura a la que pertenece, lo cual, además fija el momento en el cual le corresponderá conocer y/o resolver sobre un asunto determinado. En materia administrativa, sabemos, siempre existe un vínculo que une a los distintos órganos que componen la Administración del Estado, sean estos pertenecientes a un sistema centralizado –en el cual rige la jerarquía o dependencia-, como a uno descentralizado –donde opera la supervigilancia o tutela-. Ahora bien, en la estructura interna de un órgano administrativo siempre existe una relación jerárquica entre sus componentes –mando/obediencia entre superior e inferior-.

<sup>25</sup> Abuso de poder se configura cuando se actúa fuera de la competencia legal, mientras que la desviación de poder o de fines aparece cuando se actúa dentro de la competencia pero con fines diversos a los que ha definido el ordenamiento jurídico, en cualquier caso, tratándose de la actividad administrativa del Estado, los fines que los órganos deben perseguir con su actuación son de carácter público, en tanto tiene como obligación promover el bien común con pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Administración sólo puede hacer lo que la ley le permita<sup>26</sup>, tal y como ya lo hemos destacado.

Conviene señalar, en este punto, que el Derecho se plantea para la Administración no como un límite meramente externo que le señala hacia afuera una zona de prohibición.

Por el contrario, el Derecho condiciona y determina positivamente la acción administrativa, la cual no será válida mientras no responda a una previsión normativa. Todo el actuar administrativo ha de ser examinado en su relación con el orden jurídico para demostrar su legitimidad. Ahora bien, la ausencia de disposición relativa a un supuesto de hecho, habrá que interpretarla en el sentido que la Administración, por carecer de facultad, no puede actuar.

La fórmula "*Principio de Juridicidad*" que se utiliza mayoritariamente en nuestros días, alude más que a la legalidad, entendida como ley general expresa, al acatamiento que debe observar todo individuo y todo Órgano del Estado, incluyendo todas las actividades que ellos realicen, al ordenamiento jurídico partiendo por su primera norma que es la Constitución. Según este principio, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que de ella emana. A su vez, al mencionar el término ordenamiento jurídico no se está pensando sólo en un simple agregado de normas al margen de los principios generales del derecho, ni de las peculiares características de la sociedad a la cual se proyecten. Su efecto práctico es que la interpretación de cada norma y su consecuente aplicación operen teniendo en cuenta el ordenamiento entero en el cual se insertan y adquieran en él verdadero sentido. Esta unidad permite suplir los vacíos normativos, interpretados aisladamente, al incorporárselos a un complejo unitario y sistemático.

Sabido es que con la nueva formulación del *Principio de Legalidad* en *Principio de Juridicidad*, la actividad administrativa no sólo se limita a ejecutar la ley, sino que tiene un poder normativo propio, en virtud de la potestad reglamentaria reconocida por la Consti-

---

<sup>26</sup> La juridicidad con vinculación positiva es la que opera en el Derecho Público cuando se trata de la actuación de los órganos que integran el aparato estatal, y dentro de ellos, sin duda, encontramos a los órganos administrativos. El sentido opuesto opera en las relaciones jurídicas privadas, ya que en este ámbito la juridicidad se aplica en sentido negativo (por efecto de la autonomía de la voluntad): se puede hacer todo aquello que el ordenamiento jurídico no prohíba.

tución al Poder Ejecutivo. Asimismo, con la sujeción ampliada al Derecho, los principios generales, figuren o no en el texto constitucional, conforman igualmente el contexto jurídico aplicable a la realidad administrativa.

Consecuencialmente, la actividad administrativa puede relacionarse directamente con la Constitución, la ley, los decretos, los reglamentos, etc. y, con los principios generales del derecho. Pero esta vinculación puede ser más o menos intensa, porque el mismo orden jurídico es quien determina en qué materias la vinculación a la norma es total y en cuáles sólo es parcial o relativa. Así surge la noción de acto/potestad reglada y discrecional. En el acto reglado todos los elementos que lo conforman se hallan expresa y precisamente definidos en la ley, en cambio, en el discrecional es la ley la que directamente entrega a la Administración una cierta libertad de decisión dentro de parámetros o límites que han de definirse en la misma norma de habilitación legal<sup>27</sup>. Así, la discrecionalidad administrativa surge cuando el propio ordenamiento jurídico atribuye competencia a un órgano administrativo para apreciar "lo que sea de interés público"; dicho de otro modo, para apreciar el mérito de una determinada decisión –definiendo la oportunidad y su conveniencia-. Además, no se debe perder de vista que la discrecionalidad administrativa opera dentro del ordenamiento jurídico, no es una excepción a la vigencia del principio de juridicidad y, como es evidente, no es sinónimo de actuación arbitraria. Sobre este tópico en particular, en otra ocasión hemos afirmado que son tres los presupuestos esenciales de toda actividad discrecional reconocida a la Administración del Estado: "a) la apreciación subjetiva que incumbe realizar a la Administración ponderando el interés público; b) la libertad de elección, y c) la sujeción al ordenamiento jurídico"<sup>28</sup>.

Por otra parte, al referirse a al *principio de juridicidad*, el profesor Soto Kloss<sup>29</sup> señala: "Cuando se habla de juridicidad se evoca "Derecho", y en una neta y clara superación del término "legalidad" (ley/parlamento) utilizado antiguamente, puesto que se hace

---

<sup>27</sup> La ley debe limitar el ejercicio de la competencia discrecional. La libertad de apreciación que se presenta en la actuación discrecional de la Administración sólo puede estar referida a algunos elementos del acto y no a todos.

<sup>28</sup> PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2014): "Notas sobre la Discrecionalidad en la Administración del Estado", en obra colectiva *Administración y Derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, (Coordinador: Eduardo Soto Kloss), Editorial Thomson Reuters; Santiago, Chile, p.200.

<sup>29</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo, Bases Fundamentales*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 22-23.

referencia al Derecho en toda su máxima amplitud de fuentes normativas, no sólo fuentes legislativas/leyes, sino sobre todo Constitución, que es el estatuto fundamental de la sociedad política de una nación, y todas las normas dictadas en su conformidad, incluidas sentencias, actos y contratos administrativos, actos contralores, etc."

En cuanto concierne al elemento *Legitimidad del Acto*, y sin pretender dar cuenta de todas sus condiciones en este texto, se entiende por *motivo del acto administrativo*, el antecedente que provoca el acto, es decir, los fundamentos de hecho y de derecho que previstos por el ordenamiento jurídico, justifican la dictación del acto administrativo<sup>30</sup>. El *objeto*, por su parte, es el contenido del acto previsto por la ley, es decir, es el efecto jurídico inmediato del acto administrativo –lo que se pretende conseguir-. El *fin* del acto es el efecto jurídico mediato que persigue el acto administrativo. Cuando la norma jurídica configura el acto o la potestad administrativa, de manera implícita o explícita le asigna un fin público específico, por ejemplo, en la potestad de policía el fin específico es la seguridad pública; en las potestades sanitarias, la salubridad<sup>31</sup>.

Por último, el *elemento formal del acto administrativo* nos conduce no solo al estudio de las solemnidades que debe cumplir cada uno de los actos de la Administración para nacer a la vida del Derecho y para generar los efectos jurídicos válidos que defina el ordenamiento jurídico, sino que, también, al conjunto de trámites que ha de seguir o cumplir el órgano competente para emitir su decisión imperativa y exigible a sus destinatarios, esto es, al *Procedimiento Administrativo*.

Lo anterior, ya que la declaración de voluntad en que consiste el acto administrativo debe ser producto de un procedimiento o *íter* legal concreto, conforme al mandato constitucional contenido en el artículo 7º, al aludir que la actuación de los órganos del Estado se entenderá válida, entre otras condiciones, cuando se emitan "*en la forma*" que la ley prescribe.

---

<sup>30</sup> No hay que confundir motivo del acto con su motivación. En efecto, ésta última consiste en la exposición de las razones –motivos– que llevaron a la Administración a emitir el acto, es decir, es la expresión de los fundamentos del acto. Como dice MARIENHOFF, Miguel (2005): *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, 2ª edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 294: "*es la expresión o constancia de que el motivo existe*".

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, ob. cit. (2002), p.552.

En un acápite posterior abordaremos las principales características del procedimiento administrativo general y del especial previsto para la contratación de concesiones de obras públicas.

### **C. La Adjudicación del Contrato de Concesión de Obra Pública y la Decisión de Dejarlo Sin Efecto son Actos Administrativos**

La Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, contenida en el Decreto con Fuerza de Ley N° 850<sup>32</sup> (del Ministerio de Obras Públicas), de 1997, en las letras i) y j) de su artículo 5°, atribuye a la misma Secretaría de Estado las facultades para:

“i) Otorgar, de conformidad con el decreto supremo de adjudicación a que se refiere el artículo 87°, concesiones de uso o goce sobre bienes nacionales de uso público o fiscales cuya administración corresponda al Ministerio o a otras autoridades, a los concesionarios de explotación indicados en el citado artículo;

j) Convenir las indemnizaciones a que tendrá derecho el Fisco o el concesionario, por el incumplimiento de los contratos a que se refiere el artículo 87° o cuando deban revocarse esas concesiones por razones de interés público, y las garantías, modalidades y demás estipulaciones de tales contratos, con sujeción a las normas del Decreto con Fuerza de Ley que dicte el Presidente de la República en uso de las facultades que se le entregan por el artículo 88°;”.

La mencionada Ley de Concesiones de Obras Públicas se refiere al acto administrativo denominado como *adjudicación* en diversas disposiciones, regulándolo al establecer las reglas del proceso de licitación de una iniciativa privada<sup>33</sup>; señala que el acto de adjudicación y la entrega de las concesiones pertinentes serán precedidas de la elaboración de las respectivas Bases de Licitación por parte del Ministerio de Obras Públicas y la selección del adjudicatario por los mecanismos previstos en la normativa aplicable<sup>34</sup>; la forma que debe adoptar la adjudicación del contrato de concesión de obra pública, por decreto supremo del Ministerio de Obras Públicas con la firma del Ministro de Hacienda, el cual se entiende perfeccionado una vez publicado ese decreto en el Diario Oficial<sup>35</sup>; la obligación del adjudicatario de suscribir ante Notario tres transcripciones del decreto de adjudicación,

<sup>32</sup> Que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840 y del DFL MOP N° 206, de 1960, publicado en el Diario Oficial el 25 de febrero de 1998.

<sup>33</sup> Artículo 2°.

<sup>34</sup> Artículo 3°.

<sup>35</sup> Artículo 8°.

en señal de aceptación de su contenido<sup>36</sup>; el derecho que nace para el concesionario a exigir se le indemnice o compense el sobrecosto originado en el acto sobreviniente de la autoridad pública competente<sup>37</sup>; el tratamiento que cabe dar a las nuevas inversiones que sea necesario incorporar al contrato de concesión durante su fase de construcción<sup>38</sup>; y el plazo de duración del contrato contenido en el decreto de adjudicación<sup>39</sup>, entre numerosos otros aspectos.

En lo que nos interesa resaltar, a efectos del presente Informe, la citada normativa legal especial alude al acto administrativo de adjudicación de la concesión de obra pública como un elemento *de la esencia* del contrato administrativo de que se trata, de momento que, a través de tal acto, se manifiesta o declara la voluntad del Estado/Administrador en orden a determinar a su contraparte privada en la relación jurídica contractual; además, la publicidad del mismo acto administrativo, en la forma establecida en la ley (publicación en el Diario Oficial), genera el perfeccionamiento de la relación jurídica y, por ende, desde ese mismo momento, tienen eficacia los derechos, obligaciones y prohibiciones que se reconocen e imponen a las partes que intervienen en la misma.

Por otra parte, como todo acto administrativo, el decreto de adjudicación de la concesión de obra pública debe ser producto de un procedimiento previsto en la ley, que desarrolla la autoridad pública competente. En este caso particular, el conjunto de trámites que se han de cumplir para la dictación de aquel acto administrativo –decreto de adjudicación- se encuentran previstos en la misma Ley de Concesiones de Obras Públicas y, en lo no previsto en esa ley especial, cobra plena vigencia y aplicación la Ley N° 19.880.

A su vez, cualquier manifestación de voluntad destinada a dejar sin efecto tal acto administrativo de adjudicación, necesariamente deberá tener la misma naturaleza, siguiendo el aforismo según el cual *en derecho las cosas se deshacen de la misma manera en que se hacen*. Así lo ha previsto la Ley de Concesiones de Obras Públicas en las normas pertinentes del Capítulo VII (Duración, Suspensión y Extinción).

---

<sup>36</sup> Artículo 9°.

<sup>37</sup> Artículo 19.

<sup>38</sup> Artículo 20 bis N° 1).

<sup>39</sup> Artículo 25 inciso 1°.

En este aspecto, en fin, conviene tener en consideración el artículo 27 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que establece las causales taxativas en virtud de las cuales se extingue el contrato de concesión.

## 5. Procedimiento Administrativo

Habiendo esclarecido el concepto y los elementos distintivos del acto administrativo y siendo indiscutida que ésta es la naturaleza tanto del acto de adjudicación del contrato de obra pública como del que determina su extensión, es necesario detenerse en el procedimiento administrativo, especialmente en nexos con el procedimiento de licitación convocado por la autoridad pública para adjudicar el contrato de concesión de obra pública, como también, el que debe llevarse a cabo para poner término a la misma relación contractual pública.

En ambos casos, el procedimiento se ha iniciado por voluntad del órgano administrativo competente y ha culminado con la dictación del respectivo acto administrativo, por lo que deben examinarse las normas y principios que orientan su desenvolvimiento, a la luz del derecho positivo vigente, haciendo referencia, cuando sea conveniente, a la opinión entregada por la doctrina especializada en la materia, así como por la jurisprudencia administrativa y judicial.

Como ha reconocido la mayor parte de la doctrina nacional<sup>40</sup>, la entrada en vigencia de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, en 2003, ha representado un gran avance para el ordenamiento jurídico nacional de momento que entrega los principios básicos que orientan la actividad de los mencionados entes públicos que intervienen en la mayor parte de los actos jurídicos que desarrollan los particulares –personas naturales o jurídicas-, principalmente en sus actividades económicas.

Adicionalmente, contar con una ley que establezca las bases de los procedimientos administrativos resulta indispensable e ineludible, desde que nuestra Carta Fundamental

---

<sup>40</sup> BERMUDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General*, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, p. 145; MORAGA KLENNER, Claudio (2013): "Anotaciones sobre el Procedimiento Administrativo según la Jurisprudencia de los Tribunales Chilenos", en *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo*, Tomo XIV, Volumen I, (Director Académico: Rolando Pantoja Bauzá), Editorial Thomson Reuters; Santiago, Chile, pp. 5-6; JARA SCNETTLER, Jaime (2008): "La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley N° 19.880", en *Revista de Derecho Público* N° 70, Santiago, Chile, pp. 287-311.

(artículos 7° y 63 N° 18) y la Ley N° 18.575 (artículo 2°), como ya advertimos más atrás, exige que los órganos administrativos actúen dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Además, deben hacerlo con eficiencia y eficacia y siempre con miras a la satisfacción de necesidades públicas concretas.

