

Santiago, quince de marzo de dos mil veintiuno.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce el fallo en alzada, con excepción de sus fundamentos octavo, noveno y duodécimo a décimo quinto, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y, además, presente:

1° En la especie Luis Fernando González Paredes acciona en contra de la Municipalidad de Dalcahue a fin de que se le resarzan los daños que sufrió como consecuencia de la decisión de esta última, que califica de ilegal y arbitraria, de adjudicar la licitación pública denominada "Reposición Posta Tehuaco-Quetalco, comuna de Dalcahue" al proponente Alex Fritz Oyarzún, cuya oferta, sin embargo, debió ser rechazada por no cumplir las Bases de Licitación.

Como fundamento de su demanda explica que, de acuerdo al N° 4.3, Antecedentes Económicos, de las Bases Administrativas, la "Oferta Económica" de los interesados debía incluir, necesariamente, el concepto llamado "Número de hombres mes", mismo que, sin embargo, el señor Alex Fritz Oyarzun no consideró en su propuesta y añade que, no obstante ello, la "Comisión de Apertura" de la Municipalidad no rechazó la mencionada oferta, tal como



quedó asentado en el Dictamen N° 5339, de 15 de septiembre de 2016, de la Contraloría General de la República y en la sentencia de 22 de febrero de 2017, dictada por el Tribunal de Contratación Pública, que acogió la demanda de su parte y declaró ilegales y arbitrarios los actos impugnados, esto es, el Acta de Apertura del concurso, la Orden de Compra N° 3520-30-SE16 y el Decreto Alcaldicio N° 1211, que adjudicó la licitación.

En cuanto a los perjuicios cuyo resarcimiento reclama, expone que, en las anotadas condiciones, la demandada debió aceptar la oferta de su parte y, en consecuencia, debió adjudicarle la licitación, de modo que al no hacerlo le causó daños por lucro cesante, que avalúa en \$26.917.768 por las utilidades que dejó de percibir, y por un concepto que denomina obtención de mejor precio por compra en volumen de materiales de construcción, que estima en \$13.571.227, motivos por los que solicita que la demandada sea condenada a pagar a su parte la suma de \$40.448.995, más intereses y reajustes, con costas, o la cifra que resulte acreditada, más reajustes e intereses, con costas.

2° Al contestar la Municipalidad de Dalcahue pide el rechazo de la demanda, con costas, basada en que la existencia de ilegalidades en la adjudicación de la licitación materia de autos no supone que, excluida la



oferta de Álex Fritz Oyarzún, el actor forzosamente se debió adjudicar la propuesta, en particular porque se trata de una decisión compleja que debe ser evaluada por la Comisión y aprobada por el Concejo Municipal.

Sostiene, además, que el actor no explica de qué modo sufrió los perjuicios cuyo resarcimiento reclama, a la vez que rechaza el daño que denomina "obtención de mejor precio por volumen de materiales", por tratarse de una mera especulación. Del mismo modo, asegura que la utilidad en que se hace consistir el lucro cesante no se condice con la oferta económica presentada por el demandante, afirma que este último no ha acreditado la existencia del vínculo causal requerido en el caso en examen y advierte, asimismo, que tampoco se ha comprobado la concurrencia de una actuación dolosa o gravemente negligente que justifique la indemnización pedida.

3° En este punto cabe subrayar que, si bien la demanda no precisa cuál es el estatuto jurídico conforme al cual atribuye responsabilidad a la Municipalidad demandada, es lo cierto que, tratándose de un ente público de la anotada clase, el inciso 1° del artículo 152 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2006, que contiene el texto refundido de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, prescribe que: "*Las municipalidades incurrirán en responsabilidad por los*



daños que causen, la que procederá principalmente por falta de servicio”.

