

Algunas consideraciones respecto a las penalidades en el contrato de obra pública

Some considerations regarding the penalties in the public works contract

JAIME OÑATE HENRÍQUEZ¹ 

RESUMEN

En el presente artículo de investigación se analizará la naturaleza jurídica de algunas de las penalidades más importantes que la Administración puede imponer al contratista ante un incumplimiento dentro de un contrato administrativo de obra pública. Para esto se hará una exégesis del DFL 850 del 25 de febrero de 1998 del Ministerio de Obras Públicas y de su reglamento y luego se realizará un análisis empírico para determinar el sentido dado por la administración a estas medidas. Se terminará con un análisis jurisprudencial de tales medidas para determinar cuáles de ellas tienen una naturaleza estrictamente de sanción administrativa y cuáles tienen una naturaleza de multa coercitiva o de carácter indemnizatorio.

Palabras claves: contratos administrativos, clausula penal, sanciones administrativas, penalidades, multas coercitivas, obras públicas

SUMMARY

In the present research article, we will examine the legal nature of certain significant “penalties” that the Administration may impose on the contractor for non-compliance within an administrative contract for Public Works. To this end, an exegetical analysis of DFL 850 dated February 25, 1998, from the Ministry of Public Works and its corresponding Regulations will be conducted. Subsequently, an empirical analysis will be undertaken to determine the interpretation given by the Administration to these sanctions. Finally, a jurisprudential analysis will be carried out to determine which of these measures strictly have an Administrative Penalty nature, coercive fine, or indemnity character.

Keywords: administrative contracts, penalty clause, administrative sanctions, penalties, coercive fines, public works

¹ Abogado, Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad de los Andes, Chile y Doctorando en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Universidad de La Coruña, España.

1. Introducción

En la mayoría de los países de Hispanoamérica los contratos administrativos de obra pública tienen una participación importante en el producto interno bruto, en Chile, por ejemplo, el presupuesto para obras públicas del año 2023 alcanzó el 11,7% de todo el presupuesto nacional (Dirección de Presupuestos, 2023), por lo que cualquier aporte respecto al entendimiento y aplicación de los contratos de estas materias tiene un lugar importante en la discusión local. Es en este sentido que las medidas con las que cuenta la Administración para *sancionar* al contratista incumplidor son de vital importancia, toda vez que en general estas medidas están tomadas en consideración a la cuantía del contrato, lo que en el caso de las obras públicas significan montos considerablemente altos como para construir un hospital, un puente, una cárcel, etc. lo que evidencia la necesidad de una correcta regulación y aplicación.

En este contexto, y ante los posibles incumplimientos del contratista en el desarrollo del contrato de obra pública, la Administración puede aplicar distintas medidas de gravamen impuestas en los contratos administrativos, medidas que, según una revisión comparada de doctrina, jurisprudencia y legislación extranjera, genéricamente se han denominado como “penalidades”² (término que se ocupará en adelante para señalar las medidas de gravamen que impone la Administración al contratista incumplidor en general), las cuales, tal como se podrá observar, son confundidas tanto por la jurisprudencia como por la Administración, las cuales le otorgan una naturaleza común a todas sin distinguir entre aquellas de naturaleza sancionadora, indemnizatoria o aquellas con una finalidad coercitiva, tal como se podrá observar más adelante.

Respecto al contrato de obra pública en particular, encontramos el DFL 850 del Ministerio de Obras Públicas del 25 de febrero del 1998 (en adelante el DFL 850), del cual podemos evidenciar el problema señalado en el párrafo anterior y otras complicaciones las cuales se intentarán desarrollar y solucionar, ofreciendo una mirada diferente a la planteada mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia actual.

En este orden de ideas, podemos observar de la sola lectura del DFL 850, es que nada señala respecto a las penalidades, dejando todo su desarrollo a la potestad reglamentaria del Ejecutivo constituido por el Decreto 75 del Ministerio de Obras Públicas del 1 de diciembre del 2004 (en adelante Decreto 75) , lo cual, por lo menos a priori, limita la posibilidad de contemplar penalidades que sean catalogadas de sanciones administrativas, esto al no cumplirse con el principio de legalidad propio de estas medidas.

Finalmente, considerando el resultado del análisis exegético de la normativa aplicable al contrato administrativo de obra pública, el análisis doctrinal y jurisprudencial de las penalidades aplicables en estos contratos, podremos determinar, mediante un análisis dogmático, cual es la naturaleza jurídica de las principales penalidades, en particular aquellas establecidas en los contratos señalados y las posibles consecuencias jurídicas de considerarlas como tal.

² Véase art. 104 Ley 9/2017 (España); Palomar (2022), p.18; Villarejo y Calonge (2018), p.47; Sentencia del Tribunal Supremo Español (en adelante STS) 5518/2023, ECLI: ES:TS:2023:5518; STS 3340/2024, ECLI:ES:TS:2024:3340; Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de España (en adelante TARC) Resolución n° 198/2022 de 10 de febrero del 2022.

2. Consideraciones previas y estado actual de la discusión

Previo al análisis se debe considerar que todo lo aplicado y esgrimido en este artículo respecto al Contrato de Obra Pública, es igualmente aplicable en general a los demás contratos administrativos, es decir, las conclusiones a las que se llegarán respecto a la naturaleza de las penalidades son plenamente aplicables a todas las medidas de gravamen contempladas en estos contratos.

Considerando lo señalado en el párrafo anterior, lo primero que podemos notar al ver la doctrina especializada y la jurisprudencia, es que toda la discusión respecto a las penalidades es tomada genéricamente, sin que varíen los razonamientos según el tipo de contrato administrativo o medida en particular. En este sentido, la discusión se centra casi de forma exclusiva en determinar si las penalidades tienen una naturaleza propiamente civil asimilable a la figura de la “clausula penal”, o como “sanción administrativa” proveniente del *ius puniendi estatal*. Con respecto a la primera postura encontramos a autores como Jorge Bermúdez, quien señala:

la atribución de aplicar sanciones contractuales se da en un contexto de un contrato y corresponden en su naturaleza jurídicamente a verdaderas cláusulas penales que puede aplicar directamente la Administración Pública contratante, en ejercicio de los poderes de autotutela que le reconoce el ordenamiento Jurídico” (2019, p.279).

En la misma línea se adscriben autores como Oyarzo Torres (2023, p.77) y Rebollo Puig (2021, p.76), éste último que, sin señalar directamente que son cláusulas penales, señala que estas medidas tienen naturaleza civil, misma argumentación y razonamiento en la que se encuentra la mayoritaria en la jurisprudencia, tanto judicial como administrativa, pudiendo citar como ejemplo el Dictamen emitido por la Contraloría General de la República (en adelante Contraloría) número 30003N14 del 2014 en el cual se señala expresamente “el fundamento que origina las multas es un incumplimiento contractual y no una infracción, por lo que no revisten la naturaleza de una sanción administrativa, sino de cláusulas penales amparadas en el artículo 1.535 de Código Civil, (...)”³, conclusiones similares a las señaladas por la Corte Suprema en causa rol 251-2019 de fecha 24 de enero del 2020, en la que se establece resumidamente que las multas aplicadas no emanan de la potestad sancionadora (citada en Gómez, 2021, p. 51)⁴

Y desde la otra perspectiva, encontramos la doctrina que las considera una manifestación del *ius puniendi* estatal configurando una sanción administrativa, pudiendo citar algunos autores como el profesor Juan Flores quien sostiene que “Las sanciones en los contratos administrativos deben ser analizados desde la perspectiva del Derecho Administrativo Sancionador (...)” (2021, p.144) o Cristóbal Aguilera, quien concluye que las multas, en un contexto de contratos administrativos, son sanciones administrativas principalmente porque su aspecto distintivo “es la singularidad de la Administración como parte del contrato administrativo” (2021, p.23) pudiendo adicionar alguna solitaria sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema el 21 de diciembre del 2017 en causa rol 4001.-2017 en la cual se le reconoce naturaleza de sanción administrativa proveniente de la potestad sancionadora de la Administración.