Importa tener en consideración que, como se desprende de su historia fidedigna, la ley que referimos, no establece “un” procedimiento, sino que entrega un marco para los procedimientos administrativos, como quedó constancia durante su tramitación legislativa, pues la nueva preceptiva buscó:

“... uniformar y estandarizar la forma en que se deben expedir los actos (...), sin alterar los procedimientos administrativos que constan de una regulación legal propia, los cuales seguirán sometidos a su norma de procedimiento”<sup>41</sup>.

Para sintetizar, el objeto de la Ley N° 19.880 se encuentra en brindar una regulación básica –de principios marco o generales- al procedimiento administrativo en tres niveles: a) dando satisfacción a las necesidades públicas de forma ágil y flexible; b) garantizando el *pleno sometimiento de la actividad administrativa al Derecho* y; c) permitiendo la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas.

Como son muchas las disposiciones que podríamos destacar y resulta imposible referirse a todas ellas, y ésta tampoco es la oportunidad de hacerlo, sólo mencionaremos las que a nuestro juicio, parecen más relevantes al objetivo del presente Informe, vinculadas con el concepto de procedimiento administrativo, su ámbito de aplicación, principios, deber de fundamentación, plazos para la actuación administrativa, el reconocimiento especial de algunos derechos de las personas, así como la transparencia y publicidad.

## **A. Concepto**

En el inciso primero del artículo 18 de la Ley N° 19.880, se define el procedimiento administrativo indicando que:

“Es una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal”.

---

<sup>41</sup> Diario de Sesiones del Senado; Legislatura 343°, Extraordinaria; Sesión 2°, p. 219.



De la manera que el precepto nos enseña, la dictación de un acto administrativo no es sino la conclusión de una serie de ritualidades que se desarrollan dentro de las etapas de iniciación<sup>42</sup>, instrucción<sup>43</sup> y finalización<sup>44</sup> de un procedimiento administrativo regulado por el legislador (artículo 18 inciso 2°).

La fase de iniciación se refiere a la impulsión del procedimiento que puede originarse de oficio por la Administración, o bien, a petición del interesado. La etapa de instrucción comprende los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los antecedentes en virtud de los cuales deba pronunciarse el acto terminal o final. A su vez, la fase de finalización está destinada a obtener un acto terminal, que resuelva o decida la cuestión que dio origen al respectivo procedimiento, conforme al principio conclusivo.

## **B.    Ámbito de Aplicación**

En cuanto a su ámbito de aplicación material, el inciso primero del artículo 1°, la Ley N° 19.880 indica que:

“En caso que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter supletorio”.

Como ha señalado la doctrina especializada y la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, la supletoriedad de esta ley se manifiesta en distintas intensidades<sup>45</sup>: a) en caso que un determinado acto no tenga un procedimiento establecido de carácter propio, se aplica en plenitud la Ley N° 19.880; b) en caso que el acto tenga establecido un procedimiento propio para guiar su dictación, debe estarse a tal procedimiento<sup>46</sup>; c) en caso que una ley haya previsto sólo ciertos trámites especiales respecto de un determinado procedimiento, debiera considerarse que, en lo no contemplado por dicha ley, se aplicarán las disposiciones de la Ley N° 19.880<sup>47</sup>.

---

<sup>42</sup> Etapa regulada entre los artículos 28 al 33 de la LBPA.

<sup>43</sup> Etapa regulada entre los artículos 34 al 39 de la LBPA.

<sup>44</sup> Etapa regulada entre los artículos 40 al 44 de la LBPA.

<sup>45</sup> BERMÚDEZ, ob cit. (2011), p. 146.

<sup>46</sup> La Ley N° 19.880 no tiene por finalidad derogar los procedimientos especiales; Corte de Apelaciones de Coyhaique, 15 de mayo de 2008, Rol N° 246-2009, C° 5°; Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de junio de 2009, Rol N° 246-2009, C° 7°.

<sup>47</sup> Corte de Apelaciones de Concepción, 24 de junio de 2009, Rol N° 246-2009, C°9°; Corte de Apelaciones de Iquique, 27 de marzo de 2007, Rol N° 114-2005, C° 5°.

En otros términos, cuando la ley que regule el procedimiento administrativo particular presente vacíos, éstos son integrados por la Ley de Bases referida<sup>48</sup>. De esta forma, se tiene un sistema procedimental completo, coherente y, en lo posible, sin contradicciones<sup>49</sup>. Un ejemplo de ello, si no hay regulación especial, es, precisamente, la determinación de la naturaleza y forma de cómputo de los plazos<sup>50</sup>.

Ya en el mensaje del Presidente de la República, con que se dio inicio a dicha ley, se expresaba que ella apuntaba, especialmente, a los procedimientos sin regulación, sujetos por entero a la discrecionalidad de la Administración y sin conocimiento o participación de los ciudadanos. No buscaba, en cambio, alterar los procedimientos administrativos que cuentan con regulación legal propia. Puede sostenerse, además, que esta ley facilita la tarea de establecer nuevos procedimientos administrativos, ya que el legislador podrá hacer referencias a las reglas ya contempladas en su texto<sup>51</sup>.

Por ello, concordamos con la idea que más que una ley de bases, en estricto rigor esta normativa constituye una *ley general* que establece los aspectos fundamentales de la regulación procesal administrativa y profundiza en todos sus elementos<sup>52</sup>.

En cuanto a los órganos que quedan sujetos a sus regulaciones, si nos guiásemos sólo por el nombre de la Ley N° 19.880, tendríamos que concluir que ésta tiene por destinatarios a todos los órganos que integran la Administración del Estado, es decir, a todos los que tienen esa naturaleza conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 18.575, entre los cuales no hay ninguna duda que se encuentra el Ministerio de Obras Públicas.

---

<sup>48</sup> Corte Suprema, 11 de mayo de 2011, Rol N° 256-2009, CC°. 13° y 14°; Corte de Apelaciones de Concepción, 11 de mayo de 2007, Rol N° 3637-2005.

<sup>49</sup> MORAGA, ob. cit. (2013), p. 8. El mismo autor, citando al profesor Luis Cordero Vega en su obra *El Procedimiento Administrativo*, Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 32, señala que "la articulación de un único iter procedimental, con pretensiones de vocación universal, adelantaría un fracaso anticipado del procedimiento administrativo".

<sup>50</sup> Corte Suprema, 11 de mayo de 2011, Rol N° 256-2009.

<sup>51</sup> Ello ha ocurrido, a vía ejemplar, en el caso del artículo 62 de la Ley N° 20.417, Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, en el cual se dispone que: "En todo lo no previsto en la presente ley, se aplicará supletoriamente la Ley N° 19.880".

<sup>52</sup> El Tribunal Constitucional ha sostenido que esta ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los Actos de la Administración del Estado, de modo principal o supletorio: STC Rol N° 771-07, de 19 de junio de 2007, C°. 16.

Sin embargo, es la propia ley la que en su artículo 2º, acota a qué órganos de la Administración –centralizados, descentralizados y autónomos constitucionales- se dirigen sus disposiciones:

“Ámbito de aplicación. Las disposiciones de la presente ley serán aplicables a los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. También se aplicarán a la Contraloría General de la República, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, a los gobiernos regionales y a las municipalidades”.

Por lo expuesto, entidades como el Banco Central y las empresas públicas creadas por ley, que también forman parte de los cuadros orgánicos de la Administración del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Ley Nº 18.575, quedan fuera de la aplicación de esta ley de procedimiento.

### **C. Principios que conforman el Debido Procedimiento Administrativo**

Como hemos observado en otra oportunidad<sup>53</sup>, el profesor Juan Colombo Campbell nos enseñó que el *debido proceso* es:

“Aquél que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, como su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y en definitiva la plena eficacia del derecho”. El mismo autor, coincidiendo con el pensamiento de Iñaki Esparza, agrega que se está frente a “una válvula reguladora entre la libertad individual y las previsibles imposiciones de la autoridad, asumiendo la existencia de conflictos entre los ciudadanos y aquella, y encausando la resolución de los mismos por medio del proceso”<sup>54</sup>.

Si revisamos nuestra historia constitucional, como ha recordado el profesor Mario Verdugo:

“Aun cuando los principios del debido proceso fueron reconocidos en los ordenamientos constitucionales de 1833 y 1925, no cabe duda de que ellos

<sup>53</sup> PONCE DE LEÓN SALUCCI, Sandra (2013): “Aplicación de los Elementos del Debido Proceso al Procedimiento Administrativo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en obra colectiva *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886*, (Coordinadores: Gabriel Bocksang y José Luis Lara), Editorial Thomson Reuters; Santiago, Chile, pp. 209-211.

<sup>54</sup> COLOMBO, Juan (2006): “El Debido Proceso Constitucional”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 32*, 1ª. edición, Santiago, Chile, p. 14.

fueron notoriamente desarrollados en el Acta Constitucional N° 3 y en la Constitución de 1980<sup>55</sup>.

En efecto, el "*debido proceso*" se inserta dentro del derecho reconocido a toda persona en el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a "*la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos*" y se encuentra contemplado en el inciso 5° del mismo precepto fundamental bajo la declaración de que "*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*" y que "*corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*".

Ahora bien, es dable observar que ni los elementos o presupuestos propios ni aun los estándares mínimos de esta garantía –la del debido proceso– fueron referidos expresamente en el Texto Constitucional.

No obstante, podemos acudir a sus antecedentes, así como a la abundante jurisprudencia que se ha pronunciado en la materia, tanto administrativa como judicial y constitucional, para constatar con facilidad cuál es el recto sentido y alcance de dicha preceptiva constitucional.

Así, se verifica, sin mayor dificultad, que la referencia a "*órgano que ejerza jurisdicción*" significa "*todo órgano que resuelva una controversia*", sea que aquél forme parte del Poder Judicial, incluso tratándose de los árbitros, o bien, un órgano de la Administración del Estado al que se le entreguen funciones de índole jurisdiccional o de control, mencionando como ejemplos de ello, a la Contraloría General de la República y al Servicio de Impuestos Internos.

Resulta claro, asimismo, que el Constituyente de 1980 encomendó al legislador la tarea de establecer procedimientos e investigaciones que cumplan estándares de racionalidad y justicia, siendo elementos del debido proceso: El oportuno conocimiento de la acción –debido emplazamiento–, el derecho a ser oído durante el proceso –bilateralidad de la

---

<sup>55</sup> VERDUGO, Mario (2011): "La potestad administrativa sancionadora en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre Justicia Constitucional, Libro Homenaje a la profesora Luz Bulnes Aldunate*, Editorial Jurídica de Chile y Asociación Chilena de Derecho Constitucional, Santiago, Chile, p. 359.

audiencia-, a aportar pruebas al proceso y a impugnar lo resuelto por un tribunal imparcial e idóneo y establecido con anterioridad<sup>56</sup>.

En cuanto a la referencia que la norma hace al valor de la "*justicia*"; debemos coincidir con aquellos que han afirmado que su incorporación al proceso enriquece su concepto tradicional y le agrega un elemento trascendente que optimiza su uso en la solución de conflictos. En otras palabras, permite avanzar en el diseño de un medio de solución de conflictos que responde a las exigencias constitucionales del siglo XXI<sup>57</sup>.

Siguiendo al profesor Colombo, nuevamente, si el proceso no es "*debido*", nos enfrentaremos a un procedimiento viciado que podrá invalidarse por la vía de la nulidad procesal. En cambio, si es "*injusto*" su corrección dependerá de si existen o no recursos para remediar el agravio que tal situación produjo. La conclusión que entrega el autor sobre el tema en cuestión es la siguiente:

"Todo proceso para ser tal tiene que ser debido y, en la medida de lo posible, dependiendo de factores subjetivos y especialmente de la actuación del juez, reiteramos que, además puede llegar a ser justo en el cumplimiento de su natural objetivo, cual es el de resolver el conflicto sublite. El debido proceso es un concepto unitario, pero como una moneda, tiene dos caras. La primera nos señala que es general y aplicable a todos los casos en que se emplee como forma de solución de conflictos y la otra, referida al caso concreto nos muestra como en uso de su competencia específica, lo resuelve"; "el acceso eficaz a la justicia, el derecho a la defensa, a una asesoría jurídica razonable, a una asistencia judicial gratuita, si fuere necesaria, tener un juez imparcial, preparado, responsable, creativo y en fin a un plazo prudente de duración, constituyen elementos que indudablemente tendrán influencia en el desarrollo de cada proceso jurisdiccional y que, como su natural efecto, lo subjetivizan caso a caso"<sup>58</sup>.

Concordamos también con el profesor José Luis Cea Egaña, quien refiriéndose a tres elementos del proceso nos ha enseñado, a su vez, que es un error confundir la legalidad positiva oficial, la racionalidad sustantiva en que ha de fundarse aquélla y el imperativo esencial de justicia que debe cumplir tal proceso. En consecuencia, esas tres condicio-

---

<sup>56</sup> Sesión N° 103, en la que el profesor BERNALES, José, expuso sobre estos tópicos, p.14.

<sup>57</sup> COLOMBO, ob cit., pp.16-17.

<sup>58</sup> COLOMBO, ob. cit., pp.18-19.

nes tienen que unirse copulativamente para que exista un debido proceso de cualquier índole<sup>59</sup>.

Incluyendo a los referidos autores, la mayor parte de la doctrina especializada de nuestro país ha coincidido en que existen principios o elementos propios de todo proceso para ser considerado como "*debido*"; a saber: a) la notificación y audiencia al afectado, pudiendo procederse en su rebeldía si no comparece una vez notificado; b) la presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen; c) la sentencia dictada en un plazo razonable; y d) la posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva<sup>60</sup>.

El Tribunal Constitucional, a su vez, ha expresado en más de una ocasión que la *garantía del proceso debido* exige que toda resolución de un órgano que ejerce jurisdicción esté precedida de un proceso legalmente tramitado, y que el legislador garantice que éste sea racional y justo, significando esto último, entre otros elementos: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, la adecuada defensa y asesoría de abogados, la libre producción de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores<sup>61</sup>.

Ahora bien, coincidimos con alguna doctrina nacional<sup>62</sup> que ha sostenido que habrá que precisar cuándo será posible invocar los principios y garantías del numeral tercero del artículo 19 constitucional dentro de la actividad jurídica de la Administración que se orienta hacia la aplicación de una sanción frente al incumplimiento observado respecto de alguna norma jurídica concreta; nos referimos a las dos dimensiones en que se presenta la potestad sancionadora de la Administración –la disciplinaria (dirigida a los funcionarios) y la correctiva (que afecta a particulares)-. En otros términos, habrá que precisar cuáles son

---

<sup>59</sup> CEA, José Luis, citado en COLOMBO, ob.cit., p. 15.

<sup>60</sup> EVANS, Enrique (2004) p. 144, citado por BUCHHEISTER, Axel y CANDIA, Gonzalo (2007): "Sociedad libre y debido proceso: una relación necesaria. Comentario de fallos de inadmisibilidad en el caso 'Tocornal'", en *Sentencias Destacadas 2007*, Anuario de Doctrina y jurisprudencia, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago, Chile, p.211.

