

Camilo Lledó Veloso y José Pardo Donoso\*  
Universidad de Chile  
Santiago, Chile  
clledov@gmail.com  
pardo.jose@gmail.com

# Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública\*\*

*Sanctions for breaches in public contracts for supply and services: uncertainty as a problem of public policy*

## Resumen

Los autores analizan el sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios regulados en la Ley 19.886. Al respecto, existen dos teorías que explican la naturaleza jurídica de estas sanciones. Una que considera que dichas sanciones son parte del Derecho Administrativo Sancionador. La otra considera que se trata de multas de carácter contractual. Se analizan las ventajas y desventajas de cada teoría y luego se proponen medidas que podrían mejorar el sistema de sanciones por incumplimiento en estos contratos.

\* *Abogados de la Universidad de Chile. Ayudantes del Departamento de Derecho Público de la Universidad de Chile. Actualmente trabajan en Carey y Cía. en el área de Libre Competencia, Regulación y Derecho Público.*

## Palabras clave

Contratación pública – incumplimiento – sistema de sanciones

## Abstract

The authors analyze the sanctions system for breaches in public contracts for supply and services regulated by Law 19,886. In this regard, there are two theories that explain the legal nature of those sanctions. One considers that they are part of the public punitive power. The other considers that these penalties have a contractual nature. The authors

\*\* *Agradecemos a Jaime Jara Schnettler y a Nicolás Ubilla Pareja por sus comentarios, y a Benjamín Torres Rojo por su colaboración en la investigación. Artículo enviado el 30 de abril de 2015 y aceptado para su publicación el 15 de julio de 2015.*

analyze the advantages and disadvantages of each theory, proposing some measures that could improve the sanction system for breaches in these contracts.

## Keywords

Public contracts – breach – sanctions system.

## I. Introducción

El sistema jurídico que regula los contratos administrativos está sometido a permanentes discusiones jurídicas y aspectos de política pública. Esto, porque el perfeccionamiento del diseño de licitaciones y de las “reglas del juego” en materia contractual, incentiva la participación de más oferentes, facilita la disminución de precios al incentivar ofertas más competitivas, aumenta la eficiencia en el gasto público, reduce la opacidad y la corrupción e impide situaciones de colusión entre los participantes (*bid rigging*), permitiendo mejoras en la calidad de los servicios públicos que se prestan en el contexto de dichos contratos.

Desde la perspectiva del Derecho Administrativo, dentro de las discusiones que se han suscitado en torno a la contratación pública<sup>1</sup>, centraremos nuestro análisis en el sistema de sanciones por incumplimiento o retardo, respecto de los contratos administrativos que celebran los particulares para el suministro y prestación de servicios en favor de la Administración, conforme a la Ley 19.886 “*Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*” (en adelante “Ley 19.886”) y al Reglamento de la Ley 19.886, contenido en el Decreto 250 del Ministerio de Hacienda de 2004 (en adelante, “Reglamento de la Ley 19.886”).

El sistema de sanciones por incumplimiento en estos contratos, no sólo adolece de defectos regulatorios que debieran perfeccionarse (según se explica en el capítulo final), sino que debiera estructurarse sobre una teoría clara y uniforme que defina la naturaleza jurídica de dichas sanciones, sus elementos, el procedimiento de aplicación de éstas y sus límites, a fin de disminuir los riesgos de arbitrariedad por parte de la Administración.

En Chile no hay una teoría clara y uniforme. En efecto, existen dos perspectivas contrapuestas. La primera sostiene que la sanción contractual se impone en ejercicio de potestades públicas, de una facultad de imperio y con fuerza obligatoria contra los

<sup>1</sup> Entre las problemáticas actuales en materia de contratación administrativa se encuentran las siguientes: (a) la elaboración de una teoría general que incorpore a todos los tipos de contratos administrativos; (b) la clasificación de los contratos administrativos (contratos de suministro, obra pública, concesión de obra pública, etc.) y sus características especiales (principio de la preeminencia de la Administración, privilegio para terminarlos unilateral y anticipadamente previa invocación del interés público, controles administrativos de legalidad, etc.); (c) los mecanismos de interpretación, prelación e integración de vacíos normativos; (d) las prerrogativas y privilegios de la Administración relacionados al poder de dirección, fiscalización y control, y al poder de modificación (*ius variandi*) de estos contratos; (e) una serie de principios propios en la celebración y ejecución de estos contratos (libre concurrencia de los oferentes al proceso licitatorio, de estricta sujeción a las bases, etc.); entre varios otros.

particulares (por ende, sujeta a los principios del Derecho Administrativo Sancionador). La segunda señala que la sanción contractual tiene naturaleza contractual civil, en la que las partes (Administración y particular contratante) actúan en un plano de igualdad, ejerciendo derechos y no potestades. Es decir, se trataría del ejercicio de una cláusula penal de índole civil<sup>2</sup>.

En nuestra opinión, la existencia de estas dos perspectivas tan contrapuestas derivaría principalmente de lo siguiente:

*i. Actuación administrativa que escapa a la forma tradicional*

En los contratos administrativos, la Administración no actúa bajo las formas habituales propias de su regulación orgánica, esto es, mediante la dictación de actos administrativos de carácter unilateral, sino que procede mediante el concurso de voluntades (o lo que la doctrina ha llamado “actividad multilateral de la Administración”)<sup>3</sup>. Esta diferencia es fundamental al momento de analizar la institución del contrato administrativo.

La confusión aumenta si se considera que, a pesar de tratarse de contratos que se asemejan a los de carácter privado, la Administración igualmente mantiene en su esfera de acción una serie de prerrogativas, tales como la posibilidad de modificar o terminar unilateralmente y de forma anticipada el contrato, por exigirle el interés público o la seguridad nacional (artículo 13 letra d) de la Ley 19.886). A su vez, en específico respecto a las sanciones, la Administración las ejecuta a través de actos unilaterales que toman la forma de actos administrativos, por lo que no queda claro si está aplicando poderes públicos o no. Esta confusión ha sido descrita ampliamente por la doctrina<sup>4</sup>. Por lo tanto, resulta complejo determinar en cuáles instituciones y aspectos propios de estos contratos estamos ante normas puramente públicas y en cuáles ante normas de carácter civil.

<sup>2</sup> Artículo 1535 del Código Civil define la cláusula penal 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.”

<sup>3</sup> García De Enterría y Fernández (2004), p. 677. “Dentro del cuadro sistemático de actuación de la Administración que estamos exponiendo, nos encontramos como figura singular, al lado de las declaraciones unilaterales en que se concretan los llamados actos administrativos, las declaraciones productoras de efectos jurídicos que no proceden de la sola voluntad de la Administración, sino a la vez de esta voluntad y de otras u otras propias de otros sujetos.”

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 686. “Hay abierta sobre este tema una polémica ya antigua, iniciada con la figura siempre discutida del contrato administrativo y hoy reabierta a propósito de los nuevos esquemas que suponen los conciertos de administración. Toda la polémica se alimenta sobre la inicial contradicción que parece darse en pretender insertar en el Derecho Público la figura par excellence del Derecho Privado, el contrato, figura que parece difícilmente conciliable con las notas que tradicionalmente vienen marcando el Derecho Público, la desigualdad de las partes, la autoridad imperativa de la Administración, concebida como un potentior persona, el poder de mando, la prerrogativa. (...) hay verdaderamente una contradicción in adjecto en el término contrato de Derecho Administrativo, ya que el contrato, en frase de Mayer, crece sólo sobre el suelo de la igualdad, en tanto que la Administración siempre manda unilateralmente.”

ii. *Ambigüedad normativa que regula la materia*

Por un lado, la única disposición de la Ley 19.886 que se refiere a las multas (y lo hace a propósito de las garantías exigidas para contratar) es el artículo 11 inciso tercero, que establece que: “*Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas.*” Por otro lado, la única referencia del Reglamento de la Ley 19.886 está en el artículo 23, que establece que: “*Las bases podrán contener, en lenguaje preciso y directo (...): 4. Cualquiera otra materia [entre las que se encuentran las multas] que no contradiga disposiciones de la Ley de compras y el Reglamento.*”

En la Historia de la Ley 19.886 tampoco es posible determinar con claridad cuál es la naturaleza jurídica que el legislador atribuyó a estas multas<sup>5</sup>. Esta ambigüedad tampoco es resuelta por el artículo 1º inciso primero de la Ley 19.886, el que señala la siguiente prelación normativa de integración de estos contratos: “*(...) 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 aquéllas, las normas del Derecho Privado.*”

Por otra parte, la ausencia de reglas claras sobre este punto también se aprecia en una serie de otros aspectos relacionados con la ejecución de los contratos administrativos. Esto, en atención a que la gran mayoría de las disposiciones se refieren a la formación del consentimiento del Estado y su contraparte. Se establecen expresamente una serie de mecanismos de selección de proponentes, garantías contractuales, causales de inhabilidad para contratar, jurisdicción del Tribunal de Compras, entre otros aspectos relevantes, pero hay nulas o escasas normas sobre la ejecución de los contratos.