Con respecto a esta última postura cabe destacar lo señalado por el profesor Jaime Arancibia Mattar quien en su artículo “Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos” señala que la naturaleza de “los mal llamados” contratos administrativos son más bien de un “acto jurídico unilateral de asignación de cargas públicas compensadas o mixtos, cuyos efectos están sujetos a la aceptación del destinatario” (2019, p.48),

³ En este mismo sentido los Dictámenes de la Contraloría General de la República números, 050347N15 del 24 de junio del 2015, 055133N16 de 8 de octubre del 2016 y 074275N16 de 8 de octubre del 2016.

⁴ En este mismo sentido las sentencias en causas Rol 11.527-2019 emitida por la Excelentísima Corte Suprema.

postura que trae como consecuencia que estas medidas necesariamente sean tratadas como sanciones administrativas, toda vez que se desconoce la existencia de algún contrato el cual asegurar.

Finalmente encontramos autores que ofrecen posturas intermedias entre las anteriores, como la sostenida por el profesor Moraga Klenner quien señala que, para identificar la naturaleza jurídica de estas medidas hay que distinguir si estas están establecidas por ley, las cuales son “expresión fiel del *ius puniendi*” o son impuestas directamente por la Administración en la bases de licitación, las cuales, “no pueden ser catalogadas como cláusulas penales”, sin embargo, son cláusulas propias del derecho privado (2019, p. 497-498). O como la postura dispuesta por la profesora Gómez González quien las reconoce como “Sanciones Contractuales” distintas al Derecho Administrativo Sancionador que deben regirse por los principios del Derecho Público (2021, p.79)

Tal como se puede observar de los párrafos anteriores se puede verificar que la discusión se torna dualista al centrarse en la distinción entre si las penalidades son “cláusulas penales” o “sanciones administrativas”. con respecto a este punto podemos sostener que ésta discusión parte de una premisa equivocada, toda vez que, en general, tal como se podrá evidenciar con el análisis en particular de la normativa referente al contrato de obra pública, las penalidades como institución, no son ni lo uno ni lo otro, debiendo analizarse si dicha penalidad tiene una naturaleza indemnizatoria, coercitiva o una naturaleza sancionadora, es decir, las penalidades, en general las debemos tener como cláusulas de gravamen insertas dentro de un contrato administrativo con las cuales la Administración puede imponer medidas de naturaleza indemnizatoria, coercitiva o de sanción dependiendo de las potestades que le otorga la ley, el reglamento, las bases administrativas y el contrato administrativo.

Teniendo como base la premisa señalada, podemos resumir las razones por las cuales las penalidades no pueden ser consideradas como cláusulas penales⁵, siendo principalmente las siguientes:

Lo primero que debemos considerar es que las cláusulas penales tienen como característica fundamental ser de origen consensual (Prado, 2019, p.12) lo que dista mucho de lo sucedido en los contratos administrativos en los cuales las penalidades son impuestas de manera unilateral por una de las partes (la administración) en virtud de potestades que son otorgadas y exigidas por la Ley o Reglamento (como en el caso de Chile), las cuales el contratista está obligado a asumir. En este mismo sentido Hernán Corral en su obra “La cláusula penal” establece que, la cláusula penal en si misma es un contrato, agregando “hemos de excluir que las multas y las sanciones que pueda aplicar la Administración tengan naturaleza de cláusula penal, que son siempre de naturaleza convencional” (2021, p.356)

En segundo lugar, debemos contemplar la literalidad de algunas de las disposiciones legales en las que se deja claro que se está refiriendo a sanciones administrativas en un sentido restringido, pudiendo señalar para estos efectos el artículo 152 del Decreto 75 el cual señala literalmente que “El contratista perderá como sanción (...), por lo menos un 25% del valor de las garantías que caucionen su cumplimiento”

En tercer lugar, la cláusula penal es un contrato accesorio (Corral, 2021, p.10) el cual puede estar inserto mediante una cláusula, siempre formando parte de los elementos accidentales de un contrato, circunstancia muy contraria en los contratos administrativos en los cuales la Ley (en el caso del Contrato de Obra Pública chilena es el Reglamento) ordena su inclusión y ejecución, reconociéndolo como un elemento de la esencia de los contratos administrativos, debiendo sancionar su ausencia con la nulidad del contrato, circunstancia que puede graficarse más fácil con lo dispuesto en la Ley de Compras del Sector Público

⁵ Léase “Las penalidades como manifestación del Derecho Administrativo Sancionador”, (Oñate, 2022)

española, la cual, en su artículo 130.4 establece en lo pertinente “El pliego de cláusulas administrativas particulares contemplará necesariamente la imposición de penalidades al contratista (...)”

Finalmente en cuanto a este punto, las penalidades con naturaleza indemnizatorias (analizadas en los títulos siguientes) tampoco se pueden encasillar o encuadrar con el concepto de cláusula penal, toda vez que esta última es una evaluación anticipada de perjuicios, circunstancia por la cual el contratista cumplidor, ante el incumplimiento del deudor, luego de constituirlo en mora puede optar por ejecutar la cláusula penal pudiendo demandar por el monto establecida en esta sin tener que probar los perjuicios realmente sufridos, en cambio en los contratos administrativos podemos observar que cuando se refiere a medidas indemnizatorias la Administración debe acreditar los perjuicios sufridos para poder demandar por aquellos montos, debiendo restituir el saldo a favor del deudor. En este sentido podemos citar el artículo 152 inciso 1° del Decreto 75⁶ el cual señala básicamente que la Administración, ante un término unilateral del contrato, se debe mantener la garantía de fiel cumplimiento para responder del sobre costo que significó a la Administración la ejecución del contrato incumplido o el proceso del nuevo contrato, y de cualquier otro perjuicio que se genere al Fisco, todo lo cual hace evidente la necesidad de comprobar el monto de los perjuicios sufridos, repeliendo cualquier similitud con la figura de la cláusula penal. Cabe destacar en este punto que incluso la jurisprudencia de la Contraloría General de la República en su Dictamen 067918N15 de 26 de agosto del 2015, reconoce dicha característica, al señalar “se debe restituir al contratista el saldo que eventualmente obre en su favor, a fin de evitar un enriquecimiento sin causa de la repartición contratante”

Siguiendo en este orden de ideas, tampoco se podría asimilar a la figura de la cláusula penal con función sancionadora (Corral, 2021, p.16) ya que, para que la cláusula penal tenga esta función las partes deben señalarlo expresamente, figura que dista mucho de lo sucedido en la contratación administrativa, en donde el contratista actúa aceptando o no lo dispuesto en los pliegos o bases administrativas con las condiciones y penalidades que allí se establecen, sin mayor poder de discusión.

