

NOMENCLATURA : 1. [40]Sentencia
JUZGADO : 1º Juzgado Civil de Valdivia
CAUSA ROL : C-1674-2017
CARATULADO : ARNABOLDI/MUNICIPALIDAD VALDIVIA

Valdivia, veintiocho de Enero de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Al folio 1 demandó Mauricio Lazo Gutiérrez. Abogado, domiciliado en Temuco, calle Antonio Varas N° 687, piso 10, oficina 1002, en representación convencional de JORGE HUGO JOSÉ ARNABOLDI CÁCERES. Empresario, domiciliado en Temuco, calle Arturo Prat N° 1151, de Temuco, en contra de la MUNICIPALIDAD DE VALDIVIA, persona jurídica de Derecho público, representada por su alcalde don Omar Sabat Guzmán, se ignora profesión u oficio, ambos domiciliados en Independencia N° 455 de Valdivia, sobre la base de los siguientes antecedentes:

Indica que participó en un proceso de licitación denominada: “Concesión administrativa para proveer al personal de aseo para el departamento de la D.A.O”, licitación ID 2282-152-LP12 que llevó a cabo la Municipalidad de Valdivia, y que, en definitiva, su oferta fue rechazada a pesar de ser el mejor oferente al obtener el 100% del puntaje del proceso licitatorio. La licitación fue declarada desierta, procediéndose a realizar, posteriormente, una licitación privada adjudicada el 6 de marzo de 2013 a don Fernando Hales Chaban, por un período de 24 meses, por un costo mensual de \$66.105.668 y por un total de \$1.586.536.032, prestador local de Valdivia.

Reclamó al tribunal de Contratación Pública que acogió su reclamo por haberse vulnerado el principio de legalidad, de modo que la municipalidad es responsable por falta de servicio por lo que demanda los perjuicios provocados.

En definitiva, pide se condene al demandado al pago de la suma de \$161.393.416 más intereses y reajustes desde que la sentencia quede firme, o lo que conforme a derecho determina el tribunal, con costas.

El desglose de los perjuicios es el siguiente: a) Perjuicios-Preparación de la oferta. Por los gastos que, en principio, son de cargo de su



representado al aceptar participar en un proceso de licitación pública, desde la sentencia del tribunal de Contratación Pública que estableció el ilegal actuar de dicha municipalidad, más la boleta de garantía para el proceso de licitación, etc., que valora en \$2.000.000; b) perjuicios con ocasión de presentación de reclamo de ilegalidad, lo cuantifica en \$4.500.000; c) perjuicios con ocasión del acto ilegal en el proceso de licitación, desde que se le ha visto privado de legítimas ganancias por \$ 104.893.416; y d) daño moral los valora en \$50.000.000.

La demandada al contestar la demanda plantea como alegación y defensa la improcedencia de la demanda por no existir daños indemnizables, ya que el daño debe ser cierto y real; el actor nunca llegó a tener un derecho adquirido, sino meras expectativas; no es indemnizable el daño moral. Asimismo, indica que no existe falta de servicio. Refiere que los concejales no son funcionarios municipales y no están afectos a responsabilidad administrativa; el actor no es usuario de un servicio, requisito fundamental para ello.

En subsidio, opone excepción de prescripción extintiva de la acción indemnizatoria, pues han transcurrido más de 4 años. La decisión del Concejo es de 4 de diciembre de 2012 y la notificación de la demanda el 12 de julio de 2017. Refiere que la gestión ante el Tribunal de Contratación Pública no interrumpe la prescripción.

En definitiva, pide el rechazo de la demanda, con costas.

Se evacuaron los escritos de réplica y de dúplica.

Se citó a las partes a conciliación en rebeldía de la demandada.

Se recibió la causa a prueba, rindiéndose la que aparece en el expediente digital.

Se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO:

I. EN CUANTO A LAS TACHAS

PRIMERO: La demandada tachó a la testigo presentada por la demandante a don Daniel Esteban Cárdenas Zapata por tener vínculo laboral con la demandante sobre la base del numeral 5° del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil y por la misma causal se tachó a doña Claudia Roxana Antinao Calbuen, por las mismas razones. La demandante



sin desconocer el supuesto fáctico indica que con la actual ley laboral los trabajadores se encuentran resguardados en sus garantías y derechos, no pudiendo ser presionados a favor del empleador, por lo que la inhabilidad debe entenderse derogada.