4° En consecuencia, el asunto sometido al conocimiento de esta Corte deberá ser resuelto al tenor de la normativa antedicha y, en tal sentido, cabe recordar que esta Corte ha señalado reiteradamente que la falta de servicio “se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del Servicio en relación a la conducta normal que se espera de él, estimándose que ello concurre cuando aquel no funciona debiendo hacerlo y cuando funciona irregular o tardíamente, operando así como un factor de imputación que genera la consecuente responsabilidad indemnizatoria, conforme lo dispone expresamente el artículo 42 de la Ley N° 18.575” (Corte Suprema, Rol 9554-2012, 10 de junio de 2013, considerando undécimo). En este sentido, habrá de resaltarse que la omisión o abstención de un deber jurídico de la Administración generará responsabilidad para aquella si se trata del incumplimiento de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, cuando se constate la ausencia de actividad del órgano del Estado debiendo aquella actividad haber existido, disponiendo de los medios para ello.

5° La falta de servicio que el demandante imputa al municipio demandado radica, por consiguiente, en la determinación adoptada por éste en orden a adjudicar la



licitación de que se trata a un postulante que incumplió las Bases Administrativas del concurso, respecto del cual los órganos municipales pertinentes no decidieron oportunamente su exclusión del certamen.

6° En cuanto a los hechos materia de autos es del caso dejar asentado que las partes no han controvertido que en la licitación pública denominada "Reposición Posta Tehuaco-Quetalco, comuna de Dalcahue", convocada por la Municipalidad de esa comuna, participaron Constructora, Comercializadora y Productora Quinchao Limitada, Álex Fritz Oyarzún y el actual demandante, Luis Fernando González Paredes y que, concluidas las etapas propias de su desarrollo, la misma fue adjudicada al postulante Álex Fritz Oyarzún.

Asimismo, no han discutido que, concluida la evaluación de las diversas ofertas, los interesados obtuvieron las siguientes ponderaciones: Constructora Quinchao Limitada logró un 67,82%, Álex Fritz Oyarzún alcanzó un 91,97% y el actor de autos, Luis Fernando González Paredes, consiguió un 90,94%.

Del mismo modo las partes están de acuerdo en que, con ocasión de este concurso, Luis Fernando González Paredes presentó un reclamo ante la Contraloría Regional de Los Lagos, a propósito del cual este último ente expidió el Dictamen N° 5339 de 15 de septiembre de 2016, que, en lo que interesa al presente análisis, concluyó



que: "el oferente *Álex Fritz Oyarzún* -al cual en definitiva se le adjudicó la licitación en análisis- presentó su oferta económica de forma incompleta, toda vez que no señaló en dicho documento el número de hombres que ofertaba, sin que dicha información omitida pudiera desprenderse de otros documentos adjuntos. [...] por lo que no cumplió con las exigencias establecidas en el citado pliego de condiciones y correspondía en la especie, rechazar su oferta en virtud de lo establecido en el citado punto 5.4 de las bases administrativas", de lo que dedujo que "el contratista *Álex Fritz Oyarzún* debió ser marginado del proceso licitatorio en examen", ordenando, enseguida, que la Municipalidad de Dalcahue instruyera un procedimiento disciplinario a fin de "determinar las responsabilidades administrativas que pudieren resultar comprometidas en la situación denunciada".

Por otra parte, tampoco ha existido debate en torno a la circunstancia fáctica consistente en que Luis Fernando González Paredes demandó a la Municipalidad de Dalcahue ante el Tribunal de Contratación Pública, el que, por sentencia de 22 de febrero de 2017, acogió la referida acción de impugnación y declaró ilegal y arbitraria el Acta de Apertura de 17 de junio de 2016, fundado en que la Comisión de Apertura no advirtió que la oferta económica de *Álex Fritz Oyarzún* no indicaba el



"número de hombres-mes"; similar declaración realizó respecto de la Orden de Compra 3520-30-SE16, debido a que no podía ser emitida antes de la suscripción del contrato respectivo y, por último, extendió la declaración de ilegalidad al Decreto Alcaldicio N° 1211 de 4 de julio de 2016, que adjudicó la licitación, por estimar que carece de fundamentación, sin perjuicio de lo cual reconoció al actor el derecho a demandar las indemnizaciones que estime corresponderle en relación a los citados actos, declarados ilegales y arbitrarios.

