

THOMSON REUTERS

LA LEY



Universidad de
los Andes

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

X JORNADAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO
ASOCIACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO (ADA)

COLECCIÓN
ESTUDIOS DE DERECHO PÚBLICO

Jaime Arancibia Mattar - Pablo Alarcón Jaña
Coordinadores



THOMSON REUTERS

ÍNDICE GENERAL

Página

V

PRESENTACIÓN

3

SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y ESTADO DE DERECHO

- *¿QUÉ ES UNA “SANCIÓN ADMINISTRATIVA” EN CHILE? 3*
Nicolás Enteiche Rosales
- *LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 17*
Enrique Navarro Beltrán
- *OTRA VEZ SOBRE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN 39*
Eduardo Soto Kloss

LEGALIDAD Y TIPICIDAD DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

- *CRITERIOS PARA DETERMINAR LA TIPICIDAD DE UNA RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL 55*
Edesio Carrasco Quiroga y Javier Herrera Valverde
- *EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO 77*
Baltazar Morales Espinoza
- *LA SINUOSA RESERVA LEGAL DE LA POTESTAD SANCIONATORIA Y LOS PRIVADOS QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS: NAVEGANDO ENTRE LAS RELACIONES DE SUJECCIÓN ESPECIAL Y LA CONTRACTUALIZACIÓN 89*
Enrique Rajevic Mosler
- *ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: LA APLICACIÓN RESIDUAL DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LAS PENAS 107*
Mauricio Viñuela Hojas

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

© JAIME ARANCIBIA MATTAR - PABLO ALARCÓN JAÑA (COORDINADORES)

2014 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 25105000 • www.legalpublishing.cl

Registro de Propiedad Intelectual N° 246.973 • I.S.B.N. 978 - 956 - 346 - 618 - 8

1^a edición noviembre 2014 Legal Publishing Chile

Tiraje: 500 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

DISCRECIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

- EL PRINCIPIO DE NECESIDAD DE LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA COMO POTESTAD DE *ULTIMA RATIO* 129
Jaime Arancibia Mattar
- LA OBLIGATORIA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: FUNDAMENTOS, ALCANCES Y APLICACIONES 149
Alejandro Cárcamo Righetti
- EL PROBLEMA DE LA DISCRECIONALIDAD EN LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN. SU CONTROL A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD 167
Fabián Huepe Artigas

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

- LOS PRINCIPIOS Y REGLAS COMUNES AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 189
Eduardo Cordero Quinzacara
- ¿PREScripción o DECAIMIENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR?; EL CASO DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA 217
Eugenio Evans Espíñeira y Domingo Poblete Ortúzar
- LA ARTICULACIÓN DE LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y JURISDICCIONALES EN LA APLICACIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL DERECHO CHILENO: PODERES DISTINTOS, PERO COMPLEMENTARIOS 239
Juan Carlos Ferrada Bórquez
- FUNCIÓN FISCALIZADORA Y POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO 263
Juan Carlos Flores Rivas
- PROCEDIMIENTOS DE FISCALIZACIÓN/SANCIÓN Y LEY N° 19.880: ¿SUFICIENCIA DE LA SUPLETORIEDAD? 283
José Luis Lara Arroyo
- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR EN LA LEY N° 19.880 301
Flavio Quezada Rodríguez
- DEBIDO PROCESO Y LITIGACIÓN PÚBLICA: PROBLEMÁTICAS RELATIVAS A LA PRUEBA EN LO SANCIONATORIO ADMINISTRATIVO 325
Miguel Ángel Reyes Poblete

- NOTAS SOBRE EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 343
Cristian Román Cordero

SANCIONES Y CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

- SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN EL CONTRATO DE CONSTRUCCIÓN DE OBRA PÚBLICA 361
Pablo Alarcón Jaña
- NATURALEZA JURÍDICA Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA BAJO LA LEY N° 19.886: VISIÓN CRÍTICA DE UNA ASENTADA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA 369
José Luis Lara Arroyo y Luis Eugenio García-Huidobro Herrera
- INTERROGANTES RELACIONADAS CON LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y, PARTICULARMENTE, EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA 401
Domingo Hernández Emparanza
- LOS CONVENIOS MARCO: NATURALEZA, POTESTAD SANCIONADORA Y DEBIDO PROCESO 425
Francisco Santibáñez Yáñez

SANCIONES DISCIPLINARIAS

- LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA EN LA JURISPRUDENCIA CONTRALORA 439
Gabriel Celis Danzinger
- LA POTESTAD DISCIPLINARIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO SANCIONADOR 459
Patricio Latorre Vivar
- VISIONES JURISPRUDENCIALES CONTRAPUESTAS (SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA, DICTÁMENES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA Y APRECIACIONES SOBRE LA EXIGENCIA DEL DECRETO SUPREMO DE REHABILITACIÓN) 489
Julia Poblete Vinaixa
- UNA MIRADA DESDE LA CONSTITUCIÓN A LA POTESTAD DISCIPLINARIA Y A LA FACULTAD REHABILITADORA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA 515
Sebastián Soto Velasco, José Miguel Aldunate Huidobro y María José Espejo Torico

SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y PENALES

- DE LA ADMINISTRATIVACIÓN DEL DERECHO PENAL A LA CRIMINALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. LO CUALITATIVO Y CUANTITATIVO, COMO ZONAS..... 541
Rafael Collado González
- ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA, PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO-ADMINISTRATIVO Y PROCESO PENAL: ALGUNAS NECESIDADES DE COORDINACIÓN LEGAL..... 567
Héctor Hernández Basualto
- EL MARCO LEGAL ADMINISTRATIVO-SANCIONATORIO: HACIA UNA CONCEPCIÓN DIFERENCIADA DE LA TIPICIDAD..... 587
Fernando Londoño Martínez

SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN ÁMBITOS ESPECÍFICOS

- REGLAS PARA LA IMPOSICIÓN DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA AMBIENTAL 609
Jorge Bermúdez Soto
- EL “SECUESTRO DE BIENES” COMO PRIMERA SANCIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE CHILE 633
Gabriel Bocksang Hola
- LA POTESTAD SANCIONADORA DEL CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA..... 651
Miguel Ángel Fernández González
- LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y EL EJERCICIO DE LAS POTESTADES SANCIONADORAS DE LA SUPERINTENDENCIA DE MEDIO AMBIENTE..... 663
Jessica Fuentes Olmos
- ¿PRIVATIZACIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO? PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO A PROPÓSITO DE UNA NOVEDOSA JURISPRUDENCIA 677
Enrique Sepúlveda Rodríguez y Francisco Zúñiga Urbina
- POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN ELECTRICIDAD, MINAS Y AGUAS 701
Alejandro Vergara Blanco

PRESENTACIÓN

El presente libro recoge los trabajos presentados en las Décimas Jornadas de Derecho Administrativo, dedicadas a “La potestad sancionadora de la Administración del Estado: fundamentos, alcances y aplicaciones”. Esta actividad, organizada por la Asociación de Derecho Administrativo y la Universidad de los Andes, se realizó los días jueves 21 y viernes 22 de noviembre de 2013, y convocó a cerca de cuarenta especialistas de Derecho Administrativo, Constitucional y Penal.

La alta convocatoria de juristas y de público asistente a las jornadas, así como la variedad de los temas tratados, dan cuenta del enorme interés que suscita esta potestad administrativa que se ejerce ante las infracciones al ordenamiento jurídico.

Los textos han sido agrupados en torno a los problemas jurídicos que actualmente enfrentan las sanciones administrativas. Específicamente, el libro aborda la aplicación de las sanciones en un Estado de Derecho, las exigencias de legalidad y tipicidad, la discrecionalidad y la proporcionalidad del castigo, así como el procedimiento administrativo sancionador, el control de los tribunales de justicia, la aplicación de multas en los contratos del Estado, la relación entre sanciones y penas, y su aplicación en ámbitos específicos.

El debate académico sobre estos temas no es ajeno al momento histórico en que se produce. Si bien las sanciones administrativas se remontan a los albores del Chile republicano, su aplicación en el contexto social, institucional y económico actual exige una revisión mayor.

En las últimas décadas, ha aumentado el interés público en el cumplimiento de los deberes de justicia comutativa en las relaciones mercantiles, y en la prevención de peligros inaceptables en ámbitos de interacción social. Esto se ha traducido, en primer lugar, en la regulación legal de deberes contractuales más allá de la codificación civil y comercial, por ejemplo, en materia de consumo de bienes y en la provisión de servicios públicos por parte de privados (cfr. sanitarios, eléctrico, telecomunicaciones, etc.). Se ha expresado, también, en la imposición de deberes conductuales en ciertas actividades, como medio para controlar riesgos y lesiones y, de esta forma, maximizar el ejercicio de libertades, derechos y posibilidades de interacción (cfr. medio ambiente, libre competencia, mercado de valores).

obra, las que se descontarán del estado de pago siguiente al de la aplicación de la multa. Si las bases administrativas no han fijado el porcentaje de la multa, ésta corresponderá a la indicada en el inciso anterior, calculada sobre el monto total de la parcialidad atrasada. La multa total no podrá exceder del 15 % del valor del contrato en los términos definidos en el inciso 1º de este artículo. Sin perjuicio de la aplicación de las multas dispuestas en los incisos anteriores, se podrá imponer al contratista cualquiera otra de las sanciones establecidas en este reglamento”.

Con respecto a las multas que el MOP puede cursar, establece el Reglamento un breve procedimiento administrativo para su aplicación. En el efecto, el artículo 165 dispone que:

“(...) La aplicación de las multas estipuladas en este reglamento y las dispuestas en el contrato, se efectuará por la Dirección administrativamente, previo informe del inspector fiscal, sin forma de juicio, se comunicará por escrito al contratista y ellas se deducirán de los estados de pago, de las retenciones hechas al contratista o de la garantía, si aquellas no fueran suficientes (...)”.

IV. CONCLUSIONES

La potestad sancionadora de la Administración/MOP, en el marco de la relación jurídica bilateral que surge en el contrato de construcción de obra pública, encuentra su justificación en los poderes de dirección, control y fiscalización que el ordenamiento jurídico le otorga al Estado para lograr la plena satisfacción de la necesidad pública mediante la ejecución de dicho contrato. Ello no desvirtúa el principio de igualdad de los contratantes, sino que forma parte de la legalidad dinámica en que consiste este contrato administrativo, en el cual no hay una contraposición de fines entre el particular y el Estado/MOP, sino más bien una adecuación permanente (justicia contractual), en las prestaciones recíprocas¹². Mas, dicha potestad sancionadora, para cumplir el estándar de juridicidad que le demanda nuestro ordenamiento jurídico, deberá ajustarse, en su aplicación, al principio de legalidad y de proporcionalidad, so pena de incurrir en un acto arbitrario que afecte al contratista particular¹³.

¹² En este sentido, SOTO KLOSS, ob. cit nota 10 *supra*, p. 563.

¹³ Como bien señala BOTASSI (ob. cit. nota 11 *supra*, p. 269), (...) “La potestad sancionadora no es otra cosa que un correlato del poder de control y dirección reconocido al Estado-contratante. Pero para que esa posición de superioridad sea, precisamente, *jurídica* (en lugar de despótica y arbitraria), debe reconocer una fuente legítima y no puede ceñirse a la voluntad omnímoda del funcionario de turno (...).” Y agrega a continuación, “(...) Las sanciones contractuales deben guardar razonable proporción con la entidad del incumplimiento y los jueces pueden y deben reducirlas a sus justos límites (...).”

NATURALEZA JURÍDICA Y PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA BAJO LA LEY N° 19.886: VISIÓN CRÍTICA DE UNA ASENTADA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

*José Luis Lara Arroyo**

Profesor de Derecho Administrativo
Pontificia Universidad Católica de Chile
Universidad de los Andes

*Luis Eugenio García-Huidobro Herrera***

Profesor del Diplomado en Contratación Administrativa y Compras Públicas
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

“Si el contrato –reflexiona Abeliuk– es un acuerdo de voluntades, no puede haberlo cuando una de las partes se impone a la otra, o sea, cuando el convenio no deriva de la libre discusión de los contratantes, sino de la imposición unilateral de una de ellas o de la autoridad (...)”¹. En tal sentido, si bien hay quienes desde hace ya tiempo han pregonado la muerte del contrato como categoría jurídica², en la contratación administrativa resulta

* Abogado. Asociado del área de Derecho Público-Regulatorio del Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brünner.

