

LA MODERACIÓN JUDICIAL
DE LA CLÁUSULA PENAL
Y LAS MULTAS QUE APLICA
LA ADMINISTRACIÓN A RAÍZ
DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

THE JUDICIAL RESTRAINT OF THE PENALTY
CLAUSE AND THE FINES APPLIED
BY THE ADMINISTRATION WITHIN
THE DEVELOPMENT
OF THE ADMINISTRATIVE CONTRACT

*Emilio Pfeffer Berger**

RESUMEN: En primer lugar, se examina la naturaleza jurídica de las multas impuestas por la Administración dentro de la ejecución de un contrato administrativo. En segundo lugar, se discute acerca de la ejecución por parte de la Administración de las multas sin un proceso judicial previo, de la posibilidad de revisar judicialmente la cláusula penal y los mecanismos de moderación judicial que existen en caso de una desproporción de las multas. Se concluirá que existe la necesidad de establecer medios claros y eficientes para la revisión de la aplicación de multas por parte de la Administración, las cuales muchas veces son desproporcionadas.

PALABRAS CLAVE: Cláusula Penal - Multa Administrativa - Moderación Judicial - *Ius Puniendi* - Contrato Administrativo - Proporcionalidad

ABSTRACT: In the first place, the paper examines the legal nature of the fines imposed by the Administration within the execution of an administrative contract. Secondly, there is a discussion about the Administration's execution of the fines without a prior judicial process, the possibility of judicial review

* El autor es abogado asociado en Philippi, Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: emilio.pfeffer@ppulegal.com

of the penalty clause and the mechanisms of judicial moderation that exist in case the fines are disproportionate. Finally, it will be concluded that there is a need to establish clear and efficient means to review the application of fines by the Administration, which are often disproportionate.

KEYWORDS: Penalty Clause - Administrative Fine - Judicial Moderation - *Ius Puniendi* - Administrative Contract - Proportionality

* * *

I. INTRODUCCIÓN

La cláusula penal es un contrato que se encuentra definido en el artículo 1535 del *Código Civil* como aquel

“(…) en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal”.

El control judicial de la cláusula penal es una materia que reviste especial relevancia, ya que importa la intervención directa de los jueces en contratos y cláusulas que acordaron las partes de una convención de forma voluntaria. Bien podría sostenerse, en consecuencia, que esta intromisión de la judicatura podría afectar principios fundamentales del Derecho Privado, como son la autonomía de la voluntad y la intangibilidad de los contratos.

Los tribunales pueden actuar de diversas formas en torno a la cláusula penal. En primer término, pueden evaluar la procedencia de la nulidad de una cláusula penal, examinando que contenga los requisitos de validez y existencia. También podrían los jueces determinar si la pena resulta excesiva en relación con la obligación establecida en el contrato, es decir, analizar si existió una cláusula penal enorme en los términos establecidos en el artículo 1544 del *Código Civil*. Finalmente, si se ha cumplido de manera parcial la obligación principal establecida en el contrato, el juez podrá rebajar de forma prudencial y proporcional la pena asociada a dicho cumplimiento.

Como parte del análisis de procedencia de la pena, el tribunal siempre deberá evaluar de forma preliminar si el deudor respecto del que se puede exigir la pena ha dado cumplimiento a la obligación principal, si un eventual incumplimiento le es imputable y si el deudor se encuentra en mora.

Las situaciones recién descritas presentan algunas particularidades cuando se trata de las multas aplicadas por la Administración del Estado en el marco de la ejecución de los contratos administrativos.

Este trabajo comenzará explicando, brevemente, la discusión respecto de la naturaleza jurídica de las multas impuestas por la Administración dentro de la ejecución de un contrato administrativo. En esta discusión existen,

por un lado, posiciones que plantean que las multas serían sanciones administrativas y, por otro lado, aquellas que sostienen que las multas son cláusulas penales. Las consecuencias de adoptar una u otra postura varían sustancialmente.

Se revisarán en este trabajo los principales argumentos que se esgrimen en favor de ambas posturas, para luego –adhiriendo a aquella promovida por la Contraloría General de la República, que resuelve que las multas constituyen una cláusula penal– abordar dos grandes temas que generan conflicto en relación con el cobro de las multas:

- i) la ejecución por parte de la Administración de las multas sin un proceso judicial previo y
- ii) cómo podría realizarse una moderación judicial en caso de una desproporción de las multas.

En cuanto al primer punto, se establecerán las razones por las que la cláusula penal debe ser revisada judicialmente, para luego analizar algunos argumentos en favor de que se apliquen multas en el marco de un procedimiento administrativo sin necesidad de acudir a los tribunales.

En relación con el segundo punto, se expondrán las posibilidades que contempla la ley para que se realice una moderación judicial en caso de una desproporción de la multa.

Para efectos de este análisis, es importante tener presente que a pesar de que las multas puedan ser consideradas cláusulas penales, en la práctica existen varias diferencias entre una cláusula penal común en materia civil y las multas que se aplican producto de los contratos administrativos. Estas particularidades tienen su origen tanto en la legislación que regula de forma general a la Administración del Estado como en ciertas leyes especiales, entre ellas la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

En este sentido, el profesor Moraga Klenner escribió:

“(…) los contratos que celebra la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto aquéllas, las normas del Derecho Privado”¹.

De esta manera, queda de manifiesto que el estatuto jurídico de los contratos administrativos contiene ciertas particularidades que lo diferencian del contrato civil.

¹ MORAGA KLENNER (2010) p. 341.

II. BREVE SÍNTESIS DE LA DISCUSIÓN SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MULTAS QUE APLICA LA ADMINISTRACIÓN

La controversia en torno a la naturaleza jurídica de las multas que aplica la Administración se origina a partir de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría que sostiene que las multas impuestas por la Administración originadas en incumplimientos contractuales tienen la naturaleza de *cláusula penal*, la que ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, que argumenta que las multas son *sanciones administrativas*.

Lledó Veloso y Pardo Donoso resumen la controversia de la siguiente forma:

“En Chile no hay una teoría clara y uniforme. En efecto, existen dos perspectivas contrapuestas. La primera sostiene que la sanción contractual se impone en ejercicio de potestades públicas, de una facultad de imperio y con fuerza obligatoria contra los particulares (por ende, sujeta a los principios del Derecho Administrativo Sancionador). La segunda señala que la sanción contractual tiene naturaleza contractual civil, en la que las partes (Administración y particular contratante) actúan en un plano de igualdad, ejerciendo derechos y no potestades. Es decir, se trataría del ejercicio de una cláusula penal”².