<sup>61</sup> STC Rol N° 1.448, de 7 de septiembre de 2010, Considerando 40° (Inaplicabilidad por inconstitucionalidad).

<sup>62</sup> MORAGA, ob. cit. (2013), p. 10.

los "matices" con los que se aplican las reglas generales del debido proceso constitucional al procedimiento administrativo sancionador<sup>63</sup>.

En lo que atañe a los demás ámbitos de actuación jurídica de la Administración, los principios y elementos del debido proceso deberán buscarse en la aludida norma constitucional, pero más directa o derechamente en la Ley N° 19.880. En ese mismo sentido se ha pronunciado recientemente la Corte Suprema, cuando ha señalado que los artículos 4° al 16° de la aludida ley de bases contienen verdaderos *postulados*<sup>64</sup> que se entregan con la finalidad de integrar, construir y/o guiar las actuaciones que se desarrollarán en y para la sustanciación del procedimiento administrativo. Estos principios constituyen los pilares conformadores del "debido procedimiento administrativo" o del "debido proceso en la Administración" y que, además, permiten asegurarlo<sup>65</sup>.

Los Principios aplicables al Procedimiento Administrativo, conforme a la Ley N° 19.880, son los siguientes: Escrituración; Gratuidad; Celeridad; Conclusivo; Economía Procedimental; Contradictoriedad; Imparcialidad; Abstención; No Formalización; Inexcusabilidad; Impugnabilidad; y la Transparencia y Publicidad.

Adelantaremos, desde ya, que en el presente Informe haremos referencia a algunos de esos principios procedimentales, atendida su pertinencia para analizar los efectos que ha provocado la actuación desarrollada por el Ministerio de Obras Públicas durante el curso del procedimiento de licitación pública convocado para la contratación de la especie y, fundamentalmente, para justificar si tal actuación alteró o no la normal ejecución del contrato de concesión de obra pública adjudicado a la Sociedad Concesionaria SANJOSÉ Rutas del Loa S.A.

#### **D. Deber de Fundamentación de los Actos Administrativos**

Los actos que emitan los órganos de la Administración del Estado deben ser fundados. Esa es la regla para el Estado de Derecho.

---

<sup>63</sup> Ha sido el Tribunal Constitucional el que en sus sentencias ha manifestado que *"aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado el llamado ius puniendi y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral 3° del artículo 19"*, en STC Rol N° 480, de 27 de junio de 2006, C° 8.

<sup>64</sup> Corte Suprema, 16 de abril de 2008, Rol N° 557-2006, C° 7°.

<sup>65</sup> Corte Suprema, 7 de enero de 2009, Rol N° 6144-2007, C° 11°; Corte Suprema, 27 de enero de 2009, Rol N° 6792-2007.

La doctrina nacional ha entendido que “el fundamento del acto es la mención de las circunstancias, de los hechos o de las consideraciones que justifican el contenido del acto”<sup>66</sup>, o la “exposición formal y explícita de la justificación de la decisión”<sup>67</sup>.

Tal deber encuentra su fundamento en el artículo 8° de la carta Fundamental, al disponer que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”. Este requisito se halla recogido, además, por la legislación.

En efecto, conforme dispone el artículo 11 de la Ley N° 19.880, “los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afecten derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

Por su parte, el artículo 41 de la misma ley dispone que “las resoluciones contendrán la decisión que será fundada”.

En este aspecto, vale la pena insistir en la diferencia que existe entre el motivo del acto administrativo –elemento objetivo o de legitimidad- y la motivación del mismo acto. El motivo, como ya dijimos, es el presupuesto de hecho o de derecho que precede al acto conforme a lo dispuesto por el ordenamiento constitucional o legal; la motivación, a su vez, constituye la expresión de esos motivos, los que en la práctica son consignados en los vistos y considerandos de los decretos, resoluciones, acuerdos o decisiones administrativas pertinentes<sup>68</sup>.

La exigencia de fundamentación de los actos jurídicos que emite la Administración tiene importantes efectos: a) constituye una efectiva garantía del principio de juridicidad que deben respetar los órganos y servicios públicos que la integran; b) al mismo tiempo, constituye una garantía del control del principio de interdicción de la arbitrariedad. Entre otros aspectos, conviene destacar que la falta de fundamentación del acto administrativo podría justificar una denuncia de arbitrariedad, falta de decisión razonable y/o proporcio-

<sup>66</sup> MADARIAGA GUTIÉRREZ, Mónica (1993): *Seguridad Jurídica y Administración Pública en el siglo XXI*. 2ª. ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile., p. 49.

<sup>67</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile., p.652.

<sup>68</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván (1986): “La motivación de los actos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° X., p. 500.



nal; c) permite a los afectados poder impugnar el acto administrativo con mejores herramientas de defensa<sup>69</sup>, esto último debe tenerse en especial consideración al momento de evaluar los efectos de la actuación del Ministerio de Obras Públicas en el caso concreto en análisis.

La Corte Suprema ha señalado, sobre este aspecto, que:

“para cumplir el requisito de motivación de los actos administrativos no basta con mencionar la concurrencia de circunstancias que obstarían a la concesión del beneficio en cuestión (el reclamado en autos) sino que es menester, además, que los fundamentos de hecho y de derecho invocados sean suficientes, esto es, respaldados en antecedentes fácticos que consten en la parte considerativa del acto y que, adicionalmente, guarden coherencia con tales antecedentes, a objeto de que aparezcan razonables y proporcionados al fin perseguido”<sup>70</sup>.

Por su parte, la Contraloría General de la República ha dictaminado que:

“el ejercicio de las facultades administrativas que compete a los Jefes Superiores de los órganos públicos se materializa a través de la dictación de actos administrativos o resoluciones que se encuentran sujetos a un procedimiento preestablecido que permite que el acto se baste a sí mismo y cuyo cumplimiento es esencial para la validez de dicho instrumento, tales como indicación en su texto de las normas legales y reglamentarias que le sirvan de fundamento, las consideraciones de hecho que hacen aplicable la medida adoptada”<sup>71</sup>.

En otro dictamen más reciente, el mismo Organismo indicó que:

“la falta de motivación de los instrumentos en estudio importa una contravención a los principios de racionalidad, transparencia, publicidad y debida fundamentación de los actos de la Administración, contemplados en los artículos 3° y 13 de la citada ley N° 18.575 y 16 de la ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, tal como lo ha manifestado la jurisprudencia de esta Contraloría General, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 24.153 y 37.146, ambos de 2012, que en suma, indican que es indispensable que en los actos administrativos se expresen debidamente los motivos considerados para adoptar la decisión de que se trata. En el mismo sentido cabe puntualizar que el inciso cuarto del artículo 41 de la ley N° 19.880, precitada, prescribe que los actos administrativos deben ser fundados debiendo por tanto la autoridad que los dicta expresar los razonamientos y antecedentes de acuerdo con los cuales ha adoptado su decisión,

<sup>69</sup> Contraloría General de la República, dictamen N° 37.496, de 11 de agosto de 2005.

<sup>70</sup> Corte Suprema, 16 de marzo de 2010, Rol N° 151-10.

<sup>71</sup> Contraloría General de la República, dictamen N° 33.006, de 1984.

pues lo contrario implicaría confundir la discrecionalidad que le concede el ordenamiento jurídico con arbitrariedad (aplica criterio contenido en dictamen N° 3.539, de 2013 de esta Contraloría General)<sup>72</sup>.

### E. Plazos para la Administración

Como garantía de eficiencia y eficacia de la función administrativa con miras a beneficiar a los ciudadanos en general, la Ley N° 19.880 obliga, en su artículo 27, a la Administración a dar término al procedimiento administrativo en un **plazo máximo**, salvo caso fortuito o fuerza mayor, de **seis meses** contado desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final.

Por otro lado, entrega el **tipo de plazo** y una fórmula para el **cómputo de los plazos dentro del procedimiento administrativo**, estableciendo que los plazos son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, los domingos y los festivos, y que se computan desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate o se produzca su estimación o su desestimación en virtud del silencio administrativo.

Respecto del alcance de este precepto legal, nuestra Corte Suprema ha declarado que, no obstante que los plazos establecidos para la Administración en la ley especial o en la Ley N° 19.880 no son fatales, y que en principio su incumplimiento sólo genera las responsabilidades administrativas correspondientes (responsabilidad disciplinaria del funcionario que actuó con falta de diligencia o eficiencia):

*“La vulneración abierta de los principios señalados (...) ha de tener un efecto jurídico en el proceso administrativo”<sup>73</sup>.*

En tal sentido, interpretando y aplicando en un caso concreto el *Principio de Inexcusabilidad* del Procedimiento Administrativo, la Corte de Apelaciones de Santiago ha indicado que *demorar injustificadamente* la decisión administrativa contraría normas directamente vinculantes de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos<sup>74</sup>, porque si dicha legislación obliga a los interesados a realizar gestiones útiles para la prosecución del procedimiento, es de esperar que la Administración también cumpla su obligación en orden a cerrar dicho procedimiento, a través de la dictación del correspondiente acto admi-

<sup>72</sup> Contraloría General de la República, Informe de Auditoría, de 10 de julio de 2013.

<sup>73</sup> Corte Suprema, 17 de enero de 2011, Rol N° 6538-2010; C° 4.

<sup>74</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de marzo de 2011, Rol N° 4346-2010, C° 3.

nistrativo en el plazo señalado en la ley, y, en cualquier caso, dentro de un tiempo razonable. De lo contrario, puede impugnarse la actuación deficiente de la Administración, máxime si ella ha provocado un daño irreparable al interesado en la gestión de que se trate.

#### **F. Derechos de las Personas Interesadas en el Procedimiento Administrativo y Principio de Transparencia**

En la parte de disposiciones generales –artículo 17 del Capítulo 1-, la Ley 19.880 reconoce explícitamente varios “*derechos de las personas*”. A saber: a) Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copia autorizada de los documentos que rolan en el expediente y la devolución de los originales, salvo que por mandato legal o reglamentario éstos deban ser acompañados a los autos, a su costa; b) Identificar a las autoridades y al personal al servicio de la Administración, bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos; c) Eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento, o que ya se encuentren en poder de la Administración; d) Acceder a los actos administrativos y sus documentos, en los términos previstos en la ley; e) Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales; f) Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución; g) Exigir las responsabilidades de la Administración Pública y del personal a su servicio, cuando así corresponda legalmente; h) Obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, e i) Cualesquiera otros que les reconozcan la Constitución y las leyes”.

En consonancia con lo dispuesto en la letra i) de la norma transcrita, cabe destacar que en la misma ley se garantizan otros diversos derechos a los individuos que participen del procedimiento administrativo. Así ocurre, por ejemplo, con la disposición que ordena

que *"la Administración Pública no iniciará ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico"* y que *"el órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa"* (artículo 50).

Íntimamente vinculado con tales derechos está el *principio de transparencia* previsto en el artículo 16 de la Ley 19.880, ya que éste promueve el conocimiento del contenido y de los fundamentos de las decisiones que se adopten por parte de la Administración competente, teniendo como únicos límites los que establece el artículo 8° constitucional.

Para el caso en análisis en el presente Informe bien puede resultar relevante tener en consideración tales derechos, de momento que a la Concesionaria que hoy demanda ante la Comisión Arbitral se le limitó el ejercicio de algunos de esos derechos por parte del Ministerio de Obras Públicas, concretamente, el derecho general a informarse sobre la tramitación del procedimiento y a realizar alegaciones oportunas en caso de advertir algún tipo de irregularidad o situación que le cause lesión en el ejercicio legítimo de sus derechos, en ese momento, como licitante y luego como adjudicatario notificado.

Ello se puede sostener, atendido que la principal alegación que se ha hecho valer en el escrito de demanda se refiere al hecho que en la especie, el Ministerio de Obras Públicas no respetó el plazo exigible o razonable para emitir el Decreto de Adjudicación y así dar inicio al contrato administrativo de la especie, y tampoco entregó suficientes fundamentos que justificasen la demora incurrida en la tramitación del respectivo procedimiento de licitación.

Tal pretensión revela la obligación que ahora pesa sobre la H. Comisión Arbitral del Contrato, de constatar, en razón del análisis de las circunstancias y del derecho aplicable, de qué manera la limitación de tales derechos ha provocado un daño al Concesionario, que deba ser reparado por su contraparte pública.

## **G. El Decreto de Adjudicación de la Concesión de Obra Pública es resultado de un Procedimiento Administrativo Especial: La Licitación Pública**

Entendemos la licitación pública como un modo de selección de contratistas de entes públicos en ejercicio de la función administrativa,<sup>75</sup> por medio del cual se invita públicamente a una cantidad indeterminada de posible de interesados para que, con arreglo a las respectivas Bases o Pliego de Condiciones, formulen propuestas entre las cuales se seleccionará la más conveniente al interés público<sup>76</sup>.

La licitación, a su vez, se inscribe en la órbita del procedimiento administrativo especial y, entre las diversas fases que recorre, podemos encontrar algunas que no han de faltar, como son:

- a) La elaboración del Pliego de Bases y Condiciones por parte de la Administración competente. Se trata de un procedimiento interno por el cual la Administración decide contratar, determinando el objeto del contrato teniendo en consideración aspectos legales, técnicos y económicos.
- b) La invitación o llamado a la licitación. Una vez que quedan fijadas las pautas y condiciones contractuales específicas, ellas deben darse a conocer junto con la decisión adoptada por la Administración competente de generar un vínculo contractual, lo cual se logra mediante la publicación de la convocatoria.
- c) La presentación de propuestas (ofertas).
- d) La apertura de los sobres que contienen las propuestas (ofertas).
- e) La adjudicación.

---

<sup>75</sup> Existen otros mecanismos de selección del contratista estatal, que se han reconocido por los ordenamientos jurídicos, como son la licitación privada y el trato directo.

<sup>76</sup> En este concepto están de acuerdo autores especialistas en estos temas como: CASSAGNE, Juan (2005): *El Contrato Administrativo*, 2ª edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, Argentina, p. 86; DROMI, José (1995): *Licitación Pública*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina, p. 76; SAYAGUÉS LASO, Enrique ((2005): *La Licitación Pública*, actualizaciones a cargo de Hugo D. Martins y Rubén Flores, B de F, Montevideo-Buenos Aires., p. 1. Nuestra Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en su artículo 7º nos entrega una definición de licitación pública: "el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la administración invita a determinadas personas, para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente". BERMUDEZ, ob. cit. (2011), p. 196.

- f) Eventualmente se hará necesario el perfeccionamiento o formalización del contrato administrativo, conforme a lo que establezca la legislación especial<sup>77</sup>.

Por otra parte, es dable afirmar, en aplicación de lo expresado antes en el Informe, al de licitación, por tratarse de un procedimiento administrativo especial de selección de un contratista del Estado, le son aplicables las normas y principios del procedimiento administrativo general -Ley N° 19.880-, en todo aquello que no se oponga a la normativa especial y en lo no regulado por ésta.