** Abogado, Magíster en Ciencias Jurídicas y Candidato a Doctor en Derecho. Profesor de Contratación Administrativa en el Magíster en Derecho Regulatorio de la misma Universidad. Asociado Senior del área de Derecho Público-Regulatorio del Estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brünner.

¹ ABELIUK MANASEVICH, René, *Las Obligaciones*, Ed. Jurídica de Chile, quinta edición actualizada, Santiago, Chile, 2008, p 64.

² Resultan, a este respecto, ilustrativas las palabras de Gilmore, en cuanto a que “[w]e are told that Contract, like God, is dead. And so it is”, en GILMORE, Grant, *The Death of Contract*, Ohio State Press, segunda edición, Ann Arbor Michigan, EE.UU., 1995, p. 1; lo que, en todo caso, es representativo de un parecer ya asentado en el derecho administrativo del *common law* hace ya larga data: así, ya en un reporte al Congreso de los Estados Unidos de fecha 16 de Enero de 1795, Alexander HAMILTON reflexionaba sobre ello, al señalar que “[w]hen a Government enters into contract with an individual, it deposes as to the matter of the contract its constitutional authority, and exchanges the Character of Legislator for that of a moral Agent, with the same rights and obligations as an individual. Its promises may be Justly considered as excepted out of its power to legislate, unless in aid of them. It is in Theory impossible to reconcile the two ideas of a promise which obliges with a power to make a Law which can vary the effect of it. This is the great principle, that governs the question, and abridges the general right of the Government to lay taxes, by excepting out of it a species of property which subsists only in its promise”.

En lo que respecta ahora a los sistemas de raigambre continental, parte de la doctrina le ha negado incluso al contrato administrativo una naturaleza verdaderamente contractual. Así, por Ariño Ortiz señala que “(...) parece en principio incompatible la idea de contrato (es decir, de relación bilateral vinculante, libremente acordada, en un plano de igualdad) con la idea de poder público (esto es, titular o participante de la soberanía, que puede hacer valer unilateralmente su poder en cualquier momento a través de una Ley, Decreto o acto de gobierno)”. ARINO ORTIZ, Gaspar, *El Enigma del Contrato Administrativo*, Revista de Administración Pública, Número 172, enero-abril 2007, p. 79. En iguales términos, agrega Messineo que “[e]s presupuesto característico del contrato que las partes se encuentren en pie de igualdad, al menos

innegable que dicha precaria contradicción es, a fuerza de realidad, de una incuestionable actualidad en el tráfico contractual administrativo.

En efecto, como ha tenido oportunidad de dictaminar la Contraloría General de la República, “(...) en los contratos administrativos cuyo fin directo e inmediato es de carácter público, la Administración posee ciertas potestades exorbitantes, que difieren de las del derecho común por encontrarse comprometido el interés colectivo, tales como la facultad de elaborar las bases de licitación, de dirigir e inspeccionar el cumplimiento del contrato, de modificar las obras, ya sea disminuyendo, aumentando las partidas o introduciendo obras extraordinarias (...)”³. De esta manera, una de las características distintivas del contrato administrativo –resultado de la especial condición de una de las partes– es la presencia de las denominadas cláusulas exorbitantes, es decir, aquellas “(...) que recogen el interés público que orientan su celebración, interpretación y ejecución, alterando el principio de igualdad que ordinariamente gobierna las convenciones que suscriben los particulares y que se sujetan al derecho común”⁴. Ello es consecuencia necesaria de la naturaleza misma de los contratos administrativos, en especial si se considera que éstos constituyen “(...) convenciones sujetas a un régimen especial de Derecho Público orientadas a privilegiar el interés general que encarna el servicio público por sobre el interés particular del contratista, lo que explica que se tipifique una relación de desigualdad o subordinación entre las partes –y no de coordinación o de igualdad como acontece en el Derecho Privado–, lo que, a su vez, se materializa en el ejercicio de potestades a favor de la Administración y en la tipificación de deberes y obligaciones respecto del contratista”⁵.

Es, dentro de este contexto, que aprovechamos esta oportunidad para revisar y discurrir acerca de –la que pareciera ser– una asentada jurisprudencia de la Contraloría, consistente en asimilar las multas aplicadas en el marco de contratos administrativos celebrados al amparo de la Ley N° 19.886 sobre Base de los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicio (en lo sucesivo, la “Ley N° 19.886”) a la institución civil de la cláusula penal, por tratarse ésta –en nuestra opinión– de una doctrina errónea y distante de la noción de justicia que subyace en todo contrato administrativo.

desde el punto de vista jurídico (...). Lo que lleva a excluir que se tenga contrato cuando el Estado (u otra administración pública), fuera de la que sea su actividad de sujeto de derecho privado, entre en relaciones patrimoniales con particulares, ejercitando su propia potestad de imperio, e imponga a éstos un determinado comportamiento”, en MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial, tomo IV*, Ediciones Jurídicas Europa América, octava edición, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 435.

³ Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 16.307 de 2008 y 22.640 de 2009.

⁴ Considerando 2º de la sentencia González Carvajal, Ariel con Ilustre Municipalidad de Coquimbo (2002). En igual sentido, considerando 9º de la sentencia S.E.C.S.A. con Ilustre Municipalidad de Melipilla (2011).

⁵ SILVA CIMMA, Enrique, *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes*, Ed. Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 2001, pp. 165-166.

Lo anterior es particularmente importante por tres razones. En primer lugar, históricamente la Contraloría ha cumplido un rol fundamental en la defensa de los derechos de las personas frente a posibles arbitrariedades e ilegalidades en el proceder de la Administración⁶. Empero, la sustentada interpretación se traduce en la más completa indefensión de los contratantes que colaboran con la Administración del Estado en la satisfacción de las necesidades públicas, frente a las sanciones impuestas por ésta⁷. En segundo lugar, no obstante tratarse de un asunto de gran trascendencia y actualidad dentro de la actividad contractual de la Administración del Estado, existe prácticamente un nulo tratamiento legislativo y doctrinario en nuestro medio sobre esta problemática. Hacen eco, entonces, las palabras de Martín-Retortillo Baquer, en cuanto a que “(...) sorprende la escasa atención, por no decir el vacío total, que las grandes leyes administrativas generales le dedican al tema de las multas”⁸. Finalmente, consideramos que urge encontrar una pronta solución a lo que probablemente constituirá un obstáculo en el corto plazo para contratar con la Administración, a fin de continuar propiciando el desarrollo constante y exponencial que la actividad bilateral de la Administración ha ido experimentando año tras año, al menos desde una perspectiva cuantitativa⁹.

⁶ Así lo ha señalado en diversas oportunidades el actual Contralor General de la República. Por señalar tan sólo un ejemplo, con motivo de la cuenta pública de la Contraloría correspondiente al año 2012, éste expresó: “La función jurídica que realiza la Contraloría General consiste en velar por el cumplimiento unitario y coherente del ordenamiento jurídico por parte de la Administración del Estado, ya sea realizando un control previo de sus actos como también pronunciándose respecto de la interpretación y aplicación de normas. Esto tiene por objetivo proteger los derechos individuales de las personas, la observancia de las normas jurídicas por parte de la Administración del Estado y el resguardo del patrimonio público y de la probidad administrativa”. Disponible en:

http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2>ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Destacados/Cuenta_Publica/2012/CuentaPublica2012.pdf, en Gestión Institucional, en A. Función Jurídica, p. 3.

⁷ No debe menospreciarse, en esta primera razón, la fundamental trascendencia que reviste la jurisprudencia de la Contraloría en el actuar administrativo: los dictámenes emanados de ésta, constituyen mayoritariamente lo que recibe el nombre de jurisprudencia administrativa, la que, por su especial naturaleza, presenta una característica especialísima, esto es, su naturaleza vinculante. En palabras de Silva Cimma: “Importa precisar aquí, que los dictámenes evacuados por la Contraloría General de la República, son obligatorios para los Servicios que los solicitan. Naturalmente que ello, no inhibe a este Organismo para que pueda variar sus dictámenes cuando a su juicio las circunstancias en uno y otro caso no sean las mismas, o el ángulo desde el cual interpreta las leyes, sea diferente”, SILVA CIMMA, Enrique, *La Contraloría General de la República*, Ed. Imprenta Nascimento, primera edición, Santiago, Chile, 1945, p. 231. A esta conclusión puede llegarse de la lectura de los artículos 6º inciso final y 19 de la Ley Orgánica Constitucional de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República. El primero de ellos prescribe: “De acuerdo con lo anterior, sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere al artículo 1º”. Por su parte, el segundo ordena que: “Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría que no tienen o no tengan a su cargo defensa judicial, quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría, cuya jurisprudencia y resoluciones deberán ser observadas por esos funcionarios. El Contralor dictará las normas del servicio necesarias para hacer expedita esta disposición”.

⁸ Citado en LORENZO DE VIEGA JAIME, Susana, *Sanciones Administrativas*, Julio César Faira-Editor, primera edición, Montevideo, Uruguay, 1996, p. 62

⁹ Considérese que, tan sólo en el año 2012, en el portal electrónico de la Dirección de Compras y Contratación Pública, 850 órganos públicos celebraron contratos administrativos con 112.636 proveedores, por montos que ascendieron a la suma de US\$ 9.123.835.026. Información disponible en: <http://www.chilecompra.cl/index>.

De esta manera, y a fin de circunscribir nuestras reflexiones, nos abocaremos a una especial esfera del ámbito contractual público y, específicamente, a tratar lo referido a la naturaleza jurídica de las multas aplicadas en el desarrollo de contratos administrativos celebrados al amparo de la Ley N° 19.886 y, con posterioridad, a la entidad de las multas aplicadas por la Administración del Estado frente a incumplimiento o retrasos de los proveedores en sus obligaciones contractuales.

II. POSICIÓN DE LA CONTRALORÍA RESPECTO DE LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

A. La cuestionada Jurisprudencia Administrativa

Según se adelantó precedentemente, la Contraloría General de la República en forma reiterada ha dictaminado, respecto de las multas que fueron procedentes de aplicar en el contexto de la contratación administrativa, que “(...) el fundamento que las origina es el incumplimiento contractual y no una infracción, por lo que no revisten la naturaleza de sanción administrativa. Más bien se trata de una consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, correspondiendo a la mera ejecución de las estipulaciones de tales acuerdos de voluntad y no implica el ejercicio del ius puniendo potestad sancionatoria del Estado”¹⁰. En igual sentido, ha resuelto que “(...) la aplicación de las multas estipuladas en los contratos por incumplimiento de las obligaciones de las partes, no constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, sino que corresponde a la mera ejecución de las estipulaciones de tales acuerdos de voluntad”¹¹. Por consiguiente, agrega la Contraloría, la obligación accesoria nacida con motivo de esta cláusula penal “(...) no constituye una multa administrativa que pueda imponerse unilateralmente por la autoridad, toda vez que ello requiere de una norma legal que la autorice”¹².

Como consecuencia de ello, el establecimiento de cláusulas contractuales que recojan un régimen de multas a aplicar por la Administración frente a incumplimientos o retardos, se ha asimilado a la institución civil de la cláusula penal, que trata nuestro Código Civil en el Título XI de su Libro IV. En tal sentido, se ha resuelto que “(...) las estipulaciones contractuales que contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal, la que se encuentra definida

[php?option=com_content&view=article&id=1371:mas-de-112-mil-proveedores-hicieron-negocios-a-traves-de-chilecompra-el-2012&catid=301&Itemid=1048](#)

¹⁰ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 34.523 de 2013. En igual sentido, Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 65.248 de 2011; 8.297 y 21.035, ambos de 2012; y, 4.508 de 2013.

¹¹ Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 4.508, 8.297, 21.035, 50.606 y 73.867, todos de 2012.

¹² Dictamen de la Contraloría General de la República N° 31.616 de 1989.

por el Código Civil en su artículo 1535 (...), disposición que se aplica supletoriamente a las contrataciones regidas por la Ley N° 19.886 según lo prevé su artículo 1º antes aludido”¹³.