Finalmente, concluyendo que las penalidades no pueden considerarse como cláusulas penales, de la misma forma podemos sostener que estas, en general, tampoco pueden ser tomadas como sanciones administrativas, para esto conviene primero señalar que una sanción administrativa, en palabras del profesor García de Enterría y Fernández se concibe como “un mal infringido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal” (2017, p.189) o como “los castigos, previstos por el ordenamiento para ser impuestos por la Administración” (Rebollo 2021, p.45), lo que dista mucho de las medidas indemnizatorias señaladas en los párrafos anteriores, así por ejemplo, ¿podemos tener como sanción administrativa aquella potestad señalada en el artículo 152 inciso 1° del Decreto 75 por la cual se repararán exclusivamente los perjuicios sufridos por el sobre costo que significó el término del contrato? evidentemente que no, de lo contrario podríamos sostener que existiría *non bis in idem* con el inciso siguiente del artículo 152, no pudiendo imponer dos sanciones administrativas ante una misma infracción, circunstancia que no es la correcta⁷.

Sin perjuicio de todo lo anterior, podemos evidenciar que existen penalidades que no calzan con ninguna de los dos conceptos anteriores sino más bien calzan de manera precisa con la figura de la “multa coercitiva”, entendiendo por tal una técnica administrativa que, en palabras del Tribunal Supremo español, “tan solo pretende ser una medida de coerción para que el obligado cumpla con lo ordenado”(2018)⁸ siendo una

⁶ Véase voto disidente en la sentencia de fecha 5 de marzo del 2018 emitida por la Corte Suprema en causa rol 35.199-2017

⁷ Concepto profundizado en el capítulo 4

⁸ Sentencia Tribunal Supremo Español de 5 de junio del 2018, ECLI: ES:TS:2018:2179

medida ajena al *ius puniendi* estatal, y que la doctrina a definido como “la imposición de multas, en su caso reiteradas y periódicas al interesado para que cumpla las obligaciones que correspondan en virtud de un acto administrativo” (Sánchez, 2021 p.561), definición que calza plenamente con lo señalado en el artículo 163 del Decreto 75 que básicamente otorga a la Administración la potestad de imponer multas por días de atraso en el cumplimiento de una determinada obligación contractual, medida que difícilmente podría identificarse con las otras dos figuras analizadas anteriormente.

Si bien, de cada una de las medidas señaladas anteriormente podrían realizarse artículos enteros, basta hasta aquí para poder analizar la normativa del contrato de obra pública y de cualquier otro contrato administrativo, entendiendo como punto de partida que dentro de la contratación administrativa es imposible catalogar a todas las penalidades como de una misma naturaleza, no quedando más que identificar particularmente cuando estamos en presencia de una o de otra, desarrollando cuales son los efectos de cada una de estas, para lo cual analizaremos exegéticamente el DFL 850 y el Decreto 75, para poder determinar cuál es la naturaleza jurídica de las principales penalidades que contienen estas normas.

3. DFL 850 del 25 de febrero de 1998 del Ministerio de Obras Públicas y su Reglamento

Como se señaló en la introducción de este trabajo, la aplicación de las normas relativas al contrato de obra pública es evidentemente importante, ya que, la modernización de la infraestructura pública es fundamental para satisfacer las necesidades de gran relevancia social, las cuales además van mutando según los contextos históricos de cada momento, por otra parte, tal como se señaló, las sumas de dinero necesarias para llevar a cabo algunas obras son significativamente grandes⁹.

Con respecto al DFL 850 del Ministerio de obras públicas esta no regula de ninguna manera las penalidades que se aplican en estos contratos de obra pública, limitándose a mencionar sólo las obligaciones del contratista, entre las cuales está la de otorgar una garantía de fiel cumplimiento suficiente con la cual cubrir, entre otras cosas, las eventuales multas que podría aplicar la Administración. Así entonces pasamos a analizar los principales artículos relativos a la aplicación de multas u otros gravámenes en la ejecución de estos contratos.

El solitario artículo 109 del DFL 850 señala en lo pertinente: “La caución para el fiel cumplimiento de los contratos deberá constituirse mediante boleta de garantía bancaria (...)”

Como se puede verificar, la única norma del DFL 850 que podríamos tener como relacionada a las penalidades se limita a señalar la obligación del contratista de otorgar una caución con la cual debemos suponer que se responderá de las posibles multas, sanciones o cobros indemnizatorios que pudieran aplicarse. Es debido a esto que el artículo 5 del DFL 850 establece, entre otras obligaciones del Ministerio de Obras Públicas, la señalada en la letra “g” consistente en: “g) Someter a la aprobación del Presidente de la República los reglamentos necesarios para el funcionamiento de los Servicios a su cargo” estando ante un reglamento autorizado por la misma Ley (Hermosilla 2022, p. 25, citando a Carmona 2001, p.29), circunstancia que pone de manifiesto que incluso el legislador entendió la insuficiencia del DFL 850 para regular el desarrollo de los contratos de obra pública.

⁹ Se puede tener como ejemplo el Hospital de Padre Las Casas obra en la cual se invirtieron más de \$78.200 millones de pesos (Minsal, 2020), o el puente Cau Cau en el cual costó más de \$30.000 millones de doraes (Cooperativa, 2021)

En atención a lo anterior no cabe más que analizar lo dispuesto en el Decreto 75 del Ministerio de Obras el cual contempla una cantidad más significativa de normas referentes a penalidades de lo que disponía el DFL 850.

Sin perjuicio de artículos anteriores asimilables al concepto de penalidades (como el artículo 123 del Decreto 75) el artículo 152 en su inciso primero señala básicamente, que en caso de termino anticipado del contrato, las garantías se mantendrán para el pago del “mayor precio que pueda costar la obra hecha por la administración o por un nuevo contrato, como así mismo, para el pago de las multas (...), o cualquier otro perjuicio que resultare para el Fisco, con motivo de esa liquidación”, redacción que ya nos da algunas luces respecto a la clasificación o diferencia que existen entra las distintas medidas con las que cuenta la Administración a la hora de constatar un incumplimiento del contratista, sin embargo, es reforzada esta idea con lo señalado en inciso segundo, que establece:

“El contratista perderá como sanción, tan pronto se ponga término anticipado al contrato, por lo menos un 25% del valor de las garantías que caucionen su cumplimiento, salvo en el caso estipulado en el Artículo 148 o en la letra h) del artículo anterior o cuando a juicio fundado del Director General no resultare equitativo aplicar dicha sanción.”

A lo que hay que agregar la potestad que contempla el inciso siguiente consistente en que la Administración suspenda al contratista del registro de contratistas por un plazo determinado, sin señalar el máximo de éste, entregándose dicha determinación a la plena discrecionalidad administrativa.

Siguiendo con este análisis exegético de la norma, el artículo 161 del Decreto 75 contempla la potestad de poder cursar multas, al señalar “se podrá poner término anticipado al contrato, conforme a lo dispuesto en los artículos 151 y 152, sin perjuicio de las multas que establece el artículo 163 o que se fijen en las bases administrativas.” auto atribuyéndose además la potestad de poder establecer los montos de las multas para cada caso puntual en las respectivas bases o pliegos administrativos.