Entrando al análisis de nuestra legislación especial de procedimiento aplicable a la concesión de obra pública, observamos que el acto administrativo de adjudicación estará precedido por dos actuaciones concretas que forman parte del procedimiento legal respectivo.

En efecto, el artículo 3° de la Ley de Concesiones de Obra Pública dispone que:

“La adjudicación del contrato y el otorgamiento de la o las concesiones correspondientes, serán precedidas de las siguientes actuaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley N° 15.840.

- a) Aprobación, por el Ministerio de Obras Públicas, de las bases de licitación, y
- b) Selección del adjudicatario de la licitación por los mecanismos previstos en este decreto con fuerza de ley y sus normas complementarias”.

Ahora bien, el procedimiento de licitación pública previsto en la ley del ramo, para la selección del respectivo Concesionario con quien se vinculará el Estado a través de la figura administrativa del contrato de concesión de obra pública, contempla todas las fases, etapas o trámites a las que hemos aludido, concretamente, en el Capítulo III –artículos 4° a 14°- del DFL. MOP N° 900, de 1997.

Particularmente en el caso del contrato de concesión relacionado con el presente Informe, la fase de elaboración de las respectivas Bases de Licitación culminó con su aprobación a través de la Resolución N° 116, de 13 de junio de 2012, del Director General de Obras Públicas. Dichas Bases fueron modificadas, complementadas, rectificadas y acla-

---

<sup>77</sup> Es el caso de la ley de concesiones de obras públicas chilena que en su artículo 9° establece obligaciones que pesan sobre el concesionario en relación con la formalización de su voluntad de asumir los efectos del contrato que se le ha adjudicado por el respectivo acto administrativo (sus derechos, obligaciones y prohibiciones).

radas durante el respectivo procedimiento, mediante Circulares Aclaratorias, que también fueron aprobadas por resoluciones de la mencionada autoridad ministerial.

Si se revisan dichos instrumentos contractuales –Bases- se constata que en ellas se regula el procedimiento de licitación entre los artículos 1.4 y 1.7.5, contemplando las siguientes fases:

- Llamado a Licitación (artículo 1.4.1)
- Consultas y Aclaraciones sobre las Bases de Licitación: Dentro de los 60 días previos a la fecha de presentación y apertura de las Ofertas Técnicas (artículo 1.4.5)
- Emisión de Circulares Aclaratorias de las Bases por parte del Ministerio de Obras Públicas (respuestas a las consultas e introducción de aclaraciones o modificaciones a las Bases): Hasta 15 días previos a la fecha prevista para la presentación y apertura de las Ofertas Técnicas (artículo 1.4.5)
- Elaboración de las Ofertas Técnicas y Económicas (artículo 1.5)
- Recepción, Apertura y Evaluación de las Ofertas Técnicas (artículos 1.6.1 y 1.6.2)
- Aclaraciones y/o rectificaciones a las Ofertas Técnicas solicitadas a los licitantes por el Ministerio de Obras Públicas (artículo 1.6.2)
- Apertura y Evaluación de las Ofertas Económicas de los licitantes cuyas Ofertas Técnicas sean declaradas como “técnicamente aceptables”: Comisión de evaluación tiene plazo de 30 días desde la apertura de las ofertas para entregar al Director General de Obras Públicas el Acta de Calificación, en la que se señalará el puntaje obtenido por cada oferta evaluada (artículos 1.6.3 y 1.6.4)
- Notificación al licitante que haya obtenido el mayor puntaje acerca de la intención del Ministerio de Obras Públicas de adjudicarle el contrato, acompañando copia del Acta de Adjudicación firmada por el Director General de Obras Públi-

- cas y con el visto bueno del Ministro de Hacienda<sup>78</sup>: dentro del período de validez de la Oferta (artículo 1.7.1)
- Renovación de la Garantía de Seriedad de la Oferta por el plazo que se determine y siempre hasta la entrega de la Garantía de Construcción: en el plazo que se le indique en la comunicación del Acta de Adjudicación (artículo 1.7.1)
  - Adjudicación: Se debe dictar un Decreto Supremo por el Ministerio de Obras Públicas y debe llevar, además, la firma del Ministro de Hacienda. Con la publicación de este Decreto en el Diario Oficial se entiende perfeccionado el contrato y conforme al artículo 1.7.5 de las Bases, en ese momento, además, se inicia el plazo de la concesión de la especie y de su fase de construcción.
  - Trámites posteriores que sirven para ratificar la voluntad del licitante adjudicatario en orden a ejecutar el contrato de concesión:
    - Constitución de la Sociedad Concesionaria: plazo de 60 días corridos desde publicación del Decreto de Adjudicación en Diario Oficial (artículo 1.7.3)
    - Suscripción y protocolización ante Notario del Decreto Supremo de Adjudicación, en señal de aceptación de su contenido: plazo de 60 días desde publicación del Decreto de Adjudicación en Diario Oficial (artículo 1.7.4)

Podemos observar, desde ya, que las normas que rigen el procedimiento administrativo de la especie –Ley y Bases de Licitación- no contemplan plazo preciso o concreto o máximo para su término, es decir, para la dictación del respectivo Decreto de Adjudicación.

Siendo ello así, esto es, no existiendo una regla especial del procedimiento en la Ley de Concesiones de Obras Públicas y en las respectivas Bases de Licitación –que forman parte del contrato-, solo cabe aplicar, con carácter supletorio, lo dispuesto en la Ley N° 19.880, en la materia.

---

<sup>78</sup> Esta comunicación no obsta a la publicación en el Diario Oficial del respectivo Decreto Supremo de Adjudicación, momento en el cual, conforme a la misma Ley de Concesiones, se perfecciona el contrato (art. 8°).



Lo anterior vuelve imperativo vincular la forma en que actuó el Ministerio de Obras Públicas en este caso concreto, para concluir si esa actuación u omisión generó efectos nocivos y dañosos para el Adjudicatario/Concesionario, con el grado de cumplimiento que se dio a los *principios del procedimiento administrativo* que resultan aplicables para tal análisis: *conclusivo, de celeridad e inexcusabilidad* (artículos 7º, 8º y 14 de Ley N° 19.880).

#### **a. Principio de Celeridad**

En nexa con el principio general de eficiencia al que aludiremos más adelante con mayor detalle, en materia de procedimiento administrativo el artículo 7º de la Ley N° 19.880, dispone que las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deben actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión.

En efecto, el *principio de celeridad* impone a todo órgano, autoridad y funcionario involucrado en una determinada actuación administrativa, proceder por propia iniciativa en el inicio y prosecución del procedimiento, haciendo expeditos los trámites que deba cumplir el expediente<sup>79</sup>, para así quedar en estado de dictarse una decisión. De esta forma la celeridad obliga a la Administración a “obrar de propia iniciativa, haciendo expeditos los trámites y para ello se considera como inherente la obligación de accionar”, “dar dinámica o agilidad a sus actos” y a los agentes públicos los grava con el deber de “cumplir sus obligaciones administrativas de forma oportuna”.<sup>80</sup>

Por ello, la doctrina ha sido clara al explicar que:

“La Contraloría ha dado un amplio reconocimiento a este principio, vinculándolo a diversos procedimientos. De esta manera, distingue por un lado que la Administración debe actuar de oficio estableciendo que el no acatamiento de este principio puede generar eventuales responsabilidades administrativas. Por otro lado, este principio también implica un deber de la Administra-

<sup>79</sup> Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8 de enero de 2008, Rol N° 457-2007, C° 9.

<sup>80</sup> Corte de Apelaciones de Antofagasta, 26 de noviembre de 2010, Rol N° 218-2010, C° 7.

ción de actuar de manera oportuna y ajustada a los tiempos que sean razonables para una determinada gestión<sup>81</sup>.

Particularmente relevante es consignar aquí la numerosa jurisprudencia administrativa que dice relación con el atraso en el otorgamiento, celebración o emisión de contratos, tal y como consta en la obra recién citada<sup>82</sup> y en la misma reclamación que se ha tenido a la vista para elaborar este Informe.

Uno de los dictámenes de la Contraloría General de la República en el que se puede hallar un precedente interesante para el caso en análisis es el contenido en el Oficio N° 26.305, de 2008, en el cual se expresó que:

"atendido que el contrato que se viene sancionando se suscribió el 6 de diciembre de 2006 y sólo el 27 de febrero de 2008 se dictó el acto administrativo que lo aprueba, esta Entidad de Control no puede dejar de advertir que dicha demora configura una infracción tanto al artículo 8° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se fijó por el decreto con fuerza del ley N° 1(19.653), de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia -que impone a los órganos de la Administración la obligación de actuar por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, procurando la simplificación y rapidez de los trámites-, como a los artículos 7° y 14 de la ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los órganos de la Administración del Estado, relativos a los principios de celeridad e inexcusabilidad, conforme a los cuales la Administración del Estado está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos, procurando una pronta decisión".

Nuestra jurisprudencia judicial, a su vez, ha señalado que la demora en cerrar un procedimiento administrativo afecta el "debido procedimiento administrativo", transformando frecuentemente en inoportuna la decisión administrativa final. Aunque en la mayoría de los casos, los tribunales de justicia se han referido a los efectos de la tardanza administrativa en relación con la aplicación de una sanción, los fundamentos dados bien podrían ser aplicados para entender cómo opera este principio cuando se trata de la responsabilidad contractual que debe asumir la Administración frente a su contraparte privada, cuando aquélla no actúa con la oportunidad que razonablemente espera el ordenamiento jurídico.

---

<sup>81</sup> JOSÉ LUIS LARA A. Y CAROLINA HELFMANN M.: *Ley de Procedimiento Administrativo. Jurisprudencia, Comentarios, Concordancias e Historia de la Ley* (Santiago, Abeledo Perrot, 2011) pp. 76-77.

<sup>82</sup> *Id.*, pp. 77-85.

En diversos fallos analizados, se ha señalado que cuando la Administración recibe una petición, un requerimiento o una solicitud únicamente le cabe actuar y, más aun, hacerlo con premura y diligencia. Cualquier tardanza refleja ineficiencia administrativa y ello desvirtúa el objeto del procedimiento administrativo mismo y puede tornar inútil o inadecuada la decisión administrativa que finalmente se emita. Una situación como ésta, deja en evidencia un inadecuado uso de los recursos públicos y generar, por omisión, una lesión a una persona, circunstancia ésta que se podría haber evitado, precisamente, con un actuar oportuno<sup>83</sup>.

Más aún y para considerar en su completa dimensión el valor de este principio, que podría estimarse como una cuestión meramente formal o accesorio, tiene que comprenderse que no es difícil vincularlo con nociones fundamentales de la actuación administrativa:

“Aunque a primera vista pueda parecer una disposición de menor relevancia, en el cumplimiento de la misma se juega la vigencia del principio de probidad. En efecto, una de las formas en que se manifiesta el tráfico de influencias y los conflictos de intereses es precisamente el adelantamiento o bien, la dilación injustificada de la decisión de un procedimiento administrativo. Se trata de una práctica difícil de controlar, en que la norma en comento pone de cargo del jefe de la unidad administrativa a cargo de la tramitación la responsabilidad en la sustanciación ordenada según su ingreso de los expedientes administrativos”<sup>84</sup>.

En lo demás, nos remitimos a lo ya señalado en este Informe al respecto.

### **b. Principio Conclusivo**

Conforme al *principio conclusivo*, “todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad”.

En suma, apunta a la terminación del procedimiento y corresponde a un elemento del *debido proceso* en la materia.

Uno de los actos administrativos que puede dictar el Ministerio de Obras Públicas, en el ejercicio de sus atribuciones legales es el Decreto de Adjudicación de un contrato de concesión de obra pública, como ya lo hemos destacado. Esto se encuentra ratificado por

<sup>83</sup> Corte Suprema, 16 de abril de 2008, Rol N° 557-2006, CC° 7 y 9; Corte Suprema, 21 de abril de 1999, Rol N° 808-1999; Corte Suprema, 17 de enero de 2011, Rol N° 6538-2010, C° 7. Corte Suprema, 4 de noviembre de 2010, Rol N° 5180-2010, C° 8.

<sup>84</sup> JORGE BERMÚDEZ SOTO: *Derecho Administrativo General* (Santiago, LegalPublishing y Thomsom Reuters, 2014) p. 183.

la jurisprudencia de no de los tribunales que ejercer jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país. Nos referimos al Tribunal de Contratación Pública, el que ha señalado en la materia, que los actos administrativos:

“Son decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado, cuyo objeto es, por regla general, la exteriorización de una declaración de voluntad, realizada en el ejercicio de una potestad pública”. Un ejemplo de ello es la “decisión administrativa que formalmente convoca a una propuesta pública y que, al mismo tiempo, aprueba las bases administrativas y técnicas del concurso, emanada de un órgano de la Administración del Estado en el ejercicio de su potestad pública”<sup>85</sup>.

En cuanto a las formas de dar término a los procedimientos administrativos, deberá estarse a lo dispuesto en cada ley especial y a falta de estipulación en ellas se aplicarán las establecidas en el artículo 40 de la Ley N° 19.880<sup>86</sup>. En el caso del procedimiento de licitación pública convocada para la contratación de concesiones de obras públicas, como ya lo hemos observado, la ley del ramo establece el Decreto de Adjudicación como el acto terminal o resolutivo.

La Contraloría General de la República ha estimado que constituye una infracción a este principio, entre otros casos, dentro del marco regulado por la Ley N° 19.886, sobre contratación administrativa, el hecho las bases de contratación contemplen la posibilidad de suspender o de poner término en cualquier momento a una licitación, ya que las formas de poner término son sólo la declaración de desierto del concurso o por la adjudicación, según lo dispuesto en el artículo 9° de dicha ley<sup>87</sup>.

El efecto u objeto del procedimiento de licitación es la celebración de un contrato administrativo en los términos que establece la legislación especial aplicable, por lo que, tal como ha sostenido la jurisprudencia administrativa, el hecho de no emitir un acto administrativo formalizando tal relación jurídica contractual infringe, entre otros, el principio conclusivo del artículo 8° de la Ley 19.880<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Tribunal de Contratación Pública, 8 de mayo de 2008, Rol N° 62-2007, C° 23.

<sup>86</sup> Artículo 40 de la Ley N° 19.880 establece las siguientes formas de dar término al procedimiento administrativo: a) resolución final; b) desistimiento; c) renuncia; d) declaración de abandono; e) imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes.

<sup>87</sup> Contraloría General de la República, dictamen N° 30.557, de 2006.

<sup>88</sup> Contraloría General de la República, dictamen N° 16.993, de 2007.

### c. Principio de Inexcusabilidad

En cuanto concierne al *principio de inexcusabilidad*, la Administración se encuentra en la obligación de dictar la resolución expresa en todo procedimiento que desarrolle y debe, además, notificarla. Estas obligaciones son aplicables tanto si el procedimiento se inició de oficio o a petición de interesado, porque si la facultad de instruir y resolver los procedimientos administrativos corresponde a los órganos de la Administración en razón de su competencia, éste es irrenunciable e impone un deber funcional de decidir<sup>89</sup>.