La Contraloría ha concluido que las multas tienen el carácter de cláusula penal. Así, el dictamen N° 47.611, de 26 de julio de 2013, que resolvió una solicitud a dicho organismo para que se pronunciara acerca de la proporcionalidad de una multa, estableció:

“la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes N°s 30.642, de 1989, 5.287 y 6.010, ambos de 1992, entre otros, ha reconocido que *las estipulaciones contractuales que contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal*, la que se encuentra definida por el Código Civil en su artículo 1.535 como aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal, disposición que se aplica supletoriamente a las contrataciones regidas por la ley N° 19.886 según lo prevé su artículo 1° antes aludido” (destacado agregado).

Este criterio ha sido confirmado, recientemente, por el dictamen N°57.579, de fecha 4 de septiembre de 2016³.

² LLEDÓ VELOSO Y PARDO DONOSO (2015), p. 54-55.

³ Dictamen de Contraloría General de la República N° 57.579, de fecha 4 de septiembre de 2016, “En concordancia con lo expuesto, diversos dictámenes de esta institución de control –por ejemplo, los signados con los N°s 34.523, de 2013, y 30.003 y 65.791, de

Por su parte, el dictamen N° 65.791, de 27 de agosto de 2014, ahonda en las diferencias entre una sanción administrativa y la cláusula penal, estableciendo que la principal diferencia radica en que la primera tiene su origen en una infracción y la segunda en un incumplimiento contractual. La Contraloría señala:

“En cuanto a la naturaleza jurídica de las multas, cabe reiterar lo tantas veces señalado en la jurisprudencia administrativa, en cuanto a que el *fundamento que las origina es un incumplimiento contractual y no una infracción*, por lo que no revisten la calidad de una sanción administrativa. Más bien se trata de una consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, *que no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado* (aplica dictámenes N°s 65.248, de 2011 y, 21.035 y 50.606, ambos de 2012, entre otros)” (destacado agregado).

En suma, la jurisprudencia administrativa resuelve que la naturaleza jurídica de las multas es de carácter de *cláusula penal* y que cualquier controversia debe ser conocida por los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Sobre lo anterior, es relevante tener presente que las solicitudes por las que la Contraloría conoció de estos asuntos se realizaron como consecuencia de procedimientos administrativos en que se aplicaban multas por parte de la autoridad.

La posición de la Contraloría sobre la naturaleza jurídica de las multas es controvertida por los profesores Lara Arroyo y García-Huidobro, quienes realizan una extensa crítica a las conclusiones de la Contraloría, concluyendo que la naturaleza jurídica de las multas es la de *sanción administrativa* y no de cláusula penal⁴. En definitiva, los autores indican:

“la multa no es más que la reacción del ordenamiento frente a un hecho antijurídico, a fin de establecer el equilibrio vulnerado con motivo de incumplimiento o retardo”⁵.

2014– han reconocido que las estipulaciones contractuales que *contienen multas asociadas al incumplimiento de las obligaciones convencionales tienen el carácter de cláusula penal*, la que se encuentra definida por el artículo 1.535 del Código Civil como ‘aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal’”(destacado agregado).

⁴ LARA ARROYO Y GARCÍA-HUIDOBRO (2014), p. 370, quienes sostienen: “(...) una asentada jurisprudencia de la Contraloría, consistente en asimilar las multas aplicadas en el marco de contratos administrativos celebrados al amparo de la Ley N°19.886 sobre Base de los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en lo sucesivo, la ‘Ley N° 19.886’) a la institución de la cláusula penal”.

⁵ *Op. cit.*, p. 383.

Los profesores argumentan que la Contraloría incurre en un error, dado que si se aplican a las multas las reglas de la cláusula penal se vulneraría el orden de prelación establecido por la ley N° 19.886 que permite aplicar solo de forma supletoria las normas de Derecho Privado. De acuerdo con los autores, por la esencia y características del contrato administrativo, deben aplicarse las reglas de Derecho Público, por ser estas las que mejor coinciden con las necesidades de las partes en el desarrollo del contrato administrativo. Todo esto implicaría que los particulares quedarían en un estado de indefensión sin poder optar a los mecanismos de protección que normalmente existen frente a las sanciones administrativas.

Así, estos autores sustentan sus posturas en la opinión de profesores como Soto Kloss, quien sostiene que las "(...) relaciones que unen al ciudadano con el Estado/Administración no son relaciones regidas por el derecho privado (...)”⁶.

Como contrargumento a lo anterior, existen otras posturas, como la del actual Contralor General de la República, Sr. Bermúdez Soto, quien sostiene:

“El Derecho Administrativo se aplica siempre a la Administración Pública, *salvo que actúe como sujeto sometido al Derecho común*”⁷ (destacado agregado).

Sobre esto último, sin ánimo de detenernos en la discusión, cabe recordar que la misma ley N° 19.886 en su inciso primero artículo 1 entrega luces acerca de la discusión al establecer:

“Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”.

Lo cierto es que las únicas normas expresas relativas a la aplicación de multas en la ley N° 19.886 están contenidas en los artículos 11 y 8, los cuales no regulan a cabalidad la institución. A estas cabe agregar el artículo 79 ter del reglamento⁸ de dicha ley que será revisado más adelante.

Por tanto, lo propio es que ante la ausencia de regulación se apliquen las reglas de Derecho Privado, como lo dispone el mentado artículo 1 de la

⁶ SOTO KLOSS (1996), p. 37.

⁷ BERMÚDEZ SOTO (2011), p. 23.

⁸ Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda de 24 de septiembre de 2004, que aprueba el Reglamento de la ley N° 19.886 Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

ley N° 19.886. Por esto, en atención a que el origen de las multas sería un contrato, las normas aplicables serían aquellas contenidas en el *Código Civil* relativas a la cláusula penal, las que, justamente, regulan sanciones o penas para incumplimientos o retardos contractuales.