Finalmente, el artículo 163 es el que regula en general la aplicación de la multa misma y nos ayuda a responder algunas otras inquietudes, partiendo por indicar en su inciso primero la fórmula para calcular el monto de las multas, para luego en los incisos siguientes señalar:

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

Como se puede notar a simple vista, la norma de rango legal no establece claridad alguna respecto al alcance de alguna potestad administrativa para poder cursar sanciones, multas o cualquier otra medida de gravamen, limitándose a exigir una garantía de fiel cumplimiento de la que debemos subentender que se podrán hacer efectivas las medidas de gravamen que imponga la Administración, siendo el reglamento el que viene en otorgar algo de certeza al contratista en este sentido, situación que, en palabras del profesor Alejandro Nieto constituye más bien una “sustitución reglamentaria” (2018, p.227), en este sentido cabe preguntarse respecto a estas medidas, si con esta fórmula se satisface el principio de legalidad en la imposición de estas medidas.

Para contestar la pregunta planteada en el párrafo anterior debemos distinguir cual es la naturaleza en particular de cada una de las medidas con las que cuenta la Administración dentro de este contrato de obra pública, para esto podemos partir por citar lo dispuesto en el artículo 152 del Decreto 75, que si bien, no establece expresamente que la Administración pueda imponer estas medidas de gravamen, si establece que de las garantías y las retenciones se pueden pagar el mayor precio que resultare de la obra llevada a cabo por la propia Administración o los costos del nuevo contrato que deberá celebrarse, además de las multas impuestas por la Administración, agregando, que también servirán para pagar “cualquier otro perjuicio que resultare para el Fisco, con motivo de esa liquidación”, de lo que podemos obtener que la norma citada está clasificando o distinguiendo hasta este punto, tres medidas que podemos clasificar en dos grupos a lo que hay que agregar un tercer grupo constituido por las medidas impuestas en virtud del artículo 152 inciso 2°.

El primero de estos es el grupo de las penalidades con naturaleza indemnizatoria constituido por el pago del “mayor costo” que paga la Administración al llevar a cabo lo faltante del contrato incumplido o por los costos que significó celebrar un nuevo contrato, además de la medida genérica establecida como “cualquier otro perjuicio que resultare para el Fisco”; El segundo grupo constituido por las penalidades de naturaleza coercitiva; Y por último el tercer grupo constituido por las penalidades de naturaleza sancionadora.

3.1 Penalidades de naturaleza indemnizatoria

La primera de estas medidas tiene como finalidad la reparación de los gastos emergentes en que tenga que incurrir la Administración al querer terminar la obra sin intervención de particulares, monto que finalmente no se sabrá sino hasta el momento de la recepción definitiva de la misma, momento en el cual al liquidar el monto de la garantía versus el gasto realizado por la Administración se determinará si habrá que restituir algún saldo en favor del contratista o se deberá perseguir civilmente el saldo de costo insoluto. Misma lógica para el caso en el que la Administración decida contratar un nuevo contratista para encargarse del término de la obra, el cual seguramente se contratará según las reglas del trato directo contempladas en el artículo 1 inciso 2° del Decreto 75 en relación con el artículo 86 del DFL 850.

Con respecto a estas medidas, en virtud de la naturaleza indemnizatoria evidente de la norma no se puede cobrar un monto mayor al constituido por el gasto o perjuicio efectivamente sufrido por la Administración, los cuales ante un juicio deberán probarse. En consecuencia si la Administración requiere la aplicación de estas medidas deberá comprobar cuanto costo significó desarrollar el nuevo contrato, como a su vez cualquier otro perjuicio que haya sufrido el Fisco, no pudiendo cobrar (por lo menos bajo este concepto) un monto mayor el cual se deberá tener por desproporcionado, debiendo incluso restituir el saldo que resulte a favor del contratista luego de haber realizado todos los descuentos que correspondan, así lo ha establecido la Contraloría General de la República en su Dictamen 088606N14 de fecha 14 de noviembre del 2014, al señalar:

“atendido el carácter de caución y no de sanción del instrumento por el que se consulta, ese cobro no puede exceder del monto en que se cuantifique el incumplimiento de las obligaciones y de las multas que se hayan impuesto y no se encuentren solucionadas”

Ahora bien, en virtud de lo expuesto en la introducción de este artículo, nos preguntamos ¿el hecho de que estas medidas estén plenamente reguladas en el Decreto 75 y no en el DFL 850, significa que no cumplen con el principio de legalidad? Podemos sostener que no y esto por varias razones, en primer lugar porque

la Administración debe cumplir con el principio de “Igualdad ante las cargas públicas¹⁰ por el cual, en el caso en particular de los incumplimientos contractuales, esta tiene la obligación de perseguir todo daño producido por el contratista, de lo contrario se estaría vulnerando el principio señalado, ya que ese costo que significó el incumplimiento los estarían soportando toda la colectividad al tener que cubrirlo con presupuesto público, privilegiando al contratista incumplidor el cual es el único responsable del daño y que además lucró con la celebración del contrato incumplido, debiendo destacar que dicho principio es de orden constitucional, ya que, tal como señaló el Tribunal Constitucional en sentencia de fecha 29 de enero del 2014 en causa rol 2299-12, es aplicación del derecho fundamental de la igualdad ante la ley contemplado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República.

En este mismo orden de ideas, la Administración debe resguardar el cumplimiento acérrimo del principio de eficacia y eficiencia en el manejo de los recursos públicos, principios consagrados en artículo 3° inciso 2° de la Ley 18.575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado, por el cual la Administración estaría obligada a resguardar que, con los recursos que se gasten para la realización de una obra pública, se logre el mejor resultado posible, no pudiendo soportar un gasto adicional que provocó un particular.

Otro argumento que seguramente esgrimirían quienes sostienen la tesis civilista respecto a las penalidades, es que toda parte acreedora de un contrato puede perseguir, respecto del contratista incumplidor, el cumplimiento forzado de la obligación o la resolución del contrato ambos con indemnización de perjuicios, esto en virtud de la condición resolutoria tácita consagrada en el artículo 1.489 del Código Civil. sin embargo, no parece razonable este argumento debido a que aun cuando la Administración se encuentre dentro de un marco contractual esta sólo podrá actuar cuando y en la manera señalada por la Ley, de lo contrario se entendería que cuando la Administración se encuentra dentro de una relación contractual debe ser tomada como cualquier particular contratante, circunstancia que hace imposible justificar la gran cantidad de potestades exorbitantes con las que cuenta la Administración justamente por no ser igual a un particular, esto debido principalmente a la posición jurídica de la Administración (Arancibia 2019, p.36¹¹) que la obliga a perseguir el interés general por sobre el particular de cualquier individuo (Trabaglia, 2021, p. 20 citando a Alessi en “Instituciones de derecho administrativo”, 1970, p.207)

Por otra parte, el mismo principio de legalidad obliga a la Administración a perseguir el cobro de la penalidad y este cobro debe realizarse en la manera descrita en la propia Ley, no pudiendo extinguir dicha obligación de un modo distinto al pago (como sería la condonación), así se señaló la Contraloría General de la República en su Dictamen 013354N12 del 8 de marzo del 2012, en el cual se expresa:

Condonación implica, necesariamente, la extinción de parte de la obligación adeudada por un modo de extinguir distinto al pago, que consiste en la renuncia que el acreedor hace de parte de sus derechos en beneficio del deudor, careciendo la autoridad de la facultad legal de condonar o rebajar obligaciones en dinero, cualquiera sea su naturaleza,

Finalmente, la condonación de una deuda en el contexto de un contrato administrativo vulnera el principio de estricta sujeción a las bases o pliego de condiciones, toda vez que esa actuación estaría afectando los derechos de los oferentes que no fueron adjudicatarios, toda vez que, probablemente si estos

¹⁰ Cabe destacar que este principio tiene un alcance general no limitativo al área tributaria, ya que alcanza a cargas “asumidas de modo voluntario” tal como señala la Sentencia de la Corte Suprema en causa Rol 2.213-2000, para profundizar sobre este punto léase “El deber constitucional de compensar cargas públicas injustificadamente desiguales” (Arancibia, 2022)

¹¹ Cabe destacar que Jaime Arancibia en su artículo “Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos” desconoce la existencia de un “contrato administrativo” en términos estrictos, antecedente por el cual esas potestades, al no tener un origen contractual, carecerían de alguna exorbitancia al provenir de un acto administrativo unilateral.

hubieran sabido que las multas serían condonadas en todo o parte, hubieran presentado ofertas distintas, así lo ha señalado la Contraloría en su dictamen 031421N18 del 19 de diciembre del 2018 el cual señala: “habiendo existido en la especie un atraso superior a treinta días, resultaba imperativo para el servicio dar estricto cumplimiento a las bases y, por ende, proceder al cobro de la referida garantía.”.

