

Santiago, treinta de mayo de dos mil veintidós.

Al escrito folio N° 33823-2022: téngase presente.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, en estos autos Rol Corte Suprema N° 86.803-2021, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios por falta de servicio, caratulado "Constructora Manzano y Asociados Ltda. con Ilustre Municipalidad de Lebú", se ha ordenado dar cuenta, de conformidad a los artículos 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, de los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por la parte demandada en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha 06 de octubre de 2021, que revocó la de primera instancia dictada por el Juzgado de Letras y Garantía de Lebu, acogiendo la demanda de indemnización por falta de servicio en relación al lucro cesante a favor de Constructora Manzano y Asociados Limitada, deducida en contra de la I. Municipalidad de Lebu por la suma de \$316.684.912 (trescientos dieciséis millones seiscientos ochenta y cuatro mil novecientos doce pesos) y rechazar la petición subsidiaria de indemnización por pérdida de chance..

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma:

Segundo: Que se esgrime como causal de nulidad formal la del artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 170 N° 4



del mismo cuerpo legal y artículo 425 del mismo código, argumentando la recurrente que la misma se configuraría al dar por establecida la sentencia de segunda instancia la existencia de la obligación de reparar los perjuicios por concepto de lucro cesante, que ha estimado en la suma de \$316.684.912, sobre la base de lo señalado en su considerando noveno.

Expone que, en el fallo recurrido, se ha incumplido con el requisito de contener "Las consideraciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la sentencia", dado que el mandato del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil en orden a que la fuerza probatoria del informe pericial se apreciará de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no significa que el juez del grado pueda fallar arbitrariamente sin dejar establecido en la sentencia qué criterios ha utilizado para arribar a su conclusión final, sino que por el contrario, se encuentra en la obligación legal de consignar el análisis del informe y establecer cuáles han sido las reglas y principios utilizados para valorar y preferir dicha prueba en relación a las restantes probanzas. Ha debido expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud le asigne valor al referido informe o desestime aquellas pruebas que pudieran desvirtuarlo.



Señala que el lucro cesante fue controvertido en la contestación, por no tener la calidad de cierto, toda vez que no podía establecerse a ciencia cierta que la demandante se hubiera adjudicado la licitación, si ni siquiera participó del llamado a licitación ID 3940-4-LR 18, ni tampoco impugnó la declaración de deserción del proceso ID 3940-53-LR16. Precisa que el informe pericial se realizó a partir del primer proceso licitatorio iniciado el mes de Enero de 2017, en circunstancias que el segundo proceso de licitación vino a iniciarse en el mes de enero del año 2018, encontrándose obviamente desactualizado en relación a la época en que podría haberse generado la supuesta utilidad o ganancia que se indemniza; agregando que la sentencia ha omitido toda consideración respecto de la documental acompañada en segunda instancia y que tenía por objeto desacreditar el lucro cesante.

Tercero: Que, en relación a la causal en estudio, no debe olvidarse que este defecto aparece sólo cuando la sentencia carece de las consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento, no así cuando aquéllas no se ajustan a la tesis sustentada por el recurrente. Pues bien, una atenta lectura del fallo impugnado permite verificar, que sí se explicitan las razones, de hecho y de derecho, que llevaron a los juzgadores a concluir tanto la existencia como la



procedencia del lucro cesante reclamado por la actora, determinando la cuantía de las sumas estimadas como posibles utilidades que dejara de percibir, ponderando al efecto tanto la prueba pericial como testimonial rendida en juicio.

En efecto, el fallo en su motivo cuarto primeramente precisa que, además de la falta de servicio que quedó establecida respecto de la I. Municipalidad de Lebu y acreditada con el fallo del tribunal de Contratación pública, de fecha 31 de agosto de 2017, consistente en haber omitido las incongruencias manifiestas y de relevancia que ostentaba la oferta de Constructora Andes y Cía. Limitada, haber evaluado su oferta y no decretarla fuera de bases y finalmente adjudicarle la licitación (considerando vigésimo octavo del tribunal de Contratación Pública), se observa, en el proceso licitatorio una segunda falta de servicio en que ha incurrido la Municipalidad, cual es, no haber cumplido lo instruido por el tribunal de Contratación Pública.

En este punto, razonan los sentenciadores en el motivo quinto, que el Decreto Alcaldicio N° 5773, de fecha 11 de septiembre de 2017, a través del cual se plasmó la instrucción del Tribunal de Contratación, instruyó retrotraer el proceso licitatorio al estado de efectuarse una nueva evaluación de ofertas, lo que conlleva, evaluar las ofertas restantes con exclusión del



oferente adjudicado Constructora Andes y Cía. Limitada; sin embargo, la nueva comisión evaluadora designada incumpliendo lo decretado por el Tribunal, realizó una revaluación de la admisibilidad de los oferentes restantes (proceso que ya se había efectuado declarando todas las ofertas admisibles) indicando que las restantes se encontraban fuera de bases, sugiriendo declarar desierta la licitación pública ID 3940-53-LR16 /3940-53-R117 "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo Lebu" atendido que las ofertas de los restantes oferentes infringían lo dispuesto en el punto 8 inciso final de las Bases Administrativas Especiales. A continuación, se dicta el Decreto Alcaldicio N° 6191 de 29 de septiembre de 2017 que declaró desierta la licitación y posteriormente se abrió una nueva licitación.