Por el contrario, Lledó Veloso y Pardo Donoso argumentan que no podría existir una sanción administrativa en el sentido clásico, ya que las multas fijadas contractualmente no cumplen con el requisito esencial de las sanciones administrativas, esto es, que sean fijadas por el ordenamiento jurídico. Citan una sentencia del Tribunal Supremo Español que concluye que por el origen contractual de la pena no sería procedente que se llevase a cabo un procedimiento sancionador⁹. Agregan otras razones, tales como la de que la multa contractual estaría fijada para situaciones concretas, a diferencia de las sanciones administrativas, que son de aplicación general; también indican que en caso de que las multas sean tratadas como sanción administrativa existiría un mayor desequilibrio entre las partes como, por ejemplo, al existir un mismo juez y parte que decida acerca de la aplicación de las multas¹⁰.

Adicionalmente, cabe referirse a una sentencia del Tribunal Constitucional que, conociendo de un recurso de inaplicabilidad del artículo 42, inciso primero del DFL N°164, 1991, que imponía multas a quienes circulaban sin TAG por las autopistas por montos de cuarenta veces la suma no pagada, resolvió:

“Que, no obstante los términos literales en que está concebida la norma objetada, ella no contempla propiamente una indemnización compensatoria –en cuanto no se vincula exactamente a la reparación del perjuicio efectivamente causado por el incumplimiento–, sino que consagra una pena civil”¹¹.

El mismo fallo constata que existiría un contrato al establecer:

“Al contrario, existe un contrato en cuya virtud una de las partes se obliga con la otra a pagar por el uso de un bien, sometiéndose en caso de incumplimiento al pago de las multas previstas en la ley incorporada a la convención”¹².

Con ello, el Tribunal Constitucional adopta la posición de que la naturaleza de la multa es una pena civil, sin perjuicio de estar contemplada en la ley. Ello va en línea con la interpretación de la Contraloría.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Español, 30 de octubre de 1995, N° 9-2-1998, en LLEDÓ VELOSO Y PARDO DONOSO (2015), p. 63.

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 63-65.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Chile, rol N°541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006, considerando quinto.

¹² *Op. cit.*, considerando décimo primero.

Sin embargo, el profesor Corral Talciani tiene una opinión diversa porque estima que las multas establecidas por ley a quienes circulen sin TAG en las autopistas no tendrían su origen en contratos, con lo que se incumpliría un requisito esencial de las cláusulas penales¹³.

De todas formas, sin perjuicio de la presencia de diferencias menores entre la situación expuesta en la sentencia y las multas aplicadas en el contexto de la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, en este caso el Tribunal Constitucional determinó que la naturaleza civil de la multa, aunque fuese impuesta por ley, sería una pena civil.

Por consiguiente, podemos concluir que existe un criterio preponderante establecido por la Contraloría y el Tribunal Constitucional de que las multas aplicables a raíz de incumplimientos de contratos en que se utiliza un servicio público son de naturaleza civil.

III. DIFERENTES CONSECUENCIAS DE QUE LAS MULTAS SEAN CONSIDERADAS COMO SANCIONES ADMINISTRATIVAS O CLÁUSULAS PENALES

Como se adelantó, existen distintas consecuencias en caso que se considere a las multas como cláusula penal o como sanción administrativa.

Por un lado, Lledó Veloso y Pardo Donoso identifican que la naturaleza de *cláusula penal* de las multas significaría:

- i) que las multas no serían parte del *ius puniendi* estatal;
- ii) no existiría la presunción de legalidad, exigibilidad e imperio respecto del acto administrativo por el que se cobraría la multa;
- iii) existiría mayor igualdad entre la Administración y los particulares;
- iv) debiesen cumplirse los requisitos establecidos en el *Código Civil* para que la pena sea exigible y
- v) se aplicarían las reglas civiles relativas a la prescripción¹⁴.

Por otro lado, para el caso de que la multa sea considerada como sanción administrativa es importante aclarar que las consecuencias son todo lo contrario a lo ya indicado. Lara Arroyo y García-Huidobro agregan que la regulación administrativa ofrecería mayores garantías o facilidades a los particulares en razón de los principios que informan el Derecho Administrativo Sancionador¹⁵. A su vez, señalan:

¹³ CORRAL TALCIANI (2012), pp. 32-33 y 107.

¹⁴ LLEDÓ VELOSO y PARDO DONOSO (2015), pp. 66-68.

¹⁵ LARA ARROYO y GARCÍA-HUIDOBRO (2014), p. 397: "Por el contrario, de calificar la multa contractual como sanción administrativa, la Administración verá seriamente limitadas sus potestades punitivas, por cuanto deberá ahora: (i) ponderar, en concreto, todos los elementos de hechos involucra-

“de aceptarse la naturaleza civil (cláusula penal) de la multa administrativa, no existirían otros límites a la autoridad que los establecidos en el artículo 1544 del Código Civil (...)”¹⁶.

En definitiva, el principal problema de que el Derecho Común regule las multas de la Administración como cláusula penal sería la dificultad para alegar la falta de proporcionalidad de la multa en cuanto, por un lado, no se podría optar a las facilidades que ofrece el procedimiento administrativo y, por otro, solo se podrían impugnar las multas haciendo uso de los estrictos mecanismos que ofrece el *Código Civil*.

En los acápite siguientes revisaremos dos consecuencias de que la naturaleza de la multa sea considerada civil: la moderación que pueden realizar los jueces de las cláusulas penales que se consideren desproporcionadas a la luz de las reglas del Derecho Civil y la obligación del Estado de someter la ejecución de las multas al conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia.

IV. LA CLÁUSULA PENAL SIEMPRE PUEDE SER REVISADA EN UN PROCESO CIVIL

Los tribunales de justicia son los órganos competentes para revisar la procedencia de la cláusula penal al ser esta una institución de carácter civil. No obstante lo anterior, en la mayoría de los casos la Administración sigue procedimientos de carácter administrativo para obtener el cobro de la multa¹⁷.

Desde este prisma, en este acápite se sostendrá que la regla general indica que la cláusula penal debe demandarse ante los tribunales. Sin perjuicio de lo anterior, se expondrán algunas situaciones que alteran dicha regla general, permitiendo que la Administración cobre la cláusula penal conforme a un procedimiento administrativo. Aun en este caso, siempre la procedencia de la cláusula penal y su cobro podrían ser revisados por un juez independiente e imparcial.

dos en el caso particular y no sólo las disposiciones contractuales, a fin de determinar la cuantía de la multa a aplicar; (ii) fundamentar su decisión en forma suficiente y completa; (iii) la imposición de una multa contractual debe ir necesariamente precedida de un procedimiento administrativo sancionador, en el que se reconozca el derecho a defensa del privado contratante; y (iv) respetar las garantías y principios penales que, en términos atenuados, se reconocen constitucional y legalmente”.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 396.