La Contraloría General de la República ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la diferencia que existe entre el principio conclusivo y el de inexcusabilidad sosteniendo que mientras el primero impone al órgano instructor la obligación de dar término al procedimiento, la inexcusabilidad material exige a la Administración la decisión de las cuestiones planteadas en el proceso, es decir, se impone dictar la resolución del asunto del fondo<sup>90</sup>.

### d. Reglas Legales de Cumplimiento de los Plazos Previstos para el Procedimiento Administrativo

Finalmente, debe tenerse también en consideración la regla básica de procedimiento que entrega el artículo 23 de la misma ley aludida:

“Obligación de cumplimiento de los plazos. Los términos y plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de la Administración en la tramitación de los asuntos, así como los interesados en los mismos”.

Afirmamos, además, que muchas veces la Administración no se encuentra constreñida a actuar dentro de un plazo determinado por lo que emitir una decisión en cualquier tiempo, en principio, no configura una ilegalidad, pero si se tornará ilegítima la actuación y podrá generar responsabilidades para los intervinientes, si es que se logra acreditar que la demora o dilación no tiene justificación razonable, es decir, es arbitraria, y que no obedece al deber de actuación ágil y expedito, que constituye un principio básico de todo procedimiento administrativo.

Sobre este aspecto en particular, es pertinente hacer notar que la Ley N° 19.880

<sup>89</sup> GÓMEZ, Marcos (2002): *La Inactividad de la Administración*, 3ª ed., Editorial Aranzadi, España, pp. 492 y ss.

<sup>90</sup> Contraloría General de la República, dictamen N° 35.880, de 2012.

contempla una regla de *plazo máximo de duración del procedimiento administrativo*, a la que ya hemos aludido, que debe utilizarse como estándar para analizar, en el caso concreto, la razonabilidad de la demora o dilación en la conclusión o término de un determinado procedimiento administrativo, como el de licitación desarrollado en la especie para la contratación de una concesión de obra pública.

Nos referimos a la regla contenida en el artículo 27 de la Ley N° 19.880, según la cual,

**“Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”.**

Por otra parte, es ineludible observar que la demora de la Administración en cerrar o concluir un procedimiento afecta de un modo u otro el “debido procedimiento administrativo”, ya que cualquier tardanza, y más aun las que no obedecen a un motivo o justificación razonable, refleja una ineficiencia administrativa que desvirtúa el procedimiento administrativo mismo y puede incluso tornar inútil o inadecuada la decisión de la Administración que finalmente se emita<sup>91</sup>.

Nos parece evidente que la tardanza inexcusable de la autoridad administrativa competente para emitir una decisión que afecte los intereses de una persona afecta el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que exista un procedimiento racional y justo la resolución administrativa -aquella que manifiesta la voluntad de la Administración- debe ser oportuna.

Si no existe justificación razonable para la tardía actuación administrativa, se configura un supuesto de responsabilidad contractual que corre en contra del Estado-Administrador. Y, en otro aspecto, producto de la tardanza en la adopción de la decisión administrativa aparece evidente el inadecuado o mal uso de los recursos públicos (humanos, materiales y financieros), ya que si bien son utilizados para el ejercicio de una determinada competencia o potestad, la verdad es que cuando la decisión se emite la situación

---

<sup>91</sup> En el caso del procedimiento administrativo sancionador esa circunstancia de falta de oportunidad se torna patente, y la jurisprudencia de nuestros tribunales ha abordado los efectos de ella a través del llamado “decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio”. Ver, por ejemplo, Corte Suprema, 17 de enero de 2011, Rol N° 6538-2010, C° 7; Corte Suprema, 4 de noviembre de 2010, Rol N° 5180-2010, C° 8; Corte Suprema, 16 de septiembre de 2010, Rol N° 4923-2010, C° 6; Corte Suprema, 20 de octubre de 2010, Rol N° 5228-2010, C° 8; Corte Suprema, 28 de enero de 2010, Rol N° 7284-2019, C° 7.

de hecho ya ha podido mutar en otra distinta o, lo que sería peor, ya se ha provocado una lesión a una persona producto de la omisión o la actuación inoportuna de la Administración. Tal lesión bien pudo haberse evitado si se hubiera observado una actuación diligente y oportuna de parte del órgano administrativo obligado a intervenir en la determinada situación.

Como ha declarado nuestro Máximo Tribunal de Justicia, es tan poco razonable que la Administración no responda al particular, como hacerlo extemporáneamente, es decir, dejando transcurrir plazos o dilatando injustificadamente sobre la cuestión de fondo con la dictación del pertinente acto decisorio<sup>92</sup>. Entendemos que este criterio puede ser aplicado en general a cualquier dilación que se observe de parte de la Administración para adoptar una determinada decisión que afecte los derechos e intereses de los particulares. Esto es, puede aplicarse a la decisión administrativa que dé respuesta a una petición o solicitud, a la resolución de un recurso administrativo y, también, a la dictación del acto administrativo a través del cual la Administración competente da a conocer su decisión de adjudicar un contrato administrativo a uno de los licitantes o proponentes interesados en el proceso de licitación respectivo.

## 6. Principios de Eficiencia y Eficacia

Junto a las reglas y principios que hemos analizado, es interesante considerar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 38, inciso primero, de la Constitución, una ley orgánica constitucional determinará, entre otras materias, *la organización básica* de la Administración Pública, lo cual debe vincularse, necesariamente, con lo preceptuado en su artículo 63 N° 18, en virtud del cual son materias de ley las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de dicha Administración.

En el artículo 3°, inciso segundo, de la Ley N° 18.575<sup>93</sup> se establece que:

*“La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública (...)”.*

---

<sup>92</sup> Corte Suprema, 4 de noviembre de 2010, Rol N° 5180-2010, C° 2.

<sup>93</sup> Cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2011, publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2011.

La obligación impuesta en dicho precepto legal tiene que relacionarse, directamente, con lo dispuesto en el artículo 5º de la misma ley que obliga a las autoridades y funcionarios a velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública, por una parte; y con el artículo 11, inciso segundo, al tenor del cual el control jerárquico que corresponde a las autoridades y jefaturas de los organismos públicos se extiende, explícitamente, a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

Pero más relevante todavía es que el artículo 53 de la ley, al conceptualizar el *interés general*, como valor preponderante del principio de probidad administrativa, aclara que exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz.

Y, por ello, entre las conductas que, conforme al artículo 62, contravienen especialmente el principio de probidad, se encuentra en su N° 8º

*“Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración”.*

A propósito de los dos principios referidos:

*“En nuestro ordenamiento jurídico los principios de eficiencia y eficacia han logrado un reconocimiento positivo a través de los artículos 3º y 64.8 de la LOCBGAE N° 18.575, constituyendo, después de la reforma que le introdujo la ley N° 19653, sobre Probidad Administrativa, un imperativo que la Administración pública debe observar al ejercer sus funciones, constituyendo en determinadas circunstancias uno de los parámetros que exige la probidad administrativa”<sup>94</sup>.*

Acudiendo, en primer lugar, al sentido natural y obvio de las palabras, *eficiencia* quiere decir “capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado”; y *eficacia* significa “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”, vale decir, en virtud de los principios referidos se trata de conseguir la finalidad asociada al procedimiento y decisión que se llevan a cabo, v. gr., dictando el decreto de adjudicación en favor del licitante respecto del cual se declaró la intención de otorgarlo o formalizando, a la brevedad, la extinción del contrato.

<sup>94</sup> GABRIELA GARDAIS ONDARZA: “El Control de Legalidad y la Eficiencia y Eficacia como Principios Jurídicos Fiscalizables”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XXIII (Valparaíso, EDEVAL, 2002) p. 329.



Llevado al ámbito preciso de la Administración del Estado, se ha escrito y con razón a propósito, precisamente, del tiempo que puede tomarse para actuar, explicando el principio de eficacia, que:

“(...) dice relación con la finalidad primera de la Administración Pública que es la satisfacción de las necesidades públicas. Esta se debe realizar en el menor tiempo posible, con el máximo aprovechamiento de los recursos que los funcionarios públicos tienen a su disposición para ello (...)”<sup>95</sup>.

La actuación de los órganos de la Administración del Estado, entonces, tiene que obrar siempre orientada hacia el objetivo dispuesto por el legislador, en el marco de respeto que exige la Constitución y tiene que hacerse ineludiblemente conforme al principio de la buena fe:

“(...) que ha pasado a ser un principio general del derecho chileno, una máxima jurídica aplicable a la esfera pública y a la privada, al ejercicio de potestades y de derechos subjetivos, al campo sustancial y procesal (...)”<sup>96</sup>.

Ciertamente, los órganos estatales –incluyendo los que integran la Administración– deben actuar considerando los valores que la Carta Fundamental garantiza. Por eso, han de conducirse sirviendo a la persona humana, contribuyendo al bien común, espiritual y materialmente entendido, y respetando siempre el ejercicio legítimo de los derechos y garantías asegurados en su articulado y en los tratados internacionales respectivos<sup>97</sup>.

Esos deberes estatales recaen sobre todos los órganos públicos, sin excepción ni limitación alguna<sup>98</sup>, cualquiera sea la calidad jurídica en que sirvan sus oficios. Más todavía, el Código Político impone a esos órganos, aún en circunstancias extraordinarias, sean las propias de los estados de excepción constitucional<sup>99</sup> o aquellas que afecten a individuos o grupos circunscritos<sup>100</sup>, *asumir actitudes diligentes*, armónicas con la promoción del goce de los atributos esenciales, entre los cuales se encuentra la igualdad ante la ley y el debido proceso administrativo.

<sup>95</sup> JORGE BERMÚDEZ SOTO: *Derecho Administrativo General* (Santiago, AbeledoPerrot, 2010) p. 215

<sup>96</sup> ROLANDO PANTOJA BAUZÁ: *La Organización Administrativa en Chile* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1998) p. 219.

<sup>97</sup> Artículo 1º, inciso cuarto.

<sup>98</sup> Artículo 5º, inciso primero; artículo 6º, incisos primero y segundo; y artículo 7º, inciso primero.

<sup>99</sup> Artículos 39 y 45 y artículos 20 y 21.

<sup>100</sup> Artículo 5º, inciso segundo.

Y compréndase que la diligencia en el obrar administrativo ha sido afirmada por la Contraloría General de la República, en relación con el actuar tardío de la Administración – *aunque no exista plazo dispuesto por la ley*-, al clarificar que:

*“(...) es dable concluir que si bien la citada normativa legal y reglamentaria no fijan un lapso para remitir una evidencia al Ministerio Público o rendir cuenta de dineros recibidos en un acto de servicio, ello no significa que tales deberes puedan satisfacerse más allá de un tiempo razonable y prudente – como ocurrió en la situación en estudio, en que hubo un retardo de nueve meses en enviar tal evidencia-, pues en virtud de los principios de eficiencia y eficacia previstos en los artículos 3º y 5º de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los funcionarios públicos tienen que actuar diligentemente en el cumplimiento de sus obligaciones”<sup>101</sup>.*

Una deducción de lógica inobjetable fluye de lo escrito: La Constitución debe ser siempre comprendida, interpretada y aplicada buscando el mayor nivel posible de materialización de sus valores, principios y preceptos. Hacerlo es obrar lealmente o de buena fe, criterio jurídico elemental y universal que excluye entenderla de manera que provoque el efecto inverso al proclamado en su texto, contexto, espíritu e historia fidedigna. Esta hermenéutica, reñida con la supremacía, termina en el merecido reproche de inconstitucionalidad, equivalente a la nulidad o anulabilidad de derecho público de los actos y omisiones que adolecen de tal o al deber de indemnizar si, al tenor de los artículos 6º, inciso tercero, 7º inciso tercero, y 38, inciso segundo, del Código Político, se ha causado perjuicio a las personas.

En conclusión, la Constitución, en su Capítulo I o de Bases de la Institucionalidad, conjugado con el artículo 38, inciso primero, y la normativa complementaria ya citada, exige a los funcionarios públicos obrar conforme a los principios de eficacia y eficiencia, o sea, actuar diligentemente para la consecución de la finalidad asociada a las decisiones que la ley les impone adoptar, como cuando tienen que adjudicar un contrato de concesión o ponerle término.

Para concluir el examen de los principios y normas constitucionales y legales que deben considerarse para absolver las dudas que nos han sido planteadas, estimamos pertinente insertar aquellos derechos asegurados en la Constitución a todas las personas,

---

<sup>101</sup> Dictamen N° 49.914, 9 de agosto de 2011.

incluyendo, entonces también, a la Concesionaria, pues es menester actuar siempre de manera que ellos resulten respetados. Como podrá inferirse, además, varios de estos derechos tienen una estrecha relación con tales principios y normas jurídicas.

## 7. Derecho a un Procedimiento Racional y Justo

La Constitución asegura a todas las personas, en su artículo 19, N° 3º, inciso primero, la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo cual se traduce, fundamentalmente, en que:

“(...) todos quienes deban recurrir ante cualquier autoridad, incluyendo a los tribunales, de cualquier naturaleza, para la protección de sus derechos, se encuentren en un plano de igualdad jurídica, *sin que existan privilegios o fueros especiales* en razón de nacionalidad, raza, sexo, condición social o situación económica y *sin que sean admisibles discriminaciones arbitrarias*, es decir, odiosas, injustas o irracionales”<sup>102</sup>.

Tal ocurriría, por ejemplo, si se dilata, más allá de un lapso razonable o, en todo caso, por más de seis meses, la formalización de un contrato de concesión ya adjudicado o si, habiéndose constatado por la Administración su incumplimiento, no se concreta el término de la relación convencional.

Pues bien y en el marco de ese derecho fundamental, el artículo 19, N° 3º, inciso sexto, de la Constitución garantiza el derecho a *un procedimiento racional y justo*, el cual tiene un contenido formal y otro material, y ambos se encuentran igualmente cautelados por la Carta Fundamental tanto para el desenvolvimiento del proceso judicial como administrativo.

El primero, comprende los procedimientos como un conjunto de fases sucesivas, establecidas y reguladas por la ley, que deben ser recorridas con antelación a que el órgano jurisdiccional adopte y comunique su decisión. En relación con el segundo, desde la óptica material, la Constitución impone a la ley establecer lo necesario para que el proceso resulte racional y justo. Racional, en el entendido que debe tratarse de un procedimiento lógicamente dispuesto. Justo, en cuanto a que el proceso debe ordenarse a su finalidad que es la justicia, pero también porque tiene que ser justo en cada uno de sus trámites.

---

<sup>102</sup> ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA: *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1999) p. 140.