Sobre estas bases, concluyen los jueces del fondo que el decreto Alcaldicio que declaró la inadmisibilidad de las ofertas restantes incurrió en una transgresión a lo instruido por el Tribunal de Contratación, plasmado en el propio decreto Alcaldicio N° 5773 y en una falta de servicio.

Establecida la falta de servicio que se imputa a la demandada, los falladores se abocan a determinar si concurre el lucro cesante alegado por demandante o si efectivamente, como señaló la sentencia de primer grado (considerando vigésimo cuarto), la prueba no permite



corroborar la existencia cierta del daño invocado bajo dicho concepto, por no superar el estándar necesario y razonable mayor a lo que es una válida expectativa ya que estima necesario acreditar la certeza de la existencia del daño aludido al menos con algún antecedente que permitiese establecer la posibilidad cierta más allá de una expectativa de adjudicarse la licitación.

En su motivo séptimo, la sentencia recurrida precisa que a la licitación se presentaron cuatro oferentes, 1) Constructora Los Andes y Cía. Limitada; 2) Constructora Manzano y Asociados Limitada, 3) Empresa Parque Johnson Limitada y 4) Fabián Robushi y Cía. Ltda., a las cuales les asigna puntaje y se termina recomendando la adjudicación de la licitación a la primera empresa, CONSTRUCTORA ANDES Y CÍA. LIMITADA, informe que es publicado el 17 de marzo de 2017 conjuntamente con el decreto Alcaldicio adjudicatorio. En dicha evaluación, según consta en acta adjunta a la misma, Constructora Manzano y Asociados Limitada obtuvo el segundo lugar, con 72,2795 puntos; la empresa Fabián Robuschi y Cía. Ltda., el tercer lugar, con 56,2150 puntos y la empresa Parque Johnson limitada obtuvo el cuarto lugar, con 52, 2636 puntos. Razonan entonces, que al haber ordenado la sentencia del tribunal de contratación excluir a la empresa adjudicataria, y retrotraer el proceso licitatorio para realizar una nueva evaluación de las



ofertas, adjudicando la licitación si fuere procedente, continuando el proceso licitatorio hasta su conclusión, resulta ser un hecho no discutido que la actora tenía la oferta con mejor puntaje entre las ofertas restantes, de manera que satisfacía las exigencias para habersele adjudicado la licitación, por lo que Constructora Manzano y Asociados no tenía una "mera expectativa" de que se le adjudicara la licitación, sino la certeza de dicha adjudicación, certidumbre que, deriva de los hechos ciertos ya referidos, el puntaje asignado y el dictamen del Tribunal de Contratación.

Concluyen los sentenciadores, que los actos ilícitos en que incurrió la Municipalidad de Lebu privaron a la actora de la muy probable adjudicación de la licitación y sus utilidades, lo que permite hacer una estimación real y relativamente certera de lo que habría percibido de no mediar los referidos actos ilícitos, proceden en el motivo noveno a determinar el monto de la utilidad probable que hubiese obtenido Constructora Manzano y Asociados Limitada. Para dichos efectos, en el motivo noveno ponderan la prueba pericial de don Omar Rodrigo Paredes Garcés, constructor civil, que la estimó en \$316.684.912; testimonial de Miguel Luis Valenzuela Rivera y Marcelo Enrique Cárdenas Aedo, profesionales que trabajaron en el estudio y evaluación de la propuesta de la obra, quienes estimaron las utilidades que habría



percibido Constructora Manzano y Asociados en la suma de \$350.000.000; documental consistente en la propia propuesta de la actora en la cual se incluye el valor de las utilidades, así como testimonial de don Héctor Rodrigo Cisternas Berton, quien declaró en relación a su informe técnico en el cual se concluyó una utilidad de \$370.658.284 para la demandante en caso de haberse adjudicado la licitación. Tomando tales valores como referencia, estiman prudente regular el quantum de la indemnización reclamada por concepto de lucro cesante, prefiriendo el monto menor de las sumas estimadas como posibles utilidades a percibir, ascendente a \$316.684.912.

Cuarto: Que la falta de fundamentación que acusa la recurrente, misma que se sostiene en que la prueba pericial no habría sido ponderada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no se verifica, por cuanto en la sentencia recurrida se exponen las razones que llevaron a los sentenciadores a fijar la cuantía de la indemnización por concepto de lucro cesante, a través del ejercicio racional y lógico consistente en el análisis comparativo de las sumas estimadas como posibles utilidades a percibir, determinadas tanto en la pericia como en los demás medios de prueba atinentes al punto, de no haberse declarado desierta la licitación y adjudicado la misma a la demandante Constructora Manzano y Asociados, en



cumplimiento de lo que se ha determinado, fue lo instruido por el Tribunal de Contratación. Asimismo, conviene consignar que en el ejercicio valorativo efectuado por los falladores, tomaron éstos en consideración un antecedente objetivo, cual es la "propuesta económica" presentada por parte de Constructora Manzano y Asociados en el proceso de licitación, misma que al tenor de las Bases Administrativas Especiales (punto 6.3 letra c), debía contener el detalle de Gastos Generales y Utilidades proyectados por la empresa; luego, siendo un hecho no discutido que la mencionada oferta fue declarada en su momento admisible, la demandada no puede desconocer la cuantía de las utilidades posibles de percibir que en el mencionado instrumento se detallan, desvaneciéndose así toda posible arbitrariedad en la determinación que del lucro cesante se hiciera en la sentencia recurrida, pues ajustándose a la lógica y apelando a la prudencia, entendida como la recta razón en el obrar, lejos de satisfacerse con la suma así propuesta y en su momento aceptada, ponderan los sentenciadores los distintos montos que surgen de la prueba rendida y optan por el menor, precisamente por estimarlo prudente para el caso concreto.