3.2 Penalidades de naturaleza coercitiva

El segundo grupo que distinguimos del artículo 152 del Decreto 75 es el constituido por las “multas coercitivas”, al señalar que de los estados de pagos se podrán pagar las “multas impuestas por la Administración”, las cuales, tal como se señaló en el primer capítulo de éste artículo, tienen una naturaleza completamente distinta a las medidas indemnizatorias o a una sanción administrativa propiamente tal, sólo teniendo en común la naturaleza de acto administrativo de gravamen o desfavorable para el particular.

Para complementar la aplicación de estas medidas, debemos considerar lo señalado en el artículo 163 del mismo Reglamento, el cual, además de establecer las reglas de cómo aplicar estas multas, nos señala en qué casos procede la multa coercitiva e indirectamente nos ayuda a comprender la naturaleza propia de estas medidas al señalar lo siguiente: “Si el contratista no entrega la obra totalmente terminada dentro del plazo contractual, incluyendo las eventuales ampliaciones de plazo concedidas, pagará una multa diaria” quedando de manifiesto la naturaleza coercitiva al generar esta presión o “coacción” en el contratista de cumplir correctamente con la ejecución del contrato, teniendo como límite lo señalado en el inciso tercero del mismo artículo (15% del valor del contrato), por otra parte el mismo artículo habilita a la Administración para que dicha multa este regulada en las propias bases administrativas, siempre con el mismo porcentaje límite señalado.

En este orden de ideas cabe destacar que lo señalado en el inciso final del artículo 163 poco ayuda a delimitar la naturaleza de esta medida al señalar: “Sin perjuicio de la aplicación de las multas dispuestas en los incisos anteriores, se podrá imponer al contratista cualquiera otra de las sanciones establecidas en este reglamento” lo que nos podría hacer entender que el Legislador le reconoce la naturaleza de sanción administrativa a estas multas, lo que evidentemente es incorrecto, esto en primer lugar porque al estar sólo contenidas en el Decreto ya repele toda posibilidad de tenerla por sanción administrativa, las cuales requieren de habilitación legal expresa según se profundizará más en detalle en los párrafos siguientes, por otra parte, el hecho de que pueda aplicarse de manera repetida ante un mismo incumplimiento también escapa del concepto de sanción administrativa propiamente tal, toda vez que podría verse infringido el *Non bis in idem*, al repetir una sanción ante la misma infracción, quedando de manifiesto el error conceptual el cual debemos tener como “sanción” en un sentido amplio sinónimo de medida de gravamen.

Ahora bien, de la misma manera que con las medidas indemnizatorias, cabe preguntarse si con la regulación actual ¿es posible su aplicación?, ¿cumple con el principio de legalidad?, con respecto a este punto podemos encontrarnos con dos posturas. La primera de ellas estima que la potestad de aplicar multas coercitivas es parte o es una manifestación de la autotutela ejecutiva que se reconoce a la Administración para lograr el cumplimiento efectivo del deber legal de colaboración que recae en los administrados, así fue considerada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en la sentencia de fecha 31 de agosto del 2015 en causa Rol 5045-2015, teniendo como fuente lo señalado en el artículo 3° de la Ley 19.880 respecto al Acto Administrativo, en cuanto señala en lo pertinente “los actos administrativos gozan (...) de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, (...)”

En respuesta a lo anterior encontramos la postura por la cual se argumenta que para que pueda aplicarse la autotutela administrativa, el acto que se quiere forzar a cumplir debe ser uno de naturaleza desfavorable (Enteiche, 2014, p. 146) no debiendo confundirse con el acto que aplica la multa que obviamente en sí mismo es un acto desfavorable. Con respecto a este punto debemos tener presente que la naturaleza del acto administrativo de adjudicación no es de uno desfavorable, por tanto, rige plenamente el principio de legalidad por el cual “la actuación de la administración debe realizarse con una previa habilitación o apoderamiento para actuar, no cabe actuación sin previa habilitación y mucho menos cabe un auto apoderamiento de potestades” (Bermúdez, 2019, p.90),

En este sentido, la aplicación de una multa coercitiva al ser un acto administrativo de gravamen debe ser interpretada de forma restrictiva y, además, tal como señalara el profesor Miguel Sánchez “deben estar prevista y autorizadas, con determinación de su forma y cuantía por las leyes en cada caso” (2023, p.561).

Todas las circunstancias señaladas en los párrafos anteriores hacen concluir que, la Administración no puede cursar multas con naturaleza coercitiva dentro del contexto del contrato de obra pública en Chile, ya que dicha medida se encuentra en un reglamento dictado por la misma Administración más no en la Ley, incumpliendo de esta forma con el principio de legalidad según lo visto anteriormente.¹²

3.3 Penalidades con naturaleza sancionadora

Finalmente, del análisis exegético de la norma, nos encontramos con un tercer grupo de medidas, las cuales gozan de una naturaleza distintiva a las anteriores siendo estas propiamente una sanción administrativa proveniente del *ius puniendi* estatal, quedando consagrado de esta forma en el artículo 152 inciso 2° del Decreto Ley 75 que señala en lo pertinente “El contratista perderá como sanción, tan pronto se ponga término anticipado al contrato, por lo menos un 25% del valor de las garantías que caucionen su cumplimiento”.

Con respecto a este punto, si tomamos en consideración la definición de sanción administrativa en un sentido estricto, nos podemos percatar que calza sin complicaciones, siendo una medida que sólo tiene una finalidad punitiva, teniendo sólo como requisito para su aplicación el haber terminado anticipadamente el contrato (salvo en caso de que el término se haya producido de común acuerdo o por causa imputable a la Administración según señala la propia norma), sin considerar la menor o mayor extensión de los perjuicios que pudo haber sufrido la administración. Por otra parte, la medida se debe aplicar una vez que el contrato ya se encuentra terminado, circunstancia que, tal como se vio en el apartado anterior, la excluye de cualquier naturaleza coercitiva.

En razón a lo expuesto anteriormente, podemos sostener que si a estas medidas se le atribuye una naturaleza distinta a la sancionadora traería como consecuencia que no podrían aplicarse de forma conjunta con las medidas indemnizatorias como lo especifica la norma, ya que en los hechos se convertiría en una doble indemnización para el Estado.