Esta cláusula penal, que supuestamente recogerían los contratos administrativos celebrados al amparo de la Ley N° 19.886, establece como penalidades valores determinables que se devengarán progresivamente en razón de un factor temporal. En dicho contexto, se ha señalado que “(...) ni en las bases ni en el contrato se contempló un valor determinado para las multas que se aplicarían al proveedor que pueda estimarse desproporcionado o exorbitante, pues sólo se establece un mecanismo de cálculo que sirve para fijarlas y que depende de la cantidad (...) que no se entreguen oportunamente y de los días de atraso imputables al contratista. En efecto, las multas se previeron para el caso de retardo en el cumplimiento de la obligación de entregar los bienes, las que se van devengando progresivamente de acuerdo a la cantidad de tiempo que transcurra después del incumplimiento. Esta cláusula penal moratoria progresiva tiene como finalidad, de acuerdo a lo señalado por el servicio en su informe, evitar incumplimientos en los plazos de entrega y sancionar el atraso”¹⁴.

Lo anterior es rico en consecuencias: particularmente, en lo referido a la entidad de las multas, se ha decretado que corresponde “(...) a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre las controversias que puedan originarse entre las partes relacionadas con los montos a que asciendan las mismas –en referencia a las multas– o al de los perjuicios que haya ocasionado”¹⁵; o, en términos similares, que “(...) conforme con lo previsto en el artículo 1544 del Código Civil, que regula la cláusula penal enorme, corresponde a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la materia y moderarla en caso de estimarse desproporcionada”¹⁶.

Por consiguiente, a juicio de la Contraloría, toda controversia que tenga lugar con motivo de la cuantía de las multas constituye un asunto litigioso, constituyendo así una causal impeditiva en su ámbito competencial¹⁷ y que, en consecuencia, deberá ser resuelto por la judicatura en conformidad a las reglas de la cláusula penal enorme, que recoge el artículo 1544 del Código Civil, cuyo texto es del siguiente tenor:

“Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una

¹³ Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 34.523 y 47.611, ambos de 2013. En igual sentido, Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 30.642 de 1989; y, 5.287 y 6.010, ambos de 1992.

¹⁴ Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 34.523 y 47.611, ambos de 2013.

¹⁵ Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 65.248 de 2011 y 8.297 de 2012.

¹⁶ Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 34.523 y 47.611, ambos de 2013.

¹⁷ Ello, toda vez que el inciso 3º del artículo 6º de la Ley Orgánica Constitucional de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República prescribe: “La Contraloría no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que son de la competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que, con respecto a materias judiciales, reconoce esta ley al Contralor”.

cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al doble de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que excede al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarlas, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.

B. Sustento Jurídico de la Jurisprudencia Administrativa

Para una mayor comprensión de lo expuesto precedentemente, corresponde que nos detengamos, aun someramente, en dos elementos sobre los cuales se construye normativamente esta posición jurisprudencial:

a) Aplicación supletoria del Derecho Privado:

Debemos tratar, en primer orden de ideas, lo referido a la procedencia y aplicación de normas civiles a un contrato de naturaleza administrativa. Al respecto, conviene tener presente que, según dispone el inciso 1º del artículo 1º de la Ley N° 19.886:

"[l]os contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquellas, las normas del Derecho Privado" (lo subrayado es nuestro).

Dicho precepto no hace sino reconocer una realidad innegable de la actividad bilateral de la Administración del Estado en nuestro país, ya que, como reconoce Moraga Klenner, “(...) ningún contrato administrativo queda sujeto únicamente al Derecho Público, sino que en un mayor o menor grado, y según los casos, queda sujeto al Derecho Privado y, particularmente, a ciertos medios e instrumentos que contempla esta rama del Derecho en materia de contratación y que, con las adaptaciones que cada caso merece, la Administración las aplica a sus contratos”¹⁸. Empero, no debe, como consecuencia de aquello, desatenderse al tenor literal de la norma: sólo frente a un vacío en las disposiciones de la Ley N° 19.886, en sus principios informadores o en su Reglamento, puede aplicarse al contrato administrativo supletoriamente –es decir, “[q]ue suple una falta”¹⁹, o, en otras palabras, frente al vacío legal de norma específica– las normas generales de Derecho Público y, sólo en

defecto –entendida esta locución preposicional como “[l]a falta de algo, especialmente de algún requisito”²⁰– de aquéllas, las normas de Derecho Privado.

Existirá, entonces, aplicación de Derecho Privado como ley sustantiva de un contrato administrativo a través de un proceso previo de integración de la norma suplida, únicamente cuando no sea posible recurrir siquiera a principios de la contratación administrativa o a norma alguna del *ius publicum*. De esta manera, únicamente podrá requerirse la intervención de normas privadas en carácter de *última ratio*.

b) Naturaleza Jurídica de las Multas Contractuales:

Aceptada que sea, por la Contraloría General de la República, la procedencia de las normas privadas como estatuto aplicable a la relación contractual administrativa, corresponde referirnos a la cláusula penal, en tanto así califica jurídicamente la Contraloría las multas contractuales y es a esta institución civil a la que recurre este Órgano de Control para resolver los reproches de legalidad formulados por particulares afectados con motivo de la imposición de éstas. Esta cláusula, cuyo origen se remonta a la *stipulatio poenae* romana, ha sido definida en el artículo 1535 del Código Civil como:

"(...) aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal".

Por su parte, nuestra doctrina la ha definido como “(...) la evaluación convencional y anticipada de perjuicios que hacen las partes (...)”, definición que, como precisa Abeliuk, “(...) peca por considerar sólo el aspecto indemnizatorio de la estipulación sin detenerse en otro que es tan importante como éste: su calidad de caución”²¹ y de pena civil, agregamos nosotros. En términos similares, Kemelmajer la conceptualiza como un “(...) negocio jurídico o una convención o estipulación accesoria por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no cumple lo debido o lo hace tardía o irregularmente”²².

De las definiciones que hemos esbozado, se extraen como característica primordial de la cláusula penal, en primer lugar, el que ella constituye un elemento accidental del contrato –sin perjuicio que, como señala Somarriva, “el nombre de la institución no debe inducir al engaño de creer que ella sólo puede estipularse en el contrato cuyas obligaciones está garantizando. Quizá esto sea lo más corriente, pero nada obsta a que se pacte con poste-

¹⁸ MORAGA KLENNER, Claudio, *Tratado de Derecho Administrativo, tomo VII, La Actividad Formal de la Administración del Estado*, Ed. Abeledo Perrot, primera edición, Santiago, Chile, 2010, pp. 341-342.

¹⁹ Primera acepción de la voz ‘supletorio’ del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésimo segunda edición.

²⁰ Acepción respectiva de la voz ‘defecto’ del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésimo segunda edición.

²¹ ABELIUK, ob. cit., p. 889.

²² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La Cláusula Penal*, Ediciones Depalma, primera edición, Buenos Aires, Argentina, 1981, p. 17.

rioridad a la celebración del contrato principal”²³, en cuyo caso constituirá propiamente una convención–, es decir, es de “*aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, que se le agregan por medio de cláusulas especiales*”, al tenor del artículo 1444 del Código Civil. Por consiguiente, no se presume, sino que, por el contrario, requiere de acuerdo expreso de las partes contratantes. Y es que, como agrega Ducci, “[s]on elementos que no son ni de la esencia ni de la naturaleza del acto, es decir, no son necesarios ni para su existencia ni para su validez, pero que las partes pueden agregar estipulándolos expresamente”²⁴.

Enseguida y como consecuencia de lo anterior, puede predicarse la naturaleza convencional de la cláusula penal, ya que requiere del acuerdo de voluntades de las partes contratantes. Es en tal sentido que prescribe el artículo 1542 del Código Civil:

“Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado (...).”

En tercer lugar, destaca también el carácter condicional de la misma, por cuanto la procedencia de la pena estipulada dependerá del acaecimiento de un hecho incierto y futuro, consistente en el incumplimiento o retardo del deudor de la prestación debida. Ello se extrae del artículo 1537 del Código de Bello, cuya primera parte dispone:

“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal (...).”

Finalmente, puede también atribuirse a la cláusula penal, como característica distintiva, el carácter accesorio que presenta con respecto a la obligación principal que garantiza. De esta forma, “[l]a extinción de la obligación principal por cualquiera de los modos de extinguir las obligaciones acarrea, necesariamente, la extinción de la obligación de pagar la pena; todo ello en aplicación del aforismo que dice que lo accesorio sigue la suerte de lo principal”²⁵. Tal característica se desprende de lo preceptuado en el artículo 1536 del Código Civil, en cuanto a que:

“[l]a nulidad de la obligación principal acarrea la de la cláusula penal, pero la nulidad de ésta no acarrea la de la obligación principal”.

Ahora bien, es importante consignar que esta convención accesoria tiene, a saber, una triple finalidad²⁶:

²³ SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, Ed. Nascimento, primera edición, Santiago, Chile, 1943, p. 15.

²⁴ DUCCI CLARO, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, Chile, 2005, p. 242.

²⁵ VIAL DEL RÍO, Víctor, *Manual de las Obligaciones en el Código Civil Chileno*, Ed. Biblioteca Americana, segunda edición, Santiago, Chile, 2007, p. 278.

²⁶ Entre otros, CORRAL TALCIANI, Hernán, *La “Cláusula Penal”. Función y Eficacia del Contrato Penal en el Derecho Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 2012, p. 59; ABELIUK, ob. cit., p. 889; y, RAMOS PAZOS, René, *De las Obligaciones*, Ed. LexisNexis, primera edición, Santiago, Chile, 2004, p. 301.

- a) Es una forma de avaluar anticipada y convencionalmente los perjuicios;
- b) Sirve como una pena civil; y,
- c) Constituye una forma de caucionar la obligación principal.

Dentro de éstas, destacan principalmente el carácter resarcitorio y punitivo que cumple la cláusula penal. *“En la mayoría de los sistemas se reconoce que la institución de la cláusula penal es una figura plurifuncional, de modo que cumple normalmente tanto la función indemnizatoria como la coercitiva o punitiva, a la que pueden agregarse otras”*²⁷, precisa Corral; *“(...) la cláusula penal, al menos en nuestro ordenamiento cumple una función ambivalente, teniendo ambos caracteres importancia equivalente”*²⁸, agrega Kemelmajer.

Al respecto, conviene precisar que, aún cuando la generalidad de la doctrina explica esta institución civil desde una perspectiva indemnizatoria, nos interesa –en razón de lo que a continuación se dirá– profundizar en su función coercitiva. *“En su esencia, la cláusula penal es un recurso compulsivo ideado para obligar al deudor a cumplir con lo convenido, ante el peligro de tener que satisfacer esta pena, por lo común más gravosa que la obligación contraída”*²⁹, afirma Borda al respecto. Incluso hay quienes, como Wendt, que sostienen que la cláusula penal no tiene relación íntima alguna con los daños y perjuicios, sino que persigue sólo la finalidad de castigar al autor del hecho antijurídico, y que su alcance no está limitado por otra medida que la de su carácter penal³⁰.

Esta función afflictiva que cumple la cláusula penal encuentra un amplio fundamento normativo en los diversos artículos del Código Civil que tratan la materia y es que, en todos ellos, el legislador califica jurídicamente de pena la obligación que nace para el deudor como consecuencia del incumplimiento o retardo.

Pero, además, es justamente esta finalidad la que se vincula con el origen mismo de la institución. Y es que, como expresa Ramos Pazos, *“(...) la cláusula penal nació en el Derecho Romano con una finalidad estrictamente sancionadora, carácter que aún conserva”*³¹, lo que sustentaría desde una perspectiva histórica esta función de la cláusula penal. Función que también habría tenido un temprano reconocimiento en la legislación castellano-hispana, como lo evidencia las Siete Partidas de Alfonso X, las

²⁷ CORRAL, ob. cit., p. 47.

²⁸ KEMELMAJER, ob. cit., p. 10.

²⁹ BORDA, Guillermo, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones*, Ediciones La Ley, décimo tercera edición, Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 113.

³⁰ PEIRANO, Jorge, *La cláusula penal*, García Morales-Mercant, primera edición, Montevideo, Uruguay, 1947, p. 154.

³¹ RAMOS PAZOS, ob. cit., p. 304. En idénticos términos, precisa Corral, que *“[e]l mismo nombre y la raíz histórica de la institución indican que una de sus funciones es la de sancionar la conducta incumplidora del deudor”*. CORRAL, ob. cit., p. 16.

que definen la cláusula penal como la “(...) pena puesta a placer de ambas partes y que los hombres suelen ponerlas a veces en las promesas que hacen con el objeto de que ellas sean más firmes y mejor guardadas”³². Asimismo, la jurisprudencia nacional ha calificado también jurídicamente como una pena civil a la obligación que nace con motivo de la cláusula penal, al sentenciar que “(...) el concepto de pena civil está reconocido en dichas disposiciones –refiriéndose a los artículos 1542 y 1543 del Código Civil– y en el artículo 1535 del Código Civil, en cuanto se da derecho a exigir la pena en todos los caso en que se hubiere estipulado”³³. Tampoco puede, en concepto de la judicatura constitucional, explicarse la cláusula penal únicamente como una evaluación anticipada y convencional de perjuicios, ya que, como ha tenido oportunidad de prescribir a propósito de una prestación adeudada, “(...) ella no contempla propiamente una indemnización compensatoria –en cuanto no se vincula exactamente a la reparación del perjuicio efectivamente causado por el incumplimiento–, sino que consagra una pena civil”³⁴.