Por ello, el respeto de este derecho no se agota en el cumplimiento de unas condiciones o requisitos procesales o meramente formales –que ya son decisivos y relevantes–, sino que requiere, además, del acatamiento de condiciones sustantivas, de modo que el apego del órgano administrativo al derecho a un procedimiento racional y justo no se entiende cumplido cuando se respeta sólo el procedimiento dispuesto por la ley, si éste lesiona ese derecho fundamental, sin que quien lo tramita pueda escudarse, para reputar su conducta como respetuosa de la Constitución, en una aparente sujeción estricta a la ley si, con ello, no realiza plenamente los derechos que la Carta Fundamental asegura en su artículo 19 N° 3°, esto es, la racionalidad y justicia con que debe obrar:

“(…) la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa; un menoscabo sensible de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales (...)”<sup>103</sup>.

En nexa con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha explicado, en la sentencia pronunciada el 19 de Agosto del año 2008, en la causa Rol N° 815, que:

“(…) la Constitución, más allá de las normas citadas de su texto, reconoce de manera expresa el conjunto valórico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado (...).

En este sentido, este derecho fundamental, que incluye entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción, es definido por los especialistas como “aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, “Derecho Constitucional”, tomo II, página 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias”<sup>104</sup>.

<sup>103</sup> Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional de España el 14 de Febrero de 2002, Rol N° 40/2002.

<sup>104</sup> Considerando 9° de la sentencia pronunciada el 19 de Agosto de 2008, Rol N° 815.

En concreto y aunque sea obvio, por lo que no recordarlo puede llevar a su omisión: Es de la esencia del procedimiento racional y justo que los derechos que se confieren en los distintos procedimientos gocen de eficacia y sentido y no que queden en letra muerta y sólo como pretensiones teóricas:

“Que, por el contrario, esta Magistratura concluirá que no resulta contrario a un justo y racional procedimiento ni al derecho a la defensa, el plazo de 5 días para presentar descargos o defensas y solicitar y ofrecer pruebas (...). En tercer lugar, porque *la fijación de un plazo requiere de una apreciación prudencial*, que corresponde hacer al creador de la norma. A esta Magistratura no le cabe sustituir esa función sobre la base de su propio *cálculo prudencial*, sino sólo dejar sin efecto por inconstitucional la norma cuando exista evidencia que el plazo es tan breve que no resulta compatible con el derecho a defensa, afectándose la justicia del proceso. Tal evidencia no ha sido aportada en esta causa. Si bien se pidió y denegó ampliación de este plazo en la gestión pendiente, no se han dado argumentos ni allí, ni en este requerimiento, para razonar en el sentido de que el término de cinco días, que se extiende por otros tres, impida una adecuada defensa (...)<sup>105</sup>.

En suma, lesiona la racionalidad y justicia, como ya lo expresamos en acápite anterior, la tardanza inexcusable de la autoridad administrativa competente para emitir una decisión que afecte los intereses de una persona.

En este caso concreto, la demora injustificada en la dictación del Decreto Supremo de Adjudicación de la concesión de obra pública afecta el principio del debido proceso, pues resulta indudable que para que exista un procedimiento racional y justo la resolución administrativa -aquella que manifiesta la voluntad de la Administración- debe ser oportuna.

Si no existe justificación razonable para la tardía actuación administrativa, se configura un supuesto de responsabilidad contractual que legítimamente puede alegarse por el Concesionario en contra del Estado-Administrador.

---

<sup>105</sup> Tribunal Constitucional: Considerando 19° de la sentencia pronunciada el 31 de Agosto del año 2007 en el Rol N° 783.

## **8. Derecho a la Seguridad y Certeza Jurídica frente a la Actuación Administrativa. Derivación y Concreción del Principio de Protección de la Confianza Legítima y Buena Fe**

Es necesario detenerse también en este principio cardinal del Derecho Público contemporáneo, pues respetarlo constituye una nueva exigencia constitucional para la Administración Pública.

### **A. Aproximación**

Tiene que recordarse, en primer lugar, que este principio no tiene expresa consagración positiva, pero emana de diversas disposiciones del Código Político y, especialmente, del artículo 1º, inciso cuarto, donde se impone al Estado el deber de respeto y promoción de los derechos fundamentales asegurados en ella, de su artículo 5º, inciso segundo, y del artículo 19 N° 26º.

Este principio tuvo su origen en el caso conocido como la *Viuda de Berlín*, en el cual el Tribunal Administrativo Superior de esa ciudad, en sentencia pronunciada el 14 de noviembre de 1956, reconoció el derecho de protección de la confianza invocada por la viuda de un funcionario que vivía en la República Democrática Alemana, a quien oficialmente se le había notificado que, si se trasladaba a Berlín Occidental, tendría derecho a percibir su pensión. Basada en la creencia de la corrección de lo informado por la Administración, la viuda concretó el cambio, con los gastos que ello significaba, y comenzó a percibir su pensión.

Con posterioridad, se comprobó que no cumplía los requisitos legales para acceder a la pensión, en virtud de la equivocada información que había recibido por parte del Estado, por lo que se le exigió que devolviera las sumas indebidamente pagadas. El Tribunal Administrativo Federal amparó la posición de la viuda, resolviendo que no sólo no correspondía la revocación *ex tunc* del acto, sino tampoco *ex nunc*, por lo que la Administración tuvo que continuar pagando la pensión<sup>106</sup>.

Entre nosotros, la Corte Suprema ha explicado:

---

<sup>106</sup> PEDRO JOSÉ COVIELLO: *La Protección de la Confianza del Administrado. Derecho Argentino y Derecho Comparado* (Buenos Aires, Ed. LexisNexis, 2004) pp. 37-38.

“Que, asimismo, la actuación de la Municipalidad en los términos descritos en el motivo anterior vulnera el principio de la *confianza legítima que la rige frente a los administrados*.

El referido principio es manifestación de la más amplia noción de la seguridad jurídica y de certeza de la situación de cada ciudadano, en que se basan, entre otras, las garantías que se consignan en los numerales 2, 3, 16 inciso tercero, 20 inciso segundo y 22 del artículo 19 de la Carta Política.

En tal virtud, era dable suponer que el actor al solicitar la información para adoptar la decisión de realizar una inversión de tal envergadura en la comuna, *cumpliendo con todas las exigencias legales* y los requisitos para obtener los permisos correspondientes, *lo hizo confiado en que el municipio actuaría de manera acorde a su propia normativa* y a lo que la autoridad de transporte le ordenaba.

Pero, contrario a ello, la Municipalidad omitió la dictación de la correspondiente ordenanza para regulación de vías y planes de transporte local, lo que vulneró la legítima expectativa del administrado, y lo que su propia normativa le ordena, configurando así la falta de servicio aludida, pues tal actuación en el hecho permitió que las líneas de buses continuaran usando un terminal no adecuado, dejando en desuso el construido especialmente al efecto, omisión que originó los daños que los jueces del fondo tuvieron por acreditados.

De ello resulta que el comportamiento o gestión municipal impugnada desconoce *el deber de actuación coherente* que se desprende del principio de protección de la confianza legítima que rige en el Derecho Administrativo moderno y que se traduce en la legítima expectativa del administrado, en relación a la conducta de la administración, ello, en el entendido que es el ente de la Administración -municipal en este caso- el que se encuentra en mejores condiciones de evaluar los antecedentes relativos al transporte, puesto que contaba con todas las herramientas legales para dictar la reglamentación para regular y ordenar el transporte rural e interurbano en la Comuna de Santa Cruz, cual es sin duda uno de los fines y obligaciones que se espera que cumpla<sup>107</sup>.

La misma Corte Suprema ha sostenido que la ausencia de motivación o fundamentación conduce a la ilegalidad del acto administrativo, pues tal omisión violenta la seguridad jurídica de las personas y la protección de la confianza legítima que ellos tienen en que sus solicitudes serán consideradas razonablemente por la Administración<sup>108</sup>.

El principio referido ha sido también reconocido por el Tribunal Constitucional, en el considerando 67º de la sentencia pronunciada el 10 de febrero de 1995, Rol N° 207:

<sup>107</sup> Considerando 13º de la sentencia pronunciada el 2 de enero de 2013, Rol N° 7.086-2010.

<sup>108</sup> Corte Suprema, 5 de mayo de 2008, Rol N° 2012-2008.

“Que, asimismo, la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5º, 6º y 7º, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios de un Estado de Derecho, se encuentran *la seguridad jurídica, la certeza del derecho y la protección de la confianza* de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas. Esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, *si se sujeta al derecho vigente, será reconocido* por el ordenamiento jurídico, *produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados*. Esa confianza se ve naturalmente disminuida, si el legislador (y, con mayor razón –agrego–, la Administración), con posterioridad, le atribuye a dichos actos consecuencias jurídicas que son *más desfavorables* que aquéllas con las cuales quien las realizó en el pasado podía contar al adoptar sus decisiones (...)”.

La certeza legítima es, entonces, un valor o principio que guía todo nuestro ordenamiento jurídico y define la manera como han de conducirse los órganos del Estado, incluyendo al Ministerio de Obras Públicas y a sus Direcciones, de forma tal que las personas puedan confiar en que lo preceptuado en la Constitución en las leyes y en todo el ordenamiento jurídico será rigurosamente cumplido porque, como señala CASTILLO BLANCO:

“(...) el desenvolvimiento de un Estado basado en el libre mercado determina *la necesidad sentida por los operadores económicos y, en general, por los agentes de que exista un marco estable de regulación donde poder prever con cierto margen de seguridad, las distintas operaciones e inversiones* de carácter económico o el mantenimiento o evolución de cualquier otra situación jurídica con respecto a la actuación de los distintos poderes del Estado. Más allá de los operadores económicos, los ciudadanos, en relación a sus situaciones jurídicas y expectativas legítimas, *requieren de la coherencia en el ejercicio del poder y de la seguridad en la adopción de las decisiones* por éste. El principio, de origen alemán -*Vertrauenschtz*-, se orienta decididamente así a *la preservación del valor de la seguridad jurídica* y del sistema de economía de mercado *frente a la acción, eventualmente incontrolada o sin las cautelas suficientes, de los poderes públicos*. Se está de frente a la existencia de una conducta, manifestada en ciertos actos del poder público, que *ha hecho generar cierta confianza en que se actuaría en un determinado sentido* a un sector de ciudadanos o colectivos determinados. La dificultad del mismo vendrá dada precisamente en la relevancia que otorguemos a las meras expectativas que mantienen los ciudadanos respecto de la actuación de los poderes públicos”<sup>109</sup>.

<sup>109</sup> FEDERICO CASTILLO BLANCO: *La Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Pons, 1998) p. 97.



La Contraloría General de la República, por su parte, se ha referido a este principio en términos sosteniendo que la Constitución Política le ha encargado la función de interpretar la ley y los actos administrativos con fuerza obligatoria, lo que le permite “dar cumplimiento al principio de la igualdad ante la ley reconocido en la Carta Fundamental y a los principios de buena fe y de confianza legítima que inspiran el ordenamiento jurídico”<sup>110</sup>.

La doctrina, cada vez más abundante y categórica, se ha preocupado también del tema, destacando que la seguridad jurídica corresponde al valor de la confianza en el Derecho por quienes son los destinatarios del mismo, de manera que:

“(...) la seguridad jurídica no es solamente seguridad en la legalidad, sino también, seguridad en el Derecho, porque el propio principio de legalidad no puede ser entendido exclusivamente como sometimiento de la Administración a la ley, sino como sometimiento a la ley y al Derecho (...)”<sup>111</sup>.

Por ende, prosigue el mismo autor:

“(...) mientras la legalidad opera *ex ante*, esto es, garantiza la previsibilidad del Derecho, la protección de la confianza se aplica en una segunda fase *ex post*, garantizando la estabilidad de una resolución del poder público en un caso concreto”<sup>112</sup>.

La protección a la confianza legítima en el campo del Derecho Administrativo “implica entender que las actuaciones precedentes de la Administración puedan generar en los administrados la confianza de que se actuará de igual manera en situaciones semejantes”<sup>113</sup>. En consecuencia, su aplicación cobra especial relevancia cuando los actos de la Administración “sorprenden la confianza que los destinatarios de la norma discutida podrían legítimamente tener en que el marco jurídico de desenvolvimiento de su actividad no sería modificado sin al menos la adopción de ciertas medidas transitorias”<sup>114</sup>.

Al igual que el resto de los principios del Derecho Administrativo, el de la protección de la confianza legítima debe ser respetado en cuanto es fuente regulatoria por quien aplique el ordenamiento jurídico. Así la que primero queda vinculada al principio es

<sup>110</sup> Dictamen 61.817, de 2000.

<sup>111</sup> JAVIER GARCÍA LUENGO: *El Principio de la Protección de la Confianza en el Derecho Administrativo* (Madrid, Ed. Civitas, 2002) pp. 198-199.

<sup>112</sup> *Id.*, pp. 198-199.

<sup>113</sup> DIEZ SARTRE, Silvia (2008): *El Precedente Administrativo, fundamento y eficacia vinculante*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España., pp. 375-376.

<sup>114</sup> CASTILLO BLANCO, ob. cit., p. 108.

la propia Administración y eventualmente lo será el juez, en segundo lugar. En ambos casos, y en la medida que admita el ejercicio de sus atribuciones, se deberá amparar al ciudadano. En el caso del juez, éste “podrá sancionar la utilización regular en sí misma, por parte del autor del acto o norma administrativos que han sido cuestionados por afectar a tal principio”.<sup>115</sup>

En suma, la certeza legítima es un valor o principio guía de todo nuestro ordenamiento jurídico. Por eso, la Constitución asegura el respeto y promoción de los atributos inalienables que se incluyen en su artículo 19, como lo hace cualquier sociedad civilizada, esto es, que los destinatarios de sus disposiciones puedan confiar que lo preceptuado en ellas como mandatos de dar, hacer o no hacer sean cumplidos, de tal manera que si, por ejemplo, la Administración proclama formalmente la intención de adjudicar un contrato de concesión, lo haga dentro de un plazo razonable (no superior a seis meses, por expreso mandato legal) o que si ha declarado que el concesionario lo incumplió que le ponga término de una vez y no dilate esa decisión, asumiendo que la empresa debe perseverar en su ejecución.

## **B. Aplicación**

Como ya advertimos, en una sociedad como la que vivimos, las personas necesitan relacionarse actuando en la confianza de que se respetarán “las reglas del juego” por todos los intervinientes. Deben actuar confiados en que las reglas no serán alteradas de manera arbitraria. Esto opera en todos los ámbitos y adquiere especial relevancia cuando quienes se relacionan son la Administración dotada de sus potestades públicas y un particular dotado de sus derechos fundamentales. En estos casos, el ciudadano debe contar con herramientas que le permitan hacer frente a los poderes unilaterales de la Administración. Uno de los mecanismos estará dado por la protección de la confianza legítima o la seguridad de que su confianza en la actuación pública no será traicionada<sup>116</sup>.

En el caso que motiva el presente Informe, el Ministerio de Obras Públicas y todo otro órgano del Estado que participe o tenga intervención en el proceso de licitación convocado para la contratación de la concesión de la obra pública de la especie, deben

---

<sup>115</sup> BERMUDEZ, ob. cit. (2014), p. 113.

<sup>116</sup> BERMUDEZ, ob. cit. (2014), p. 113.

actuar y someterse al principio de protección de la confianza legítima que ampara a los licitantes interesados y al propio Concesionario.