En sistemas comparados, como lo es el caso español, si bien no se define o especifica la naturaleza jurídica de estas multas en la ley, sí se establecen una serie de limitaciones (garantías para el particular contratante), tanto en su monto como respecto a su imposición<sup>6</sup>. De tal manera, en dicho sistema resulta menos relevante analizar su naturaleza jurídica.

<sup>5</sup> En el mensaje presidencial (Nº 9-341 de octubre de 1999) se señalaba que una de las “*facultades contractuales que posee la Administración en esos contratos*” es “*imponer administrativamente las multas pactadas*”. El artículo 25 del texto original consagraba dicha facultad, que luego fue rechazada en forma unánime en el segundo informe de la Comisión de Hacienda. Sin embargo, el informe no permite determinar la naturaleza jurídica de dichas “*multas*”.

<sup>6</sup> El artículo 212 de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado su texto refundido por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011, señala: “*Ejecución defectuosa y demora. 1. Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento (...). Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato. (...) 3. La constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración. 4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar indistintamente por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato. (...) 5. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades. (...) 8. Las penalidades se impondrán por acuerdo del órgano de contratación, adoptado a propuesta del responsable del contrato si se hubiese designado, que será inmediatamente ejecutivo, y se harán efectivas mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total*

iii. *Tendencias contradictorias sobre las normas supletorias del Derecho Administrativo*

Finalmente, estas dos perspectivas sobre el sistema de sanciones en los contratos administrativos podrían también derivarse de la pretensión de ciertos autores de establecer una teoría uniforme sobre las normas que actúan como supletorias del Derecho Administrativo. Hay que considerar que el Derecho Administrativo se compone de una serie de normas diversas que no forman un todo orgánico. Esto, entre otros factores, ha dado pie para que surjan opiniones que intentan explicar ciertas instituciones generales del Derecho Público chileno y que sostienen que el Derecho Administrativo debe ser estudiado y aplicado autónomamente, sin sujeción al Derecho Privado. Entre ellos, tal vez el exponente más conocido en Chile es VERGARA<sup>7</sup>.

Sin embargo, hay quienes defienden la aplicación supletoria de las normas del Derecho Privado para llenar los vacíos normativos que existen en las normas de Derecho Público<sup>8-9</sup>. Específicamente en el análisis del estatuto aplicable a los contratos administrativos, MORAGA señala que: “[e]n la contratación administrativa existe una pacífica convivencia del Derecho Administrativo con el Derecho Privado, puesto que, en definitiva, todo contrato que celebra la Administración es capaz de reflejar elementos de una y otra rama del Derecho, sin que por ello varíe su esencia, sino solamente la intensidad de las distintas reglamentaciones que le son aplicables. Y, según la mayor o menor intensidad del régimen de Derecho Público, los diversos contratos que celebra la Administración pueden ser más próximos al Derecho Administrativo o al Derecho Privado.”<sup>10</sup> Esta postura es consistente con la doctrina española clásica<sup>11</sup>.

Ahora bien, más allá de las razones que, en nuestra opinión, explicarían la existencia de estos dos sistemas o visiones, hay que considerar que la adopción de una u otra perspectiva tiene una serie de implicancias y consecuencias jurídicas relevantes, que

*o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, cuando no puedan deducirse de las mencionadas certificaciones.”*

<sup>7</sup> Vergara Blanco (2013).

<sup>8</sup> Bermúdez Soto (2011), p. 23. “El Derecho Administrativo se aplica siempre a la Administración Pública, salvo que actúe como sujeto sometido al Derecho común. (...) Un problema que presentan estas zonas de fricción es el de la integración de las lagunas; es decir, si procede llenar tales vacíos en el Derecho Administrativo con las normas del Derecho general. Resulta difícil dar aquí una respuesta a este problema, no obstante, un criterio de seguridad jurídica, sumada a la referida precariedad normativa de nuestro Derecho Administrativo, deberían llevarnos a optar por la afirmativa.”

<sup>9</sup> Moraga Klenner (2010), p. 324 “(...) las actividades de la Administración están sujetas preponderantemente a las reglas e instituciones del Derecho Público –y es lo habitual–. Pero, también, es innegable que la Administración es sujeto destinatario de normas de Derecho Privado. En otras palabras, el orden jurídico privado no es ajeno al orden estatal: es derecho del Estado y como tal expresión de su poder.”

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 325.

<sup>11</sup> “La primera objeción a la doctrina sustantivadora del contrato administrativo es que parte de una idea convencional de lo que la autonomía científica e institucional del Derecho Administrativo ha de pretender. Tal autonomía no necesita expresarse en una singularidad radical de sus instituciones sobre las que son propias del Derecho Civil. Por una tradición histórica bien conocida, las instituciones básicas del Derecho han sido formadas en el Derecho Civil, lo que no implica que no sea posible la aplicación de las mismas a otros sectores del ordenamiento ni que esta aplicación tenga que comportar un régimen institucional radicalmente diferente.” García De Enterría y Fernández (2004), p. 695.

dicen relación principalmente con la mayor o menor discrecionalidad que se entregue a la Administración, y con las fórmulas diversas que brinda cada una para controlar la arbitrariedad, tanto en la interpretación de la obligación incumplida, como en la aplicación y determinación de la sanción. Lo anterior redundaría en la mayor o menor certeza que puede tener el particular contratante al ofertar y ejecutar el contrato.

## II. Las sanciones contractuales como manifestación de la potestad sancionadora de la Administración

Esta doctrina sostiene que las sanciones contractuales en los contratos administrativos deben ser analizadas desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador<sup>12</sup>. Es decir, su imposición se deriva del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Un ejemplo reciente se encuentra en el trabajo de LARA Y GARCÍA-HUIDOBRO, quienes defienden esta posición<sup>13</sup>. Esta postura se centra en criticar la jurisprudencia de la Contraloría General de la República (en adelante la “Contraloría”), la que considera que las multas aplicadas en el marco de los contratos administrativos de la Ley 19.886 constituyen cláusulas penales de carácter civil.

En resumen, esta doctrina sostiene principalmente que: (a) la posición de la Contraloría es errónea y distante de la noción de justicia que subyace a todo contrato administrativo<sup>14</sup>. Esto es relevante si se considera el rol que ha cumplido la Contraloría en la defensa de los derechos de las personas frente a posibles arbitrariedades e ilegalidades en el proceder de la Administración (indefensión para los contratantes particulares); (b) la posición de la Contraloría es errónea porque aplica sin matiz el Derecho Privado, sin consideración alguna a los principios y directrices sobre los cuales se sustenta la contratación administrativa. Esto constituiría una vulneración del artículo 1° inciso primero de la Ley 19.886<sup>15</sup>; (c) al admitirse la procedencia de la cláusula penal del Código Civil, se vulneraría la esencia del contrato administrativo. Por ejemplo, sería admisible que el particular contratante estuviera sujeto a una pena constitutiva del duplo de su obligación principal<sup>16</sup>; y (d) por ende, estas sanciones serían una manifestación del *ius puniendi* estatal, porque la multa administrativa se materializa en un acto administrativo de gravamen o de contenido desfavorable, restringiendo derechos patrimoniales de las personas, al exigirles pagar una suma de dinero como consecuencia de un ilícito contractual<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> “No obstante lo señalado en el presente punto y aunque no lo compartimos del todo, debe resaltarse que algunos autores sostienen una identidad entre la potestad sancionatoria y las sanciones pecuniarias contractuales propiamente dichas, pues argumentan que las sanciones contractuales constituyen una facultad que deriva del poder que tiene el Estado sobre el contratante para garantizar el cumplimiento de dicho negocio jurídico.” Morales Castro (2012), p. 49.

<sup>13</sup> Lara Arroyo y García-Huidobro (2014).

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 370.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 380.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 381.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 385.

Esta posición estaría respaldada, aunque sin un mayor análisis, por el resto de la doctrina chilena relevante en la materia. Entre ellos MORAGA<sup>18</sup>, BERMÚDEZ<sup>19</sup>, SOTO<sup>20</sup> y ALARCÓN<sup>21</sup> (este último analiza el contrato de obra pública, contrato en que, a diferencia del regulado por la Ley 19.886, las sanciones por retardos se encuentran sujetas a un grado mayor de regulación<sup>22</sup>).