De lo anteriormente explicado, se tiene que el carácter punitivo constituye una función esencial de la cláusula penal, por cuanto de considerarse únicamente una evaluación convencional y anticipada de los perjuicios, carecería esta institución –en opinión de Peirano– de una debida autonomía, razón por lo cual, debe considerarse como una pena convencional “(...) que no tienen ninguna relación con las consecuencias patrimoniales del obrar ilícito (perjuicio o daño), sino con el mismo designio que acarrea el proceder contra derecho (infracción)”³⁵.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MULTAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Corresponde ahora analizar críticamente la naturaleza jurídica de las multas aplicadas por la Administración como consecuencia de incumplimientos contractuales de sus proveedores. En tal sentido, nuestros cuestionamientos a la doctrina sustentada por la Contraloría se refieren tanto a la naturaleza jurídica de cláusula penal que se le atribu-

³² LÓPEZ, Gregorio, *Siete Partidas del Sabio Rey Don Alfonso el Nono*, glosadas por el Licenciado Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M, Madrid, 1789, p. 805.

³³ Considerando 6º de Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del inciso primero del artículo 42 del D.FL. N° 164, de 1991(Ley de Concesiones), en relación a la causa caratulada “Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantención Track S.A.”, Rol N° 2097-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2006).

³⁴ Considerando 5º de Requerimiento de inaplicabilidad presentado por la Corte de Apelaciones de Santiago respecto del inciso 1º del artículo 42 del D.FL. N° 164, de 1991(Ley de Concesiones), en relación a la causa caratulada “Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantención Track S.A.”, Rol N° 2097-2006, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago (2006).

³⁵ PEIRANO, ob. cit., p. 174. Agrega este autor, a modo de crítica sobre el tratamiento normativo de la cláusula penal, que “(...) se desprende que no puede pretenderse dentro de la lógica de los preceptos jurídicos y sin que ello importe desfigurar y deformar tanto la idea de pena como la idea de daños y perjuicios que –como quieren muchos códigos modernos y lo pretenden muchos autores contemporáneos– una misma y única prestación sometida a un mismo y único régimen jurídico pueda, a la vez, deberse a título de pena y a título de indemnización de daños y perjuicios”.

ye a las multas contractuales, como también a los argumentos sobre los cuales ésta se construye. Para ello, necesario es tratar el reconocimiento y fundamento normativo de las multas en la Ley N° 19.886, sobre el cual debe necesariamente estructurarse toda explicación acerca de la naturaleza jurídica de las mismas.

A. Reconocimiento y Fundamento Normativo de las Multas bajo la Ley N° 19.886.

Lo primero que llama profundamente la atención en el articulado de la Ley N° 19.886 es la ausencia de un apropiado reconocimiento y reglamentación del régimen sancionatorio en la contratación administrativa. En efecto, únicamente se hace referencia a las multas en el artículo 11 de la Ley y en el artículo 23 de su respectivo Reglamento³⁶. Sobre aquello, resulta ilustrativo lo dictaminado por la Contraloría, en cuanto a que “(...) el único precepto de la Ley N° 19.886 que hace referencia a las multas por incumplimiento en las obligaciones del contratante está contenido en el inciso tercero de su artículo 11, en que se reconoce su existencia a propósito de las garantías exigidas para contratar en el ámbito de las compras públicas. A su turno, el artículo 23, N° 4, del antedicho reglamento, prescribe que los pliegos de condiciones podrán contener adicionalmente, entre otros aspectos “Cualquier otra materia que no contradiga disposiciones de la Ley de Compras Públicas y el Reglamento”³⁷.

Así, sólo se reconocería su procedencia en forma indirecta, al ser mencionadas a propósito de otras instituciones de la contratación administrativa en el caso de la Ley o, simplemente, al admitirse su procedencia por remisiones genéricas, como ocurre tratándose del Reglamento. Todavía más, frente a este vacío normativo, pareciera ser que la Contraloría entrega la regulación de las multas y sobre todo, la determinación del mecanismo para la fijación de su cuantía, a la discrecionalidad administrativa: “(...) se advierte que la decisión de incluir multas en los procesos licitatorios –y la regulación de las mismas–, es una atribución que el ordenamiento jurídico ha conferido al respectivo ente licitante, en cuyo ejercicio debe respetar las disposiciones de la Ley N° 19.886 y su reglamento, así como también los principios generales que informan la contratación pública, tales como la estricta sujeción a las bases, la igualdad de los oferentes y la libre concurrencia para participar de la licitación”³⁸.

Es a partir de este precario reconocimiento legal –si puede incluso ser calificado de tal– del que parecieran surgir las controversias respecto a la naturaleza jurídica de las multas contractuales, la que a continuación pasamos a tratar.

³⁶ Contenido en el Decreto Supremo N° 250 del Ministerio de Hacienda de 2004.

³⁷ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 48.732 de 2012.

³⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 48.732 de 2012.

B. Cuestionamientos a la explicación de la multa como Cláusula Penal

Resulta sumamente cuestionable, según hemos enunciado, encuadrar las multas emanadas de contratos administrativos dentro de la categoría jurídica de la cláusula penal. Y es que, en primer lugar, resulta a lo menos discutible la aplicación sin matiz alguno que la Contraloría General hace del Derecho Privado como *lex contractus*, sin consideración alguna de los principios y directrices sobre los cuales se sustenta la contratación administrativa. Se vulnera, así, el orden de prelación establecido en el inciso 1º del artículo 1º: en primer orden de ideas, son directamente aplicables las disposiciones y principios de la Ley N° 19.886 junto con las de su Reglamento, respetando, en todo caso, la jerarquía normativa propia de la primera. En seguida, debe preferirse recurrir a cualquier norma de Derecho Público y, finalmente, sólo en ausencia de aquéllas, podrá ser invocado el Derecho Privado.

Decimos concretamente que existe vulneración, por cuanto la aplicación del estatuto normativo de la cláusula penal sin respetar la naturaleza, características y particularidades del Derecho Público, supone la vulneración de ciertos principios rectores de la contratación administrativa. En efecto, ello implica desconocer un concepto nuclear de la esencia misma de todo contrato administrativo: la colaboración existente entre las partes contratantes. Y es que, a diferencia de lo que ocurre en la contratación privada, enseña Soto Kloss, “(...) quien contrata con la Administración para realizar prestaciones por medio de las cuales ella va día a día satisfaciendo esas necesidades públicas, deviene más que una contraparte –con intereses contrapuestos– un colaborador, asociado a la referida misión de satisfacer aquellas”³⁹. Agrega Moraga Klenner, en este mismo sentido, que “(...) en todo contrato que celebra la Administración, ésta, más que buscar una contraparte, busca a un agente colaborador con quien desarrollar una asociación pública-privada de mediano o largo alcance, y procura, en su intermedio, la consecución de un fin público, que obligadamente se halla en todo contrato que celebra la Administración”⁴⁰. Desaparece, así, la idea de comutación y se sustituye por la de colaboración en la satisfacción de la necesidad pública que motiva la celebración del contrato. Colabora el particular y socorre a la Administración en el cumplimiento de la función pública que pesa sobre ella. De ahí que se hable, entonces, de la actividad bilateral de la Administración.

Por consiguiente, en todo contrato administrativo, más que la conjunción de intereses contrapuestos, existe una colaboración en que el particular actúa en calidad de auxiliar de la Administración a cambio de una justa remuneración. El contrato ya no es entonces simplemente un acuerdo de voluntades, sino, sobre todo, un acto de colaboración en el que quien contrata con la Administración es remunerado por su colaboración en la satisfacción de las necesidades públicas, al no ser ésta una carga pública.

³⁹ SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*, Abeledo Perrot Thomson Reuters, tercera edición, Santiago, Chile, 2012, p. 561.

⁴⁰ MORAGA, ob. cit., 285.

Ahora bien, como consecuencia de lo anterior y a fin de no desalentar la colaboración de particulares, existe “(...) el deber de mantener el equilibrio económico-financiero de las prestaciones reciprocas que se deben las partes contratantes y de indemnizar al contratante privado, incluso en ciertas hipótesis de responsabilidad sin culpa de la Administración”⁴¹, entre los cuales pueden incluirse hechos de la autoridad administrativa, aunque siempre distinta de la que contrata⁴².

Pero este intercambio recíproco que constituye el contrato administrativo, respecto del cual debe existir siempre un equilibrio económico-financiero, pareciera repudiar cualquier situación en que se produzca una asimetría considerable en las prestaciones. Ello que, sin embargo, pareciera ser tolerable en el Derecho Privado es, por el contrario, inadmisible tratándose de un contrato administrativo, ya que, sólo en aquél mas no en éste, se “(...) tolera la aludida desigualdad de las utilidades que reciben las partes. Sólo en escasas hipótesis, cuando al momento de la formación del contrato se rompe violentamente el equilibrio entre el provecho económico que reporta cada uno de los contratantes, el legislador ha reaccionado mediante la institución de la lesión enorme”⁴³.

De lo dicho se tiene que, de admitir la procedencia de la cláusula penal, tal y como se encuentra normada en el Código Civil, se vulneraría la esencia misma del contrato administrativo y sus particularidades esenciales, en especial si se considera que, al tenor del artículo 1544, sería incluso admisible que el particular contratante estuviera sujeto a una pena constitutiva del doble de su obligación principal.

Sobre esto –los problemas que pueden producirse de la aplicación sin matices de las normas privadas de la cláusula penal a los contratos administrativos– reflexiona Kemelmajer, al afirmar que “(...) resulta de la simple observación que el sistema de cauciones, garantías y sanciones del derecho administrativo no se identifica con el derecho civil. Esta razón nos mueve a afirmar que las instituciones de este último –Derecho Civil– no pueden ser trasladadas sino con algún recelo al primero”⁴⁴, en referencia al Derecho Administrativo. Este recelo, al menos en nuestro ordenamiento, en caso alguno impide recurrir a instituciones del Derecho Privado, pero supone que éstas, de ser aplicadas, deben necesariamente serlo en armonía y concordancia con la naturaleza de la figura pública que normarán, razón por la cual debe desecharse la línea jurisprudencial de la

⁴¹ MORAGA, ob. cit., p. 339.

⁴² Esta revisión del precio del contrato se reconoce, por ejemplo en la Ley de Concesión de Obra Pública, contenida en el Decreto Supremo N° 900, del Ministerio de Obras Públicas, cuyo artículo 19 prescribe en su inciso 3º: “Las bases de licitación establecerán la forma y el plazo en que el concesionario podrá solicitar la revisión del sistema tarifario de su fórmula de reajuste o del plazo de la concesión, por causas sobrevinientes que así lo justifiquen, pudiendo hacerlo para uno o varios de esos factores a la vez. En los casos en que las bases no contemplaren estas materias, las controversias que se susciten entre las partes se sujetarán a lo dispuesto en el Artículo 36 de esta ley”.

⁴³ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos: Parte General*, Ed. Jurídica de Chile, cuarta edición, Santiago, Chile, 2005, p. 123.

⁴⁴ KEMELMAJER, ob. cit., p. 487.

Contraloría General de la República. Ello es de toda lógica, de considerar que su admisión y la consecuencial entidad de las multas que serían procedentes en los contratos administrativos, destruirían cualquier equilibrio económico-financiero posible entre la prestación adeudada por el particular contratante y la remuneración recibida como contraprestación. Sólo señalemos, a modo ilustrativo, un ejemplo en que ello ha ocurrido: en un contrato de suministro de camisas a Carabineros de Chile en que el contratista por concepto de multas adeudaba \$ 25.605.320, en circunstancias que el valor de la obligación principal alcanzaba tan sólo la suma de \$ 15.708.785⁴⁵.