Quinto: Que, conforme al análisis precedente, es posible concluir que la sentencia contiene las



consideraciones de hecho y de derecho que le sirven de fundamento, habiéndose ponderado las pruebas rendidas en su justo mérito, quedando en evidencia que lo aquí alegado no es sino la disconformidad con lo resuelto en el fallo recurrido, al no ajustarse a la tesis sustentada por el recurrente, por lo que el vicio alegado no podrá ser admitido.

Sexto: Que, por las consideraciones anotadas, el recurso de casación en la forma instaurado no podrá progresar, al no configurarse la causal invocada, de modo que resulta inadmisibile.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo:

Séptimo: Que, en un primer episodio del recurso de nulidad sustancial, se denuncia la infracción a los artículos 152 de la ley N° 18.695, en relación con los artículos 2314 y 2329 del Código Civil.

Sostiene el recurrente que, habiéndose atribuido por la demandante responsabilidad de la Municipalidad por falta de servicio y subsidiariamente responsabilidad extracontractual, para nacer la responsabilidad del Estado se requiere de la concurrencia de una "falta de servicio", es decir, de un actuar deficiente o tardío de sus organismos o agentes, cuestión que no fue acreditada por la actora. Agrega que la sentencia recurrida funda la obligación de la Municipalidad de indemnizar a la actora en haberse configurado una falta de servicio, según lo



establecido en el artículo 152 de la Ley N° 18695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, norma que también ha resultado infringida al haberle dado aplicación respecto de una situación a la que claramente no debió aplicarse, al no concurrir los requisitos para su procedencia; la responsabilidad de la Municipalidad es subjetiva y deben acreditarse sus elementos, entre ellos, la culpa o dolo, sin que baste con probar únicamente el daño, sino que debe acreditarse también la relación causal.

Plantea que, en particular, se hace responsable a su representada del hecho culpable cometido por los miembros de la Comisión Evaluadora, consistente en considerar como oferta idónea en el proceso licitatorio la presentada por la adjudicataria en circunstancias que no reunía las condiciones para que lo fuera. En tal sentido, sostiene que las sentencias de primera y segunda instancia, dan por establecida la Falta de Servicio por la sola circunstancia de haberse declarado por el Tribunal de Contratación Pública, no obstante no existir prueba alguna del elemento subjetivo con que habría actuado, según lo exigen las normas de responsabilidad extracontractual aplicables en la especie. Alega que el sustento de la responsabilidad extracontractual de la Administración no se encuentra en la nulidad de un acto ilegal, sino en el hecho de constituir esa actividad



estatal un caso real de funcionamiento deficiente de un servicio público, es decir, se requiere que exista la denominada "falta de servicio", confundiendo la sentencia las causales de nulidad de derecho público con los factores de atribución de responsabilidad extracontractual del Estado.

Aclara que no todo acto contrario a derecho es indefectiblemente constitutivo de una falta de servicio, ni tampoco constituye necesariamente un acto culposo, si es que el acto jurídico de la administración se ha originado en interpretaciones razonables y se mantiene dentro de cauces prudentes. Si bien la Comisión Evaluadora desarrolló una conducta que en último término fue judicialmente considerada como contraria a derecho, ella estuvo no obstante, motivada por una interpretación de los elementos presentados durante el proceso licitatorio que, aun cuando en definitiva fue declarada errada, tuvo la razonabilidad suficiente para descartar la calificación de falta de servicio, pues se siguió el criterio del dictamen N° 3.051 de 26-I-2001 de Contraloría General de la República.

Octavo: Que, en un segundo capítulo, denuncia el recurrente infracción al artículo 1698 del Código Civil, argumentando que mecánicamente y sin que exista un punto de prueba que así lo determine, la sentencia hace recaer en la demandada la carga de demostrar la existencia de



una causa ajena del daño, liberando a la actora de probar la falta de servicio, quien debiendo acreditarlo no lo hizo. Plantea que la sentencia recurrida ha transgredido los artículos 19 y 20 del Código 16 Civil, al no aplicarlos debidamente, desatendiendo el claro tenor literal de los artículos 152 de la Ley N° 18.695 y 1698 del Código Civil, así como su sentido natural y obvio, eximiendo a la actora de la carga probatoria según la cual debió acreditar la imputabilidad del actuar lesivo de la Administración o, en palabras más adecuadas al régimen de responsabilidad aplicable en la especie, liberó a la actora de su deber de establecer, por los medios de prueba legales, la existencia de la falta de servicio que atribuye a la Comisión de Evaluación que intervino en el proceso licitatorio objeto de marras.

Noveno: Que, como tercer yerro normativo, el recurrente acusa vulnerado el artículo 9 de la Ley N° 19.886 en relación con los artículos 37 y 40 de su Reglamento.

Argumenta que las sentencias de primera y segunda instancia, han dado por establecido el derecho a la indemnización de perjuicios reclamada a partir del pronunciamiento emanado del Tribunal de la Contratación, agregando la sentencia recurrida que, además de la falta de servicio que quedó establecido en la sentencia de primera instancia, se agregaba la circunstancia de no



haberse dado cumplimiento a la sentencia del tribunal de la Contratación, lo cual configuraba un nuevo caso de falta de servicio que igualmente se reprocha.