7° Conforme a los hechos que se han tenido por establecidos en lo que precede, es posible concluir que la falta de servicio que el actor atribuye a la demandada efectivamente concurre en la especie, pues, al adjudicar la licitación pública denominada "Reposición Posta Tehuaco-Quetalco, comuna de Dalcahue" al oferente Álex Fritz Oyarzún, el municipio transgredió el principio de estricta sujeción a las bases consagrado en el inciso 3° del artículo 10 de la Ley N° 19.886. En efecto, la referida determinación configura el mal funcionamiento del servicio que sirve de basamento a la demanda, en tanto la misma fue acordada de manera ilegal, toda vez que, como se dio por establecido por el Tribunal de Contratación Pública, la oferta presentada por el interesado que obtuvo en el concurso quebrantó lo establecido en las Bases Administrativas que lo regían al



no incorporar en su oferta económica el concepto llamado "número de hombres-mes", evento en el que, de acuerdo a lo previsto en el N° 5.4 de las mismas, tal propuesta debió ser rechazada de plano.

En otras palabras, el actuar deficiente del municipio radica en que, en lugar de desechar la mentada oferta, en cuanto ésta presentaba un defecto evidente que, al tenor del N° 5.4 de las Bases, obligaba a su rechazo, no sólo omitió dicha determinación, sino que, por el contrario, concluyó el procedimiento administrativo en comento adjudicando el concurso, precisamente, al citado postulante.

8° En esas condiciones, esto es, asentado que se produjo la falta de servicio que sirve de sustento a la demanda, se ha de examinar si, conforme a las particularidades del presente caso, se ha de hacer lugar a la demanda, dado que el hecho generador de la responsabilidad demandada se verificó en una etapa previa o preparatoria del contrato.

9° Al respecto cabe consignar, en relación a lo sostenido sobre el particular por la doctrina, que, por ejemplo, el profesor Hugo Rosende Álvarez sostiene en su obra *"Algunas Consideraciones Sobre la Responsabilidad Precontractual"*, (Valparaíso, 1979, Ediciones Universitarias de Valparaíso, primera edición, pág. 19) que: *"Hay responsabilidad precontractual cuando se causa*



daño a la persona o bienes del otro en el curso de la formación del consentimiento". A lo dicho añade que "en la formación del contrato e independientemente del grado de vinculación y obligaciones que derivan para las partes, la ley impone a las partes una obligación de corrección y buena fe y la sanciona con una responsabilidad efectiva y especial por los daños que allí ocurran. [...] En tales eventos, no cabe otra posibilidad que imponer la obligación de resarcimiento a la persona que ha conducido culpablemente las tratativas, hecho que es constitutivo de un ilícito extracontractual, en cuanto es lesivo no de un derecho naciente del contrato, sino del derecho que tiene la contraparte a que su interlocutora se comporte conforme a la buena fe" (ibídem, páginas 70 y 71).

A su turno, el profesor Hernán Corral Talciani enseña, en su obra *"Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual"*, (Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2013, Segunda edición, páginas 37 y 38) que la responsabilidad precontractual es *"la que se genera por el daño causado en las fases preparatorias que aún no se han concluido en la celebración de un contrato"*.

Abundando en torno a la exigencia de buena fe, el profesor Jorge López Santa María manifiesta que *"no es posible inventariar exhaustivamente las manifestaciones concretas de la buena fe durante todo el íter*



contractual. A vía de ejemplificación sólo es posible señalar algunas. Al efecto, pueden distinguirse en el desenvolvimiento del contrato cinco momentos: los tratos preliminares, el instante de la celebración, el cumplimiento, las relaciones poscontractuales y su interpretación”, para enseguida subrayar que esta Corte ha sostenido, en relación a la buena fe, que “ha tenido su mayor desarrollo en el negocio jurídico, orbitando todo el iter contractual, desde los tratos preliminares, celebración del contrato preparatorio y/o definitivo, cumplimiento del contrato e, incluso, en las relaciones post contractuales” (Sentencia ECS rol N° 2049-2005). Del mismo modo, el citado autor destaca, refiriéndose específicamente a los “Tratos preliminares”, que “Durante la fase precontractual, que a veces antecede al instante de la conclusión de los contratos, la buena fe exige que cada uno de los negociadores presente las cosas conforme a la realidad. La actitud exigida es la de hablar claro, absteniéndose de afirmaciones inexactas o falsas. [...] La libertad de contratar o de no contratar, que perdura durante los tratos preliminares, no autoriza para convertirla en motivo de traiciones”. (“Los contratos. Parte general”. Legal Publishing, Quinta edición, septiembre de 2010. Páginas 347 a 349).