¹⁷ Dictamen de Contraloría General de la República N° 47.611 de 26 de julio de 2013, dictamen N° 65.791 de 27 de agosto de 2014, dictamen N° 30.003 de 29 abril de 2014. Estos dictámenes de la Contraloría General de la República constatan que la calificación jurídica de la multa es de cláusula penal y responden a solicitudes realizadas por particulares que alegan la falta de proporcionalidad de las multas aplicadas por la Administración. Lo anterior demuestra que, no obstante ser cláusulas penales, es la Administración la que realiza el cobro.

En consecuencia, la procedencia del cobro de las cláusulas penales siempre puede ser revisada por un juez civil o arbitral cuando corresponda. Este criterio es el que ha seguido tanto la jurisprudencia judicial como administrativa mayoritariamente, según queda de manifiesto en los siguientes ejemplos:

En primer lugar, el dictamen N° 47.611 de Contraloría General de la República, de 26 de julio de 2013, establece:

“(…) no se advierten irregularidades en la actuación de la autoridad al calcular y aplicar las multas, pues el monto final de las mismas se determinó atendidos los incumplimientos específicos del contratista, sin perjuicio de hacer presente que conforme con lo previsto en el artículo 1.544 del Código Civil, que regula la cláusula penal enorme, *corresponde a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la materia y moderarla en caso de estimarse desproporcionada* (aplica dictamen N° 34.523, de 2013)” (destacado agregado).

En el mismo sentido, el dictamen N° 30.003 de Contraloría General de la República, de 29 abril de 2014, señala:

“En ese contexto normativo y jurisprudencial, no resulta posible a esta Entidad de Control referirse a una eventual desproporción de la multa aplicada lo que habría significado un enriquecimiento sin causa para la Administración, toda vez que, *sin perjuicio de lo establecido en las respectivas bases de licitación del convenio marco, dicha apreciación corresponde realizarla a los Tribunales de Justicia*” (destacado agregado).

En efecto, el mismo dictamen concluye :

“*corresponde a los Tribunales de Justicia pronunciarse sobre la denominada ‘cláusula penal enorme’ y moderarla en caso de estimarse desproporcionada*” (destacado agregado).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha fallado:

“La cláusula penal es una pena privada, pero su ejecución está sujeta igual que cualquier contrato a la potestad judicial y, no solo eso, sin que se atribuyen al juez poderes de revisión de que no goza respecto de otras estipulaciones contractuales”¹⁸.

Así también lo ha establecido la doctrina precisando que la cláusula penal debe cobrarse por medio de una demanda cuya tramitación se suscite en un procedimiento ordinario ante jueces civiles, a menos que las partes hayan acordado de forma voluntaria someter el asunto controvertido

¹⁸ CORRAL TALCIANI (2012), p. 30.

al conocimiento de un juez árbitro¹⁹. Por último, incluso se discute que la cláusula penal podría demandarse en un juicio ejecutivo²⁰.

Por lo demás, en el caso de las multas por el uso de autopistas en caso de ausencia de TAG el Tribunal Constitucional también comparte esta visión “La sanción es impuesta por sentencia dentro de un proceso judicial desarrollado según el procedimiento previsto por la ley”²¹.

Sobre esta materia, la Constitución Política de la República en su artículo 76²² y el artículo 1 del *Código Orgánico de Tribunales*²³ establecen que el conocimiento de las controversias relativas a causas civiles les compete a los tribunales designados exclusivamente por la ley, prohibiendo de forma expresa que otros poderes u órganos del Estado puedan avocarse el conocimiento de dichos asuntos.

De esta forma, es innegable que, si la institución es de carácter civil, también lo debe ser el proceso que resuelva las controversias en torno a ella. Es más, tampoco podría prorrogarse la competencia a una sede administrativa ya que esta disposición es de orden público.

Este criterio se ve apoyado por lo dispuesto en el artículo 1535 del *Código Civil* que dispone que la cláusula penal solo procede en caso de que exista incumplimiento o retardo del deudor, materia propia de discusión que no corresponde que sea resuelta unilateralmente por una de las partes.

A su vez, el artículo 1542 establece: “Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos que se hubiese estipulado (...)” de lo que también se desprende que debe probarse previamente la estipulación frente a un juez, antes de poder aplicar las multas de forma unilateral por la administración.

Por lo demás, si el procedimiento de aplicación de multas es dirigido por una de las partes interesadas como lo es la Administración, sin duda que se vulnerarían los principios básicos del debido proceso²⁴, en particular

¹⁹ *Op. cit.*, p. 200.

²⁰ FELIU REY (2014), pp. 210-216; CORRAL TALCIANI (2012), pp. 202-220 y CORRAL TALCIANI (2008), pp. 451-470.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Chile, rol N°541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006, considerando décimo primero.

²² “La facultad de conocer de las *causas civiles* y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece *exclusivamente a los tribunales* establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos” (destacado agregado).

²³ El artículo 1 del *Código Orgánico de Tribunales* se pronuncia en el mismo sentido: “La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley”.

²⁴ El profesor Cea escribió lo siguiente sobre el debido proceso y sus principios: “En tal sentido, el proceso justo incluye independencia e imparcialidad en los órganos que investigan y juzgan; igualdad en su interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico; garantías de asesoría y defensa; en fin y sin agotar el enunciado, certeza o seguridad jurídica en punto al

aquellos que dicen relación con la imparcialidad e independencia del órgano llamado a resolver alguna controversia²⁵.

Otro argumento a favor de que la cláusula penal debe exigirse por medio de un proceso civil se encuentra en el artículo 1543 del *Código Civil*, que establece como regla general que no podrá exigirse el pago de la indemnización junto al pago de la cláusula penal, salvo que se pacte expresamente la procedencia de ambas de forma conjunta. Esto es importante porque, a menos que los contratos administrativos establezcan expresamente que podrá cobrarse tanto la pena como los perjuicios, la ley es clara al requerir una decisión del acreedor al respecto, declaración que necesariamente debe darse en un proceso judicial.

Sin perjuicio de los argumentos expuestos en favor de la revisión judicial, resulta relevante exponer algunos contraargumentos o circunstancias que pueden alterar la obligación de la Administración de demandar el cobro de la cláusula penal.