Expone que la sentencia del Tribunal de la Contratación, en la parte que interesa, dispuso que: "se retrotrae el proceso licitatorio al estado de efectuarse una nueva evaluación de las ofertas, en los términos establecidos en las bases de licitación, la que deberá llevarse a efecto con exclusión del oferente adjudicado Constructora Andes y Cía. Limitada por ser inadmisibles su oferta y por una Comisión integrada por funcionarios distintos de aquellos que participaron en el acto de evaluación anterior, adjudicando la licitación si fuere procedente, continuando el proceso licitatorio hasta su conclusión". Plantea que, a diferencia de lo que parece entenderse de la sentencia que se recurre, no ha existido un mandato jurisdiccional en orden a adjudicar el contrato a la demandante sino que, por el contrario, lo ha sido para proceder a una nueva evaluación de todas las ofertas presentadas, excluida la de Constructora Andes y Cía.

Sostiene que la sentencia recurrida, ha dejado sin aplicación los preceptos aludidos en el presente capítulo, por cuanto la sentencia del Tribunal de Contratación ordenó justamente lo que su parte ejecutó en



estricta aplicación de las normas citadas y resolvió conforme lo autorizaba el artículo 40 del Reglamento.

Décimo: Que, en el cuarto capítulo de su arbitrio, la recurrente denuncia infracción de ley al otorgarse una indemnización por lucro cesante que resulta improcedente, incurriendo en errada aplicación del artículo 2329 del Código Civil, en relación al artículo 1556 del mismo código.

Sostiene que, a partir de la sentencia del Tribunal de Contratación, mal podía entender la sentencia recurrida que existía certeza en orden a que la demandante obtendría la adjudicación, toda vez que consta de los antecedentes que, al procederse a una nueva evaluación de las ofertas, ninguno de los oferentes se encontraba en condiciones de estimar de acuerdo a "un normal curso de los acontecimientos" que estaba en condiciones ciertas de ser adjudicado. Postula que mal pudo adquirir un derecho o la certeza en orden a la adjudicación y que por no haber ocurrido aquello, se le haya privado de una supuesta utilidad o ganancia que debiera ser indemnizada.

Acusa que en la sentencia recurrida, se ha efectuado una errada aplicación de las normas invocadas, toda vez que ha efectuado un juicio hipotético en orden a que la demandante resultaría adjudicataria, lo que no encuentra sustento en la etapa o estadio en que el Tribunal de la



Contratación dejó el proceso licitatorio. Concluye que no concurre un daño cierto e indemnizable, requisito indispensable para indemnizar un perjuicio por lucro cesante, ya que siempre está la eventualidad de resultar o no favorecido en la licitación, por lo que no habrá certeza de ganancia, sino hasta firmarse el contrato de ejecución de obra.

Undécimo: Que, como quinto y último capítulo de su recurso, la demandada denuncia la ausencia de relación causal y, en consecuencia, que se han infringido los artículos 1437 y 2314 del Código Civil, así como el artículo 2329, disposiciones que no habrían sido aplicadas por cuanto no existe el hecho que debiera estimarse como condición necesaria del supuesto daño, ya que no ha podido establecerse que la demandante habría tenido la calidad de adjudicataria del contrato objeto de la licitación.

Duodécimo: Que, para el adecuado entendimiento del asunto, es preciso consignar que según surge de la demanda intentada por parte de Constructora Manzano y Asociados, la causa de pedir en el presente juicio está dada por la falta de servicio que la actora imputa a la Ilustre Municipalidad de Lebú, consistente en que, encontrándose obligada a llevar adelante el proceso de licitación con estricta sujeción a las Bases de Licitación y a la Ley 19.886, sin embargo, falló en el



cumplimiento de dicha obligación, a lo menos desde dos puntos de vista:

1.- Al solicitar aclaraciones a la propuesta económica de la Constructora Andes y Compañía Limitada, que presentaba discrepancias que no pueden ser calificadas de meramente formales; al considerar la Constancia de Capital Comprobado presentado por la empresa Constructora Andes y Compañía Limitada, no obstante las incongruencias manifiestas y de relevancia que ostentaba; al haber evaluado la oferta de la empresa referida y no decretarla fuera de bases, y finalmente mediante el Decreto Alcaldicio n° 1518 de fecha 16 de Marzo de 2017, adjudicarle la licitación, en forma arbitraria e ilegal como lo declaró el Tribunal de Compras Públicas en el considerando 28° de su sentencia, por lo que estima ha habido una prestación deficiente del servicio debido.

2.- Al desacatar la sentencia del Tribunal de Compras Públicas que le ordenó, categóricamente, retrotraer la licitación al estado de VOLVER A EVALUAR LAS OFERTAS QUE HABÍAN SIDO DECLARADAS ADMISIBLES, entre las cuales figuraba la de su representada, y, por el contrario, retrotrajo el proceso licitatorio más allá, esto es, no al estado de hacer una nueva evaluación, que nunca realizó, sino al estado de efectuar una nueva Apertura de las Ofertas, trámite anterior al de la



evaluación y, abusando de dicha actuación, declaró inadmisibles todas las ofertas que anteriormente había declarado admisibles y respecto de las cuales se le había ordenado realizar una nueva evaluación, todo ello para, luego, realizar una nueva licitación en la cual, aumentando su precio en 500 millones de pesos, volvió a adjudicarla a Constructora Andes y Cía. Limitada.