Este equilibrio prestacional exigido en todo contrato administrativo, por lo demás, no es una situación única en nuestro ordenamiento, especialmente si se considera el carácter de contrato de adhesión que le es predicable. *“Como la Administración confecciona sus pliegos de condiciones en forma unilateral y los licitadores deben formular sus propuestas con estricta sujeción a esos pliegos, el contrato administrativo tiene reconocido su carácter de contrato de adhesión a cláusulas predispuestas por la Administración”*⁴⁶, expresa Dromi. Así, por ejemplo, la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, establece en la letra g) de su artículo 16, que:

“[n]o producirán efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que: En contra de las exigencias de buena fe, atendiendo para estos efectos a parámetros objetivos, causen en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones que para las partes se deriven del contrato”.

En consecuencia, si se establecen exigencias de justicia y equilibrio prestacional en contratos de adhesión regidos por Derecho Privado, las que no pueden ser vulneradas ni aun por cláusulas penales pactadas en dichos contratos⁴⁷, no sería lógico entonces suponer que ello ocurre también en los contratos regidos por el Derecho Administrativo, los que deben necesariamente sujetarse al principio de servicialidad del Estado⁴⁸.

C. Naturaleza Jurídica de las Multas

Efectuado un cuestionamiento al sustento doctrinario sobre el cual se construye la jurisprudencia administrativa, consideramos oportuno proponer otra posible

⁴⁵ Tal es el caso que trata el reciente Dictamen de la Contraloría General de la República N° 34.523 de 2013, pronunciado con motivo de un contrato de suministro suscrito entre Carabineros de Chile y la sociedad Issa Hananía y Compañía Limitada.

⁴⁶ DROMI, Roberto, *Licitación Pública*, Ciudad Argentina Ed. de Ciencia y Cultura, segunda edición, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 247.

⁴⁷ Así, por ejemplo, considerando 7º de *Contreras Cortes con Inmobiliaria Buin Oriente Limitada* (2010).

⁴⁸ Principio constitucional reconocido en el inciso 4º del artículo 1º, al ordenar la Carta Fundamental: “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

interpretación acerca de cuál es la naturaleza jurídica de las multas impuestas por la Administración en la contratación administrativa. Contrariamente a lo delineado por la tendencia jurisprudencial de la Contraloría, consideramos que éstas constituyen en sí mismas aplicación del *ius puniendi* estatal, por tratarse de verdaderas sanciones administrativas. Son, a saber, múltiples las consideraciones que nos llevan pronunciarnos por tal conclusión.

En primer orden de ideas, debemos cuestionarnos qué es jurídicamente una multa contractual, a efectos de resolver adecuadamente este conflicto. Al respecto, puede señalarse que, en su esencia, las multas son la consecuencia que el estatuto rector de la relación jurídica –en este caso, el contrato administrativo– atribuye a una conducta ilícita. De esta manera, la multa no es más que la reacción del ordenamiento frente a un hecho antijurídico, a fin de restablecer el equilibrio vulnerado con motivo del incumplimiento o retardo contractual.

Pero además, tal afirmación es predicable de la multa con indiferencia de si la finalidad buscada por la Administración a través de la imposición de una multa es indemnizatoria o coercitiva, ya que ambas hipótesis constituyen reacciones que el Derecho –con indiferencia de si es Privado o Público– atribuye a un obrar ilícito, sea para reparar a la víctima de los perjuicios experimentados, sea para sancionar la conducta en sí misma. Sin perjuicio de ello, pareciera existir consenso en la escasa doctrina que sobre el asunto se ha pronunciado acerca de la ausencia de un carácter indemnizatorio buscado a través de la imposición de las multas contractuales. Ello, por cuanto, “[l]o esencial en el contrato administrativo no es castigar al cocontratante por sus faltas, sino asegurar la realización del servicio, de la obra, del suministro, o de la satisfacción de la necesidad pública (...). Es decir, la finalidad de las mismas no es el castigo sino, por el contrario, el aseguramiento de que el contratista efectúe las prestaciones a que se ha comprometido por el contrato”⁴⁹, como explica Farrando. Lo anterior, señala Marienhoff, se explica de considerar que “[d]ichas multas sólo tienen en cuenta el acto mismo del incumplimiento, pero sin tomar en consideración lo atinente a daños y perjuicios, (...) de manera que las multas, propiamente dichas, sancionan conductas o comportamientos: no tienen en cuenta, en modo alguno, daños y perjuicios”⁵⁰. Sólo así se explica el que, en la práctica administrativa, no exista consideración alguna en la determinación de la cuantía de la multa, la existencia o entidad de los perjuicios o daños que produce a la Administración el retardo o incumplimiento contractual.

⁴⁹ FARRANDO, Ismael, *Contratos Administrativos*, Ed. Abeledo Perrot, primera edición, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 570. En idénticos términos, Sayagués señala que “[e]n la contratación administrativa lo fundamental es que el particular cumpla, sobre todo en los contratos estrechamente vinculados a la ejecución de los servicios, y por ello las sanciones se inspiran en esa finalidad”. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I*, Ed. Martín Bianchi Altuna, primera edición, Montevideo, Uruguay, 1953, p. 573.

⁵⁰ MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III-A*, Ed. Abeledo Perrot, cuarta edición, Buenos Aires, Argentina, 1998, p. 413.

En seguida, sustenta nuestra posición el que la relación contractual se encuentra necesariamente sujeta al Derecho Público. Y es que constituye una característica de todo contrato, y particularmente de aquellos celebrados al amparo de la Ley N° 19.886, el que “*[s]e rigen por normas de Derecho Público que regulan la actividad del Estado y su relación jurídica con los sujetos privados, pero dotado de una superioridad normativa que lo ubica en un grado de preeminencia respecto de los particulares*”⁵¹. Así, aun cuando se trate de aquéllas de naturaleza contractual, “*(...) esas relaciones que unen al ciudadano con el Estado/Administración no son relaciones regidas por el derecho privado, no son relaciones de comutación, no persiguen los mismos intereses los sujetos coordinados por ella, es otro Derecho, que ha de tener en cuenta precisamente ese equilibrio entre la autoridad que busca el bien del todo y el ciudadano que busca su propio bien, pero sin daño de tercero (individuo o comunidad)*”⁵².

Debe tenerse presente que esta última característica reseñada –el *ius publicum* como estatuto normativo del contrato y de la relación entre las partes contratantes– permite explicar gran parte de las particularidades propias del contrato administrativo y, en especial, lo referido al régimen de las cláusulas exorbitantes⁵³. Al respecto, la Corte Suprema ha sentenciado que, como característica distintiva de la contratación pública: “*(...) la Administración tiene diferentes potestades, facultades, prerrogativas de las cuales las partes carecen, por lo general, en el derecho privado, por lo que se les denomina exorbitantes, entre las que se mencionan los poderes de dirección, fiscalización, control, interpretación, unilateral, revocación, anulación, variación, resolución, terminación, sancionatorio y ejecutividad de las decisiones adoptadas, sin perjuicio de la revisión judicial, en su caso. Estos poderes se encuentran regidos por el Derecho Público*”⁵⁴. De esta manera, como también agrega la doctrina⁵⁵, dentro de las prerrogativas que configuran esta supraordenación que la Administración detenta dentro de la relación contractual, destaca una potestad sancionadora, que se ejerce fundamentalmente en su modalidad correctiva, a través de la imposición de multas contractuales.

Por tanto, parece cuestionable que la Administración no ejerza una potestad que constituya manifestación de *ius puniendi* estatal, si se tiene presente que se está aplicando una multa en virtud de la potestad sancionadora que se le atribuye a la Administración

como una más de las distintas cláusulas exorbitantes del contrato administrativo y que se ejerce como consecuencia de la comisión de un hecho antijurídico en el contexto de una relación de Derecho Público. Así, por lo demás, lo ha resuelto la jurisprudencia, al señalar que “*(...) la sanción de multa es una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, aun cuando la infracción que la causa se configure por el incumplimiento de algún deber cuyo origen puede hallarse en un vínculo contractual preexistente entre la Autoridad Administrativa y un particular, puesto que no cabe duda que aquí a la Administración se le reconoce ab initio una potestad de autotutela mediante la imposición de consecuencias jurídicas destinadas a castigar determinadas conductas previamente establecidas en las Bases Generales, la cual no responde en su naturaleza a sanciones típicamente civiles, pues aquí la Administración no actúa como simple contratante que pretende una consecuencia jurídica contractual frente al particular, sino antes bien actúa como autoridad pública que tiene la potestad (por sí misma) de imponer una sanción a un particular verificando un supuesto de infracción normativo*”⁵⁶.

En este orden de ideas, debe destacarse que esta potestad sancionadora, propia del régimen contractual administrativo que ejerce la Administración, se materializa a través de un acto administrativo, en tanto constituye una exteriorización de la voluntad de la Administración⁵⁷. Se trata, además, de un acto administrativo de gravamen o de contenido desfavorable, en tanto “*(...) supone una restricción, merma o limitación en el ámbito jurídico de una persona*”⁵⁸. Y es que, dicho acto administrativo restringe derechos patrimoniales de las personas, al exigirles pagar una suma de dinero como consecuencia de un ilícito contractual. Por consiguiente, la Ley N° 19.880 sobre Base de los Procedimientos Administración exige que la dictación de dicho acto administrativo vaya precedida de un procedimiento administrativo previo⁵⁹, que la procedencia de la multa sea debidamente fundada y motivada⁶⁰ y que no tenga efecto retroactivo⁶¹.

La multa contractual será, entonces, un acto administrativo dictado por la propia Administración, que se traduce en una afectación al patrimonio de un privado en el contexto de un procedimiento administrativo de autotutela y sin necesidad de interven-

⁵¹ BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DANZINGER, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, Ed. Abeledo Perrot Thomson Reuters, tercera edición actualizada, Santiago, Chile, 2012, p. 3.

⁵² SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales, tomo I*, Ed. Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 1996, p. 37.

⁵³ Y es que, es justamente esta naturaleza pública la que justifica la existencia de dichas cláusulas, ya que, como señala Silva Cimma, “*(...) que el contrato administrativo se someta a las reglas de Derecho Público permite dar pie a la existencia de las llamadas cláusulas exorbitantes que caracterizan la esencia de estos actos*”. SILVA CIMMA (2001), ob. cit., p. 175.

⁵⁴ Considerando 14º de *Probinco S.A con Ilustre Municipalidad de Providencia* (2008).

⁵⁵ MORAGA, ob. cit., p. 338.

⁵⁶ Considerando 13º de *Reclamo de Illegalidad Interpuesto por Jorge Fonseca Dittus con Sr. Intendente de la IV Región de Coquimbo* (2011).

⁵⁷ No debe olvidarse que el inciso 2º del artículo 3º de la Ley N° 19.880 de 2003, define al acto administrativo como “*(...) las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración en los cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en ejercicio de una potestad pública*”.

⁵⁸ BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo General*, Ed. LegalPublishing, segunda edición, Santiago, Chile, 2011, 114.

⁵⁹ De acuerdo a los artículos 28 y 29 de la Ley N° 19.880 de 2003, este procedimiento podrá originarse de oficio o a solicitud de parte interesada, aun cuando normalmente tendrá lugar por iniciativa de la propia Administración.

⁶⁰ Artículo 11 inciso 2º de la Ley N° 19.880, de 2003.

⁶¹ Artículo 52 de la Ley N° 19.880, de 2003.

ción judicial, lo que –como se comprenderá– constituye una situación de suyo extraña para el Derecho Privado. Señala al respecto Farrando que “(...) la sanción contractual –al no ser automática (...)– siempre se instrumentará a través de un acto administrativo que resulte como acto final de un sumario previo que garantice el debido proceso y el derecho de defensa al sujeto pasivo de la sanción (cocontratante)”⁶². La descrita realidad, como resulta evidente, se asemeja en forma considerable a una sanción administrativa impuesta en ejercicio del *ius puniendi* estatal y no a un incumplimiento contractual.

Sustenta nuestra posición, asimismo, el que dicho acto administrativo afectará el patrimonio de un particular. Ello por cuanto, como es sabido, bajo el texto de la Constitución Política de la República, el patrimonio de una persona sólo podrá ser afectado por la imposición de una sanción⁶³, a través del establecimiento de una carga⁶⁴ o como consecuencia de un proceso expropiatorio⁶⁵. “En efecto, en nuestro régimen, un detrimiento, una lesión, sólo cabe o como expropiación, o como carga, o como sanción”, enseña Soto Kloss⁶⁶. Al respecto, resulta evidente que no puede ser calificada la multa de expropiación, por no existir ley autorizatoria ni indemnización que resarza el daño patrimonial efectivamente causado. Pero tampoco constituye una carga, en primer lugar, por cuanto la multa contractual no puede ser explicada a partir del concepto de carga pública, la que puede ser definida como “(...) todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador”⁶⁷. Y además, no ha sido esta última establecida por ley ni existe igual repartición de ella, por lo que su imposición como carga pública vulneraría el texto constitucional del artículo 19 Nº 20.