SEGUNDO: En definitiva, serán acogidas las tachas alegadas por la apoderada de la parte demandada en contra de los testigos referidos, por la causal alegada, como se dirá en lo resolutive, por ser trabajadores dependientes de la persona que ha exigido su testimonio, lo que les resta imparcialidad.

II. EN CUANTO AL FONDO

TERCERO: Que se dan por reproducidos los hechos y fundamentos de Derecho expuestos tanto en la demanda como en la contestación, así como en sus respectivas partes petitorias.

CUARTO: Son hechos no discutidos o consentidos por las partes, los siguientes:

Con fecha 30 de diciembre de 2014 se dictó por el Tribunal de Contratación Pública, en causa rol N° 5-2013, caratulada: “Arnaboldi con I. Municipalidad de Valdivia”, la sentencia con certificado de ejecutoria, la cual dispuso en lo resolutive lo siguiente:

a) “1.- Que se acoge la demanda de impugnación interpuesta a fojas 1 por don Jorge Hugo Arnaboldi Cáceres, en contra de la I. Municipalidad de Valdivia, del Concejo Municipal y del Alcalde, con motivo de la licitación denominada “Concesión Administrativa para proveer personal de aseo para el departamento de la D.A.O.”, ID N° 2282-152-LP12., sólo en cuanto se declaren ilegales y arbitrarios, el Acuerdo N° 414, adoptado en la Sesión Ordinaria del Concejo Municipal de Valdivia, celebrado el 04 de Diciembre de 2012 y los decretos Alcaldicios número 9338, de 14 de Diciembre y número 9423 de 17 de Diciembre, ambos del año 2012, que rechazaron la adjudicación de la licitación a la demandante y declararon desierta la licitación, quedando en consecuencia los tres actos administrativos nulos y sin efecto.

2. Que, se retrotrae el proceso licitatorio al estado de proponerse la adjudicación de la propuesta por parte del señor Alcalde al Consejo Municipal.



3. Que, si por razones o motivos de orden legal o reglamentario, no fuere posible llevar a efecto lo dispuesto en lo resolutivo de esta sentencia, se reconoce al actor el derecho a entablar en la sede respectiva las acciones jurisdiccionales indemnizatorias y las administrativas pertinentes”.

b) El acuerdo N° 414 del Concejo Municipal de Valdivia de 4 de diciembre de 2012 fue del siguiente tenor:

“El Concejo Municipal de Valdivia *acuerda rechazar la propuesta* de la Alcaldía de Adjudicar la propuesta pública N° 139-2012 denominada Concesión Administrativa para proveer personal al Departamento de Aseo de la D.A.O., al oferente Jorge Arnaboldi Cáceres, quien ocupa el 1er lugar de la evaluación, con un 100% de ponderación y con una oferta por un monto mensual de \$63.451.778, IVA incluido, con una vigencia de contrato por 24 meses a partir del 1° de Enero de 2013, el cual podrá prorrogarse por una sola vez por dos años más, con acuerdo del Concejo Municipal. Lo anterior *porque el oferente no es una empresa Valdiviana (...)*”.

c) El Decreto Exento N° 9388, de fecha 14 de diciembre de 2012, emitido por el Alcalde de la Municipalidad de Valdivia que señala: “1.- *Apruébase el Acuerdo N° 414 de fecha 04 de diciembre de 2012 del Concejo Municipal de Valdivia que rechaza la propuesta de Alcaldía de Adjudicar la propuesta pública N°139-2012 denominada “Concesión Administrativa para proveer personal al Departamento de Aseo de la D.A.O, al oferente Jorge Arnaboldi Cáceres, quien ocupa el 1er lugar de la evaluación, con un tope de 100% de ponderación; y con una oferta por un monto mensual de \$63.451.778.IVA incluido, con una vigencia de contrato por 24 meses a partir del 1° de Enero de 2013, el cual podrá prorrogarse por una sola vez por dos años más, con acuerdo del Concejo Municipal. Lo anterior, porque el oferente no es una empresa valdiviana (...)*”.

d) El Decreto Exento N° 9423, de 17 de diciembre de 2012, emitido por el Alcalde de la Municipalidad de Valdivia señala: “Declárase *desierta la propuesta pública N° 139-2012 ID.2282-152-LP12, denominada “Concesión Administrativa para proveer personal al Departamento de Aseo de la D.A.O, según acuerdo del Concejo Municipal N° 414 de fecha 4 de diciembre de 2012, porque el oferente no es una empresa valdiviana. Anótese (...)*”.



e) La oferta propuesta por la ahora demandante fue la mejor calificada ya que cumplía con el 100% de los requerimientos formulados en las bases de licitación, y, por su parte, la *Comisión de Evaluación* propuso la adjudicación de la propuesta del actor de autos.