Décimo tercero: Que, asimismo, antes de entrar al análisis del arbitrio de fondo, es indispensable precisar que los sentenciadores, luego de ponderar la prueba rendida en autos, tuvieron por acreditados los siguientes hechos:

1.- Que mediante Decreto Alcaldicio N° 5575 de fecha 29 de agosto de 2016, la Ilustre Municipalidad de Lebu, aprobó Convenio Mandato para la Ejecución del Proyecto denominado "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Comuna de Lebu" Código BIP 30002544-0, suscrito entre el Gobierno Regional del Bio Bio y la Municipalidad de Lebu en fecha 30 de marzo de 2016.

2.- Que por Decreto Alcaldicio N° 58 de fecha 05 de enero de 2017, se decreta:

1) Apruébese las bases administrativas especiales y demás antecedentes para efectuar el llamado a Licitación Pública ID 3940-53-LR16 "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Comuna de Lebu"



2) Desígnese una comisión evaluadora municipal para el proceso señalado, la que estará integrada por los funcionarios que sirvan los siguientes cargos: - Secretario municipal - Secretario comunal de planificación - Director de obras municipales.

3) Dispóngase a la Secretaria Comunal de Planificación SECPLAN, a realizar la correspondiente publicación en el sistema de información www.mercadopublico.cl del llamado a esta Licitación Pública.

3.- Que la Comisión encargada de realizar el Análisis detallado de las Propuestas y Evaluación de las ofertas, sugirió adjudicar el proceso de Licitación Pública "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Lebu" al proveedor Constructora Andes y Compañía Ltda., mediante Acta de fecha 13 de marzo de 2017 y luego de analizar las propuestas de:

- 1) FABIAN ROBUSCHI Y CIA LIMITADA
- 2) CONSTRUCTORA ANDES Y COMPAÑÍA LTDA
- 3) CONSTRUCTORA MANZANO Y ASOCIADOS LIMITADA
- 4) PARQUES HERNAN JOHNSON LTDA.

4.- Que, por Decreto Alcaldicio N° 1518 de fecha 16 de marzo de 2017, la Ilustre Municipalidad de Lebu, adjudicó la Propuesta Pública para la ejecución del proyecto "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Lebu-", ID 3940-53-LR16 a la Empresa Constructora Andes



Compañía Limitada, RUT 78.519.070-K, en la forma y condiciones que establecen las Bases de Licitación, por el monto de \$2.558.550.890.- (Dos mil quinientos cincuenta y ocho millones quinientos cincuenta mil ochocientos noventa pesos) IVA incluido y un plazo de ejecución de 300 (trescientos) días corridos.

5.- Que la Constructora Manzano y Asociados Limitada, dedujo acción de impugnación en contra del Decreto Alcaldicio N° 1518 de fecha 16 de marzo de 2017 ante el Tribunal de Contratación Pública, a fin que se declarase nula la adjudicación de la Propuesta Pública del Proyecto "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo de Lebu" ID N° 3940-53-LR16 y el Tribunal de Contratación Pública resolvió por sentencia de fecha 31 de agosto de 2017, la cual se encuentra firme y ejecutoriada, que la resolución de adjudicación recaída en la licitación para la ejecución del proyecto indicado y adjudicada a la Constructora Andes y Cía. Limitada, es ilegal y arbitraria. Que en la sentencia aludida, se ordenó retrotraer el proceso licitatorio al estado de efectuarse una nueva evaluación de las ofertas, en los términos establecidos en las Bases de Licitación, la que deberá llevarse a efecto con exclusión del oferente adjudicado Constructora Andes y Cía. Limitada, por ser inadmisibles su oferta y por una Comisión integrada por funcionarios distintos de aquellos que participaron en el



acto de evaluación anterior, adjudicando la licitación si fuere procedente, continuando el proceso licitatorio hasta su conclusión.

6.- Que la Municipalidad de Lebu, mediante Decreto Alcaldicio N° 5773 de fecha 11 de septiembre de 2017, dando cumplimiento a lo ordenado en sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública en causa Rol N° 56-2017 caratulada "Constructora Manzano y Asociados Limitada con I. Municipalidad de Lebu", decretó:

1) Dese cumplimiento a lo establecido en el punto 5° de la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública en causa Rol 56-2017 caratulada "Constructora Manzano y Asociados Limitada con I. Municipalidad de Lebu" que señala: "Que, con el objeto que la entidad licitante proceda a dar cumplimiento a lo dispuesto en la parte resolutive de esta sentencia, se deja sin efecto la suspensión del procedimiento licitatorio decretado a fojas 43 de autos, siendo la última renovación de suspensión decretada a fojas 315 de autos".

2) Procédase a regularizar todos los actos administrativos pendientes, producto de la suspensión dictada por el Tribunal de Contratación Pública.

3) Retrotráigase el proceso licitatorio ID 3940-53-LR16 al estado de efectuarse una nueva evaluación de las ofertas, en los términos establecidos en las Bases de Licitación, la que deberá llevarse a efecto con exclusión



del oferente adjudicado Constructora Andes y Cía. Limitada, por ser inadmisibles sus ofertas y por una comisión integrada por funcionarios distintos de aquellos que participaron en el acto de evaluación anterior, adjudicando la licitación si fuere procedente, continuando el proceso licitatorio hasta su conclusión.