Por consiguiente, necesariamente consideramos que una multa contractual debe ser jurídicamente calificada como sanción administrativa y su imposición ser consecuencia necesaria del ejercicio de una potestad propia del *ius puniendi* de que está dotada la Administración del Estado. Así también lo ha entendido parte de la doctrina: en tal sentido, se pronuncia Corral a propósito del cobro de las garantías contractuales para hacer efectivas las multas cursadas, al señalar que “[...]a regulación normativa permite que estas multas se cobren con cargo a las garantías que el contratante particular ha constituido

para la debida ejecución del contrato, o de las retenciones que se hubieren efectuado por parte de la Administración. ¿Se presenta entonces una verdadera cláusula penal, ya que estas garantías y retenciones tienen origen contractual? Nuestra respuesta es negativa, porque el hecho que las garantías o retenciones se usen para facilitar el cobro de las multas no cambia la naturaleza de éstas, las que siguen siendo propiamente sanciones derivadas del poder punitivo del Estado y no expresión de la autonomía contractual”⁶⁸.

Asimismo, pareciera ser que también la misma Contraloría lo ha entendido así en ciertos pronunciamientos: existirían dictámenes que calificarían en forma expresa las multas contractuales como sanciones. Se ha dictaminado, en esta línea, que “(...) aunque las multas incidan en las sumas que se paguen en definitiva, por lo mismo, es improcedente considerar en ese cálculo las multas reajustadas, porque las sanciones son de derecho estricto, no correspondiendo darles otro alcance ni aplicarlas de modo diferente y más gravoso que lo especificado en la norma que las establece”⁶⁹.

Pero todavía más, las consecuencias de la conclusión a las que puede llegar a partir de este razonamiento o línea argumentativa son válidas aun si se considera que la cláusula penal da lugar a una sanción o penal civil, ya que ésta, justamente, consiste en “(...) la consecuencia establecida por el Derecho para el caso de violación de una regla jurídica: precisamente, se llama ‘sanción’ al señalamiento de las consecuencias que derivan de la inobservancia del precepto”⁷⁰. Si a ello sumamos, que ella sería impuesta por la Administración a través de un acto administrativo de gravamen, como consecuencia de un procedimiento administrativo de autotutela y que afectará finalmente el patrimonio de un particular, resulta manifiesta la necesidad de que sea observado el estatuto aplicable al *ius puniendi* estatal. Y es que, aun cuando pudiera tratarse de una sanción civil, debe ésta ser aplicada considerando las particularidades propias de la relación jurídica en que incide: quien la impone es la Administración, en un contexto de una relación jurídica regida por el Derecho Público.

D. Estatuto Normativo aplicable a las Multas Contractuales

Desechado el sustento doctrinario sobre el cual se construye la jurisprudencia administrativa, necesario es concluir que se está frente a verdaderas sanciones administrativas. Y admitido que sea ello, debe aceptarse en consecuencia que, en tanto las multas constituyen una manifestación del *ius puniendi* estatal, deben observarse las garantías y principios rectores del Derecho Penal.

⁶² FARRANDO (2002), ob. cit., p. 570.

⁶³ Artículos 19 Nº 3 y 7 de la Constitución Política de la República.

⁶⁴ Artículo 19 Nº 22 de la Constitución Política de la República, con las limitaciones establecidas en el artículo 19 Nº 20 de igual norma.

⁶⁵ Artículo 19 Nº 24 incisos 3º, 4º y 5º de la Constitución Política de la República.

⁶⁶ SOTO KLOSS, Eduardo, *El Derecho Administrativo Penal*, Boletín de Investigaciones, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Nº 44-45, 1979/1980, p. 101.

⁶⁷ EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, vol. III, Ed. Jurídica de Chile, tercera edición, Santiago, Chile, 2004, p. 285.

⁶⁸ CORRAL, ob. cit., p. 357. Así también FARRANDO (2002), ob. cit., pp. 576-577.

⁶⁹ Dictámenes de la Contraloría General de la República Nós. 8.728 de 1991, 13.350 de 1992, y 7640 de 2013.

⁷⁰ PEIRANO, ob. cit., p. 18.

Ello toda vez que la sanción administrativa constituye –como se dijo– una manifestación del *Ius puniendi* Estatal. Por consiguiente, le son aplicables con matices los principios rectores y las garantías del Derecho Penal chileno. Tal es la opinión de nuestro Tribunal Constitucional, al sentenciar que “*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado*”⁷¹ debiendo ambas ramas del Derecho “(...) ajustarse al estatuto constitucional establecido en el Nº 3º del artículo 19, en relación con lo dispuesto en los artículos 6º, 7º y 63 Nº 18, de la misma Ley Fundamental”⁷². En igual sentido, se ha resuelto que “(...) aún cuando las sanciones administrativas y las penas difieran en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionadora del Estado –el llamado *ius puniendi*– y están, con matices, sujetas al mismo estatuto constitucional establecido en el numeral 3 del artículo 19”⁷³.

De esta forma, la Judicatura Constitucional viene a confirmar múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema, la cual, desde hace ya medio siglo, viene sosteniendo que “(...) las sanciones administrativas no mudan su naturaleza de verdaderas penas por la mera circunstancia de no haber sido establecidas por leyes exclusivamente criminales, ni por el hecho de que su aplicación corresponda a organismos distintos de los tribunales de justicia”⁷⁴. Y, en concordancia con ello, la Contraloría General de la República ha dictaminado que “(...) la distinción de estos dos ámbitos sancionatorios obedece exclusivamente a un criterio cuantitativo, puesto que el ilícito administrativo, comparado con el de naturaleza penal, es un injusto de significación ético-social reducido, que por razones de conveniencia y de política legislativa se ha encargado a la Administración”⁷⁵.

⁷¹ Considerando 9º de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 26 de agosto de 1996, Rol N° 244.

⁷² Considerando 5º de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 29 de septiembre de 2009, Rol N° 1477.

⁷³ Considerando 5º de la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 27 de junio de 2006, Rol N° 480. En igual sentido, entre otras, considerando 8º de la sentencia del mismo tribunal de fecha 8 de agosto de 2006, Rol N° 479. Todo ello es rico en consecuencias, ya que, como el mismo Tribunal Constitucional ha señalado, “(...) sustancial y procesalmente, el artículo 19 Nº 3 de la Constitución tiene que ser entendido y aplicado con significado amplio y no estricto ni restrictivo, porque sólo así es posible cumplir, cabalmente, cuanto exige la serie de principios fundamentales analizados en los considerandos precedentes. Consecuentemente, cabe concluir que dentro de los parámetros de razonabilidad y legitimidad a que se hizo referencia, lo cierto e indudable es que la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos fundamentales, como asimismo, las concreciones de ese principio que aparecen en los incisos siguientes del mismo numeral, deben ser entendidas en su acepción amplia, sin reducirlas por efecto de interpretaciones exegéticas, o sobre la base de distinciones ajenas al espíritu garantista de los derechos esenciales que se halla, nítida y reiteradamente, proclamado en la Carta Fundamental vigente”. Considerando 16º de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 21 de abril de 2005, Rol N° 431.

⁷⁴ Afirmación considerada, entre otras, en las siguientes sentencias de la Corte Suprema que se pronuncian sobre recursos de inaplicabilidad, que en el entonces eran conocidos por el máximo tribunal: Alessandri Rodríguez con Dirección de Impuestos Internos (1965), Daniel Yarur (1966), Valdés Freire (1966), Banco de Crédito e Inversiones (1966), Bolumburu Pin (1966).

⁷⁵ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 28.226 de 2007.

Existe además, en gran parte de la doctrina, acuerdo en orden a que “constituye opinión generalizada la afirmación de que entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador no hay más que una diferencia cuantitativa”⁷⁶. En igual sentido, agrega Cury que “(...) la diferencia entre el ilícito gubernativo –administrativo– y el penal es exclusivamente cuantitativa. Entre ambos, efectivamente, sólo puede hacerse una distinción de magnitudes. El administrativo no es sino un injusto de poca consideración ético social que, por tal razón, sólo debe estar sometido a sanciones leves cuya imposición no requiere de las severas garantías que rodean a la de la pena penal”⁷⁷.

De esta manera, el derecho común aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en materia contractual es el Derecho Penal, ya que, como ha tenido oportunidad de sentenciar la Corte Suprema, “(...) ante la ausencia de norma expresa en el ordenamiento citado, y tratándose de disposiciones especiales, debe entenderse que en lo no contemplado expresamente en ellas, debe aplicarse supletoriamente las reglas del derecho común que, según la materia específica, correspondan. En este caso, el derecho común aplicable es el derecho penal, manifestación del mismo *ius puniendi* estatal (...), pues en la especie resulta evidente que el procedimiento infraccional persigue la sanción de una falta, en este caso por infracción al ordenamiento administrativo”⁷⁸. En iguales términos, la Contraloría ha dictaminado que “(...) dado que se trata del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, resulta necesario aplicar las normas (...) del derecho penal, pues tanto este último, como el derecho administrativo sancionador, son manifestaciones del *ius puniendi* que ejerce el Estado”⁷⁹.

Por consiguiente, deberá, siempre y en todo momento, respetarse los diversos principios y garantías rectoras del orden punitivo al aplicarse una multa con motivo de un incumplimiento contractual, tanto al dictarse el correspondiente acto administrativo de gravamen que le sirva a ésta de continente como en el procedimiento administrati-

⁷⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte General*, Grijley Ediciones, segunda edición, Lima, Perú, 2007, pp. 66-67. En la misma línea, se señala que “(...) la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales, forma parte de un genérico *ius puniendi* del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones”. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, segunda edición, Madrid, España, 1994, p. 80.

⁷⁷ CURY URZÚA, Enrique, *Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas*, Boletín de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, N° 44-45, 1979/1980, p. 89.

⁷⁸ Considerando 3º de Jara, Eduardo con Superintendencia de Electricidad y Combustibles (2009). En esta línea, se ha resuelto también que “[s]e entiende que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal tienen un origen común en el *ius puniendi* único del Estado, del cual constituyen manifestaciones específicas tanto la potestad sancionadora de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia. De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas alguno de los principios generales que informan el Derecho Penal”. Considerando 6º de Weinstein Manieu, Alejandro Esteban con Instituto de Salud Pública (2011) y considerando 6º Elias Albala Franco Laboratorio Maver Limitada, Albala Weissman Alberto con Instituto de Salud Pública de Chile (2011).

⁷⁹ Dictámenes de la Contraloría General de la República N°s. 14.571 de 2005; 30.070 de 2008; 62.188 de 2009; 24.094 de 2010; 15.335 y 32.699, ambos de 2011.

vo de autotutela que le preceda. Pero, además, deberá considerarse al Derecho Penal y no el Derecho Civil como derecho común aplicable a la actividad sancionadora de la Administración frente a incumplimientos contractuales de sus co-contratantes.

IV. PROPORCIONALIDAD DE LAS MULTAS APLICADAS POR LA ADMINISTRACIÓN

A efectos de evaluar las consecuencias de suscribir una u otra teoría acerca de la naturaleza jurídica de las multas contractuales impuestas por la Administración, creemos oportuno tratar la entidad o cuantía de las multas, que admiten las cláusulas contenidas en los Convenios Marco celebrados al amparo de la Ley N° 19.886 y que se encuentran vigentes. Particularmente, nos interesa tratar, en este acápite, una consecuencia de fundamental transcendencia, que se deriva de la naturaleza jurídica que se predique de las multas contractuales: el principio de proporcionalidad que deberá o no respetar la Administración del Estado en la imposición de éstas, así como el alcance atribuible a este deber.

A. Convenios Marco: Estado de la Cuestión acerca de las Multas

A efectos de analizar el régimen sancionador en la práctica nacional de la contratación administrativa, hemos decidido acotar nuestro estudio abocándonos únicamente a la totalidad de los convenios marco vigentes⁸⁰ a noviembre de 2013. La elección de este universo de muestra responde a diversas razones: a) la naturaleza de éstos en orden a promover la contratación masiva de bienes y servicios habitualmente demandados por la Administración; b) la celeridad de este mecanismo de contratación, que impide al co-contratante efectuar una adecuada revisión del régimen sancionatorio; c) el que una de cada cuatro compras realizadas por la Administración del Estado al amparo de la Ley N° 19.886, se efectua a través de este mecanismo.