En efecto, el informe de la Comisión Revisora de la propuesta pública en su informe de fecha 30 de noviembre de 2012 da cuenta que a la licitación se presentaron tres oferentes y los criterios a evaluar eran oferta económica con una ponderación de un 60%, la experiencia con una ponderación de un 60%, la experiencia con una ponderación de un 20% y la condición de empleo y remuneraciones con una ponderación de 20%. La comisión concluye sugiriendo la adjudicación de la propuesta a quien obtuvo el primer lugar, el demandante de autos don Jorge Arnaboldi Cáceres, que formuló una oferta mensual de \$63.451.778 y ponderó un 100%; en segundo lugar, resultó don Fernando Hales Chaban, que presentó una oferta mensual de \$66.274.288 y ponderó un 97,4% y en tercer lugar se ubicó la oferta de doña Karen Barría Martínez, que presentó una oferta de \$64.247.559 y ponderó un 87,2%.

QUINTO: Como lo ha señalado la Corte Suprema “no toda ilegalidad constituye una falta de servicio que dé lugar a una indemnización de perjuicios de acuerdo al artículo 142 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Por lo tanto, puede acogerse un reclamo de ilegalidad y anularse el acto administrativo recurrido y, sin embargo, rechazarse la petición de declaración del derecho de los perjuicios” (Rol N° 6159-2009).

Asimismo, se ha resuelto por el mismo tribunal superior que “la decisión de ilegalidad de una resolución dictada por la autoridad administrativa en el curso de un proceso de adjudicación, es insuficiente para reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado por los daños cuya reparación exige derivados de que no percibió los beneficios del contrato respectivo, toda vez que la licitación pública es un procedimiento concursal para seleccionar y aceptar la oferta más conveniente, de modo que el oferente tiene una mera expectativa de adjudicarse el contrato, por lo que en el juicio civil posterior el afectado necesariamente debe acreditar la responsabilidad del servicio, la naturaleza de los daños que demanda y la relación causal respectiva” (Sentencia Corte Suprema rol N°11.364-2014).



SEXTO: En efecto, tal como se ha reconocido por la Corte Suprema, no toda irregularidad comporta el funcionamiento anormal o deficiente de un órgano del Estado, de modo tal que la sola existencia de un fallo que declara ilegal y la nulidad de los actos administrativos, en el presente caso, los decretos alcaldicios municipales de la demandada, a que se haya hecho referencia en los fundamentos anteriores, en el ámbito de un proceso de licitación, no implica automáticamente responsabilidad civil.

SÉPTIMO: Así las cosas, la declaración de ilegalidad contenida en la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública a propósito de la licitación de que se trata es insuficiente por sí sola para reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado por los daños que reclama, en especial, porque el oferente tiene una mera expectativa (y no un derecho adquirido) de adjudicarse el contrato, posibilidad que para concretarse requiere, entre otros factores, de que la Administración califique su oferta como la más conveniente al interés público. El daño para que pueda ser reparado debe ser cierto y no eventual, de manera que el afectado ha debido acreditar la responsabilidad del servicio demandado la naturaleza de los daños que reclama y la relación causal respectiva; es decir, ha de demostrarse la concurrencia de todos los requisitos o presupuestos que hacen procedente la acción resarcitoria intentada, sin que base a este fin y por sí sola la declaración de ilegalidad y de nulidad de los actos administrativos efectuada por el Tribunal de Contratación Pública.

OCTAVO: A la vista de las bases de la licitación, el actor sólo tenía una *mera expectativa* de adjudicarse la licitación de que se trata.

El artículo 9º de la Ley N° 19.886 de *Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, preceptúa: “El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses”.

Se trata, en efecto, de una potestad discrecional si así ha sido establecida en las bases de la licitación, como en el presente caso.

En efecto, tal facultad se encontraba expresamente contemplada en el punto 12 de las Bases de Licitación del siguiente tenor:



“La municipalidad se reserva el derecho de adjudicar la propuesta que estime más conveniente a los intereses municipales, aún (sic) cuando no sea la de menor valor o no figure en el primer lugar de la evaluación, o rechazarlas todas debiendo en todo caso justificar su determinación”.