El intento por controvertir la jurisprudencia de la Contraloría tiene por objeto establecer garantías en favor de los particulares, limitando la discrecionalidad que tendría a este respecto la Administración. Lo anterior, porque, según se explicará, entender estas multas como sanciones administrativas implicaría que la Administración tendría que adoptar una serie de resguardos, tanto formales (al momento del procedimiento administrativo) como de fondo (aplicación de principios de Derecho Administrativo y Derecho Penal), que limitarían su ejercicio y aplicación.

Es importante considerar que en regímenes comparados, como por ejemplo el sistema francés, también se ha suscitado esta discusión. Por ejemplo, en una reciente sentencia del Consejo de Estado francés, en donde la distinción entre si se trata de sanciones o cláusulas penales no es tan relevante (porque existen tribunales administrativos especializados), se sostuvo que: *“si bien a los contratos administrativos no le son aplicables las normas civiles, le es permitido al juez administrativo moderar o aumentar las penalidades*

<sup>18</sup> “La sanción administrativa es la consecuencia jurídica negativa o de gravamen para un particular en razón de la comisión de una infracción administrativa, sea por acción o por abstención. En el caso particular de la contratación administrativa, la sanción tiene por fundamento y fin la necesidad de asegurar el cumplimiento de lo pactado. Compartimos, en este sentido, la tesis de Farrando, de que en un contrato administrativo lo esencial no es castigar las faltas del contratante particular, sino que asegurar la realización del servicio público o la construcción de la cosa pública.” “Una de las cuestiones fundamentales que deben dilucidarse acerca del poder sancionatorio del Estado es si éste tiene una naturaleza contractual o si es simple ejercicio unilateral de poder público. A nivel comparado, la doctrina uniforme argentina consideraría que se trata de una facultad que se origina en el común acuerdo de los contratantes; se trata, como dice Farrando, de reconocer la ‘ley del contrato’ como fuente de la sanción. Disentimos de tan autorizada opinión, a lo menos en lo que se refiere al caso chileno. Creemos, en efecto, que el poder para establecer un régimen sancionatorio contractual es de naturaleza potestativa y de ejercicio supraordenador de la Administración: la sanción se establece porque la ley así lo permite y se determina un tipo según la voluntad de aquella, sin intervención del contratante privado.” Moraga Klenner (2010), p. 491 y 491.

<sup>19</sup> “Ante el incumplimiento del contrato o el retraso en la ejecución del mismo, la Administración podrá imponer las sanciones que correspondan, las que, en general, se traducen en: (...) Multas por el incumplimiento de las cláusulas contractuales, las que son aplicadas administrativamente (...).” Bermúdez Soto (2011), p. 230.

<sup>20</sup> Al referirse a las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos, y en particular al poder jurídico de sanción, los define sin distinción como el “Poder sancionador que puede comprender sanciones pecuniarias, como multas por los retardos o atrasos, sanciones coercitivas, como llegar a la sustitución del co-contratante y con cargo al incumplidor, e incluso sanciones resolutorias, como la caducidad, la rescisión o el rescate, mediando el incumplimiento del co-contratante de las obligaciones pactadas.” Soto Kloss (2010), p. 501.

<sup>21</sup> “(...) la potestad sancionadora que ejerza la Administración del Estado en un contrato administrativo, como el C. C. de OO.PP, es una de las manifestaciones del poder de dirección y fiscalización del contrato administrativo. Como muy bien señala un autor argentino, “(...) las penas o sanciones susceptibles de ser aplicadas por el Estado con motivo de la ejecución de los contratos que celebra, cumplen la función específica de desalentar el incumplimiento del co-contratante particular y se incorporan a la mecánica de lo acordado como consecuencia del libre acuerdo de voluntades (...).” ALARCÓN JAÑA (2014), p. 365.

<sup>22</sup> Artículo 163 del Decreto 75 de 2004 del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas.



*por retardo en la ejecución del contrato, (...) con base en la aplicación de los principios en los cuales se inspira el art. 1152 del Código Civil— aunque no en el artículo en sí mismo—, y si estas penalidades fuesen manifiestamente excesivas o irrisorias con respecto al precio del contrato celebrado.*<sup>23</sup> Es interesante considerar que el Consejo no afirmó que se tratara de cláusulas penales, sino que dichas “penalidades” deben adecuarse a los principios fundamentales del derecho administrativo, el que recoge también principios propios del Derecho Civil<sup>24</sup>.

Ahora bien, de aplicarse el régimen del Derecho Administrativo Sancionador a las multas de los contratos administrativos de la Ley 19.886, se podrían invocar una serie de principios o garantías, tanto en el procedimiento de imposición de multas, como en los eventuales recursos administrativos y/o jurisdiccionales que se interpongan en su contra. Lo anterior, porque la doctrina y jurisprudencia han reconocido que el derecho administrativo sancionador (a falta de normas que regulen orgánicamente esta materia) está sujeto a los principios generales del *ius puniendi* estatal, que regulan y limitan el ejercicio de la sanción pública, determinando un debido proceso sancionador y buscando garantizar una adecuada resolución final.

No nos detendremos en las discusiones recurrentes sobre esta materia, ya sea sobre las diferencias, sean cualitativas o cuantitativas entre el estatuto penal y sancionatorio administrativo<sup>25</sup>, la aplicación matizada de los principios y sus alcances<sup>26</sup>, la determinación de los principios formales y sustanciales del Derecho Administrativo Sancionador, y el grado con que deben aplicarse.

<sup>23</sup> Sentencia de 29 de diciembre de 2008 y (CE, 29 déc. 2008, n° 296930, Office public d’habitations à loyer modéré (OPHLM) de Puteaux: Juris Data n° 2008-074702), citado por Morales Castro (2012), p. 49.

<sup>24</sup> Morales Castro (2012), p. 53.

<sup>25</sup> La aplicación matizada de los principios del Derecho Penal a las sanciones administrativas se debe a varios factores. En primer lugar, las características comunes que comparten ambos estatutos. Ambas sanciones provienen desde el poder público estatal, para castigar al particular que ha cometido un ilícito, ya sea penal o administrativo. A su vez, también se ha justificado su aplicación en que si las garantías propias del *ius puniendi* estuvieran limitadas al Derecho Penal, se abriría una gran puerta para el fraude legal, ya que el legislador podría eludir su aplicación haciendo algo tan simple como transformar los delitos en infracciones administrativas. Huergo Lora (2007), p. 26. Por otra parte, también se justifica la aplicación de dichas garantías en el hecho de que actualmente es extremadamente difícil argumentar la existencia de diferencias cuantitativas y cualitativas o sustanciales entre ambos tipos de sanciones. Por último, entre varias otras razones, se ha señalado que la falta de aplicación de principios rectores a la sanción administrativa transformaría a este poder del Estado en uno incluso más gravoso que el poder punitivo penal, el que sí se encuentra limitado por dichas garantías a favor del acusado.

<sup>26</sup> Al respecto, es comúnmente aceptado que si bien ambos estatutos se regirían esencialmente por los mismos principios y garantías, la aplicación de los principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador se condiciona a la existencia de ciertos “matices”. Huergo Lora (2007), p. 26.

Así lo ha resuelto el Tribunal Constitucional al señalar: “(...) las sanciones administrativas participan de las características esenciales de las sanciones penales al ser ambas emanaciones del *ius puniendi* estatal, por lo que debe aplicarse, con matices, similar estatuto (...)”. Considerando 6° de la sentencia Rol N°1518-09, de 21 de octubre de 2010. La aplicación matizada de las garantías penales al Derecho Administrativo Sancionador ha sido reconocida también por la Contraloría, la que en su Dictamen 63.697 de 2011 indicó que: “(...) en relación a la legalidad y tipicidad de los cargos imputados, corresponde manifestar, en primer término, que la jurisprudencia contenida en los dictámenes Nos 14.571, de 2005, 28.226, de 2007, 34.407, de 2008, y 37.325, de 2010, de esta entidad fiscalizadora, ha expresado que tanto la potestad sancionadora penal como administrativa constituyen una manifestación del *ius puniendi* general del Estado, razón por la cual se ha entendido que es posible aplicar -con matices- los principios del Derecho Penal al derecho Administrativo Sancionador (...)”.



No obstante lo anterior, a modo de síntesis podemos enunciar la aplicación de los principios limitadores de la actividad administrativa de la siguiente forma:

*i. Legalidad, tipicidad y prescripción*

Por un lado, la sanción administrativa deberá estar establecida en una norma jurídica general y abstracta que tenga, al menos, rango legal de reglamento (legalidad atenuada)<sup>27-28</sup>. Esto claramente no es posible de reconducir a los contratos administrativos, lo que podría constituir un argumento para considerar que las sanciones de estos contratos no serían una manifestación del Derecho Administrativo Sancionador. Por otro lado, la sanción administrativa deberá estar siempre tipificada con anterioridad a la comisión de los hechos por los que se sanciona. En el caso de los contratos administrativos, ya sea las bases o el contrato debiera describir en forma previa la conducta constitutiva del incumplimiento o retardo. Finalmente, sería aplicable el plazo de prescripción de seis meses establecido para las faltas penales en el artículo 94 del Código Penal.