Una primera visión es aquella que presentan los profesores Lara Arroyo y García-Huidobro, quienes sostienen que incluso si la multa fuese de naturaleza civil, esta debería aplicarse en un proceso administrativo, sin intervención judicial. Señalan:

“La multa contractual será, entonces, un acto administrativo dictado por la propia Administración, que se traduce en una afectación al patrimonio de un privado en el contexto de un procedimiento administrativo de autotutela y sin necesidad de intervención judicial”²⁶.

En esta línea, los citados autores establecen que para la imposición de una sanción contractual debe previamente realizarse un procedimiento administrativo que asegure las reglas de un debido proceso y el derecho a la defensa²⁷.

En segundo lugar, debe exponerse que podría ocurrir que las partes acuerden que el acreedor retenga ciertas sumas que el deudor le haya anticipado en una fase anterior de la ejecución del contrato, evitando tener que presentar una demanda para perseguir el cobro de la cláusula penal. Por

concepto o delimitación de los plazos, a la irretroactividad de las normas y a su configuración por el legislador”. A su vez, el mismo autor se refiere a la implicancia de la imparcialidad del siguiente modo: “La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”.

²⁵En el mismo sentido, el Excmo. Tribunal Constitucional ha señalado: “el oportuno conocimiento de la acción y debido emplazamiento, bilateralidad de la audiencia, aportación de pruebas pertinentes y derecho a impugnar lo resuelto por un tribunal, imparcial e idóneo y establecido con anterioridad por el legislador”. Sentencia del Tribunal Constitucional Chile, rol N°481-2006, de fecha 4 de julio de 2006, considerando séptimo.

²⁶ LARA ARROYO y GARCÍA-HUIDOBRO (2014), pp. 385-386.

²⁷ *Op. cit.*, p. 386.

tanto, en ese caso el particular sería quien deba interponer una demanda en contra la Administración alegando un cobro improcedente de la multa.

En este sentido, el profesor Corral Talciani, apoyado por jurisprudencia²⁸, manifiesta:

“Nada prohíbe que se pacte que la pena se anticipe al acreedor para el caso de un incumplimiento y que se le autorice a hacerla suya si la obligación principal no se cumple”²⁹.

Por ejemplo, esta situación podría ocurrir respecto de los anticipos que se realizan por medio de las boletas de garantías, muy habituales en contratos administrativos³⁰.

A su vez, el inciso tercero del artículo 11 de la ley N° 19.886³¹ autoriza a la Administración a que: “Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas”. En efecto, sin perjuicio de lo analizado, es claro que es la misma ley la que en definitiva autoriza a hacer valer las cauciones para el pago de las multas y sanciones. De todas maneras, cabe consignar que la ley no define si se podrán hacer valer las cauciones antes o después de una determinación judicial, pero se entiende que sería de forma previa.

En relación con este tema, cabe señalar que el citado profesor Corral Talciani concluye que en caso de retenerse los anticipos cobrados por concepto de cláusula penal

²⁸ Sentencias citadas en CORRAL TALCIANI (2012), pp. 166-168.

²⁹ *Op. cit.*, p. 166.

³⁰ *Op. cit.*, p. 168 concluye: “La pena anticipada o de retención asemeja la cláusula penal a la boleta bancaria de garantía, ya que en esta el acreedor ante el incumplimiento puede simplemente disponer del valor de la boleta reclamando su pago al banco emisor”.

En relación con lo anterior, resulta conveniente analizar la posibilidad de retener las boletas de garantía para el pago de la cláusula penal o de la multa sin acuerdo expreso. Para esto es importante recordar que ambas instituciones persiguen garantizar el incumplimiento de la obligación principal, pero tienen ciertas diferencias entre las que encontramos que para realizar el cobro de la cláusula penal no es necesaria la existencia de perjuicios, pero para el cobro de las boletas de garantía el deudor puede exigir que estos se acrediten.

Entonces, un primer problema resulta de la situación de que el particular constituya una boleta de garantía a efectos de garantizar la reparación de perjuicios y, luego, la Administración podría cobrar esa boleta para el pago de la multa sin existir perjuicios.

Dentro de este tema, un segundo problema que podría surgir es que al cobrar la boleta de garantía o anticipos por concepto de cláusula penal o multa, se podría sostener que el acreedor ha renunciado tácitamente a la elección que le ofrece el artículo 1543 del *Código Civil* que le permite optar por la pena o bien la indemnización de detrimento alguno.

³¹ Dictamen N° 47.611 de 26 de julio de 2013: “La misma disposición se recoge en el N° 6 del artículo 20 del decreto N° 95, de 2006, del Ministerio de Hacienda, Reglamento de la referida ley N° 18.928, con ocasión del contenido mínimo de las bases, agregando en el N° 4 del artículo 21, que se puede contemplar como contenido adicional de las mismas, cualquier otra materia que no contradiga a las disposiciones que señala”.

“debe reconocerse la facultad para pedir judicialmente la devolución de lo retenido si no se han verificado los requisitos de la cláusula penal”³².

Un tercer contraargumento surge con la modificación al reglamento³³ de la ley N° 19.886 realizada el 12 de mayo de 2015, que incorporó el artículo 79 ter³⁴. Esta disposición establece expresamente la posibilidad de que la Administración aplique las multas; obliga a que las multas tengan un límite y sean proporcionales; y, por último, establece que el procedimiento de cobro debe respetar ciertos principios y proceder mediante una resolución fundada respecto de la cual procederán recursos administrativos.

De esta forma, es claro que la Administración intentó solucionar el problema de aplicación de multas, estableciendo una mayor claridad acerca de la procedencia de las multas y el procedimiento administrativo por el que podían ser aplicadas.

En relación con lo anterior, conviene destacar que dicha norma no altera la naturaleza jurídica de la multa ni la posibilidad de revisión de la misma, pero sí aclara varios elementos de importancia, en particular el procedimiento de cobro. Sin embargo, al no tener esta disposición rango legal, es discutible la aplicación que pueda tener y si cabe dentro de las normas de *derecho público* a las que se refiere el artículo 1 de la ley N° 19.886.

En definitiva, es posible concluir que se encuentra asentado que las multas, entendidas como cláusulas penales, siempre pueden ser analizadas por los Tribunales de Justicia y que la revisión judicial es una garantía mínima del debido proceso. No obstante lo anterior, según hemos revisado, el

³² CORRAL TALCIANI (2012), p. 222.