En concordancia con ello la testigo doña Gisela Paredes Pacheco, abogado, indica que la demandante fue oferente en la propuesta pública de concesión del servicio de aseo a que se llamó por la Municipalidad de Valdivia en el año 2012, y, como consecuencia de ello, él quedó en el primer lugar de la tabla de evaluación de dicha propuesta, por tanto, se creó la expectativa de que a él debía adjudicarse la propuesta, lo que de acuerdo al procedimiento de licitaciones no es correcto porque éstos son actos que tienen varias etapas y el haber quedado en primer lugar de la tabla de evaluación es sólo una de estas etapas de la licitación que no le da ninguna garantía o derecho de que, efectivamente, él iba a ser el oferente adjudicado; por tanto, al ser esto así, no sufrió ningún perjuicio. Agrega que dentro de los riesgos previsibles en que incurren los oferentes es el de no adjudicarse la propuesta, porque pueden perder o ganar, pese a reunir los requisitos para adjudicársela.

En el mismo sentido, el testigo de la demandada, don Nino Bernucci Díaz, ingeniero agrónomo, indica que si bien la Comisión de evaluación de la propuesta propone a un determinado oferente, esa propuesta se la hacen al alcalde, y cuando los montos son superiores a 500 UTM el alcalde debe llevarlo como materia de acuerdo al Concejo Municipal y para adjudicar la propuesta se necesita mayoría absoluta de los concejales que en Valdivia son cinco. Al no ser valdiviana la empresa del actor se la declaró desierta por la decisión adoptada por el Concejo. Eso indica que hay una serie de actos administrativos y que mientras no se defina una adjudicación existe solamente una mera expectativa de los oferentes. Añade que en las adjudicaciones que excedan de 500 UTM es el *Concejo Municipal* el que toma la decisión final y que se lleva a proposición del alcalde para su aprobación o rechazo, como sucedió en este caso que fue rechazada por el Concejo.

En efecto, tal como señaló el testigo, la letra j del artículo 65 de la Ley 18.695 dispone que el alcalde requiere del *acuerdo de la mayoría*



absoluta del Concejo para aprobar contratos y convenios que excedan las 500 Unidades Tributarias Mensuales.

NOVENO: En conformidad a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 89 de la Ley N° 18.695 (Orgánica Constitucional de Municipalidades), los concejales *no tienen el carácter de funcionarios municipales*, a diferencia del alcalde, y, por tanto, no están afectos a la responsabilidad administrativa, sí la eventual responsabilidad civil, y penal, que les pueda ser atribuida en conformidad a la ley. Por lo mismo, el municipio no es responsable por el hecho ajeno de los concejales. El alcalde, por lo demás, se abstuvo de votar.

En efecto, la disposición legal citada, en el párrafo primero, dispone: “*A los concejales no le serán aplicables las normas que rigen los funcionarios municipales, salvo en materia de responsabilidad civil y penal*”.

En consecuencia, no responden frente a un eventual falta de servicio, lo que no excluye su eventual *falta personal* al actuar fuera de la legalidad y del ámbito de sus atribuciones o competencia.

DÉCIMO: En relación a lo planteado en la demanda por el actor, cabe señalar que el actor no devino adjudicatario por el solo hecho de tener el mejor puntaje, y nada otorga certeza de que, en definitiva, de repetirse la propuesta, en su oportunidad, iba a ser él el elegido, dado que de acuerdo a la normativa citada siempre existe la posibilidad de que se calificara como no conveniente a los intereses del servicio esa u otras ofertas, atento el carácter *discrecional* que comporta, y, por lo mismo, el actor *nunca tuvo un derecho adquirido* a obtener la adjudicación o licitación, sino una mera expectativa.

El daño *debe ser cierto* y no eventual: tanto el daño emergente como el lucro cesante. Debe ser real o efectivo, esto es, tener existencia.

Las meras expectativas no son daños reales y efectivos, sino que hipotéticos o eventuales los cuales no son indemnizables, pues no se sabe si van a ocurrir, o no.

De lo dicho con precedencia se puede inferir que no existe daño, al menos un daño que derive de manera inmediata y directa del proceso de licitación, aun en la hipótesis de estimarse concurrente la existencia de una eventual falta de servicio.



Por lo demás, en el presente caso *no se ha acreditó* la existencia de daño emergente (empobrecimiento real y efectivo del patrimonio del actor); en concreto, en lo relativo a los gastos incurridos en la acción judicial por el reclamo de ilegalidad ante el Tribunal de Contratación Pública, que, por lo demás, no resulta necesaria u obligatoria para el ejercicio de la presente acción indemnizatoria por falta de servicio; o del lucro cesante (esto es, la utilidad que dejó de percibir producto del presunto incumplimiento de la obligación de la demandada); por cierto, en tanto hubiese sido *imputable* en relación de causa a efecto a la demandada, cuyo no es el caso. No existe ninguna prueba a su respecto.