Por lo demás, lo dicho de los convenios marco en cuanto al régimen sancionatorio resulta, en términos generales, igualmente predictable a los contratos administrativos de suministro y de prestación de servicios.

⁸⁰ A modo de digresión y para una mayor comprensión del asunto, los convenios marco pueden ser definidos –al tenor del artículo 2º numeral 14 del Reglamento– como el “*procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras y Contratación Pública, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio*”. Según consta en la historia fidedigna de la Ley N° 19.886, los convenios marco constituyen una “(...) negociación, por parte de la Dirección de Compras, de condiciones favorables a las que puedan adherir las entidades públicas, obtenidas en consideración al volumen, las que conservarán su facultad de compra directa cuando se les presenten condiciones más ventajosas que las obtenidas por el convenio-marco”. Historia de la Ley N° 19.886, p. 146. Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=213004>.

Así, se trata de un procedimiento administrativo de contratación en que “[el] bien o servicio está en un catálogo y se adquiere mediante una orden de compra, pero sin adjudicación, a menos que la entidad, obtenga directamente condiciones más ventajosas, que deberán ser objetivas, sustanciales y acreditables”. BARRA y CELIS, ob. cit., p. 67.

Ahora bien, en los 42 Convenios Marco vigentes, se contemplan los siguientes regímenes sancionadores, en lo referido a las multas a aplicar por la Administración:

ID del Convenio Marco	Materia	Fecha de Creación	Régimen de Multa aplicable al Proveedor
1 2239-7-LP07	Artículos Aseo e Higiene para Oficinas	14.02.2007	3% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
2 2239-10022-LP08	Avisaje en Medios	30.06.2008	2% del valor del servicio solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
3 2239-11039-LP08	Vehículos motorizados nuevos	30.07.2008	2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
4 2239-11044-LP08	Hemodiálisis y Peritoneodiálisis Adultos-Niños	1.08.2008	Otro.
5 2239-1-LP09	Artículos de Ferretería	5.01.2009	2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
6 2239-2-LP09	Recursos Educativos Digitales	6.01. 2009	2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
7 2239-8-LP09	Gas Licuado de Petróleo	23.02.2009	2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
8 527838-100-LP09	Desarrollo y Mantención de Software	23.02.2009	Otro.
9 2239-9-LP09	Servicio de Administración por Voucher	26.02.2009	2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.

ID del Convenio Marco	Materia	Fecha de Creación	Régimen de Multa aplicable al Proveedor	
10	2239-10-LP09	Suministro Lentes, Audífonos e Implantes Cocleares	3.03.2009	2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
11	2239-11-LP09	Productos y Servicios para Emergencias	9.03.2009	5% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
12	2239-15-LP09	Servicios de Capacitación y Formación	19.03.2009	No contiene cláusula alguna referida a un régimen de multas a aplicar.
13	2239-20-LP09	Alimentos Perecibles y No Perecibles	4.05.2009	2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
14	527838-101-LP09	Servicios de Producción de Eventos	19.05.2009	Otro.
15	2239-22-LP09	Courier, Operador Logístico y Servicios de Mudanza	26.05.2009	1% del valor del servicio solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
16	2239-23-LP09	Suministros para Impresoras	26.05.2009	2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
17	2239-24-LP09	Artículos de Escritorio	26.05.2009	3% del valor del ítem o producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, con un límite de 10 días.
18	2239-26-LP09	Mobiliario	3.06.2009	1,5% del valor del ítem o producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, con un límite de 10 días hábiles.
19	2239-33-LP09	Suministro de Combustibles	23.07.2009	5% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.

ID del Convenio Marco	Materia	Fecha de Creación	Régimen de Multa aplicable al Proveedor	
20	2239-35-LP09	Tratamiento Integral de Radioterapia	21.08.2009	Otro.
21	2239-37-LP09	Medicamentos	18.09.2009	3% del valor del ítem o producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, con un límite de 10 días hábiles.
22	2239-2-LP10	Libros, DVD, CD y Material Didáctico Diario	3.03.2010	1% del valor de la orden de compra aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día de atraso, por cada día hábil de atraso, sin límite.
23	2239-4-LP10	Computadores, Productos y Servicios Asociados	29.03.2010	1,5% del valor del ítem o producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, sin límite.
24	2239-7-LP10	Campañas Comunicacionales y Servicios de Asesoría Creativa	29.05.2010	3% del valor total del servicio solicitado por cada día hábil de atraso, con un límite del 50% del valor total del contrato
25	2239-8-LP10	Piezas, Accesorios Computacionales y Firma Electrónica	3.05.2010	3% del valor del ítem o producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, con un límite de 10 días hábiles.
26	2239-10-LP10	Servicios de Impresión	4.05.2010	2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, con un límite de 5 días hábiles.
27	2239-11-LP10	Alojamiento, Salones y S. Gastronomía	7.05.2010	2% del valor del servicio solicitado por cada hora de atraso, con un límite de 3 horas.
28	2239-16-LP10	Arriendo de Vehículos	18.06.2010	15% del valor de los servicios solicitados.
29	2239-21-LP10	Prestación de Servicios de Salud GES	13.08.2010	Otro.
30	2239-22-LP10	Seguro de Vida con Adicional de Salud	7.09.2010	5% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, con un límite de 5 días hábiles.

ID del Convenio Marco	Materia	Fecha de Creación	Régimen de Multa aplicable al Proveedor
31	2239-23-LP10	Convenio Marco de Transporte Aéreo de Pasajeros	22.09.2010 10% del valor del servicio solicitado.
32	2239-24-LP10	Ortesis, Prótesis y Endoprótesis	4.10.2010 2% del valor del producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, con un límite de 10 días hábiles.
33	2239-25-LP10	Servicio de Reclutamiento, Selección y Consultoría	18.10.2010 3% del valor del servicio solicitado y aplicable a los servicios que se entreguen atrasados, por cada día hábil de atraso, con un límite de 10 días hábiles.
34	2239-3-LP11	Servicios de Comunicación Digital y Sitios Web No Transaccionales	8.02.2011 3% del valor del servicio solicitado y aplicable a los servicios que se entreguen atrasados, por cada día hábil de atraso, con un límite del 50% del valor total del contrato.
35	2239-7-LP11	Papeles Oficina, Imprenta y Otros	21.02.2011 2% del valor del producto solicitado y aplicable a los productos que se entreguen atrasados, por cada día hábil de atraso, con un límite de 10 días.
36	2239-8-LP11	Equipamiento Audiovisual, Fotográfico, Seguridad y Posicionamiento Global	10.03.2011 2% del valor del ítem o producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, con un límite del 50% del valor total del contrato.
37	2239-9-LP11	Impresoras y Arriendo de Impresoras	18.03.2011 3% del valor del ítem o producto solicitado y aplicable a las cantidades que se entreguen atrasadas, por cada día hábil de atraso, con un límite del 30% del valor total del contrato.
38	2239-13-LP11	Dispositivos Médicos	21.06.2011 3% del valor del producto solicitado y aplicable a los productos que se entreguen atrasados, por cada día hábil de atraso, con un límite de 10 días.
39	2239-16-LP11	Neumáticos, Accesorios para Vehículos y Servicios Asociados	13.07.2011 2% del valor del ítem o producto solicitado, por cada día hábil de atraso, con un límite del 50% del valor total del contrato.

ID del Convenio Marco	Materia	Fecha de Creación	Régimen de Multa aplicable al Proveedor
40	2239-19-LP11	Medicamentos II	10.08.2011 Otro.
41	2239-21-LP11	Búsqueda y Evaluación de Altos Directivos Públicos	20.09.2011 2% del valor del servicio solicitado respecto del plazo de entrega acordado, por cada día hábil de atraso, con un límite de 5 días.
42	2239-23-LP11	Adquisición de Seguro Obligatorio de Accidentes Personales	22.11.2011 2% del valor del producto solicitado y aplicable a los montos que se entreguen atrasados, por cada día hábil de atraso, con un límite de 10 días.

De lo expuesto, podemos concluir lo siguiente:

1. Prácticamente la totalidad de los convenios marco recogen un régimen de multas a aplicar por concepto de atraso, ya que, tan sólo excepcionalmente en uno de ellos no se hace referencia a la posibilidad de ejercer tal potestad;
2. La generalidad de los convenios marco, esto es, un 80% (34), establecen un mecanismo de fijación de multas cuyo valor se determina según un criterio temporal, esto es, el número de días –e incluso de horas, en ciertos casos– devengados de atraso, en relación a los plazos acordados. En casi la totalidad restante (6), se establecen mecanismos más complejos, con diversos factores a considerar para determinar la cuantía de la sanción;
3. Existe una marcada tendencia a limitar la potestad sancionadora de la Administración: mientras en un 35,7% de los convenios marco (15) no se establece limitación alguna en la determinación de la cuantía de la multa a aplicar, en un 47,6% de los convenios marco sí se recogen limitaciones, que pueden referirse tanto al porcentaje máximo del valor del contrato a aplicar como multa (7 convenios marco, que representan el 16,6% del universo) como a un máximo de días (u horas) de atraso a considerar para su determinación (13 convenios marco, que representan el 30,9%); y,
4. En relación a lo anterior, el que en los convenios marco se establezcan limitaciones, no necesariamente se traduce en la imposición de montos reducidos: así, de los convenios marco en que se limita la imposición de multas, cerca del 10% (4) de ellos permite la imposición de multas cercanas o iguales a un 50% del valor del contrato, mientras que en los restantes la generalidad establece como tope un 30% del valor del contrato.

*B. Principio de Proporcionalidad:
Procedencia y Alcance en la Contratación Administrativa*

Se reconoce, como principio básico del Derecho, la ponderación que debe existir siempre en la determinación de las consecuencias jurídicas atribuidas por el ordena-

miento como resultado de una infracción o hecho antijurídico. Ponderación que, en términos prácticos, se traduce necesariamente en la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad.

Este principio –también llamado ‘prohibición de exceso’ en el derecho comparado– puede ser entendido como “(...) un principio general del Derecho, referido a la ponderación que debe existir entre los fines colectivos del Estado y de la sociedad (...) y la garantía sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales de los ciudadanos”⁸¹. Desde la perspectiva del derecho administrativo, puede ser definido como un “(...) conjunto de criterios o herramientas que permiten medir o sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un concreto perfil o punto de mira: el de la inutilidad, innecesariedad y desequilibrio del sacrificio; o, en otros términos: si éste resulta a priori absolutamente inútil, para satisfacer el fin que dice perseguir; innecesario, por existir a todas luces otras alternativas más moderadas, susceptibles de alcanzar ese objetivo con igual grado de eficacia; o desproporcionado en sentido estricto, por generar patentemente más perjuicios que beneficios en el conjunto de bienes, derecho e intereses en juego”⁸². Por tanto, “[...] la exigencia de proporcionalidad se configura como un límite al ius puniendi, en relación con las penas con que se pueden amenazar y sancionar la realización de una conducta”⁸³.

Se trata por lo tanto de un principio relacional, ya que, por su intermedio se ponderan dos magnitudes: el ilícito cometido y el medio utilizado para re establecer el equilibrio contractual quebrantado. Y, aun cuando se trata de un principio general del Derecho, éste es particularmente importante “(...) en el derecho administrativo, en el que se ha convertido en un principio rector fundamental, que opera como un límite material en aquella actividad estatal que actúa en el ámbito de libertad de los ciudadanos, y además se configura como un instrumento eficaz en el control jurídico material de las decisiones discretionales”⁸⁴, como ocurre en la determinación, por parte de la Administración, de la cuantía de la multa.

Sin embargo, el alcance de este principio y la sujeción del obrar administrativo al mismo, difieren sustancialmente según se trate de una institución regida por el derecho civil o por el derecho administrativo sancionador. Así, de aceptarse la naturaleza civil (cláusula penal) de la multa administrativa, no existirían otros límites a la autoridad que los establecidos en el artículo 1544 del Código Civil: lo que supere el duplo de la

⁸¹ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales: valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Ed. Jurídica de Chile, primera edición, Santiago, Chile, 2009, p. 461.