El deber de respetar el principio cobra especial relevancia cuando la Administración ha decidido unilateralmente invitar al sector privado a invertir en la ejecución y explotación de una obra pública por el sistema de concesión regulado en la ley. Lo anterior, atendido, fundamentalmente, el importante riesgo financiero que el privado asume durante la ejecución del contrato administrativo.

Es sabido para la industria de las concesiones de obras públicas, que la evaluación del proyecto de inversión es una tarea de especial relevancia y que para emprender tal análisis también es vital contar con conocimiento acerca del comportamiento que han tenido otros negocios de la misma naturaleza, lo cual involucra el estudio de la conducta que habitualmente tiene la autoridad pública para resolver situaciones relevantes que afectan la relación jurídica. Relacionando tal premisa con el caso en comentario, uno de los análisis obligados que debe hacer un interesado en participar en la ejecución de un contrato administrativo, precisamente, dice relación con los plazos que toma la actuación de la Administración. Si dichos plazos están previstos de manera concreta y precisa en la regulación legal y reglamentaria vigente, ello será un buen parámetro para realizar la evaluación del riesgo que se asume para emprender el proyecto. Si tales plazos no se definen en la misma normativa o en ella sólo se dan parámetros de actuación oportuna que permiten determinar un plazo eventual, la tarea del análisis se torna más compleja y habrá que utilizar otros mecanismos para lograr acercarse a una determinación del hecho que se estudia; en este caso, para la determinación de plazo que demorará una determinada decisión administrativa que afecta tanto la evaluación de los costos de ejecución del contrato para la elaboración de la Oferta, como también, el cumplimiento de las obligaciones de índole financiera por parte del Concesionario.

También para el caso en Informe, la protección de la confianza legítima ha de examinarse frente a la actuación de la Administración que tardó en poner en marcha el procedimiento legal para dar término al contrato de concesión de la especie.

Para determinar el plazo dentro del cual se podría proyectar el inicio del contrato de concesión de la especie, como ya se ha señalado por el Concesionario en su escrito de

demanda, se tomó en consideración el resultado del estudio practicado en relación con el tiempo que había demorado el proceso de licitación correspondiente a las concesiones de obras adjudicadas en los dos años anteriores. De este estudio surge un promedio que es usado luego como referencia para determinar el plazo en el caso concreto de esta concesión.

¿Podría cuestionarse el mecanismo de análisis usado por el entonces licitante para determinar un hecho indeterminado en el Pliego de Condiciones o Bases de la Licitación? Sostenemos que la respuesta debe ser negativa, ya que corresponde a un uso racional de los recursos disponibles efectuar un análisis partiendo de la experiencia comprobable.

## **9. Derecho de Igualdad Ante la Ley y en el Trato Económico**

En virtud de este principio la Constitución excluye las discriminaciones, es decir, prohíbe las diferencias arbitrarias, ya que son injustas, carentes de razonabilidad, prejuzgadas, desmesuradas o excesivas, desproporcionadas con relación a la finalidad buscada, motivadas por el capricho, el favoritismo, la inquina u otra consideración ilegítima<sup>117</sup>.

### **A. Principio General**

Sabido es por todos que la igualdad ante la ley se asegura, con carácter general, en el artículo 19 N° 2° de la Constitución y que para respetarla no basta con emplear enunciados generales ni mantener incólumes sólo los factores sociológicos que la determinan, como la raza, la nacionalidad, el credo, el sexo o la edad, sino que es necesario el respeto sustantivo de la igualdad, es decir, la que admite diferencias, pero sólo cuando se hallan fundadas en consideraciones razonables, plausibles, proporcionadas a los fines perseguidos, juiciosas, lógicas o sensatas:

“El principio de igualdad opera (...) impidiendo (al legislador) configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentren en la misma situación, o dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser tomadas nunca en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regula-

---

<sup>117</sup> Tribunal Constitucional: Sentencia del 5 de abril de 1988, Rol N° 53.

ción que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria<sup>118</sup>.

Como si se admitiera que todas las adjudicaciones de contratos de concesión de obra pública se toman un promedio de tiempo determinado, en un período largo que se evalúa, lo cual conduce a asumir riesgos razonables al interesado en un nuevo proceso y, al final, este último se toma el doble del período promedio anterior para que la Administración adjudique la obra.

## B. Respeto Sustantivo y no Meramente Formal

Se trata de evaluar, entonces, caso a caso, en qué dos personas, actividades, situaciones, circunstancias o cosas deben ser tratadas de la misma manera, para que sea justa la igualdad entre ellas; y, en cuáles de esas hipótesis, deben ser desigualmente tratadas, para que también resulte justa la diferencia normativamente trazada entre ellas<sup>119</sup>.

Lo anterior fundado en que, como ha señalado el Tribunal Constitucional:

“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. “No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo” ( Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, tomo IV, p. 263 )<sup>120</sup>.

La igualdad justa requiere, en consecuencia, que se demuestre o compruebe que la desigualdad obedece a un factor de diferenciación justo o razonable, proporcionado y convincente, pues conduce a la realización del bien común. De lo contrario, la decisión vulnera la Carta Fundamental, al incurrir en diferencia arbitraria o discriminación indebida.

<sup>118</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España, Rol N° 144 de 1988, transcrita por FRANCISCO RUBIO LLORENTE *et al*, *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales (Doctrina jurisprudencial)* (Barcelona, Ed. Ariel, 1995) p. 111.

<sup>119</sup> NORBERTO BOBBIO: *Igualdad y libertad* (Barcelona, Ed. Paidós, 1993) p. 62.

<sup>120</sup> Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional el 5 de abril de 1988, Rol N° 53.

### C. Igualdad en el Trato Económico

El principio de igualdad así concebido, en el artículo 19 N° 2° de la Constitución, aparece reiteradamente asegurado en ella. Uno de esos ámbitos más específicos se encuentra en su artículo 19°, N° 22°, inciso primero, al tenor del cual se garantiza a todas las personas “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”.

Lo que la Carta Fundamental prohíbe, en este caso, es que la ley incurra en una diferencia injusta, o sea, en discriminación en el trato económico, considerando que:

“Las finalidades que se tuvieron en vista al incorporar este precepto en la Nueva Constitución fueron fundamentalmente: 1) Establecer que, aún cuando no se trate de una discriminación arbitraria, se requerirá de *una ley* para otorgar un beneficio directo o indirecto a un sector, actividad o zona geográfica determinadas o para establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras, y 2) Consagrar expresamente, y en forma particular, el principio de la *igualdad* ante la ley en materias económicas, en atención a que dicho principio no habría sido “valorado suficientemente por los tribunales de justicia en lo relativo a evitar las discriminaciones injustas causadas por las leyes y los actos de autoridad” (Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sesión 393, p. 3.006).

En consecuencia, el texto de la norma y su espíritu manifestado en la historia de su establecimiento demuestran que ella tiene por objeto especificar, en materias económicas, el principio general de igualdad ante la ley consagrado en el número 2° del mismo artículo 19°, con la modalidad señalada en orden a los gravámenes que se impongan, a los beneficios directos o indirectos que se establezcan<sup>121</sup>.

En semejante sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema, al señalar que:

“Esta garantía, que no es sino la singularización del principio de la igualdad ante la ley consagrado también como garantía constitucional en el N° 2° del citado precepto, pone a cubierto a todos los ciudadanos de una desigualdad de trato por parte del Estado o de sus organismos en todo el ordenamiento económico, comercial o empresarial que éste pueda regular en el ejercicio de su potestad administrativa o de gobierno<sup>122</sup>”.

<sup>121</sup> Tribunal Constitucional: Sentencia pronunciada el del 8 de abril de 1985, Rol N° 28.

<sup>122</sup> Sentencia pronunciada el 5 de junio de 1986, Gaceta Jurídica N° 72, 1986, p. 22.

#### **D. Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad**

Nuestra doctrina y jurisprudencia, finalmente, han desarrollado estos principios a partir de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 19 N° 2° de la Constitución.

La doctrina especializada ha sostenido que lo razonable y proporcional abarca todo ejercicio del poder público, especialmente cuando quien actúa lo hace, facultado por la ley, para hacerlo con cierto margen de apreciación (ejercicio de potestades discrecionales)<sup>123</sup>.

A su vez, nuestros tribunales de justicia han declarado que el acto administrativo que carezca de fundamentos además de ser ilegal, resulta también arbitrario o no razonable por afectar negativamente los derechos de las personas y, a veces, también por perjudicar el propio interés general de la comunidad<sup>124</sup>.

Es arbitrario también el acto administrativo que no obstante ser fundado, contenga consideraciones que no son idóneas para justificar lo decidido<sup>125</sup>.

En fin, no resulta arbitraria la decisión que es precedida de la audiencia de los afectados y de la adecuada actividad investigadora de la Administración y que pondera esas alegaciones frente a los demás antecedentes del expediente, especialmente los que emanan de otras autoridades públicas competentes<sup>126</sup>.

Recientemente la Corte Suprema ha reconocido a los *principios de congruencia y racionalidad* como exigencias de validez del acto administrativo, señalando que si bien aquéllos no emanan de la ley sí son fuentes del Derecho y tanto es así que se transforman en la base de la anulación del acto administrativo cuando surge nítido la arbitrariedad e irracionalidad de un órgano de la Administración. La incongruencia surge o se presenta si se alteró la exigencia de una actuación coherente entre las ideas expuestas y las acciones desarrolladas por el órgano. Habrá irracionalidad, en tanto, cuando se obra de acuerdo a impulsos y no conforme a la razón. El Máximo Tribunal de Justicia alude a que ser congruente y racional constituye una exigencia propia del acto administrativo, lo cual implica

---

<sup>123</sup> SOTO KLOSS, Eduardo (1982): El Recurso de Protección, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile., p. 188.

<sup>124</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2008, Rol N° 8273-2007.

<sup>125</sup> Corte Suprema, 28 de abril de 2005, Rol N° 1461-2005.

<sup>126</sup> Corte de Apelaciones de Temuco, 9 de junio de 2010, Rol N° 271-2010.

la incorporación de un "valor social" al imperativo de actuación conforme a Derecho que pesa sobre todos los órganos de la Administración<sup>127</sup>.

Nos parece pertinente, asimismo aludir a lo sentenciado por un tribunal español, dentro de la jurisdicción especializada en conflictos contencioso-administrativos como lo son aquellos que se relacionan con los efectos de los contratos administrativos:

"Como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo, éste es el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización un fin, siendo los actos de instrucción los más importantes en cuanto tienden a proporcionar al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución.

Pero es claro que entre este cauce formal integrador de la actividad instrumental de instrucción y el logro del fin perseguido materializado en el correspondiente acto o resolución administrativa ha de mediar una relación o lapso temporal adecuada a la naturaleza y carácter la finalidad pretendida, porque si entre la tramitación del expediente resolución que pone termino al mismo transcurre un espacio temporal extremadamente dilatado -sin causa o justificación razonable- es obvio los presupuestos fácticos y jurídicos determinantes del acto administrativo final, han sufrido o podido sufrir variaciones fundamentales susceptibles de producir la rotura del nexo idóneo que ha de presidir la secuencia entre la actividad instructora y la consecuencia jurídica basada en la resultancia fáctica acreditada en el expediente"<sup>128</sup>.

En aplicación de las ideas trazadas en la doctrina y jurisprudencia mencionadas es ineludible preguntarse, desde una perspectiva jurídica, si en el caso en análisis se observa un comportamiento congruente y racional por parte del o de los órganos administrativos que actuaron dentro del procedimiento de licitación pública destinado a seleccionar a la persona del concesionario de una determinada obra pública. Como primera aproximación y teniendo conocimiento de los antecedentes que se han aportado a esta fecha, sólo nos cabe poner en duda que se haya actuado con total coherencia y racionalidad dentro del procedimiento administrativo. Ello, por cuanto no es fácil imaginar la razón que llevó a la Administración a decidir convocar a la licitación respectiva y no realizar todas las acciones conducentes a tramitar el procedimiento hasta su término, de manera ágil, eficiente, eficaz y conforme a la experiencia habitual en esta clase de actuación. Y más criticable resulta la conducta asumida por la Administración en este caso, si ni siquiera explicó o dio razones que pudieran explicar

---

<sup>127</sup> Corte Suprema, 20 de mayo de 2014, Rol 29.714-2014.

<sup>128</sup> STS 2206/1990, de 28 de marzo de 1992.



tal comportamiento y asumir las consecuencias que éste podría traer para la buena y normal marcha o ejecución del contrato administrativo, incluyendo en ello, el efecto que provocaría tal actuación en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, fundamentalmente, para el Concesionario. En este caso concreto resulta evidente, al menos, que uno de los efectos que se derivó de la forma en que fue tramitado el procedimiento de licitación hasta la dictación del acto terminal de adjudicación, fue alterar la "credibilidad financiera" ante el mercado del crédito y los seguros, de quienes a la fecha tenían sólo interés en transformarse en Concesionario de la obra pública Ruta del Loa. Desde la perspectiva meramente jurídica, esa circunstancia bien puede esgrimirse válidamente como una limitación sufrida por el licitante adjudicatario para la obtención de financiamiento necesario para cumplir oportunamente la obligación de cambiar la Garantía de Seriedad de la Oferta por la Garantía de Construcción, como ocurrió en el caso en comentario.

#### **IV. EL COBRO DE MULTAS ES IMPROCEDENTE**

Sobre la base de las consideraciones expuestas, nos hallamos, ahora, en situación de absolver las dudas que nos han sido planteadas, aunque de cuanto se ha explicado en el texto del Informe surgen ya claramente las respuestas, pero es útil sistematizarlas.

##### **1. Se Incumplió el Plazo**

Se nos consulta, en primer lugar, si el Estado tiene o no plazo para dictar el acto administrativo de adjudicación de una concesión de obra pública (Decreto Supremo de Adjudicación del Ministerio de Obras Públicas, en los términos precisos en que es identificado el acto en la Ley del ramo); al mismo tiempo, si cuenta con un plazo para solicitar la extinción del contrato por causa de incumplimiento grave y si, una vez iniciado el procedimiento de extinción del contrato, cuenta o no con un lapso predeterminado para su término o resolución y cuál es el efecto del retardo, si éste se verifica, en particular, respecto de las multas derivadas del incumplimiento grave de las obligaciones contractuales que motiva dicha extinción de contrato.

La respuesta, como decíamos, es clara, cuando se acude al ordenamiento jurídico que hemos examinado exhaustivamente, pues se constata que, en la legislación sectorial, una y otra decisión, si bien no cuentan con plazos especialmente dispuestos al efecto, debieron adoptarse en el momento razonablemente oportuno que indica la norma proce-

dimental supletoria y, en cualquier caso, en el tiempo que resulte adecuado por aplicación de los principios y derechos consagrados en la normativa constitucional y legal que orienta la actuación de los órganos de la Administración del Estado a la que hemos aludido en el presente Informe.