En el mismo orden anterior, debemos preguntarnos ¿se puede aplicar esta medida?, ¿estas medidas cumplen con el principio de legalidad propio de las sanciones administrativas?, justificadamente podemos sostener que no, toda vez que, el DFL 850 nada señala respecto a estas medidas, no las regula en lo más mínimo entregado todo su desarrollo a la misma Administración, es más, debido a lo escueto de lo señalado por el DFL 850 ni siquiera podríamos entrar en la discusión entre si lo que existe en este caso en una norma

¹² Respecto a los medios de impugnación de actos administrativos que apliquen estas medidas véase el subtítulo 3.4

sancionadora en blanco o de remisión (Silva 2013, p.124), ya que, no es que simplemente no nos señale las conductas sancionables o sus cuantías, sino que ni siquiera señala concretamente que la administración podrá imponer una sanción, debiendo hacer una interpretación extensiva de la normativa citada para poder suponer que estas podrían imponerse, circunstancia que como se viene señalando no satisface el principio de legalidad característico del derecho administrativo sancionador más aún si consideramos que la jurisprudencia mayoritaria¹³ ha señalado que en el caso del derecho administrativo sancionador se deben aplicar los principios del derecho penal de manera matizada al provenir ambos del *ius puniendi* estatal. (Osorio, 2017, p.31).

Por otra parte, tampoco podemos pasar por alto que la Administración, aun cuando ya se está auto atribuyendo una potestad sancionadora se agrava aún más la irregularidad al establecer sólo el mínimo de la cuantía de la sanción, al señalar “por lo menos un 25% del valor de las garantías que caucionen su cumplimiento” circunstancia que además convierte al propio Reglamento en una ley sancionadora en blanco o al menos con falta de determinación (Puerta 2016, p. 152)

3.4 Régimen recursivo de las penalidades impuestas con ocasión del contrato de obra pública

Si bien se podría hacer un trabajo sólo en lo referente a este apartado, intentaremos señalar algunas referencias básicas al respecto.

Tal como se puede observar del DFL 850 y del Decreto 75, estos no tienen un régimen recursivo propio, redirigiéndose para estos efectos a lo establecido en Capítulo IV de la Ley 19.880 (artículo 189 Decreto 75), en virtud de lo cual contamos con todos los recursos administrativos comprendidos en dicha norma, sin perjuicio del régimen general de nulidad de derecho público contenido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política.

En atención a lo anterior, ante la aplicación de penalidades con una naturaleza indemnizatoria, coercitiva o sancionadora, según la discusión y conclusiones referidas anteriormente, perfectamente podrían aplicarse los recursos de reposición y superior jerárquico contenidos en el artículo 59 de la Ley 19.880, toda vez que en estos se pueden ventilar pretensiones tanto de legalidad como de mérito (Flores y Aguirrezabal, 2022)

Además de lo anterior, al no existir un recurso o acción contenciosa administrativa dentro de las normas señaladas, los afectados podrían interponer la acción constitucional de protección contenida en el artículo 20 de la Constitución Política, por vulneración al artículo 19 N°3 en lo relativo a los incisos 8° y 9°, en atención a que, la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria sostiene que, en lo relativo a las sanciones administrativas, al igual que las normas de derecho penal, provienen del *ius puniendi* único estatal, por lo que los principios de esta última deben ser aplicados a las sanciones administrativas pero de manera “matizada”, según como ya hemos señalamos anteriormente.

De la misma manera, y respecto a todas las penalidades, se podría reclamar la vulneración del artículo 19 N°24 de Constitución respecto al derecho de propiedad de los derechos o “bienes incorporeales” que se generarían en atención a la relación contractual. En este sentido debemos tener presente que la interpretación que ha hecho la jurisprudencia respecto a los derechos que protege la acción de protección

¹³ Véase Sentencia Tribunal Constitucional en causa 1518-10 de 21 de octubre 2010; 14658-23 de 11 de abril del 2024; sentencia Corte Suprema en causa 190081-2023 de fecha 10 de mayo del 2024; causa 105003-2023 de 11 de enero del 2024

del artículo 20 de la Constitución es una interpretación amplia, que habilita a los particulares a recurrir en contra de cualquier acto ilegal o arbitrario (Ferrada, Bordali y Cazor, 2003).

Sin perjuicio de todo lo señalado en este apartado, tal como se mencionó anteriormente en este artículo, la tendencia jurisprudencial actual nos indicaría que estas circunstancias no serían atendidas en atención a que, mayoritariamente, las penalidades han sido consideradas como cláusulas penales de naturaleza civil, debiendo estarse estrictamente a lo señalado en el contrato celebrado entre la Administración y el particular, estadio procesal en el que no cabría la discusión o alegaciones mencionadas respecto a la legalidad de estas medidas, debiendo cambiar previamente el paradigma dualista en atención a lo que se propone en este trabajo.

4. Breves reflexiones respecto al *Non bis in idem* y la proporcionalidad de las penalidades

Ya habiendo determinado la naturaleza jurídica de algunas de las principales penalidades establecidas en la normativa referente al contrato de obra pública marcando sus diferencias, debemos tener presente que como consecuencia de aquello la proporcionalidad que debe tener la administración al momento de determinar y ejecutar en cada una de estas medidas es distinta.

De esta forma, si nos referimos a las penalidades de naturaleza indemnizatoria, debemos tener presente lo señalado en su apartado en cuanto a que la Administración no puede cobrar un monto mayor a los perjuicios efectivamente sufridos, toda vez que el saldo favorable a la Administración sería desproporcionado para ese propósito, pudiendo constituirse como un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración.¹⁴

En cuanto a la proporcionalidad de las multas de naturaleza coercitiva, en general, deben considerarse de manera tal que el monto de estas coaccione o persuada al contratista de cumplir fielmente con las obligaciones del contrato administrativo, pero al mismo tiempo sean de una cuantía que no impida el desarrollo normal del contrato en caso de tener que aplicarse, evitando que esta medida, en los hechos, se transforme en una sanción administrativa, es por estas consideraciones que incluso el propio Reglamento establece el porcentaje máximo del 15% del valor de la obra que se puede cobrar por concepto de multas coercitivas, límite normativo que impida que finalmente el cobro de multas coercitivas se transforme en una fuente de lucro por parte de la Administración respecto de un contratista que finalmente es evidente que ya no podrá cumplir con las obligaciones del contrato, circunstancia que podría deslegitimar la aplicación de estas multas por desviación de fin, debiendo terminar el contrato de manera unilateral con todas las consecuencias que trae aparejadas

Por último, en cuanto a la proporcionalidad de las sanciones administrativas dentro de una relación contractual, debemos partir de la base que, según lo analizado anteriormente, la Administración no podría aplicar estas medidas atendido a que no se cumple con el principio de legalidad. sin perjuicio de aquello, en el caso hipotético en que contáramos con que fuera una Ley la que contemple estas medidas, la proporcionalidad que debieran cumplir no escaparía de todo lo analizado por la doctrina y jurisprudencia dentro del derecho administrativo sancionador, ya que finalmente, la Administración, debido al rol que cumple dentro del Estado, goza de una relación de verticalidad respecto a los administrados, (Arancibia 2019, p.36) la cual por cierto, aun cuando se encuentra dentro de una relación contractual, no desaparece,

¹⁴ Véase Dictamen de la Contraloría General de la República número 067918N15 de 26 de agosto del 2015

es por esto que la Ley le reconoce a la Administración un régimen de potestades entre las cuales puede estar la de imponer Sanciones Administrativas. (todo según lo visto en el título 2).