³³ Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda de 24 de septiembre de 2004, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁴ *Op. cit.*, “Artículo 79 ter.- En caso de incumplimiento por parte de los proveedores de una o más obligaciones establecidas en las bases y en el contrato, la Entidad podrá aplicar multas, cobrar la garantía de fiel cumplimiento, terminar anticipadamente el contrato o adoptar otras medidas que se determinen, las que deberán encontrarse previamente establecidas en las bases y en el contrato.

Con todo, las medidas que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento. Si la medida a aplicar consistiere en el cobro de multas, las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo para su aplicación.

Asimismo, las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de las medidas establecidas para los casos de incumplimientos, que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad. En virtud del mencionado procedimiento siempre se deberá conceder traslado al respectivo proveedor, a fin de que éste manifieste sus descargos en relación al eventual incumplimiento. La medida a aplicar deberá formalizarse a través de una resolución fundada, la que deberá pronunciarse sobre los descargos presentados, si existieren, y publicarse oportunamente en el Sistema de Información. En contra de dicha resolución procederán los recursos dispuestos en la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado”.

control judicial puede concretarse de dos formas. La primera es que la Administración demande civilmente el pago de la cláusula penal pactada si es que no tiene posibilidades de realizar alguna retención de forma previa. La segunda manera es que la Administración determine que hubo un incumplimiento o retardo imputable al particular y retenga ciertos dineros para el pago de la multa, por lo que sería el privado quien, en caso de discrepar del cobro, debiese demandar la restitución alegando la improcedencia de la multa.

Respecto a ambas maneras de control judicial de las multas, es relevante constatar que podrá parecer que ambos mecanismos ofrecen la misma posibilidad de revisión judicial y que de cualquier forma se cumpliría el mismo objetivo de determinación de la procedencia del cobro de la multa, pero lo cierto es que existen implicancias prácticas en cada posibilidad.

En cuanto a las consecuencias de seguir de forma previa un proceso administrativo, cabe mencionar que por el solo hecho de existir una parcialidad o interés de la Administración en el asunto es que existen altos riesgos de arbitrariedades por parte de esta en la ejecución injustificada de boletas o multas.

Luego, una de las consecuencias más importantes es que las partes, además de enfrentar un procedimiento administrativo, después deberán seguir un nuevo proceso civil si es que se pretende continuar con la impugnación de la multa. Sin duda, esta situación no solo significa un costo altísimo sino que, también, implica que la incerteza jurídica en relación con la procedencia de las multas se puede extender por años.

Por lo demás, los particulares se exponen a que se les cobre la multa antes del proceso judicial lo que muchas veces afecta la capacidad financiera de las empresas para continuar su giro mientras se demanda judicialmente la revisión de la multa.

Adicionalmente, es relevante mencionar que, independiente de quien demande, ya sea el Fisco o el privado, la carga de la prueba no debiese verse alterada puesto que en conformidad al artículo 1698 del *Código Civil*, el acreedor debe acreditar la existencia de la obligación y el deudor su extinción. Sin embargo, en la práctica se subentiende que es el demandante quien tiene la carga de la prueba.

Aun más, si el privado demanda después de haberse seguido un proceso administrativo, no solo se vería en la posición de intentar socavar la procedencia de la multa sino que, también, el procedimiento administrativo previo por el que se le impuso la penal civil.

Por otro lado, una de las consecuencias que se daría si es que se permitieran cobros de multa solo por medio de procesos civiles es que existiría un aumento en dichas demandas de cobro, generando una sobrecarga a los tribunales y una mayor burocracia. Por ejemplo, en los Contratos Marco que se ejecutan de forma permanente en el tiempo y que pueden presentar varios

incumplimientos o retrasos, la Administración debería interponer demandas ante cada uno de ellos.

En conclusión, si bien resulta claro que en la mayoría de los casos las multas las aplica la Administración por medio de un procedimiento administrativo y que pueden ser revisadas judicialmente, este es un mecanismo que genera serias desventajas a los particulares que contratan con la Administración. Por consiguiente, es esperable que se defina un solo proceso especial para el cobro de las multas que ofrezca las garantías de un debido proceso dentro de las que se destacan la independencia e imparcialidad.

V. MECANISMOS DE MODERACIÓN JUDICIAL PARA ENFRENTAR LA DESPROPORCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Uno de los argumentos de los profesores Lara Arroyo y García Huidobro para sostener que las multas debían ser consideradas sanciones administrativas es que el particular tendría mayores herramientas para alegar o intentar impugnar multas desproporcionadas impuestas por la Administración.

Entonces, sin perjuicio de las herramientas que puede ofrecer un procedimiento administrativo, es importante analizar las posibilidades que ofrece nuestra regulación civil que, bajo la interpretación de la Contraloría, debiese regir sobre la materia. En vista de lo anterior, esta sección se dividirá en dos partes: la primera, tratará los mecanismos de moderación establecidos de forma específica en la ley y su procedencia en el caso de que existan multas por retardo, la segunda, abordará las distintas posibilidades que podrían existir en caso de que los mecanismos de los artículos 1539 y 1544 del *Código Civil* no sean suficientes.

A. La moderación judicial de acuerdo con los artículos 1539 y 1544 del Código Civil

De acuerdo con la legislación vigente, la pena podrá ser modificada de dos maneras.

La primera la establece el artículo 1539:

“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal”.

Como puede advertirse, el legislador permite que la parte que haya cumplido parcialmente con la obligación principal garantizada pueda solicitar la rebaja proporcional de la pena.

El fundamento de esta norma sería la de evitar un enriquecimiento injusto, ya que no se reconocería el cumplimiento parcial de una de las partes si es que se le aplica la misma pena que si incumplía totalmente con su obligación. Una segunda razón tiene relación con que se presume la voluntad de las partes, asumiendo que pensaron en aplicar como pena cierto monto solo en el caso de un incumplimiento total³⁵.

Sobre lo anterior, es relevante reproducir las conclusiones a las que ha llegado el profesor español Feliu Rey en relación con el artículo 1154³⁶ del *Código Civil* español que es muy similar al chileno

“no sería equitativo que se condenase al deudor a la satisfacción íntegra de la pena cuando el incumplimiento llevado a cabo por el mismo sea parcial, debiendo el juez proceder a adecuar la pena al cumplimiento realizado”³⁷.