4) Nómbrase una Comisión Evaluadora para el proceso licitatorio ID 3940-53-LR16, la que estará compuesta por quienes sirvan los siguientes cargos: - Jefe Servicios Generales - Directora de Desarrollo Comunitario - Administrador Municipal

5) En caso de ausencia del funcionario titular integrante de la Comisión, será reemplazado según Decreto Alcaldicio N° 7407 de fecha 29 de noviembre de 2016, que aprueba subrogancia de los cargos directivos, Jefatura de Departamentos y Encargados de oficinas.

7.- Que la Municipalidad de Lebu, mediante Decreto Alcaldicio N° 5774, de fecha 11 de septiembre de 2017, dando cumplimiento a lo ordenado en sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública en causa Rol N° 56-2017 caratulada "Constructora Manzano y Asociados Limitada con I. Municipalidad de Lebu", decretó:

1) Instrúyase a la Secretaria Comunal de Planificación a comunicar de lo resuelto por el Tribunal de Contratación Pública, al proveedor Constructora Andes y Compañía, la sentencia dictada por el Tribunal de



Contratación Pública, en causa Rol 56-2017, caratulada "Constructora Manzano y Asociados Limitada con I. Municipalidad de Lebu" mediante correo electrónico.

3) Procédase a efectuar la resciliación del contrato de ejecución de obras derivado del proceso de licitación ID 3940-53-LR17 "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Lebu" suscrito entre la Municipalidad de Lebu y el proveedor "Constructora Andes y Compañía en fecha 30 de marzo de 2017.

8.- Que la Comisión encargada de realizar el Análisis detallado de las Propuestas y Evaluación de las Propuestas Financieras, conforme acta de fecha 26 de septiembre de 2017, resolvió en conformidad a lo expuesto en el Acta de Comisión de Evaluación, sugerir al Sr. Alcalde, se declare desierta la licitación pública ID 3940-53-LR16 /3940-53-R117 "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Lebu" atendido que las ofertas de los oferentes Fabián Robuschi y Cía. Ltda., Constructora Manzano y Asociados Limitadas, Parques Hernán Johnson Limitada, infringen lo dispuesto en el punto 8 inciso final de las Bases Administrativas Especiales, lo que se encuentra sancionado con la declaración de inadmisibilidad de la oferta, de conformidad al principio de estricta sujeción a las bases de los artículos 9 y 10 de la Ley 19.886. Por su parte la oferta del oferente Constructora Andes y Cía. Ltda., fue



declarada inadmisibles de conformidad al Decreto Alcaldicio N° 5773 de fecha 11 de septiembre de 2017 en cumplimiento de sentencia definitiva de fecha 31 de agosto de 2017 del Tribunal de Contratación Pública en causa Rol 53-2017. Firman el acta don Jorge Ravanal Gallegos, Administrador Municipal, doña Janette Oliva Oliva, Directora de Desarrollo Comunitario y don Gustavo Aranda Sotomayor, Jefe Servicios Generales.

9.- Que, mediante decreto Alcaldicio N° 6191 de fecha 29 de septiembre de 2017, se decretó:

1) Declárese desierto el proceso de Licitación ID 3940-53-LR16 / ID 3940-53-R117 denominada "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Lebu" en atención a que las ofertas presentadas son declaradas inadmisibles en el Acto de Apertura Electrónica.

2) Apruébese el Acta de reunión de Comisión de Evaluación del Proceso ID 3940-53-LR16 / ID 3940-53-R117 denominado "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Lebu" efectuada en fecha 26 de septiembre de 2017.

3) Apruébese Acta de deserción de Licitación ID 3940-53-LR16 / ID 3940-53-R117 denominado "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo, Lebu" efectuada en fecha 26 de septiembre de 2017.

4) Instrúyase a la Secretaría Comunal de Planificación a realizar la correspondiente publicación del presente Decreto Alcaldicio en el sitio de



información www.mercadopublico.cl en la ID correspondiente.

10.- Que, respecto del decreto Alcaldicio N° 6191 de fecha 29 de septiembre de 2017, no se presentó recurso alguno y en el nuevo proceso de Licitación Pública "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo" ID 3940-4-LR18, la empresa Constructora Manzano y Asociados Limitada, no presentó ofertas para participar de dicha licitación.

A partir de los hechos que se tuvieron por establecidos, los sentenciadores concluyen que, además de la falta de servicio que quedó acreditada con el fallo del tribunal de Contratación Pública, de fecha 31 de agosto de 2017, consistente en haber omitido las incongruencias manifiestas y de relevancia que ostentaba la oferta de Constructora Andes y Cía. Limitada, haber evaluado su oferta y no decretarla fuera de bases y finalmente adjudicarle la licitación (considerando vigésimo octavo del tribunal de Contratación Pública), se observa, en el proceso licitatorio una segunda falta de servicio en que ha incurrido la Municipalidad, cual es, no haber cumplido lo instruido por el tribunal de Contratación Pública.

Para arribar a dicha conclusión, razonan que si bien el Decreto Alcaldicio N° 5773, de fecha 11 de septiembre de 2017, conforme a lo ordenado en su sentencia por el



Tribunal de Contratación, instruyó retrotraer el proceso licitatorio al estado de efectuarse una nueva evaluación de ofertas, con exclusión del oferente adjudicado Constructora Andes y Cía. Limitada, la nueva comisión evaluadora designada, incumpliendo lo decretado por el Tribunal, realizó una revaluación de la admisibilidad de los oferentes restantes (proceso que ya se había efectuado declarando todas las ofertas admisibles) indicando que las restantes se encontraban fuera de bases, sugiriendo declarar desierta la licitación pública ID 3940-53-LR16 /3940-53-R117 "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo Lebu", lo que se materializó con la dictación del Decreto Alcaldicio N° 6191 de 29 de septiembre de 2017 que declaró desierta la licitación y posteriormente se abrió una nueva licitación.