10° Por otro lado, es necesario precisar que el cometido público es de carácter excepcional, se verifica



de acuerdo a las potestades públicas con que la ley expresamente ha dotado a los órganos y funcionarios públicos y se materializa a través de los "actos administrativos", definidos en el inciso 2° del artículo 3 de la Ley N° 19.880 como *"las decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública"*.

En este sentido se ha de enfatizar que, a diferencia de los contratos celebrados conforme a las normas del Derecho privado, los contratos administrativos están sujetos, en su generación, a diversas formalidades previas y también coetáneas, que son un elemento de la esencia en la contratación pública.

Las formalidades previas corresponden a los procedimientos administrativos precontractuales, de carácter reglado, destinados a regular la formación del consentimiento contractual, como son las indicadas en el artículo 9 de la Ley N° 18.575, esto es, la licitación pública, la licitación privada y el trato directo.

A su vez, las formalidades coetáneas se refieren a las solemnidades requeridas al momento de la suscripción del contrato, como que éste conste en escritura pública y sea aprobado por un acto administrativo, que en ciertos casos tomarán la forma de un decreto supremo o de una resolución.



11° En estas condiciones, es dable sostener que la falta de servicio reprochada a la Municipalidad de Dalcahue, consistente en la adjudicación de la licitación pública a un oferente que no cumplió las exigencias establecidas en las bases que regulaban dicho concurso, se verificó, precisamente, durante el desarrollo de la etapa preparatoria del contrato de obra pública objeto de dicho certamen, esto es, con ocasión del desarrollo de las formalidades previas o de los procedimientos administrativos precontractuales propios de una de las formas de contratación previstas en el citado artículo 9 de la Ley N° 18.575.

Así las cosas, y dado que dicha etapa preparatoria, como se dijo, forma parte integrante del proceso de contratación pública, del que constituye un elemento de la esencia, forzoso es concluir que la anotada falta de servicio obliga a la demandada a resarcir al actor los perjuicios que la misma le haya provocado, conforme a lo prescrito en el artículo 152 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, puesto que al adoptar la decisión adjudicatoria en comento, vulneró los deberes que la buena fe le impone en esta etapa previa o inicial del íter contractual, considerando que, con infracción a las normas que la propia Administración se dio para regular el certamen de que se trata, declaró vencedor a



un interesado que, no obstante, debió ser excluido del concurso.

12° En ese sentido resulta útil reseñar, asimismo, que configuran hechos de la causa, pues las partes no los han controvertido, que la postulación del proponente Álex Fritz Oyarzún incumplió las Bases del concurso, pues su oferta económica fue presentada incompleta; que el Tribunal de Contratación Pública declaró ilegal el Acta de Apertura de 17 de junio de 2016, debido a que no rechazó de plano dicha oferta, pese al defecto que presentaba, así como el Decreto Alcaldicio N° 1211 de 4 de julio de 2016, que adjudicó la licitación, por carecer de fundamentación; que los postulantes que se presentaron a la licitación en comento fueron tres y que obtuvieron, respectivamente, las siguientes ponderaciones: Constructora Quinchao Limitada un 67,82%, Álex Fritz Oyarzún un 91,97% y el actor de autos, Luis Fernando González Paredes, un 90,94%.

13° De lo expuesto aparece con nitidez que, de no haber obrado la demandada del modo tantas veces referido, esto es, de haber rechazado la propuesta de Álex Fritz Oyarzún, como correspondía en Derecho, los únicos dos oferentes que habrían podido continuar en el concurso habrían sido Constructora Quinchao Limitada y Luis Fernando González Paredes, de los cuales este último logró, de manera cierta, un porcentaje de ponderación muy



superior al obtenido por su contrincante, contexto en el que dicho interesado contaba con una clara y contundente ventaja para que el concurso le fuera adjudicado, pues no se divisa razón alguna que hubiera permitido al municipio preferir a un concursante que presentaba una ponderación inferior en más de un 20% a la de González Paredes.