Y, en cualquier caso, el daño moral no resulta indemnizable por lo argumentado con precedencia, y, además, porque en el ámbito comercial, sólo aplica cuando el autor del daño es garante de un bien jurídico de carácter extra-patrimonial, cuyo no es el caso de autos.

Desde otro punto de vista, en concordancia con lo razonado con precedencia y las conclusiones arribadas en la presente causa, se puede afirmar que *no se acreditó la lesión de un derecho subjetivo*, criterio sustentado por diversas sentencias de la Corte Suprema (véase, entre otros, Sentencia de dos de agosto de dos mil siete, rol N° 1687-2007; y Sentencia de siete de agosto de dos mil ocho, rol N° 935-2008).-

El no adjudicarse una propuesta es parte de los riesgos de todo procedimiento concursal de licitación, y, como se dijo, el tener el mayor puntaje no garantiza el derecho a la adjudicación susceptible de vulnerarse. No puede existir una relación causal. No se acreditó que los daños que reclama sean consecuencia directa e inmediata de la no adjudicación de su propuesta pública.

UNDÉCIMO: En otro orden de ideas, para que se configure la responsabilidad por falta de servicio por la no prestación o prestación deficiente o tardía de un servicio, es indispensable que quien sufre el daño sea *usuario del servicio*. Así lo ha resuelto la Corte Suprema en Sentencia de 8 de mayo de 2002, rol N° 3427-2001.

El actor no es destinatario de un servicio municipal; por el contrario, la propuesta tenía como fin otorgar un servicio público. Por ello, no puede calificarse de usuario de un servicio, de modo tal que no ha podido



configurarse, desde esa perspectiva, la existencia de una falta de servicio en el presente caso.

Y, en cualquier caso, como se dijo con precedencia, los concejales que rechazaron la propuesta son *personalmente responsables* de los daños que eventualmente han podido causar con ocasión del ejercicio de sus cargos, en cuanto realizaron actos con grave imprudencia o negligencia, como en el caso de autos, al rechazar la propuesta del ahora actor “por no ser el oferente una empresa valdiviana”, lo que no estaba en las bases de la licitación, ni podía tampoco contenerlas, conforme a la normativa legal y constitucional vigente que rige la materia, actuando fuera del ámbito de sus atribuciones y competencia, en contravención con el principio de legalidad, entre otros.

Se trata, en definitiva, de una *falta personal*, por contraposición a la *falta de servicio*, en que la persona del funcionario no interesa (Al respecto, véase Pedro Pierry Arrau, “La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”, en *Revista de Derecho Público. Universidad de Chile* N° 59, enero-junio, 1996).

DUODÉCIMO: Atento lo razonado en los fundamentos anteriores, no se emitirá pronunciamiento sobre la excepción perentoria de prescripción hecha valer de manera *subsidiaria* por la parte demandada.

DÉCIMO TERCERO: La demás prueba rendida en autos, en nada altera las conclusiones a que se arribó en orden a rechazar la demanda de autos.

Por estas consideraciones y visto, además, lo establecido en los artículos citados, arts. 65, letra j), y 89 de la Ley N° 18.695 (*texto refundido, coordinado y sistematizado. Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades*), artículo 9° de la Ley N° 19.886 de *Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, 144, 160, 170, 254 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se resuelve:

1. Que se **ACOGEN** las tachas formuladas por la parte demandada a los testigos presentados por la demandante, don Daniel Esteban Cárdenas Zapata y doña Claudia Roxana Antinao Calbuen por la causal del numeral 5° del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil.



- II. Que **SE RECHAZA** la demanda interpuesta por don **JORGE HUGO ARNABOLDI CÁCERES** en contra de la Municipalidad de Valdivia representada por su alcalde don Omar Sabat Guzmán.
- III. Que no se condena en costas al actor por haber tenido motivo plausible para litigar.

Regístrese y notifíquese por cédula.

Rol N° C-1.674-2017.

Dictada por don **EDINSON ANTONIO LARA AGUAYO**, Juez Titular; autoriza doña Cecilia Matamala Kröell, Secretaria Subrogante.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil, se incluyó en el estado diario la sentencia precedente. Valdivia, a veintiocho de Enero del año dos mil diecinueve.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.

A contar del 12 de agosto de 2018, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>