En efecto, reiteramos en este momento que procede, ineludiblemente a nuestro juicio, aplicar la norma supletoria en materia de duración del procedimiento administrativo contenida en el artículo 27 de la Ley N° 19.880, conforme a la cual la tramitación pertinente no podrá exceder de seis meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final.

En el caso examinado, en lo relativo a la adjudicación, tuvieron que transcurrir 264 días desde que se emitiera por la autoridad administrativa competente (Director General de Obras Públicas) el Acta donde se declaró la intención de adjudicar la concesión al Grupo Licitante *Consorcio Vial Anto-Andina*, conformado por las empresas Inversiones Viales Andina Limitada y Constructora e Inversiones SANJOSE Andina Limitada, para que recién se dictara el Decreto de Adjudicación y, todavía, hubo que esperar *ocho meses más* para que otro órgano estatal-administrativo, la Contraloría General de la República, tomara razón del mismo Decreto Supremo.

Así, sólo cuando habían pasado 508 desde la recepción de las ofertas técnicas prevista en el procedimiento de licitación desarrollado en la especie, se publicó en el Diario Oficial el mencionado acto de adjudicación, perfeccionando el contrato administrativo de la especie.

No hay explicación alguna, al menos en los antecedentes que nos han sido compulsados, que justifique tan larga dilación en la emisión del acto conclusivo o terminal del procedimiento administrativo de adjudicación, cuya dictación, sin embargo, resultaba inevitable para la Administración, desde que previamente había declarado la intención de adjudicar al oferente que dio cumplimiento a cuanto se había exigido para obtener la concesión de la obra pública de que se trata.

Más todavía, si no existiera el aludido artículo 27 de la Ley N° 19.880, el lapso extenso que se ha verificado, en este caso, igualmente resulta contrario a los principios explicados de certeza legítima, razonabilidad y proporcionalidad, con infracción de la igual-

dad ante la ley, pues, conforme a los antecedentes referidos, se ha podido comprobar que, en procesos similares, en el período inmediatamente anterior a la licitación que motiva este Informe, el tiempo que demoraron estos trámites no excedió los 190 días.

Desde esta perspectiva, el demandante ciertamente ha visto lesionado el derecho que la Constitución le asegura a la igualdad ante la ley, pues ha sido sujeto de un trato discriminatorio por parte del Estado frente a otros proponentes en condiciones análogas, al mismo tiempo que erige el procedimiento administrativo en irracional e injusto, en contra de lo que exige el artículo 19 N° 3° de la Constitución.

Adicionalmente y esto es obvio, de tan anómala e injustificada actuación administrativa, no puede seguirse la imposición de multas por el no otorgamiento de la Garantía de Construcción, si es que se demuestra que esa demora es parte de las causas que impidieron obtenerla, precisamente, porque la demora injustificada en la adjudicación aumentaba el riesgo y hacía a la empresa sospechosa, desde el punto de vista comercial, para las instituciones financieras y de seguros que están capacitadas para operar en esta clase de negocios de gran envergadura.

Máxime, si ella se encontraba vinculada a otras sociedades a las que el Estado también estaba afectando con motivo de otros contratos administrativos de esta especie – concesiones hospitalarias- , aumentando las dificultades para obtener la mencionada garantía y la situación empeora, si la solicitud de ampliación del plazo para otorgarla nunca fue formalmente contestada por el Fisco.

Y lo mismo que acabamos de explicar tiene que repetirse en nexos con la demora, igualmente carente de motivación, que pudo cometerse en la formalización de la extinción de la concesión, manteniendo vigente un contrato que, a juicio de la Administración, era menester concluir. En suma, el Estado tiene un plazo máximo de seis meses para dictar el acto administrativo de adjudicación de una concesión de obra pública o para terminar ese contrato, sin que se haya verificado justificación que amerite sostener que pudo demorar más en el caso planteado, en los términos extraordinariamente excesivos con que obró, en particular, para concretar la adjudicación.

Si esa dilación excesiva e injustificada, ajena a la voluntad de la Concesionaria, le impidió a ésta otorgar la Garantía de Construcción, entonces, el Tribunal Arbitral debe

excusarla del pago de las multas que se le pretenden aplicar por su contraparte administrativa, una vez que, en el proceso respectivo, se acrediten los hechos así configurados.

## **2. Procede Indemnización de Perjuicios**

En segundo lugar, se nos consulta si se puede o no atribuir responsabilidad al Estado por los efectos que provoque en el particular interesado en la licitación de la concesión de obra pública de la especie, el retardo injustificado, tanto en la dictación del decreto de adjudicación como en la tramitación de la extinción del contrato por causa de incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario.

Tal y como surge de la respuesta a la consulta anterior, la dilación injustificada y excesiva en la que incurrió la Administración en este caso constituye una conducta ilícita que, como tal, sirve de base al surgimiento de responsabilidad del Estado y, por ende, de concurrir los demás requisitos exigidos por la ley, es obvio que procede indemnizar los daños derivados de esa actuación impropia de cualquier contraparte y, superlativamente del Estado, pues es claro que la obra que ha decidido concesionar lleva envuelto el interés público que motiva su realización.

En efecto y esto constituye un elemento del que no es posible desentenderse, puesto que, si bien nos hallamos ante una relación comercial entre dos partes, al ser una de ellas el Estado y tratarse de una obra pública, las actuaciones ilícitas de aquél resultan más graves y con secuelas mayores, pues la ejecución de la obra se justifica en el interés de la comunidad que, con toda seguridad, será beneficiada por su realización.

La lesión del crédito, el incumplimiento del contrato imputable a actuaciones u omisiones de la Administración y la relación de causalidad entre la lesión y el incumplimiento, integran los elementos constitutivos de la situación contra la cual reacciona el ordenamiento jurídico transfiriendo al Estado –o a quien lo represente en estas materias– la carga de reparar la lesión que ha provocado en el patrimonio del particular contratista – Concesionario en este caso-. Esta reacción es la responsabilidad contractual de la Administración Pública, cuya finalidad es asegurar la equivalencia económica del contrato. Dicho de otro modo, el contrato administrativo constituye un título jurídico preexistente del que nacen determinadas obligaciones para la Administración, cuyo incumplimiento, desconocimiento o quebranto lesiona el derecho del crédito del contratante privado; por ende, el

título en el que se basa la reclamación de éste es el pacto o relación jurídica que se rige por la legislación específica del contrato administrativo, y subsidiariamente por otras normas de Derecho Administrativo que operan sobre la base de que la reparación debe garantizar a la víctima que quedará en la misma situación patrimonial o económica que tenía antes de producirse la lesión.

En el caso analizado, si del hecho de la Administración –extensa e injustificada demora en la tramitación de los procedimientos administrativos tendientes a decidir la adjudicación y/o a extinguir los efectos del contrato administrativo de concesión de obra pública de que se trata- se siguen perjuicios para el Concesionario –los cuales deberá acreditar en la sede jurisdiccional competente-, ciertamente que tiene derecho a ser indemnizado por ello y tal obligación pesará en contra del Estado, que es quien detenta la personalidad jurídica pública y la condición de parte del mismo contrato administrativo que es nuestro interés.

### **3. Las Actuaciones Anteriores son Decisivas**

Finalmente, se nos pregunta si tiene consecuencias, desde el ángulo del Derecho Público, que se altere significativamente la conducta permanente que ha tenido el Estado, en cuanto al plazo que se ha tomado para dictar decretos de adjudicación en anteriores procesos de licitación, especialmente, en nexos con la evaluación de riesgos que debieron efectuar los interesados en la concesión de obra pública denominada Rutas del Loa.

La respuesta ya la hemos dado y tiene que ser afirmativa, pues es indudable que cualquier participante en un procedimiento licitatorio indagará y sabrá el lapso que demora el Estado, en promedio, en situaciones análogas, pues, como es obvio también, el tiempo no es irrelevante cuando existen aspectos financieros relevantes involucrados y que derivan del transcurso del tiempo.

Se afecta, severamente, la certeza legítima, explicada en su lugar, cuando la Administración, como regla de experiencia o de práctica, actúa dentro de cierto plazo promedio y, en un caso análogo, lo hace con una demora extraordinariamente mayor que la conducta regular, provocando que las estimaciones, económicas por ejemplo, que se tomaron con base en los datos objetivos previos se vuelvan inútiles y perjudiciales para el interesado.

## V. CONCLUSIONES

1. Tanto el decreto supremo que decide la adjudicación de la concesión de obra pública, como el que se dicta dejando sin efecto el contrato por incumplimiento grave de las obligaciones del Concesionario, previo pronunciamiento del Tribunal Arbitral competente, son actos administrativos.
2. Se trata, por consiguiente, de declaraciones de voluntad que emite un órgano de la Administración en el ejercicio de sus competencias y que generan efectos jurídicos específicos. Por una parte, mediante la adjudicación se selecciona a la contraparte privada de la relación contractual administrativa y se perfecciona la misma relación jurídica de Derecho Público. Por la otra, se extingue la relación contractual por la concurrencia de una causal prevista en la ley.
3. Como actos administrativos, ambos deben ser el producto de un procedimiento previsto en la ley y que la autoridad pública competente está obligada a ejecutar con la finalidad de satisfacer un interés público concreto.
4. En ambos casos la ley especial o sectorial –Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y Ley de Concesiones de Obras Públicas- regulan el procedimiento al que deberá ceñirse la Administración para emitir cada uno de los mencionados actos administrativos.
5. Sin embargo, esas normas legales omiten regular el plazo concreto dentro del cual deben dictarse tales actos administrativos.
6. Tal omisión, no implica que la autoridad administrativa posea libertad para determinar los plazos de término de los procedimientos administrativos pertinentes, es decir, el tiempo que demorará en emitir la decisión final. No se está frente a una potestad discrecional, sino que, más bien, frente a un vacío regulatorio, que puede ser integrado de la manera que el mismo ordenamiento jurídico indica.
7. En efecto, lo anterior encuentra fundamento en que desde el año 2003, y formando parte del ordenamiento jurídico nacional, contamos con una Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que deben aplicar los órganos que integran la Administración del Estado, con las excepciones que la propia legislación establece. Nos referimos a la Ley N° 19.880. Esta normativa legal suple, precisamente, el silencio de la normativa especial en materia de procedimiento. En el caso particular de que trata este In-

forme, puede ser aplicada para determinar el plazo dentro del cual la Administración debía dictar los actos jurídicos en cuestión.

8. Las reglas que contiene tal legislación de aplicación supletoria en materia de plazos, se ubican en los artículos 23 y 27, según los cuales, es un deber de los funcionarios o agentes públicos dar cumplimiento a los plazos previstos por el legislador para el cumplimiento o ejercicio de sus atribuciones y el desarrollo de sus funciones. A su vez, la última disposición referida establece que, salvo caso fortuito o fuerza mayor, la duración máxima del procedimiento administrativo será de seis (6) meses.
9. Se ha podido constatar que en este caso la Administración demoró 264 días en dictar el Decreto de Adjudicación, contados desde la emisión y notificación del Acta de Adjudicación al licitante favorecido con la decisión administrativa. Luego, la Contraloría General de la República tarda 8 meses en tomar razón del mismo acto administrativo.
10. Ninguna de esas actuaciones obedece a un motivo claro y expresado de manera transparente por la autoridad pública.
11. Esa circunstancia lleva al reclamo legítimo del Concesionario de que se está frente a una actuación ilegítima de la Administración, carente de la debida razonabilidad y coherencia, sobre todo, si se atiende a la magnitud o envergadura de los intereses involucrados en la concesión de obra pública de la especie: por una parte, el interés público que busca contar con un real mejoramiento para la red vial más importante para el desarrollo de las actividades de todo tipo que se desarrollan en la Segunda Región del país (sobre todo la minera y de servicios) y, por otra parte, el interés legítimo del privado que desea realizar un negocio lucrativo en la confianza de que las reglas legales y reglamentarias pertinentes se aplicarán en igualdad de condiciones a todos quienes participan de la industria de las concesiones de obras públicas.
12. Aunque la regla supletoria, de plazo máximo del procedimiento administrativo que contiene la Ley N° 19.880 no existiera, de igual modo podría evaluarse el comportamiento seguido por la Administración en el caso sub lite, comparándolo con el que habitualmente ha tenido aquélla para resolver la adjudicación o la extinción del contrato, en cada caso. Esa será una técnica válida desde el punto de vista jurídico y económico para analizar el riesgo de un negocio. En el caso analizado, fue un ejercicio que realizó el Concesionario al tiempo de estudiar la Oferta que presentó en el respectivo proce-

- dimiento de licitación pública convocado por el Ministerio de Obras Públicas para seleccionar a su contraparte en la concesión de obra pública Rutas El Loa.
13. Si bien los plazos no son fatales para la Administración, el observar la forma en que la Administración se ha ceñido o no a ellos –a los plazos generales sirve como un importante parámetro de control de la actividad que realizan sus órganos.
  14. En concreto, el análisis practicado permite sostener que la Administración actuó al margen de los principios que orientan el ejercicio de sus atribuciones: juridicidad, eficiencia y eficacia, prohibición de la arbitrariedad o racionalidad, obligación de fundamentación de las decisiones, proporcionalidad, congruencia y publicidad.
  15. Además, su actuación tampoco fue estrictamente respetuosa de los derechos fundamentales de igualdad ante la ley e igualdad de trato económico. Vulneró asimismo, el derecho del concesionario a tener certeza o seguridad jurídica frente a la actuación de la Administración, ya que la actuación desarrollada en este caso revela un desprecio del principio de protección de la confianza legítima.
  16. El estudio de antecedentes tenidos a la vista y su confrontación con la aplicación que la doctrina y la jurisprudencia han dado a los principios básicos y, por ende, aplicables a todo procedimiento administrativo, que tienen relación con los tiempos que toma la Administración para ejercer sus atribuciones, permite sostener que las actuaciones y decisiones adoptadas por la Administración competente en este caso, no se avienen a los principios de celeridad, de inexcusabilidad, conclusivo y transparencia.
  17. El mismo estudio permite concluir que tampoco se han respetado algunos de los derechos que la misma ley aludida, en su artículo 17, reconoce a los intervinientes interesados en el procedimiento administrativo.
  18. La excesiva e injustificada demora en la que incurrió la Administración para la dictación de los actos administrativos indicados, sin duda, influyó en el incumplimiento de la obligación del Concesionario de otorgar la Garantía de Construcción y por ende, de cumplir fiel y diligentemente las condiciones previstas en las respectivas Bases de Licitación. No parece revestida de suficiente legitimidad, en consecuencia, la sanción aplicada por la Administración para castigar tal incumplimiento del Concesionario.
  19. Es más la misma actitud de la Administración bien puede ser un elemento que permita a la Concesionaria sostener jurídicamente la existencia y configuración de responsabili-



dad contractual del Estado y, por consiguiente, que haga valer su derecho a obtener la correspondiente reparación patrimonial, según la calidad de la prueba de los perjuicios que logre rendir ante la jurisdicción competente.

Santiago, 24 de Noviembre de 2015



**SANDRA PONCE DE LEÓN SALUCCI**  
Profesora de Derecho Administrativo



**MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ**  
Profesor de Derecho Constitucional