En efecto, es relevante destacar que, si bien ambas normas parten de la base de que se podría modificar la pena en caso de un cumplimiento parcial, existe una diferencia relevante entre ambas puesto que el *Código* español permite que dicha modificación se realice sobre la base de la equidad, entregando un mayor rango de acción al juez. Esta misma diferencia se presenta en relación al artículo 1231 del *Código Civil* francés que establece:

“Cuando la obligación hubiera sido cumplida en parte, la pena convenida podrá, incluso de oficio, ser disminuida por el juez en proporción del interés que el cumplimiento parcial hubiera proporcionado al acreedor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1152. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita”.

En relación con la mayor libertad que ofrece al juez el sistema español y francés, estimamos que es positivo puesto que le entrega la posibilidad de solucionar problemas en los que el juez normalmente enfrentaría dificultades. Por ejemplo, sin duda sería difícil evaluar el cumplimiento parcial de obligaciones indivisibles o en aquellos casos en que la pena consista en una obligación de hacer.

Adicionalmente, nuestra legislación ofrece una segunda manera en que la pena puede ser modificada por el juez, la que procede en la situación

³⁵ De lo anterior, se deduce que las partes podrían pactar que en caso de un cumplimiento parcial no sería posible la reducción. Deducción que se ve apoyada en el hecho de que la misma ley permite la acumulación de la indemnización de perjuicios y la pena. CORRAL TALCIANI (2012), p. 279. Sin perjuicio de lo anterior, cabe consignar que el *Código Civil* francés rechaza cualquier acuerdo que prohíba la reducción de la pena.

³⁶ Artículo 1154 del *Código Civil* español: “El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.”

³⁷ FELIU REY (2014), p. 205.

descrita por el artículo 1544 del *Código Civil*, que se reproduce a continuación

“Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme.”

De la norma expuesta se advierte que el legislador realizó una distinción importante al establecer que para el caso de las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado el juez podrá moderar la pena si es que pareciera enorme. Por otro lado, en cuanto a las obligaciones en que se deba pagar una cantidad determinada, el legislador estableció un criterio específico que consiste en la posibilidad de pedir la reducción de la pena hasta el doble de la obligación principal.

En suma, es posible concluir que el legislador acotó las posibilidades de modificación de la pena con lo que resguardaría la voluntad de las partes. En este sentido, sin duda que los límites impuestos por ley pueden funcionar en muchos casos, pero hay otras situaciones respecto de las cuales pueden existir discrepancias como, por ejemplo, las multas por retardo en el cumplimiento de la obligación principal. A causa de lo anterior, debemos evaluar si la regulación es suficiente como para evitar ciertas penas desproporcionadas.

Para efectos de desarrollar este análisis resultará interesante exponer un ejemplo concreto de desproporción en las multas que se pueden dar en el contexto de contratos administrativos. En relación con los contratos administrativos de suministro o prestación de servicios está el caso de una señora que solicitó un pronunciamiento a Contraloría porque a su juicio la multa de \$17.091.970 aplicada por Carabineros por un atraso de cinco días en el cumplimiento de la obligación de entrega de “542 tenidas Palm Beach” era desproporcionada en razón de que la obligación principal ascendía a \$34.231.296 lo que se oponía a los principios de buena fe y enriquecimiento sin causa³⁸.

³⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N°47.611 de 26 de julio de 2013. La cláusula por la que se acordó la fórmula de la multa establecía lo siguiente “si el adjudicatario no entrega las especies dentro de los plazos estipulados, estará obligado a pagar una multa por incumplimiento, la que se calculará sobre el precio de las especies atrasadas, incluidos los

Pues bien, el caso presentado sin duda que podría constituir un buen ejemplo de desproporcionalidad puesto que se aplica una multa por día de retraso que resulta del todo desmedida por su magnitud y porque se generó en un plazo breve de tiempo.

Es indesmentible que se genera una injusticia en estos contratos, ya que resulta poco razonable que se pague casi la mitad de la obligación principal por tan solo unos pocos días de retraso en la entrega. Por cierto, cabe agregar que en otro tipo de contratos administrativos se genera la misma problemática respecto de las multas por retraso.

En consecuencia, es pertinente analizar el tratamiento que se le debe dar a la cláusula penal moratoria en el caso de las multas que se aplican por día de retraso por la Administración.

Producto de lo anterior, podría establecerse que la ejecución retrasada produciría un incumplimiento parcial por lo que debería evaluarse proporcionalmente en conformidad a lo establecido por el artículo 1539 del *Código Civil*. Empero, Corral Talciani tiene una opinión contraria:

“Pensamos que si así fuera se estaría desnaturalizando el objetivo propio de la pena moratoria, que es justamente que proceda por causa de retraso por lo que no procede la reducción”³⁹.

Coincidimos con la opinión del profesor Corral Talciani. Si una persona fija una pena moratoria lo que persigue garantizar es que la obligación se cumpla a tiempo. Por tanto, si existe una pena fijada por día de retraso, como el caso en análisis, al retrasarse un día se produce un incumplimiento total y no parcial.

La dificultad en este tema se da en cuanto no existe determinación del valor de la obligación que se busca garantizar con la pena moratoria, ya que las partes no han fijado el valor de cumplir a tiempo con la obligación, sino que solo han establecido una multa, la cual puede ser desproporcionada.

La diferencia entre la pena compensatoria, aquella que garantiza la obligación principal, y la moratoria nace en que ambas podrían ser cobradas conjuntamente. Esta característica resulta patente a partir de la sentencia de la Excma. Corte Suprema que se reproduce:

“Pero existe, aún, otra hipótesis a considerar y, es que la pena pactada lo haya sido en carácter moratorio, puesto que en este caso es admisible

impuestos, aplicando el valor resultante de la siguiente fórmula, por cada día de atraso: $Rmd = 0,6 * (m / Po)$. Aclara que ‘Rmd’ es la razón de la multa diaria, ‘m’ el monto de la oferta económica equivalente al total de la especie atrasada y ‘Po’ el plazo ofertado”. Numeral 4.10 de las bases que rigieron el proceso licitatorio en cuestión -aprobadas por la resolución exenta N° 299, de 2012, de la Dirección Nacional de Logística de Carabineros de Chile.