*ii. Principio de culpabilidad*

Existirá presunción de inocencia del particular, la que deberá ser desvirtuada con prueba suficiente sobre su culpabilidad por la autoridad sancionadora (no obstante, en ciertos casos, por tratarse de sanciones que buscan prevenir el riesgo más que sancionar el daño, el principio de culpabilidad puede verse atenuado). En el caso de los contratos administrativos, la Administración, en el acto administrativo en virtud del cual impone la sanción, debiera fundar y acreditar fehacientemente el incumplimiento o retardo culpable.

*iii. Debido procedimiento*

Existe derecho a un racional y justo procedimiento, que incluye la garantía de que la parte siempre deberá ser oída, y tendrá derecho a presentar alegaciones y pruebas en su defensa, las que deberán ser debidamente ponderadas por la autoridad.

*iv. Irretroactividad, proporcionalidad y doble sanción*

Por un lado, la norma sancionatoria tiene el carácter de irretroactiva. En el caso de los contratos administrativos este principio sería irrelevante, pues siempre el incumplimiento o retardo estará incluido o descrito en las bases o en el contrato antes de su suscripción por parte del particular. Por otro lado, se debe respetar el principio

<sup>27</sup> En el Derecho Penal se requiere tipificación legal. Creemos que en la sanción administrativa, la tipificación puede emanar de una norma de rango inferior, siempre que ésta cumpla con una ley que permita tal regulación.

<sup>28</sup> Tal como señala la Contraloría en su Dictamen 63.697 de 2011.

de proporcionalidad entre la limitación del derecho fundamental y el objetivo constitucionalmente válido que se busca perseguir<sup>29</sup>. En los contratos administrativos, dicha proporcionalidad debiera manifestarse entre la magnitud del incumplimiento y/o retardo y la sanción aplicada por la Administración. Finalmente, nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos (*non bis in idem*).

Hay que considerar que si la Administración aplicara en forma estricta cada uno de estos principios al momento de imponer sanciones por incumplimiento en los contratos administrativos, habría una serie de beneficios para los particulares. Tal como se ha sostenido, aumentaría la certeza de los contratantes, lo que tendría un efecto positivo en el precio y calidad de los servicios. Es decir, desde la perspectiva de las políticas públicas, la adopción correcta de esta doctrina (que considera las sanciones como parte del Derecho Administrativo Sancionador) sería un gran avance.

### III. Las multas contractuales en los contratos administrativos como cláusulas penales de carácter civil

Una postura contraria a la anterior, pero defendida en forma parcial (según se explicará) por la Contraloría, sostiene que las sanciones en los contratos públicos no emanan del poder sancionatorio estatal, pues su ejercicio no provendría de potestades públicas, sino que su naturaleza sería contractual. Es decir, estas sanciones consistirían en cláusulas penales de carácter civil.

En nuestra opinión, esta postura tendría su origen en la doctrina tradicional bajo la cual *“todas las potestades tienen su origen directo en el ordenamiento jurídico y no en negocios jurídicos. Las potestades son siempre derivaciones del ‘status’ legal, por ello es inevitable la existencia de una norma previa que atribuya la referida potestad.”*<sup>30</sup> En efecto, como las sanciones contractuales no provendrían de una norma atributiva sino de un negocio o contrato, su ejercicio no sería manifestación de una potestad administrativa. Una convención voluntaria no podría ser fuente de poderes públicos para la Administración.

Lo anterior se constata si revisamos los requisitos tradicionales que la doctrina chilena ha elaborado respecto de las sanciones administrativas. En efecto, se ha entendido tradicionalmente que las sanciones administrativas se componen de los siguientes requisitos: (a) deben encontrarse determinadas por el ordenamiento jurídico; (b) la retribución negativa consiste en la privación o restricción de derechos; (c) la sanción se impone por una Administración pública contra un administrado; y (d) el infractor es declarado responsable de las consecuencias derivadas de la comisión de una infracción administrativa, en virtud de un procedimiento administrativo sancionador previo<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Respecto a la proporcionalidad, Cordero Quinzacara (2014), p. 56 y 57.

<sup>30</sup> Oelckers Camus (1977), p. 128.

<sup>31</sup> Bermúdez Soto (1998), p. 323 a 326.

Sin embargo, en los contratos públicos, las multas por incumplimiento no reúnen el primero de aquellos requisitos. Es decir, no estarían determinadas expresamente en el ordenamiento jurídico como manifestación de una potestad administrativa, sino que por el contrario, se incluyen en las bases de licitación y/o en el contrato.

Este sería un elemento que distinguiría estas multas respecto de las sanciones en contratos públicos previstas por el artículo 13 de la Ley 19.886, como lo es la terminación unilateral y anticipada del contrato por incumplimiento grave<sup>32</sup>. Pareciera ser indiscutible que en este caso nos encontramos ante una sanción administrativa que emana de una potestad pública y no ante una sanción de carácter contractual.

Consistente con esta doctrina, el Tribunal Supremo español ha señalado que: “*cuando la conducta sancionadora se produce en el seno del contrato y el efecto que de ella se deriva se encuentra previsto en el pliego de condiciones, no se está ante una sanción, en sentido estricto, por lo que no es procedente aplicar a su imposición el procedimiento sancionador legalmente establecido al efecto*”. Por el contrario, para el Tribunal sólo tienen naturaleza de sanción administrativa aquellas que privan de bienes jurídicos que rebasan el ámbito contractual<sup>33</sup>. Esta postura también sigue la legislación alemana, que regula expresamente este tipo de sanciones en los contratos públicos (aunque en particular en los de construcción) como una cláusula penal, estableciendo ciertos elementos para su aplicación<sup>34</sup>.

En nuestra opinión, habría razones adicionales para concluir que las sanciones contractuales no son parte del Derecho Administrativo Sancionador:

### *i. Voluntariedad*

El particular se sujeta al contrato (y por ende a la sanción contractual) voluntariamente. Por el contrario, el *ius puniendi* estatal presupone un vínculo de sujeción obligatoria del particular a la norma y a la sanción.

<sup>32</sup> El artículo 13 letra b) de la Ley 19.886 establece que: “*Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas: b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante.*”

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Supremo español de 30 de octubre de 1995, Sentencia de 9-2-1998.

<sup>34</sup> “*En Alemania, el VOB/B (Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B) o Condiciones de adjudicación y contratación para servicios de construcción, Parte B), incluye en su art. 11 las disposiciones relativas a las cláusulas de penalidades y hace remisión expresa a la regulación del Código Civil alemán en los siguientes términos: (i) si se han pactado cláusulas penales, se aplican los §§ 339 a 345 del BGB (Código Civil Alemán); (ii) si se ha pactado una cláusula penal para el caso de que el encargo no se realice en el plazo prescrito, aquella vencerá en caso de mora del contratista; (iii) si la penalidad se mide por días, solamente contarán los laborales; si se mide por semanas, cada día laboral de una semana empezada contará como 1/6 parte de la semana; (iv) si el contratante ha recibido el servicio, solamente podrá exigir la penalidad si lo ha reservado en el momento de la recepción.*

*La doctrina alemana define la cláusula penal como una convención para asegurar que la obligación contractual será cumplida en una fecha concreta. Así las cosas, por medio de la estipulación de una cláusula penal, el deudor se obliga a pagar una cantidad fijada de dinero en caso del incumplimiento o cumplimiento insuficiente de su deber contractual. La cláusula penal, “Vertragsstrafe”, “Konventionalstrafe” o “Strafversprechen”, es dependiente de la existencia de una obligación principal, la cual, una vez pactada, resulta inmediatamente regulada por intermedio de las Condiciones generales de contratación antes mencionadas, conteniendo dos finalidades primordiales: ejercer presión adicional sobre el deudor para el cumplimiento de su obligación contractual y prescindir de la prueba del daño que normalmente incumbiría al acreedor en caso de perturbación del contrato.” Morales Castro (2012), p. 62 y siguientes.*

*ii. Carácter específico o particular*

La sanción administrativa tiene un carácter más o menos general (o al menos tiene pretensión de generalidad), que se deduce del principio de igualdad ante la ley. La sanción administrativa se aplica en forma igualitaria a todos. Por el contrario, la sanción por incumplimiento del contrato administrativo sólo se aplicará a aquel particular que ha celebrado un vínculo contractual con el Estado, estableciéndose una situación singular y especial, sin importar que existan otros particulares bajo situaciones idénticas o similares, como podrían ser dos contratos diversos para prestar los mismos bienes o servicios bajo las mismas condiciones<sup>35</sup>.