En definitiva, concluyen que al no haberse adjudicado la licitación a Constructora Manzano y Asociados Ltda., quien tenía la oferta con mejor puntaje entre las restantes, surgió para ésta no sólo una "mera expectativa" sino la certeza de dicha adjudicación, por lo que los actos ilícitos en que incurrió la Municipalidad de Lebu, privaron a la actora de la muy probable adjudicación de la licitación y sus utilidades, procediendo entonces a ponderar a las pruebas rendidas para determinar el monto de la utilidad probable que hubiese obtenido, acogiendo la demanda, condenando a la



demandada a indemnizar el lucro cesante por la suma de \$316.684.912.

Décimo cuarto: Que, en cuanto al primer yerro o infracción de ley que se acusa por la recurrente en su arbitrio, cabe consignar que la falta de servicio que se imputa a la demandada como factor de atribución de responsabilidad, resultó suficientemente acreditada, tanto en lo que concierne al actuar deficiente del Municipio en el marco del procedimiento de licitación pública ID 3940-53-LR16 /3940-53-R117 "Mejoramiento Estadio Provincial de Atletismo Lebu", como en lo relativo a no haber acatado lo instruido en su sentencia por el Tribunal de Contratación.

En efecto, el proceder arbitrario e ilegal de la demandada en el procedimiento de licitación, consistente en haber omitido las incongruencias manifiestas y de relevancia que ostentaba la oferta de Constructora Andes y Cía. Limitada, haber evaluado su oferta y no decretarla fuera de bases y finalmente adjudicarle la licitación, como bien indican los sentenciadores, quedó debidamente acreditado con la sentencia emanada del Tribunal de Contratación, dictada con fecha 31 de agosto de 2017. En este punto, ha sido el demandado Municipio quien designó a los integrantes de la primera Comisión Evaluadora, quienes no observaron ni cumplieron las obligaciones que, conforme a las Bases Administrativas Especiales, pesaban



sobre la misma de analizar las propuestas presentadas por los oferentes y los respectivos antecedentes que les servían de sustento, omisión que finalmente llevó a que se adjudicaran las obras, precisamente por parte de la demandada, a un oferente cuya propuesta ha debido declararse inadmisibles; lo anterior, se yergue como una hipótesis de "culpa contra la legalidad", por cuanto supone que la demandada ha causado daño por el incumplimiento de normas establecidas imperativamente por el ordenamiento jurídico, en razón de lo cual, corresponde presumir que la omisión es imputable a su culpa o imprudencia.

Por su parte, si bien la sentencia del Tribunal de Contratación instruyó que debía retrotraerse el proceso licitatorio al estado de efectuarse una nueva evaluación de las ofertas, en los términos establecidos en las bases de licitación, con exclusión del oferente adjudicado Constructora Andes y Cía. Limitada, por ser inadmisibles su oferta, aquello debe entenderse en el marco de que ha sido precisamente en esa etapa del procedimiento de licitación, que se incurrió en las omisiones antes descritas por parte de la Comisión Evaluadora; la sentencia en comento, no establece un reproche al proceso de evaluación recaído sobre las restantes ofertas, entre las cuales se encontraba aquella presentada por la demandante Constructora Manzano y Asociados, por lo que



cabe compartir con los jueces del fondo que el debido cumplimiento de lo instruido en su sentencia por el Tribunal de Contratación, no ha podido importar reevaluar las ofertas que en su momento fueron declaradas admisibles, sino reponer la tramitación del procedimiento de licitación al estado de una nueva evaluación que, excluyendo aquella oferta declarada inadmisibles por el tribunal competente en la materia, se pronunciara sobre la pertinencia de adjudicar las obras entre las ofertas restantes, sin que pueda dejar de llamar la atención que, declarado desierto el proceso licitatorio, se haya procedido a la apertura de uno nuevo que terminó adjudicando el contrato precisamente al oferente cuya propuesta originalmente presentada, se declaró inadmisibles, circunstancia que pone francamente en tela de juicio la razonabilidad que la demandada pretende atribuir al proceder de la segunda Comisión Evaluadora designada y a la decisión final adoptada por el Municipio, de declarar todas las ofertas como inadmisibles y desierto la licitación. Por el contrario, dicho proceder ha sido correctamente calificado por los sentenciadores como contrario a la conducta instruida en su sentencia por el Tribunal de Contratación, quedando de manifiesto la culpa en el servicio, desde que éste se ha prestado de manera deficiente o no se ha prestado en los términos en que ha debido hacerse.



Conforme a lo explicado, no ha existido por parte de los sentenciadores una confusión entre las causales de nulidad de derecho público con los factores de atribución de responsabilidad extracontractual del Estado, como pretende el recurrente, ni se le ha condenado por el sólo mérito de la sentencia librada por el Tribunal de Contratación, sino que aquella decisión se sustenta en los hechos que se dieron por acreditados, conforme a la ponderación que con arreglo a derecho se hiciera de la prueba rendida, que ha permitido establecer la culpa de la demandada y falta de servicio que se le imputa, no incurriendo en los yerros normativos que se acusan de los artículos 152 de la ley N° 18.695, en relación con los artículos 2314 y 2329 del Código Civil, por lo que en su primer capítulo, el recurso que se analiza no podrá prosperar.