⁸² FERNÁNDEZ NIETO, Josefa, *Concepto, Fundamento y Naturaleza del Principio de Proporcionalidad*, en *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Ed. Dykinson S.A y Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, España, 2008, p. 292.

⁸³ OSSANDÓN, ob. cit., p. 464.

⁸⁴ FERNÁNDEZ, ob. cit., p. 285.

obligación caucionada, tratándose de penas que consisten en una suma determinada (por ejemplo, el convenio marco ID 2239-16-LP10, que establece una multa equivalente al 15% del valor del contrato); o lo que determine prudencialmente el juez –en caso que considere procedente moderarla– si la valía de la multa es determinable, como ocurre en la generalidad de los convenios marco estudiados.

Por el contrario, de calificar la multa contractual como sanción administrativa, la Administración verá seriamente limitadas sus potestades punitivas, por cuanto deberá ahora: (i) ponderar, en concreto, todos los elementos de hecho involucrados en el caso particular y no sólo las disposiciones contractuales, a fin de determinar la cuantía de la multa a aplicar; (ii) fundamentar su decisión en forma suficiente y completa; (iii) la imposición de una multa contractual debe ir necesariamente precedida de un procedimiento administrativo sancionador, en el que se reconozca el derecho a defensa del privado contratante; y, (iv) respetar las garantías y principios penales que, en términos atenuados, se reconocen constitucional y legalmente.

Como se comprenderá, consideramos que la explicación civilista de las multas contractuales no se ajusta a las exigencias del principio de proporcionalidad. De entre las diversas razones por las cuales no compartimos la posición contralora, podemos mencionar los siguientes cuestionamientos:

1. Tal interpretación pareciera no ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley N° 19.886. Puede concluirse ello, si se considera que constituye una práctica generalizada en la contratación administrativa –reconocida legal y reglamentariamente– el exigir garantías de fiel y oportuno cumplimiento de los contratos, a fin de ejecutarlas frente a posibles incumplimientos o retrasos del particular contratante que sean sancionados con multas. Ahora bien, esta garantía de fiel cumplimiento puede ser definida como “(...) una pena convencional provisional, pues en los casos de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, el acreedor –Administración comitente– puede ejecutar la garantía como importe mínimo del daño”⁸⁵.

i. Empero, esta garantía está sujeta a limitaciones, entre las cuales cabe señalar la establecida en el artículo 68 del Reglamento, que prescribe que “[...] para garantizar el fiel y oportuno cumplimiento del contrato una vez producida la adjudicación, el adjudicado entregará las cauciones o garantías que correspondan, a favor de la entidad licitante, cuyos montos ascenderán entre un 5% y un 30% del valor total del contrato”. De esta manera, esta ‘penalidad provisional’ justamente se otorga para hacer efectivas las sanciones que impondrá la Administración del Estado con motivo de las infracciones contractuales en que incurra el particular contratante, pero limitadas al monto máximo por el cual puede exigirse la garantía: el 30% del valor del contrato. Sin embargo, de aceptarse la

⁸⁵ DROMI, ob. cit., p. 528.

posición jurisprudencial, se podría fácilmente vulnerar la mencionada disposición, ya que, previa consideración de lo dispuesto en el artículo 1544 del Código Civil, más de una decena de convenios marco no establecen limitaciones a la cuantía de las multas a aplicar y otros cuatro convenios permiten la imposición de multas que alcanzan el 50% del valor del contrato.

2. El régimen sancionador de la contratación administrativa no se centra, como podría pensarse, únicamente en la imposición de multas contractuales. En efecto, se trata tan solo de una más de las diversas alternativas a las que podrá recurrir la Administración a fin de sancionar al contratante frente a posibles incumplimientos o retrasos. Así, la multa deberá utilizarse en conjunción con las restantes sanciones administrativas existentes, entre las que pueden mencionarse:

- *Evaluación deficiente de la autoridad contratante*: existe la posibilidad que, luego de prestado el servicio o suministro objeto del contrato administrativo, la autoridad contratante evalúe negativamente el desempeño y cumplimiento del proveedor, lo que se consignará en la ficha de éste. Tal posibilidad se reconoce indirectamente en el artículo 94 letra d) del Reglamento de la Ley N° 19.886, en el que establece como uno de los antecedentes de la ficha de proveedores, los denominados ‘antecedentes históricos’, en los que “[s] e consignarán los antecedentes relativos al desempeño y cumplimiento de los Proveedores”.

Esto sin duda podrá ser utilizado como elemento de ponderación en futuros procesos de selección para contrataciones administrativas y repercutir negativamente en aquél.

- *Suspensión del Registro de Proveedores*: Podrá la Dirección de Contratación y Compras Públicas suspender del Registro de Proveedores hasta por dos años a aquel que haya sido: “(...) condenado por incumplimiento contractual respecto de un Contrato de Suministro y Servicio, derivado de culpa o falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y siempre que la Entidad afectada solicite a la Dirección su suspensión”, según permite el artículo 95 N° 2 del mencionado Reglamento.

Así, a diferencia de lo que ocurre en los contratos civiles, el régimen público de contratación reconoce diversas sanciones, que deberán ser aplicadas armónicamente en ponderación a los elementos de hecho involucrados y según la gravedad del incumplimiento verificado.

3. Finalmente, de sostenerse la posición de la Contraloría General de la República, el control de la discrecionalidad administrativa se encontraría seriamente limitado, ya que, se considerarían ajustados a derecho actos que no necesariamente consideraron las circunstancias de hecho que sirven de antecedente a la afectación del patrimonio de los particulares. A tal conclusión puede llegarse, de considerar que no existirán mecanismos de pronto y efectivo control frente a posibles arbitrariedades o excesos cometidos por la autoridad en la determinación y cobro de la multa. No debe olvidarse que, como

consecuencia de la posición jurisprudencial, en tal caso carecería de competencia la Contraloría General de la República y el Tribunal de Contratación Pública, pudiendo recurrirse únicamente a la justicia ordinaria, con los consecuenciales costos y demoras que ello genera; lo que no ocurriría, al menos respecto del órgano de control, de ser considerada la multa como sanción administrativa.

Por consiguiente, consideramos que existen poderosos argumentos para cuestionar la jurisprudencia administrativa desde sus consecuencias prácticas, esto es, el cumplimiento del principio de proporcionalidad; el que, por el contrario, se encontraría suficientemente resguardado de predicarse el carácter de sanción administrativa de las multas contractuales. Y es que, según hemos señalado en reiteradas oportunidades, en tal escenario, se reconocerán en forma atenuada como limitación a la actividad punitiva de la Administración del Estado, los principios y garantías penales.

V. CONCLUSIONES

Según hemos señalado precedentemente, es a lo menos cuestionable que las multas impuestas con ocasión de contratos administrativos puedan ser calificadas jurídicamente de cláusula penal. Por el contrario, consideramos que la naturaleza jurídica de ellas responde a una verdadera sanción administrativa. Nos lleva a concluir aquello tanto las críticas que pueden formularse en contra del sustento normativo de la jurisprudencia administrativa como las consecuencias prácticas que pueden generarse –y que, de hecho, se han generado– de la aplicación, sin más, de las normas civiles de la cláusula penal a los contratos administrativos.

Lo expuesto se trata de una problemática que debe ser atendida a la brevedad, a fin de evitar que se transforme en un obstáculo al notable desarrollo que ha tenido la actividad bilateral de la Administración del Estado al amparo de la Ley N° 19.886, al menos desde una perspectiva cuantitativa. Y es que, aun cuando la Administración contratante estuviera de acuerdo en considerar las multas como sanción administrativa y proceder de tal forma, se encuentra ella forzosamente obligada a aplicar las disposiciones contenidas en las bases de licitación y el contrato administrativo, por cuanto, como ha dictaminado –con fuerza vinculante– la Contraloría General de la República, “[e]l omo puede advertirse, tanto el pliego de condiciones como el referido contrato han regulado la aplicación de multas, por lo que configurándose los supuestos que las hacen procedentes resulta obligatorio para la autoridad perseguir su cobro, resguardando de esa manera los intereses fiscales⁸⁶”.

⁸⁶ Dictamen de la Contraloría General de la República N° 13.354 de 2012. El mismo dictamen agrega que “[e]n cuanto a la condonación total o parcial de las multas; implícita, en la solicitud de la empresa, al pedir que se deje sin efecto la multa impuesta, la jurisprudencia del Organismo Contralor, contenida entre otros, en el dictamen N° 30.585, de 2004, a propósito de una consulta similar a la que en esta oportunidad se atiende, ha sostenido que al constituir las multas parte de lo debido, su condonación implica, necesariamente, la extinción de parte de la obligación adeudada por un modo de

Consideramos, además, que la posición defendida no significa, en caso alguno, propender a la afectación del patrimonio fiscal, ya que podrá siempre y en todo caso recurrir la Administración a hacer efectiva la responsabilidad contractual de su contraparte ante los Tribunales de Justicia, ejerciendo las acciones que fueren procedentes. Pero no puede recurirse a las multas contractuales administrativas a fin de justificar un actuar desproporcionado de la Administración en el patrimonio de un particular, a través de un acto administrativo de gravamen dictado en el contexto de un procedimiento administrativo de autotutela.

Es entonces de esperarse que la Contraloría General de la República modifique la que hasta el momento pareciera ser una asentada jurisprudencia administrativa, a fin de dar debida cautela a los derechos de los particulares contratantes frente a posibles abusos o arbitrariedades en el actuar de la Administración del Estado.

INTERROGANTES RELACIONADOS CON LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y, PARTICULARMENTE, EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA^{*}

Domingo Hernández Emparanza^{**}
Profesor de Derecho Administrativo
Universidad de Talca

I. PENALIDADES CONTRACTUALES Y SANCIONES EN SENTIDO ESTRICTO

Apunta con propiedad Huergo Lora que “[L]as multas convencionales o ‘penalidades’ (...) no pueden considerarse sanciones administrativas, porque su fundamento jurídico es el consentimiento contractual prestado por el particular y no el ejercicio de una potestad unilateral de la Administración”. Para en seguida agregar que “mientras que la sancionadora es una potestad de Derecho público que la Administración ostenta en virtud de apoderamiento legal, la competencia para imponer las penalizaciones contractuales deriva del consentimiento contractual del contratista (...) Solo a quien asume voluntariamente la decisión de contratar con la Administración se pueden imponer esta clase de multas”¹.

* En este trabajo se utilizarán las siguientes abreviaturas, salvo que se exprese la denominación completa. Los textos legales corresponden a la última versión en vigencia, salvo que se exprese lo contrario. A saber: *AE*: Administración del Estado; *CAR*: Comisión Arbitral de Concesiones de Obras Públicas; *CC*: Código Civil; *CCON*: Comisión Conciliadora de Concesiones de Obras Públicas; *CCOP*: Contrato de concesión de obra pública; *CGR*: Contraloría General de la República; *COP*: Concesión de obra pública; *CP*: Código Penal; *CPR*: Constitución Política de la República; *CPR80*: Constitución Política de la República de 1980; *D*: Dictamen; *DAS*: Derecho Administrativo Sancionador; *D.FL*: Decreto con Fuerza de Ley; *DGOP*: Dirección o Director General de Obras Públicas, según contexto; *D.S*: Decreto Supremo; *IF*: Inspector Fiscal; *LBCASPS*: Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, N° 19.886 de 30 de julio de 2003; *CCON*: Comisión Conciliadora de Concesiones de Obras Públicas; *LBGAE*: Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración del Estado, D.FL. N° 1-19.653 de 17 de noviembre de 2001, de MSGP, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575; *LBPA*: Ley que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, N° 19.880 de 29 de mayo de 2003; *LOCOP*: Ley de concesiones de obra pública; *MOP*: Ministerio de Obras Públicas; *RLCOP*: Reglamento de la ley de concesiones de obras públicas, D.S. MOP N° 956 de 20 de marzo de 1999, Reglamento D.FL. MOP N° 164 de 1991, modificado por las Leyes N°s. 19.252 de 1993 y 19.460 de 1996; *STC*: Sentencia del Tribunal Constitucional; *STSE*: Sentencia Tribunal Supremo Español; *TSE*: Tribunal Supremo Español; *UF*: Unidad de Fomento; *UTA*: Unidad Tributaria Anual.

** Ministro del Tribunal Constitucional. Doctor en Derecho.

¹ D. N° 8.297, de 10 de febrero de 2012, que aplica D. N° 65.248, de 2011.