*Relación de igualdad en los contratos públicos, y diferencias en el fundamento y finalidad.* Por un lado, la Administración actúa en los contratos públicos en un ámbito de igualdad con el particular, sin ejercer coactivamente el poder público estatal. Ahora bien, este argumento no sería aplicable a las cláusulas exorbitantes contenidas en ciertos contratos administrativos por mandato expreso legal, las que en caso de ser sanciones podrían ser consideradas una manifestación del poder estatal (constituyendo potestades). Tal como se señaló, la terminación unilateral anticipada por incumplimiento grave sería manifestación de una sanción administrativa, de una potestad pública.

Por otro lado, tal como señala MORALES, ambas figuras (sanción contractual y sanción administrativa) persiguen fines distintos. Mientras las sanciones pecuniarias buscan desalentar el incumplimiento contractual, y en otros casos, evaluar anticipadamente los perjuicios, las sanciones impuestas por el poder de policía se orientan a preservar directa e inmediatamente ciertos valores sociales, como la seguridad, salubridad, equidad económica, etc.<sup>36</sup>

*iii. Desequilibrio manifiesto si se considerasen sanciones administrativas*

Si las sanciones contractuales fueran consideradas parte del derecho administrativo sancionador, se agravaría aún más la relación de desequilibrio entre las partes en este tipo de contratos. En efecto, la Administración no sólo sería juez y parte, sino que además resolvería las disputas sobre incumplimientos contractuales con sanciones de Derecho Público, impuestas bajo ejecutoriedad y presunción de legalidad. Esto, obviamente sujeto a las prevenciones anteriores, consistentes en que si se aplicasen de forma correcta todos los principios del Derecho Administrativo Sancionador, este desequilibrio se mitigaría en parte, especialmente en los aspectos procedimentales de la sanción.

<sup>35</sup> Por ejemplo, la Central Nacional de Abastecimiento celebra cientos de contratos de adquisición de medicamentos con diversos particulares. Según se desprende del contrato tipo de Cenabast, dicho documento fija principalmente la cantidad de medicamentos, las condiciones y plazos de entrega, y el precio. Si bien las condiciones son más o menos las mismas en todos sus contratos, se puede apreciar que las cláusulas de multas pueden variar de contrato en contrato, e incluso para un mismo particular, dos de sus contratos pueden estar sujetos a multas distintas por incumplimiento.

<sup>36</sup> Morales Castro (2012).

Finalmente, considerando las deficiencias de nuestro sistema contencioso administrativo como garante efectivo de los derechos de los particulares, somos de la opinión que resulta más beneficioso para el particular contratante que estas sanciones sean consideradas sanciones contractuales civiles. Esto, porque dicha interpretación: (a) se adecúa a la naturaleza contractual del vínculo; (b) pone a la Administración en una relación de igualdad con el particular; y (c) hace aplicable los límites de responsabilidad establecidos en la cláusula penal y otras normas del Código Civil, según se explicará a continuación.

#### IV. La jurisprudencia de la Contraloría: aplicación parcial de la perspectiva que considera que se trata de sanciones contractuales

Si bien señalamos que la Contraloría defiende (mediante una serie de dictámenes) la postura consistente en que estas sanciones son de carácter contractual civil, dicha interpretación no es absoluta. En efecto, existe jurisprudencia de la Contraloría que, por la vía de desconocer ciertas características o elementos del Derecho Civil, le niega a estas sanciones la naturaleza contractual.

Este escenario de aplicación parcial es el peor de los mundos. Tanto por las ineficiencias que se siguen de la falta de certidumbre respecto de la discrecionalidad/arbitrariedad del Estado, como por la indefensión que se produce para los particulares. Las razones de dicha incertidumbre e indefensión se explicarán al final de este capítulo. Además, tal como se demostrará, la aplicación parcial actualmente vigente entrega a la Administración ciertas ventajas del Código Civil (como la prescripción de largo tiempo de cinco años, para imponer las multas), pero no ciertos límites que benefician al particular contratante (como la excepción de contrato no cumplido).

Entre los dictámenes que descartan la vigencia del Derecho Administrativo Sancionador en esta materia, aplicando la posición que considera que se trata de sanciones contractuales, se encuentra el reciente Dictamen 34.523 de 2013, que señala que: *“Por su parte, la jurisprudencia administrativa (...) ha precisado que el fundamento que origina la multa es un incumplimiento contractual y que no reviste la naturaleza de una sanción administrativa. Más bien se trata de la 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 voluntades y no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado. En concordancia con lo anterior, los dictámenes Nos 30.642, de 1989, 5.287 y 6.010, ambos de 1992, entre otros, han reconocido 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 por el Código Civil, en su artículo 1.535, 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 retardar la obligación principal, disposición que se*

*aplica supletoriamente a las contrataciones regidas por la ley N° 19.886, según lo prevé su artículo 1° antes aludido*<sup>37</sup>.

En el mismo sentido, la Contraloría concluyó en el Dictamen 20.033 de 2013 que a estas multas, al contrario de las sanciones administrativas, no les resulta aplicable la prescripción de las faltas penales, sino que por el contrario, se les aplica la prescripción civil para incumplimientos contractuales. En efecto, señaló: “*En consecuencia, el plazo de prescripción de las multas estipuladas en las bases de las licitaciones y en los respectivos contratos, se rige por las disposiciones del artículo 2.515 y siguientes del Código Civil y no por el artículo 94 y siguientes del Código Penal, como sostiene la empresa recurrente (aplica dictamen N° 50.606, de 2012).*”

A su vez, la Contraloría ha dictaminado que la proporcionalidad de dichas multas contractuales debe ser calificada por los tribunales de justicia, por tratarse de un asunto de carácter litigioso. Esto, en relación a la figura de cláusula penal enorme como límite en la determinación de la sanción, de acuerdo al artículo 1544 del Código Civil<sup>38</sup>.

En efecto, tomando en cuenta los dictámenes de la Contraloría recientemente expuestos, que le otorgan expresamente un carácter contractual civil (cláusula penal) a las sanciones en contratos públicos, podemos extraer y concluir la aplicación de las siguientes reglas a este tipo de sanciones:

*i. Las multas contractuales no son parte del ius puniendi estatal, sino que son la consecuencia de un incumplimiento expresamente previsto en las bases y los contratos*

Por lo tanto, no se trata del ejercicio de poderes públicos (potestades administrativas), sino que del ejercicio de derechos contractuales. De tal manera, resulta incluso discutible que los actos que imponen las multas sean actos administrativos en el sentido del artículo 3° de la Ley 19.880 “*Ley de bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado,*” (en adelante “Ley 19.880”), ya que no se trataría de una declaración de voluntad emitida en el ejercicio de una potestad pública, sino que se efectúa en el ejercicio de un derecho de carácter contractual<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> La idea del carácter contractual de las multas en los contratos administrativos se repite en muchos dictámenes. Entre otros, 65.248 de 2011, 8.297, 21.035 y 73.867 de 2012, 4.508 y 20.033 de 2013, 71.865 y 65.788 de 2014 y 1.765 de 2015.

<sup>38</sup> Dictámenes 30.003, 71.865 y 65.788 de 2014 y 1.327 de 2015, entre otros.

<sup>39</sup> La potestad es un poder-deber de la Administración, de llevar a cabo un cometido establecido por la ley, con una finalidad específica, y a través de un procedimiento y con ciertas atribuciones fijadas por la ley. La potestad es parte fundamental del Derecho Público chileno, el que se caracteriza por las relaciones de poder y jerarquía que existen entre el Estado y los ciudadanos, o entre los distintos organismos del Estado, los que están dotados de diversas atribuciones, competencias y deberes. De esta forma, al señalar que la aplicación de las sanciones de los contratos del Estado son de carácter contractual, y no parte de la potestad sancionatoria del Estado, la Contraloría está negándole el poder a la Administración, transformándose en meros derechos contractuales.

*ii. Por lo anterior, el acto que impone la multa no estaría dotado de una serie de características propias de las potestades públicas*

Entre otras, la presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a su destinatario. A su vez, no se autorizaría su ejecución coactiva de oficio por parte de la autoridad administrativa contratante. Lo anterior, a diferencia de lo que sucede con los actos administrativos, los que sí gozan de estos atributos, tal como señala el artículo 3° de la Ley 19.880<sup>40</sup>.

*iii. Se pone al órgano administrativo en un plano de igualdad con los particulares*

De esta manera, resultan aplicables a esta relación jurídica las normas civiles de ejecución del contrato y de responsabilidad contractual, en donde se encuentran instituciones como el caso fortuito, la culpa, buena fe<sup>41</sup>, el enriquecimiento injustificado, la igualdad en la prescripción, entre otras. Estas instituciones deben ser siempre atendidas por las partes contratantes al momento de ejecutar el contrato.