Décimo quinto: Que, como segunda infracción normativa, la recurrente denuncia infringido el artículo 1698 del Código Civil, argumentando que se habría liberado a la actora de probar la falta de servicio que imputa, alterándose así la carga de la prueba, al desatender el claro tenor del artículo 152 de la Ley N° 18.695. Pues bien, lo razonado en el motivo precedente resulta desde ya suficiente para desestimar la pretendida infracción, por lo que habrá de rechazarse también en este punto el recurso de nulidad sustancial intentado.



Décimo sexto: Que, entrando ahora al tercer capítulo del recurso en estudio, valga reiterar que la falta de servicio consistente en no haberse acatado lo instruido en su sentencia por el Tribunal de Contratación, ha sido establecida por los jueces del fondo en base a los hechos que tuvieron por acreditados y que, para esta Corte, resultan inamovibles. En tal escenario, pierde sustento la alegación de la demandada en orden a que la decisión de declarar desierta la licitación, adoptada por el Municipio, habría sido en estricta aplicación de lo dispuesto en los artículos 9 de la Ley N° 19.886 en relación con los artículos 37 y 40 de su Reglamento, pues como bien razonan los sentenciadores, dicha conducta resulta contraria a la que le fuera debidamente instruida; la demandada no puede escudarse en las normas citadas, para justificar el proceder que le ha sido reprochado como constitutivo de falta de servicio, ni puede imputar que la sentencia recurrida haya dejado sin aplicación tales preceptos, por lo que en el presente apartado, tendrá que desestimarse el arbitrio en estudio.

Décimo séptimo: Que, en el cuarto capítulo del recurso de nulidad sustancial, la recurrente reclama la errada aplicación del artículo 2329 del Código Civil, en relación al artículo 1556 del mismo código, aduciendo que se habría otorgado una indemnización por lucro cesante que resultaría improcedente, al no existir la certeza de



que la demandante obtendría la adjudicación al procederse a una nueva evaluación de las ofertas, no concurriendo un daño cierto e indemnizable, requisito indispensable para indemnizar un perjuicio por lucro cesante. Asimismo, como quinta y última infracción normativa, denuncia la ausencia de relación causal y, en consecuencia, que se han vulnerado los artículos 1437 y 2314 del Código Civil, así como el artículo 2329, desde que no ha podido establecerse que la demandante habría tenido la calidad de adjudicataria del contrato objeto de la licitación.

Pues bien, para determinar la procedencia de la indemnización por lucro cesante que se reclama, los jueces razonan que, al haber ordenado la sentencia del tribunal de contratación excluir a la empresa adjudicataria, y retrotraer el proceso licitatorio para realizar una nueva evaluación de las ofertas, adjudicando la licitación si fuere procedente, continuando el proceso licitatorio hasta su conclusión, resulta ser un hecho no discutido que la actora tenía la oferta con mejor puntaje entre las ofertas restantes, de manera que satisfacía las exigencias para habersele adjudicado la licitación, por lo que Constructora Manzano y Asociados no tenía una "mera expectativa" de que se le adjudicara la licitación, sino la certeza de dicha adjudicación, certidumbre que deriva de los hechos ciertos ya referidos, el puntaje asignado y el dictamen del Tribunal de Contratación. La



certeza del daño, o con mayor precisión, la posibilidad cierta más allá de una expectativa de adjudicarse la licitación, encuentra su necesario correlato y sustento en lo que latamente se explicara en el párrafo tercero del motivo décimo cuarto; no se trata entonces, como sostiene el recurrente, de un mero juicio hipotético, sino de una conclusión debidamente fundada a partir de la observación de las circunstancias concurrentes y de las expectativas previsibles del mercado en torno a las operaciones económicas que se han visto truncadas por el incumplimiento, que en este caso se ha declarado como constitutivo de falta de servicio.

En base a lo anterior, los jueces del fondo concluyen que los actos ilícitos en que incurrió la Municipalidad de Lebu, privaron a la actora de la muy probable adjudicación de la licitación y sus utilidades, lo que permite hacer una estimación real y relativamente certera de lo que habría percibido de no mediar los referidos actos ilícitos, quedando de esta manera consignada en la sentencia recurrida, la relación de causalidad que la demandada acusa como ausente.

Surge entonces, que los sentenciadores no han incurrido en los yerros o infracciones de ley que acusa el recurrente, debiendo igualmente desestimarse su arbitrio en estos últimos dos capítulos.



Décimo octavo: Que, por todo lo hasta acá razonado, el recurso de casación en el fondo deducido no puede prosperar, atendida su manifiesta falta de fundamento.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 764, 766, 767, 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, **se declara inadmisibile** el recurso de casación en la forma, y se **rechaza** el recurso de casación en el fondo, deducidos por la abogada doña Aniela Bastidas Salgado en su presentación de fecha veinticinco de octubre del año dos mil veintiuno, en contra de la sentencia dictada el seis de octubre del mismo año, por la Corte de Apelaciones de Concepción.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Vivanco.

Rol N° 86.803-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Jean Pierre Matus A. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, los Ministros Sra. Vivanco y Sr. Carroza por estar con permiso.





RHPGZQXFLX

Pronunciado por la Tercera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sergio Manuel Muñoz G., Adelita Inés Ravanales A., Jean Pierre Matus A. Santiago, treinta de mayo de dos mil veintidós.

En Santiago, a treinta de mayo de dos mil veintidós, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