14° En otras palabras, la situación descrita demuestra que, de no haber mediado una actuación ilegal de la demandada, el actor contaba con una chance relevante de obtener en la licitación de que se trata, puesto que los antecedentes objetivos con que cuenta esta Corte acreditan que la ventaja que obtuvo respecto de su único competidor era de tal relevancia que, un proceder guiado por la razón y la objetividad, debió conducir al ente edilicio a preferir a aquel interesado que satisfacía de mejor manera las exigencias establecidas por el ente público.

15° Por otra parte, y como resulta evidente, la decisión municipal de no admitir la propuesta del actor ha causado a éste, sin duda alguna, perjuicios patrimoniales, pues, como consecuencia de la misma, se le impidió obtener aquellas ganancias a que tenía legítimo derecho al haber presentado la oferta más conveniente para el interés público.

Asimismo, ha quedado suficientemente demostrado que los daños padecidos por el actor derivan, precisamente,



del referido e indebido obrar municipal, pues, de no mediar su ilegal determinación, el demandante habría llevado a cabo la obra de que se trata y, en consecuencia, habría podido gozar de las utilidades que la misma debía reportar.

16° Esclarecido lo anterior, sólo resta que este tribunal examine la especie, naturaleza y monto de los perjuicios padecidos por el demandante.

Al respecto cabe dejar asentado, en primer lugar, que el perjuicio que en la demanda se identifica como "obtención de mejor precio por compra en volumen de materiales de construcción", resulta inadmisibile, desde que el actor no explica con precisión en qué consiste y de qué modo se encuentra vinculado con la falta de servicio reprochada a la demandada.

17° Por otra parte, y en lo que atañe al lucro cesante demandado, éste resultó debidamente comprobado, pues, como se dijo, el acto de la demandada declarado ilegal impidió al actor obtener la ganancia a que tenía derecho en conformidad al mérito de su propuesta.

18° En lo que concierne al monto de su regulación, y considerando que en la demanda se pide que se condene al Municipio de Dalcahue al pago, por este concepto, de la suma de \$26.917.768 o, en subsidio, al de la cantidad que resulte acreditada, y considerando el mérito de la prueba rendida, que consiste en copia del "Presupuesto



estimativo de obras" presentado por el actor y en el "Informe propuesta pública N° 3520-26-LR16", emanado de la demandada, que otorgó al demandante el mayor puntaje posible por el ítem "Precio oferta", se concluye que una ganancia justa e idónea para un trabajo como el descrito alcanza al 5% del precio total de la oferta presentada por Luis Fernando González Paredes, cifra a cuyo pago, en definitiva, se condenará a la demandada.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de diecisiete de mayo de dos mil dieciocho, pronunciada por el Juzgado de Letras de Castro, y, en su lugar, se declara que **se acoge** la demanda presentada por Luis Fernando González Paredes en contra de la Municipalidad de Dalcahue, sólo en cuanto se dispone que esta última deberá pagar al actor, por concepto de lucro cesante, la suma equivalente al 5% del precio total de la oferta presentada por González Paredes con ocasión de la licitación pública denominada "Reposición Posta Tehuaco-Quetalco, comuna de Dalcahue".

Se confirma en lo demás **apelado** el fallo en alzada.

Acordada con el voto **en contra** del Abogado Integrante señor Pallavicini, quien fue de parecer de confirmar la sentencia de primer grado, sin modificaciones, pues, en su concepto, el lucro cesante demandado no se ha verificado en la especie, desde que la



procedencia de esta clase de indemnización está condicionada, en general, a una razonable probabilidad de verificación, esto es, se trata de un daño cierto, de cuya efectiva ocurrencia existe una probabilidad significativa, exigencia que en la especie no se observa, en tanto el actor sólo contaba con una mera expectativa de lograr para sí la adjudicación de la licitación materia de autos, incluso en el caso de que la autoridad demandada no hubiera dictado el acto declarado ilegal por el Tribunal de Contratación Pública.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Sandoval y de la disidencia, su autor.

Rol N° 4960-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M. y los Abogados Integrantes Sr. Pedro Pierry A. y Sr. Julio Pallavicini M. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Sandoval por haber cesado en funciones.





RYRBRKMSK

En Santiago, a quince de marzo de dos mil veintiuno, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