Asimismo, y no obstante exista una resolución, decreto u oficio que imponga la sanción contractual al particular, se aplicarían las reglas generales de la carga de la prueba establecidas en el artículo 1698 del Código Civil, en caso de existir un proceso judicial, y en especial, la carga probatoria en materia de diligencia relativa al cumplimiento de obligaciones (artículo 1547 del Código Civil), reglas que no podrían ser invertidas invocando la presunción de legalidad del acto que impone la sanción (salvo que se modifiquen previamente, según lo permite el inciso final de dicho artículo). También se aplicaría la interpretación contra el redactor del artículo 1566 inciso segundo del Código Civil, cuando no sea aplicable otra forma de interpretación. Lo anterior, por tratarse de contratos de adhesión.

*iv. De tal manera, las multas tendrían la naturaleza de una cláusula penal, regulada en los artículos 1535 y siguientes del Código Civil, lo que implica que para hacer exigible la sanción, deben concurrir ciertos requisitos especiales<sup>42 43</sup>*

En consecuencia, debe haber incumplimiento o mora de parte del deudor (artículo 1537 del Código Civil)<sup>44</sup>, y dicho incumplimiento debe serle imputable, es decir,

<sup>40</sup> “Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa (...)”.

<sup>41</sup> Dictamen 1275 de 2015: “(...) deben ejecutarse e interpretarse, tanto por la Administración del Estado como por los contratistas, conforme al principio de buena fe que, en materia contractual, consagra el artículo 1.546 del Código Civil, en virtud del cual las partes de una convención deben tender a su correcto cumplimiento, ajustándose a un modelo de conducta tal que no cause daño a ninguna de ellas.”

<sup>42</sup> Abeliuk Manasevich (2014), p. 1051. Alessandri, Somarriva, y Vodanovic (2004), p. 340.

<sup>43</sup> Meza Barros (2011), p. 146. Corral Talciani (2013), p. 173.

<sup>44</sup> “Para que el acreedor cobre la pena, debe haber existido un incumplimiento imputable al deudor y mora de parte de éste” (Corte Suprema, 8 de abril de 2008, Rol n° 5145-06). También Vial del Río (2003), p. 243.



provenir de su dolo o culpa<sup>45</sup>. Respecto de la existencia de perjuicios y relación de causalidad, estos no son requisitos de la cláusula penal (artículo 1542 del Código Civil)<sup>46</sup>.

Asimismo, en caso de entenderse las multas como cláusulas penales, éstas tendrían los siguientes límites establecidos en el Código Civil: (a) antes de constituirse el deudor en mora, la Administración sólo puede exigir el cumplimiento de la obligación principal, salvo que se haya estipulado lo contrario (artículo 1537 del Código Civil); (b) constituido el deudor en mora, la Administración podrá cobrar, a su arbitrio, la obligación principal, la multa o la indemnización de perjuicios, a menos que la pena sea de carácter moratoria o se haya estipulado expresamente que por el pago de la deuda no se extingue la obligación principal; (c) no puede cobrarse, a la vez, la multa y la indemnización ordinaria de perjuicios, sino sólo excepcionalmente, cuando así se haya estipulado (artículo 1543 del Código Civil); (d) si el deudor cumple sólo una parte de la obligación principal y si el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho a que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal (artículo 1539 del Código Civil); (e) la cláusula penal enorme (artículo 1544 del Código Civil), pudiendo reducirse la pena en todo lo que exceda el duplo de la obligación principal, y los otros casos contemplados en dicho artículo, como por ejemplo los casos de obligaciones inapreciables en dinero (en que la reducción por parte del juez es prudencial).

#### v. *Prescripción, suspensión e interrupción*

Se les aplicaría la prescripción de cinco años establecida en el artículo 2515 del Código Civil. A su vez, el procedimiento de imposición de multas contractual iniciado por la Administración no suspendería ni interrumpiría el plazo de prescripción de la acción civil de incumplimiento contractual, que deberá utilizar el órgano público para obtener el pago de la sanción. Ninguna norma de la Ley 19.880 ni del Código Civil establecen un efecto suspensivo en favor de la Administración<sup>47</sup>. Ahora bien, hay que considerar que en la práctica no es necesario que la Administración inicie acciones judiciales cada vez que haya incumplimientos o retardos, porque éstos se resguardan mediante boletas de garantía (u otras cauciones) por fiel cumplimiento del contrato, que pueden ser cobradas en estos casos, y que generalmente inducen al cumplimiento voluntario de la pena por parte del particular.

<sup>45</sup> Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2004), p. 340

<sup>46</sup> Corral Talciani (2013), p. 173.

<sup>47</sup> En efecto, la interrupción de la prescripción establecida en el artículo 54 de la Ley 19.880 sólo opera a favor del particular y no del Estado.

## vi Demandas del particular contra el Estado

Respecto a las acciones que podría ejercer el particular en contra de incumplimientos de la Administración, debe considerarse que éste podría demandar al Estado en base a las normas de responsabilidad contractual, sin necesidad de buscar una acción especial, con ciertas causales y/o requisitos que se adapten a la naturaleza de la actividad administrativa (como sí sucede, por ejemplo, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, que se ha regido por criterios de imputación especiales como la falta de servicio).

Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que los dictámenes citados parecieran ser consistentes, lamentablemente existe jurisprudencia de la Contraloría que contradice dichos criterios. A esto nos referimos cuando señalamos que esta aplicación parcial nos deja en el peor de los mundos.

Por ejemplo, en el Dictamen 26.263 de 2009, la Contraloría sostuvo lo siguiente respecto de la excepción de contrato no cumplido<sup>48</sup>: *“la aplicación de multas por parte de la Administración del Estado deriva del conjunto de potestades con que ésta ha sido dotada por el ordenamiento jurídico en el ámbito de los contratos administrativos, las que no son propias del ámbito contractual, de modo que a su respecto no se aplica el artículo 1.552 del Código Civil.”*

Esto contradice lo dispuesto en los dictámenes anteriores, pues en este dictamen, la Contraloría considera que dichas multas derivan de potestades públicas. La no aplicación del Código Civil, y en especial la no aplicación de la excepción de contrato no cumplido, genera indefensión del particular ante los eventos de incumplimiento del órgano público. En efecto, se llega a la situación en que la Administración continúa exigiendo el cumplimiento del contrato, imponiendo multas, mientras por su parte puede dejar de cumplir con su obligación de pago.

A su vez, en el reciente Dictamen 1.765 de 2015, la Contraloría sostuvo que en virtud del resguardo de los intereses fiscales, es obligatorio para la Administración cobrar las multas contractuales cuando se configura un incumplimiento<sup>49</sup>. El contenido de este Dictamen se entiende bajo la óptica de la transparencia que se busca en los contratos públicos, para que no existan “condonaciones” que no estén dotadas de un fundamento adecuado. Sin embargo, al no tratarse de potestades, sino que de derechos contractuales, no estaríamos frente a un deber inexcusable y automático de aplicación de multa. Por el contrario, en caso de que existan circunstancias calificadas, podría ser más justo o más eficiente condonar o rebajar la multa, o intercambiarla por prestaciones adicionales.

<sup>48</sup> Resolviendo abstenerse de emitir un pronunciamiento sobre la materia, por tratarse de un asunto litigioso. Se discutía la aplicación de una multa contractual impuesta por Carabineros de Chile a un contratista.

<sup>49</sup> Dictamen 1.765 de 2015: *“al haberse configurado el incumplimiento contractual previsto en el convenio respectivo, resultó procedente la aplicación de la multa de que se trata, cuestión que, por lo demás, resultaba obligatoria para la autoridad en virtud del resguardo de los intereses fiscales”.*

Esto no obsta a que dicha decisión siempre se fundamente y motive por el órgano contratante, y pueda ser supervisada por su superior jerárquico y/o la Contraloría.

Finalmente, debemos agregar que del hecho de que se considere a estas multas como manifestación de un derecho contractual, no se deriva una autorización para que la Administración actúe en forma arbitraria (como si se tratara de un derecho subjetivo particular que puede ser ejercido en el exclusivo interés del órgano contratante). Por el contrario, tanto en base a las normas civiles como en especial a los principios generales del Derecho Público, los órganos públicos siempre deben respetar (sea que actúen mediante actos administrativos o no) ciertas garantías de buena fe en su actuación con los particulares, así como una adecuada proporcionalidad, finalidad y razonabilidad en su actuar.

En otras palabras, estos principios de proporcionalidad, finalidad, razonabilidad y buena fe trascienden la escrituración de las bases, por lo que debieran entenderse por sobre el *principio de estricta sujeción a las bases*. Es decir, estos principios se encuentran envueltos en toda la actividad administrativa y no son exclusivos del Derecho Administrativo Sancionador (como podría entenderse de cierta doctrina que defiende la aplicación del Derecho Administrativo Sancionador en esta materia).