En virtud de lo señalado en el párrafo anterior, en caso que Administración quisiera aplicar una sanción administrativa que cumpla con el principio de legalidad y todos los demás aplicables en la especie, debe ser proporcionada a la gravedad de la infracción cometida, al historial de incumplimientos, a la obtención de un beneficio económico a raíz del incumplimiento, entre otras consideraciones para determinar la intensidad de la sanción (Osorio, 2017, p.842), para lo cual se tendrá que verificar el margen de discrecionalidad que la Ley entregue a la administración en la aplicación de estas medidas.

Finalmente, el hecho de que las fuentes analizadas hagan esta distinción entre multas, sanciones y el pago de los perjuicios tiene importancia, ya que, evita cualquier problema interpretativo del *non bis in idem*, ya que perfectamente pueden cobrarse todas coetáneamente, pero indirectamente también nos sirve, al igual que otros argumentos anteriores, para diferenciarla de la figura de la cláusula penal, tal como ya se señaló.

No obstante todo lo señalado, cabe destacar un aspecto doctrinalmente positivo del Decreto 75 constituido por el reconocimiento de que en un contrato administrativo pueden coexistir diferentes tipos de medidas de gravamen aplicables al contratista. Estas incluyen medidas indemnizatorias, multas coercitivas y sanciones administrativas, cada una con una naturaleza jurídica y una finalidad específica. Este enfoque evita cualquier intento de unificar indebidamente su aplicación o de atribuirles una naturaleza común, respetando así su diversidad y finalidad diferenciada.

5. Conclusiones

Luego del análisis y evidencia consultada, lo primero que podemos concluir es que la doctrina y la jurisprudencia se centran en una discusión dualista en la cual, sin atender las evidentes diferencias entre unas u otras, se discute si todas las penalidades gozan de naturaleza de sanciones administrativas proveniente del *ius puniendi* del Estado, o si estas gozan de naturaleza civil constituyéndose como clausulas penales, siendo esta última la postura ampliamente dominante tanto en la doctrina y jurisprudencia nacional como comparada.

Con el análisis de la normativa aplicable al contrato de obra pública y fundamentalmente los principios de derecho administrativo, podemos sostener que dentro del régimen de gravamen ofrecido por DFL 850 Y Decreto 75 podemos sostener que existen tres tipos de penalidades cada una con naturaleza distinta.

La primera de ellas formadas por las penalidades de naturaleza indemnizatoria constituidas por el “mayor precio” que debe pagar la Administración para llevar a cabo la terminación del contrato terminado anticipadamente o los que se produzcan por el nuevo proceso de contratación, además de “cualquier otro perjuicio que resultare para el fisco” según describe la parte final del artículo 152 inciso primero parte final. En este tipo de medidas, al ser de carácter indemnizatorio, la Administración deberá probar los perjuicios efectivamente sufridos debiendo restituir cualquier saldo favorable al contratista, evitando de esa manera un cobro desproporcionado para su finalidad que finalmente podría constituirse en un enriquecimiento sin causa por parte del Estado.

El segundo grupo formado por aquellas penalidades de naturaleza coercitiva, contempladas en el artículo 152 y regulado en el artículo 163 ambos del Decreto 75, constituidos por las multas diarias impuestas al contratista con la finalidad de forzar el cumplimiento de una obligación principal dentro del plazo

acordado. En este caso la proporcionalidad lo señala el mismo reglamento pudiendo cobrar hasta el 15% del valor del contrato, según lo estipula el artículo 163 antes mencionado.

Finalmente están las penalidades con naturaleza de sanciones administrativas contempladas expresamente en el artículo 152 inciso 2° del Decreto 75 al señalar que “El contratista perderá como sanción, tan pronto se ponga término anticipado al contrato, por lo menos un 25% (...)” no pudiendo aplicarse en aquel caso de término anticipado contemplado en el artículo 148 del mismo cuerpo legal, esto es por “falta de fondos” u otra causa imputable a los fines de la Administración o cuando se termine de común acuerdo según el artículo 151 letra h) o cuando “no resultare equitativo aplicar dicha sanción” según lo describe el inciso 2° del artículo 152 (todos del Decreto 75)

En atención a lo anterior podemos concluir que, al contemplar que estas penalidades gozan de naturaleza y finalidad distinta podrían aplicarse conjuntamente sin vulnerar el principio de *non bis in idem*.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos concluir que, en atención al principio de legalidad y tipicidad, la Administración no puede aplicar las penalidades con naturaleza sancionadora al estar estas contempladas y reguladas en una norma de rango inferior al legal como lo es un Decreto, constituyéndose éstas en normas sancionadoras en blanco (Silva 2013, p.124). en el mismo sentido respecto al principio de legalidad, tampoco podrían aplicarse aquellas penalidades con naturaleza coercitiva.

Así las cosas, las únicas medidas que la Administración podría aplicar sin vulnerar el principio de legalidad son aquellas penalidades con naturaleza indemnizatoria, esto principalmente por estar obligada a perseguir el pago en atención a los principios de igualdad ante las cargas públicas, igualdad de los oferentes y estricta sujeción e igualdad ante las bases.

Finalmente se pudo concluir, que sin perjuicio de que la doctrina fuertemente dominante, concluye que todas las penalidades gozan de naturaleza civil homologándolas a cláusulas penales, el afectado por la imposición de una de estas penalidades, en virtud de lo dispuesto en el artículo 189 del Decreto 75 podría interponer los recursos de reposición y superior jerárquico contemplado en el artículo 59 de la Ley 19.880.

En este mismo sentido, al no contemplarse un recurso contencioso administrativo especial para el contrato de obra pública, se concluyó que se podría intentar impugnar mediante la interposición de la acción de protección del artículo 20 de la Constitución Política de la República, por vulneración a los derechos fundamentales contemplados en el artículo 19 N°3 y N°24 ambas del mismo cuerpo legal.

6. Referencias

6.1 Bibliografía citada

- Aguilera Medina, C. (2021). Naturaleza jurídica de las multas en la contratación administrativa: Algunas reflexiones sobre la autoridad administrativa y el principio de legalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 48(2), 1–26. <https://doi.org/10.7764/R.482.1>
- Arancibia Mattar Jaime. (2019). Naturaleza y Justicia de los contratos administrativos. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 30(ISSN: 0719-5591), 27–53.
- Arancibia Mattar, J. (2022). El deber constitucional de compensar cargas públicas injustificadamente desiguales. *Revista de Derecho Político*, (115), 289–310. <https://doi.org/10.5944/rdp.115.2022.36338>
- Bermúdez Soto Jorge. (2019). *Derecho Administrativo General*. Editorial Jurídica Chile.