## V. Conclusiones: ¿Cómo mejorar la eficiencia en la contratación? Una mirada de política pública

Tal como hemos explicado, existe incertidumbre respecto de la naturaleza jurídica y normas aplicables en materia de sanciones por incumplimiento en los contratos administrativos de la Ley 19.886.

Esta incertidumbre se genera en contratos complejos de gran relevancia, los que muchas veces regulan servicios públicos de trascendencia nacional. En estos contratos, el precio adjudicado, la calidad del servicio y las reglas que se apliquen impactan directamente al patrimonio fiscal y a los ciudadanos. Es decir, se trata de un asunto de política pública.

Algunos ejemplos de estos contratos podrían hallarse en el contrato de Administrador Financiero del Transantiago celebrado por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, el Contrato de Monitoreo Telemático de Condenados celebrado por Gendarmería de Chile, los contratos de suministro y distribución de insumos médicos que celebra la Central de Abastecimiento Nacional de los Servicios de Salud, los contratos de suministro directo de alimentación escolar que celebra la JUNAEB con ciertos proveedores, el contrato de proveedor tecnológico de la plataforma del Fondo Nacional de Salud o del Registro Civil, entre muchos otros. Todos estos contratos tienen en común la alta complejidad en su ejecución y que su debida ejecución impacta directamente en la población.

Por un lado, de aplicarse la posición que sostiene que las multas contractuales son emanación de la potestad sancionadora del Estado, el problema de incerteza (con las

consiguientes ineficiencias) no se resuelve. Esto, porque en Chile: (a) no tenemos un contencioso administrativo maduro; (b) aun cuando se aplicaran todos los principios procesales y sustantivos, no se solucionarían ciertos problemas críticos, como por ejemplo, la determinación precisa de la conducta que se espera del particular para efectos de evitar la situación de incumplimiento; y (c) se generan problemas al considerarse la relación de juez y parte de la Administración, la que se agrava en la actividad contractual, pues el Estado (a diferencia de otros casos de sanciones en actividades reguladas) es parte interesada en la ejecución del contrato, ya que exige el cumplimiento del contrato, y si no lo obtiene, lo sanciona directamente.

Por otro lado, en relación a la posición que plantea que son cláusulas penales contractuales, a pesar que su aplicación absoluta (la Contraloría ha aplicado esta posición en forma parcial) sería una mejora sustancial al panorama actual, el problema tampoco se soluciona totalmente. Esto porque: (a) los particulares tendrían que acudir a los tribunales ordinarios de justicia cada vez que la Administración imponga multas en forma injustificada. Esto genera ineficiencias, por el tiempo involucrado y por los costos de litigación asociados; y (b) en ciertos contratos (por ejemplo de tecnología) las discusiones que se generan son altamente técnicas y los tribunales ordinarios de justicia podrían no ser la sede más adecuada.

Considerando lo anterior, para efectos de mitigar la incerteza en materia de sanciones por incumplimientos, en nuestra opinión podrían establecerse dos mecanismos adicionales a esta posición: (a) uno relativo al establecimiento de estándares uniformes y generales en el diseño de bases (el que podría ser ordenado y controlado por la Contraloría, Dirección de Compras y/o el Tribunal de Compras Públicas, conociendo de causas de impugnación de bases de licitación); y (b) otro relativo al establecimiento de un sistema expedito y altamente técnico de resolución de controversias en ciertos contratos complejos y relevantes.

El primer mecanismo no requeriría reforma normativa, mientras que el segundo requeriría necesariamente una modificación legal.

#### *i. Estándares aplicables al diseño de bases de licitación*

El primer mecanismo podría considerar el establecimiento de una fórmula para disminuir el riesgo y las incertidumbres de manera *ex ante*. En efecto, podrían adoptarse los siguientes estándares en el diseño de bases de licitaciones y sus respectivos contratos, los que, en nuestra opinión, no existen hoy en la práctica: (a) establecer un límite máximo al monto de las boletas de garantía relacionado directamente a un porcentaje del monto del contrato; (b) las causales de cobro de la boleta de garantía como una sanción deben estar expresamente establecidas, evitando causales genéricas e indeterminadas como el “*incumplimiento grave de las obligaciones del contrato*”; en caso contrario, solo podrá cobrarse como mecanismo de pago de las multas impuestas e

impagas, restituyendo el remanente al particular<sup>50</sup>; (c) establecer límites en los montos a las sanciones por retraso en obligaciones a plazo, pudiendo gatillarse otra sanción (como por ejemplo, el término anticipado del contrato) cuando dicho monto se alcanza. El hecho de que haya sanciones indeterminadas en el límite máximo implica que un interesado no podrá evaluar el riesgo asociado a la contratación, desincentivándolo a participar; (d) las causales de término anticipado del contrato por incumplimiento grave de las obligaciones deben definirse con precisión; (e) incentivar a las autoridades que operan estos contratos para que complementen y definan con mayor precisión las obligaciones y sanciones establecidas en las bases, ya sea con modificaciones contractuales o ante preguntas en la etapa de preguntas y respuestas, cuando las obligaciones o sanciones no se encuentren debidamente determinadas en las bases. Lo anterior, considerando especialmente que muchas veces los funcionarios se abstienen de entregar una mayor determinación por miedo a la responsabilidad administrativa involucrada. Por ejemplo, en la etapa de preguntas y respuestas debería evitarse la respuesta genérica de “*aténgase a las bases*”, cuando la pregunta solicita una mayor precisión.

Estos estándares permitirían otorgar mayor certeza a los contratantes, e incentivarían la participación de más ofertas en los procesos licitatorios y a precios más competitivos. Además, hay que considerar que se trata de estándares usuales en contratos de alta complejidad que se celebran entre particulares.

Esta fórmula no es extraña al Derecho chileno. Por ejemplo, este mecanismo ha sido adoptado por las autoridades de libre competencia, mediante instrucciones generales que regulan el diseño de bases en el mercado del tratamiento de residuos sólidos domiciliarios (el que presenta fallas de mercado), con el objeto de aumentar la competencia<sup>51</sup>.

*xv. Establecimiento de un sistema expedito y altamente técnico de resolución de controversias*

Lo anterior, con el objeto de que ante cualquier imposición ilegítima de multas, u otro asunto interpretativo, se sustraiga dicho conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia, para que sea revisado por un órgano especializado e independiente a la Administración. Si bien la Ley 19.886 creó el Tribunal de Compras Públicas como

<sup>50</sup> Con el objeto de evitar dobles sanciones injustificadas. De esta forma, se daría una aplicación práctica más justa al Dictamen 65.788 de 2014, el que sostuvo que el cobro de la boleta de garantía puede significar una sanción adicional al cobro de multas por incumplimiento: “*Por su parte, también corresponde desestimar la petición subsidiaria en orden a la procedencia de exigir un 5% del valor del contrato, ya que la garantía de fiel cumplimiento del mismo y las multas establecidas en un contrato tienen fundamentos distintos e independientes entre sí, pudiendo perfectamente aplicarse multas sin necesidad de hacer efectiva la respectiva boleta de fiel cumplimiento.*”

<sup>51</sup> A solicitud de la Fiscalía Nacional Económica, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en junio de 2006), en el mercado del tratamiento de residuos sólidos domiciliarios, dictó instrucciones de carácter general y estableció criterios básicos a los que deben sujetarse las bases de licitación, con el objeto de asegurar la debida publicidad, transparencia y libre acceso al mercado, así como la existencia de condiciones objetivas, generales, uniformes y no discriminatorias que fomenten la participación de la mayor cantidad de oferentes en dichas licitaciones y el ingreso de nuevos actores. Luego, atendida la reforma legal que hizo aplicable el sistema de compras públicas (Ley 19.886), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en marzo de 2013) resolvió emitir nuevas instrucciones de carácter general en el mercado de la recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios. <http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=314&IDI=1274>

entidad especializada en resolver disputas en licitaciones públicas, este órgano pierde su competencia luego que el contrato es adjudicado por la Administración.

Esta solución podría aplicarse sólo a ciertos contratos que se celebren en el contexto de la Ley 19.886, sea por su contenido técnico (por ejemplo, en contratos complejos de tecnología) o por el elevado monto económico del contrato (en contratos cuyo valor sea superior a un monto determinado en dinero), permitiendo que sus controversias sean conocidas por dicho órgano especializado. El sistema de umbrales en materia de aplicación de directivas se ha ejecutado en la Comunidad Europea<sup>52</sup>. Así se evitaría que contratos de poca complejidad y bajo monto ingresen a un sistema tan sofisticado de resolución de controversias.

Hay que considerar que esta solución se ha aplicado en Chile en ciertos sectores regulados. Los paneles de expertos o tribunales arbitrales especializados han jugado un rol importante desde los años noventa hasta la fecha<sup>53</sup>. Por ejemplo, esta técnica se incorporó en: (a) el sistema de concesiones de obras públicas, las que tienen la naturaleza de contratos administrativos. Primero en el D.F.L. MOP 164 de 1991 (Ley de Concesiones de Obra Pública), que creó la Comisión Conciliadora y reguló la Comisión Arbitral, y luego en la reforma al sistema concesional mediante la Ley 20.410 del año 2010, que estableció el Panel Técnico y la Comisión Arbitral; (b) en materia eléctrica, a través del Panel de Expertos creado por la Ley 19.940; y (c) en materia sanitaria, y sólo para supuestos de discrepancias en procedimientos de fijación tarifaria, el artículo 10 del D.F.L. del MOP 70/88 regula la Comisión de Expertos.

Según ha señalado la doctrina, la existencia de cuerpos o paneles arbitrales independientes a la agencia reguladora: (a) otorga garantías para evitar comportamientos oportunistas del regulador; (b) al separar las funciones permite que el organismo regulador clarifique sus objetivos, lo que permitiría en este caso que el órgano contratante se centre en actuar como una buena y eficiente contraparte; (c) al reemplazar la función de los tribunales de justicia, se garantiza una más pronta y menos costosa resolución del conflicto; y (d) finalmente, al estar conformados por profesionales especialistas en la materia sobre la que se discute, se otorga mayor legitimidad en cuanto a las competencias requeridas a dicho cuerpo arbitral<sup>54-55</sup>.

<sup>52</sup> [http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules/current/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules/current/index_en.htm)  
<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1336&from=EN>

<sup>53</sup> Jadresic (2006).

<sup>54</sup> González (2006), p. 61 y siguientes.

<sup>55</sup> En aquellos países donde la resolución de controversias de las concesiones de obras públicas es competencia de tribunales contencioso administrativo se ha forzado a la renegociación, evitando las partes recurrir a la instancia judicial por temor a los riesgos que puede acarrear esta modalidad. La percepción del riesgo deriva de la falta de competencias técnicas de los tribunales de justicia, y en ciertos países, de la percepción de falta de independencia respecto del Ejecutivo. Sin embargo, también constatan que en Chile, el sistema de amigable componedor ha producido ciertos efectos perversos, generando la litigación excesiva y altos costos fiscales. A su vez, aumentaron los riesgos de colusión entre el concedente y el concesionario, resolviéndose muchas disputas en la fase de conciliación, de común acuerdo. Esto generó incentivos para que se presenten propuestas por debajo del costo, las que luego de adjudicadas se renegociaban, o fuerzan un litigio, logrando mejorar la situación establecida en la licitación. Como resultado, se genera el riesgo de selección adversa, dejando en el mercado a aquellos con mayor capacidad de litigar, influenciar y realizar lobby, y no necesariamente a los más eficientes. Bitrán y Villena (2010), p. 196 y 197.

Otras recomendaciones que habría que analizar, consisten en la permanencia de dichos paneles, lo que permite un mayor monitoreo (*accountability*) sobre cómo resuelven sus integrantes, y otorga mayor predictibilidad al sistema, pues permite la consolidación de jurisprudencia. Asimismo, se ha señalado que el carácter transitorio, representativo y no institucional de los paneles aumenta el riesgo de captura de sus miembros, facilitando la presión indebida. Por último, entre otras ideas, se recomienda que los criterios de selección de sus miembros sean exclusivamente basados en la excelencia profesional<sup>56</sup>. Además, creemos que tienen que establecerse algunos desincentivos para el exceso de litigación, evitando el comportamiento oportunista de ciertos oferentes para mejorar las condiciones de las bases de licitación.

Estas sugerencias, además de la adopción en forma absoluta de la jurisprudencia de la Contraloría que sostiene que las multas contractuales tienen naturaleza civil, generarían, en nuestra opinión, avances sustanciales en la contratación pública regulada en la Ley 19.886.

<sup>56</sup> González Tassinetti (2006), página 63 y ss. ESTUDIO SOBRE LA REVISIÓN DE LA INSTITUCIONALIDAD REGULATORIA DE LOS servicios sometidos a fijación tarifaria. Departamento de Economía, Universidad de Chile.



## VI. Referencias bibliográficas

- ABELIUK MANASEVICH, René (2014): *Las Obligaciones*, Tomo II, sexta edición actualizada, 2014, Thomson Reuters, Santiago.
- ALARCÓN JAÑA, Pablo (2014): *Sanciones Administrativas en el Contrato de Construcción de Obra Pública*. En Arancibia Mattar, Jaime y Alarcón Jaña, Pablo (coord.): *Sanciones Administrativas*, X Jornada de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo. Editorial Legal Publishing.
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel; y VODANOVIC, Antonio (2004): *Tratado de las obligaciones*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General*, segunda edición actualizada, Abeledo Perrot, Santiago de Chile.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (1998): *Elementos para definir las sanciones administrativas*. Revista Chilena de Derecho, número especial, Santiago de Chile.
- BITRÁN, Eduardo y VILLENA, Marcelo (2010): *El Nuevo Desafío de las Concesiones de Obras Públicas en Chile, Hacia una Mayor Eficiencia y Desarrollo Institucional*, Estudios Públicos, 117.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2014): *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y Principios en el Derecho Chileno*, Editorial Legal Publishing, Santiago de Chile.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): *La "cláusula penal". Función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno*, primera edición, Editorial Jurídica de Chile.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2004): *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, duodécima edición, Editorial Thomson Civitas, España.
- GONZÁLEZ TISSINETTI, Aldo (2006): *Estudio sobre la revisión de la institucionalidad regulatoria de los servicios sometidos a fijación tarifaria*, Departamento de Economía, Universidad de Chile.
- HUERGO LORA, Alejandro (2007): *Las Sanciones Administrativas*, Editorial Iustel, primera edición, España.
- JADRESIC, Alejandro (2006): *Solución de controversias mediante Comisiones de Expertos en Chile*, Basado en el trabajo "Expert Panels in Regulation of Infraestructure in Chile", presentado por el autor en marzo de 2006, en Windhoek, Namibia. Disponible en: [http://www.expansiva.cl/media/en\\_foco/documentos/08052007140306.pdf](http://www.expansiva.cl/media/en_foco/documentos/08052007140306.pdf)
- LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA-HUIDOBRO, Luis Eugenio (2014): *Naturaleza Jurídica y Proporcionalidad de las Multas en la Contratación Administrativa bajo la Ley N° 19.886*, en Arancibia Mattar, Jaime y Alarcón Jaña, Pablo (coord.): *Sanciones Administrativas*, X Jornada de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo. Editorial Legal Publishing.

- MEZA BARROS, Ramón (2011): *De las obligaciones*, décima edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *La Actividad Formal de la Administración del Estado, Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VII, Editorial Legal Publishing, Chile, primera edición, página 324.
- MORALES CASTRO, Carlos Javier (2012): *Sanciones Pecuniarias en la Contratación Estatal*, Citando a Bercaitz, Miguel: *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Tesis. Maestría en Derecho Administrativo, Colombia. Disponible en: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/4159/86081826-2012.pdf?sequence=3>
- OELCKERS CAMUS, Osvaldo (1977): *El Principio de Legalidad Como Supuesto de la Potestad Administrativa*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° 1, Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo (2019): *Derecho Administrativo – Temas Fundamentales*, Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile.
- VERGARA BLANCO, Alejandro (2013): *Sistema de Derecho Administrativo, Apuntes Curso Diploma en Derecho Administrativo*, Santiago de Chile.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003): *Manual del Derecho de las Obligaciones en el Código Civil Chileno*, Editorial Biblioteca Americana, primera edición.

## - Normas citadas

Código Civil chileno

Ley Española de Contratos del Sector Público, cuyo texto refundido fue aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre de 2011.

Ley 19.886, *Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, de julio de 2003.

Reglamento de la Ley 19.886, contenido en el Decreto 250 del Ministerio de Hacienda, de 2004.

Decreto 75 de 2004 del Ministerio de Obras Públicas que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas.

Ley 19.880, *Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado*, de mayo de 2003.

## **- Jurisprudencia citada**

Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 5145-06, de 8 de abril de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1518-09, de 21 de octubre de 2010.

Dictámenes de la Contraloría General de la República: N° 9.841 de 2007; N° 26.263 de 2009; N° 63.697 y N° 65.248 de 2011; N° 8.297, N° 21.035 y N° 73.867 de 2012; N° 4.508, N° 20.033 y N° 34.523 de 2013; N° 30.003, N° 65.788 y N° 71.865 de 2014; N° 1.275, N° 1.327 y N° 1.765 de 2015.

Tribunal Supremo Español. Sentencia de 30 de octubre de 1995, Sentencia de 9 de febrero 1998.