- Corral Talciani Hernan. (2021). *La “Cláusula Penal”, Función y Eficacia del Contrato Penal Chileno*. Editorial Jurídica Chile.
- Enteiche Rosales Nicolas. (2014). La excepcional autotutela ejecutiva de los actos administrativos en Chile. *Revista de Derecho Universidad Católica Del Norte*, 2, 137–182.
- Ferrada Bórquez, J. C., Bordalí Salamanca, A., & Cazor Aliste, K. (2003). El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: Una respuesta inapropiada a un problema jurídico complejo. *Revista de Derecho*, XIV, 67-81
- Flores Rivas J. (2021). *Aspectos Críticos de la Contratación Administrativa*. Legal Publishing Chile.
- García de Enterría E., & Fernández Thomas-Ramón. (2017). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. 1 y 2). Editorial Aranzadi S.A.U.
- Gómez González, R. (2021). Aspectos críticos del régimen sancionatorio de los Contratos Administrativos. *Revista de Derecho (Concepción)*, 89(249), 47–85. <https://doi.org/10.29393/rd249-2acrg10002>
- Hermosilla Torres, F. (2022). Naturaleza y análisis crítico del reglamento para contratos de obras públicas. *Revista de Derecho Público*, 97. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2022.69183>
- Irene Nuño Jiménez Abogada Francisco Puerta Seguido Director, D. D. (2016). Derecho Administrativo Sancionador. Principios de la Potestad Sancionadora. *Gavilex*, 5.
- Moraga Klenner Claudio. (2019). *Contratación Administrativa* (2°). Legal Publishing Chile.
- Nieto García Alejandro. (2018). *Derecho Administrativo Sancionador* (5°). Editorial Tecnos.
- Osorio Vargas, C. (2017). *Osorio, Cristobal - Manual de procedimiento administrativo sancionador*. Editorial Jurídica Chile.
- Oyarzo Torrez Mauro. (2023). La Naturaleza Jurídica de las Multas en la Ley N° 19.886. *Revista Chilena de La Administración Del Estado*, 9, 57–82.
- Palomar Licerias Natalia. (2021). “Concepto penalidades”. *Revista de Derecho Administrativo Vlex*, 5, 13–69.
- Prado Puga, A. (2019). Algunos aspectos de la cláusula penal en el derecho chileno. *Revista De Derecho (Coquimbo. En Línea)*, 26(e3893). <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0016>.
- Rebollo Puig Manuel. (2021). Definición y Delimitación de las Sanciones Administrativas. In *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador* (pp. 41–86). Thomson Reuters-Civitas.
- Salinas Bruzzone Carlos. (2019). *Análisis Crítico de las Prerrogativas Sancionadoras del Estado*. Legal Publishing Chile.
- Sánchez Morón Miguel. (2023). *Derecho Administrativo Parte General* (19th ed.). Editorial Tecnos.
- Silva De La Puerta Marta. (2013). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador* (1°). Editorial Aranzadi S.A.
- Trabaglia Juan. (2021). *El Régimen Exorbitante de la Administración Pública, Contratación Pública*. Euro Editores S.R.L.
- Villarejo Galende Helena, & Calonge Velázquez Antonio. (2018). Las principales novedades de la nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 46(2254–3805), 7–64.

6.2 Jurisprudencia citada:

6.2.1 Jurisprudencia Judicial:

- Servicios Odontológicos Oral Clinic Limitada con Servicio de Salud de Valparaíso:* (2018) Corte Suprema 5 de marzo del 2018, (Recurso de Casación en el Fondo) N° rol 35.199-2017
- Concesiones Recoleta S.A. con Ilustre Municipalidad de Recoleta:* (2020) Corte Suprema 24 de enero del 2020, (Casación en la Forma y en el Fondo) N° rol 251-2019
- Cas Chile S.A. con Ilustre Municipalidad de La Pintana:* (2019) Corte Suprema 25 de julio 2019, N° rol 11.527-2019
- Claro Chile SA con Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones:* (2015) Corte de Apelaciones de Santiago 31 de agosto 2015, (Casación en el fondo) N° rol 5045-2015
- Espacio y Jardín Limitada con Ilustre Municipalidad de Iquique:* (2017) Corte Suprema, 21 de diciembre 2017, (Casación en la forma y en el fondo) N° rol 4001-2017
- Fisco de Chile/Dirección General de Aeronáutica Civil con Sociedad Química y Minera de Chile S.A.* (2024) Corte Suprema, 11 de enero del 2024 (Casación en el fondo) N° rol 105003-2023.
- Fisco de Chile con Farmacias de Similares Chile* (2024) Corte Suprema 10 de mayo 2024 (Casación en el fondo) N° rol 190081-2023
- Pfeifer y otros con Instituto de Salud Pública:* (2010) Tribunal Constitucional 21 de octubre de 2010, (Inaplicabilidad por inconstitucional) N° rol 1518-2010
- Pomasquispe con Ministerio del Interior* (2024) Tribunal Constitucional 11 de abril del 2024, (Inaplicabilidad por inconstitucional) N° rol 14.658-23
- Constructora Santa Beatriz con Concejo de Monumentos Nacionales y Ministerio de Educación,* (2014) Tribunal Constitucional (Chile), 29 de enero 2014, (Inaplicabilidad por inconstitucional) N° rol 2299-12
- Quintana Olivares Miguelina con Servicio Agrícola y Ganadero:* (2000) Corte Suprema, 23 de enero 2001, (Casación en el fondo) N° rol 2213-2000
- Tribunal Supremo Español de fecha 5 de junio 2018, ECLI:ES:TS:2018;2179, Recurso Casación Contencioso Administrativo
- Tribunal Supremo Español de fecha 23 de noviembre del 2023, ECLI:ES:TS:2023:5518, Recurso Casación Contencioso Administrativo.
- Tribunal Supremo Español de fecha 20 de junio del 2024, ECLI:ES:TS:2024:3340, Recurso Ordinario.
- Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de España, de 10 de febrero del 2022, recurso n°32/2022, Recurso Especial.

6.2.2 Jurisprudencia Administrativa:

- Dictamen de la Contraloría General de la República N°013354N12 de 8 de marzo del 2012
- Dictamen de la Contraloría General de la República N°30003N14 de 30 de abril del 2014
- Dictamen de la Contraloría General de la República N°088606N14 de 11 de noviembre de 2014
- Dictamen de la Contraloría General de la República N°050347N15 de 24 de junio del 2015
- Dictamen de la Contraloría General de la República N°067918N15 de 26 de agosto del 2015
- Dictamen de la Contraloría General de la República N°074275N16 de 8 de octubre del 2016
- Dictamen de la Contraloría General de la República N°055133N16 de 27 de julio del 2016
- Dictamen de la Contraloría General de la República N°031421N18 de 19 de diciembre del 2018

6.3 Normas citadas

Ley 18.575, “Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado” publicada 5 de diciembre de 1986

Ley 19.886, “Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado” publicada el 30 de julio del 2003.

DFL 850, “Fija el texto refundido coordinado y sistematizado de la Ley N°15.840 de 1964 y del DFL N° 206, de 1960”, publicada el 25 de febrero de 1998.

Decreto 75 del Ministerio de Obras Públicas, “Deroga Decreto N°15, de 1992 y sus modificaciones posteriores y aprueba Reglamento para Contratos de Obras Públicas”, publicada el 1 de diciembre del 2004.

Código Civil de Chile.

Ley 9/2017, “de Contratos del Sector Público” (España), publicada 9 de noviembre del 2017.

6.4 Páginas web

Ministerio de Hacienda de Chile, Dirección de presupuestos (2023) “Ley de Presupuestos año 2023” obtenido de: https://www.dipres.gob.cl/597/articles-316305_doc_pdf.pdf.

Ministerio de Salud de Chile (2020) “Complejo Asistencial de Padre Las Casas comenzó su funcionamiento de manera parcial” obtenido de: <https://www.minsal.cl/complejo-asistencial-de-padre-las-casas-comenzo-su-funcionamiento-de-manera-parcial/>

Cooperativa (2021) “Puente Cau Cau: Reparación definitiva costará 12.000 millones de pesos” obtenido de: “<https://cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-los-rios/puente-cau-cau-reparacion-definitiva-costara-12-000-millones-de-pesos/2021-12-12/175702.html>”