³⁹ CORRAL TALCIANI (2012), p. 281.

su cobro junto con la prestación principal que se haya incumplido. Al respecto en la dogmática se ha consignado que se justifica que el acreedor no pueda cobrar al mismo tiempo la obligación principal y la pena porque en tal situación se estaría obteniendo un pago doble: el cumplimiento y la sanción, pero ello obviamente se refiere a la pena compensatoria y no a la moratoria, que siempre puede añadirse al cumplimiento porque indemniza el retardo”⁴⁰.

Así, la jurisprudencia también distingue entre la pena compensatoria y la moratoria, de lo que se desprende que para efectos de evaluar los límites de la pena moratoria no podría utilizarse como parámetro la obligación principal.

Entonces, sobre la base de que el retraso sería un incumplimiento total de obligación de cumplir a tiempo, cabe evaluar si procedería una reducción por cláusula penal enorme. Como se mencionó previamente, el artículo 1544 del *Código Civil* distingue dos situaciones para determinar si es que existe enormidad de la cláusula penal: por un lado, si la obligación que se garantiza es del pago de una cantidad determinada, el juez tiene poca libertad para modificarla y, por el otro, si la obligación es el pago de una cantidad indeterminada, el juez puede modificarla prudencialmente.

A causa de lo anterior, cabe determinar si la pena moratoria debe vincularse a la obligación principal o a una especial para el valor que se intenta resguardar con el retardo. Dentro de este análisis, es pertinente reiterar las consideraciones recién expuesta en torno a las diferencias presentes entre la pena compensatoria que se vincula a la obligación principal y la pena moratoria.

Además, podemos establecer que no parece lógico que exista el mismo límite a la cláusula penal que se puede imponer por el retraso en la entrega de un bien y respecto de la que se puede aplicar por el incumplimiento de la obligación principal. Por lo demás, la Excma. Corte Suprema, determinó lo siguiente:

*“Que esta Corte estima que la cláusula penal moratoria convenida tiene valor inapreciable cuando fue convenida, pues, su monto final dependía del tiempo del atraso”*⁴¹.

En consecuencia, las multas administrativas por retardo deberían ser evaluadas de forma prudencial por el juez, según lo establece el ya citado artículo 1544, porque, si bien existe un vínculo entre la obligación principal

⁴⁰ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 27 de mayo de 2015, rol N° 21.897-2014, considerando séptimo.

⁴¹ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 29 de abril de 2013, rol N° 9841-2011, considerando quinto.

y el retardo, el valor que se busca garantizar con la multa es inapreciable o indeterminado. No obstante lo anterior, ello igualmente implicaría que el juez no pueda libremente analizar la rebaja de pena, sino que deberá evaluar la multa bajo el parámetro de la *enormidad*.

De este modo, bajo el ejemplo entregado, el juez tendrá la obligación de evaluar si la multa acordada por día de retraso es o no excesiva en relación con el valor del retardo el que deberá determinarse prudencialmente.

La relevancia de utilizar esta forma de análisis es que el juez tendrá la posibilidad de evaluar con mayor libertad la procedencia de la multa, ya que en el otro caso solo podía determinar si es que se sobrepasaba el límite. Así, se podrían haber dado casos absurdos como que se aplicase una multa por un día de retraso y que con solo esta pena se alcanzase el límite.

Por su parte, es pertinente consignar que la legislación extranjera ha ido modificando sus códigos a efectos de permitir la reducción de la pena por razones de equidad⁴². En cuanto al Derecho español, cabe mencionar que el *Código* español no tiene un artículo que permita la moderación judicial de la pena en caso de un incumplimiento total. De hecho, la situación es similar a la chilena en cuanto –según ya mencionamos– contiene un artículo muy parecido al 1539 del *Código Civil* chileno que permite al juez la moderación de la pena en función de la equidad para los casos de incumplimiento parcial. Sin embargo, la doctrina española se encuentra dividida al existir opiniones que apoyan la procedencia de la intervención del juez en caso de incumplimientos totales y aquellos que la rechazan bajo el argumento de la autonomía de la voluntad⁴³.

⁴² Así, el *Código Civil* francés en su artículo 1152 establece: “Cuando el acuerdo disponga que aquél que falte a su cumplimiento pagará una cierta suma a título de indemnización por daños y perjuicios, no podrá ser autorizada a la otra parte una suma ni mayor, ni menor. No obstante, el juez podrá, incluso de oficio, moderar o aumentar la indemnización que hubiera sido convenida, si fuera manifiestamente excesiva o irrisoria. Toda estipulación en contrario se reputará como no escrita”. En la misma línea, artículo 1384 de *Código Civil* Italiano y el artículo 343 del *Código Civil* alemán (*BGB*), “Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen”.

Además, los Principios del Derecho Europeo de Contratos en su artículo 9:509 establece en su numeral segundo lo siguiente: “Sin embargo y aun cuando se haya dispuesto otra cosa, la cantidad pactada podrá reducirse a una cifra más razonable, si su importe resulta manifiestamente excesivo en proporción al daño provocado por el incumplimiento y a las demás circunstancias”(Principios del Derecho Europeo de Contratos, versión original en inglés: “However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances”).

⁴³ MARÍN GARCÍA (2008), p. 9.

Por último, la importancia de que las multas administrativas sean consideradas cláusulas penales, la podemos encontrar en la sentencia⁴⁴ del Tribunal Constitucional que rechazó el requerimiento de inaplicabilidad de la disposición legal que permitía el cobro de una multa cuarenta veces la suma impagada por los usuarios de autopistas que circulaban sin TAG.

Sin perjuicio de la importancia de este fallo, es interesante criticar su determinación puesto que las conclusiones del mismo fueron que no procedía la inaplicabilidad del precepto legal al no existir problemas de proporcionalidad en la pena civil acordada contractualmente.

Lo cierto es que si dicho examen se hubiese realizado considerando las reglas de la cláusula penal, sin duda el Tribunal Constitucional debería haber concluido que existía una desproporción y, por tanto, una inaplicabilidad de la norma. Lo anterior, dado que la multa jamás podría ser el duplo de la cantidad que se debía pagar.

En suma, la legislación vigente chilena sobre la materia no concede mucha libertad al juez para realizar la moderación judicial de la pena. Sin embargo, existen posibilidades para que se practique alguna moderación a la pena en caso de que exista un incumplimiento parcial o que la obligación que se busca garantizar sea indeterminada. Asimismo, las multas que se apliquen por retardo podrían ser revisadas sobre la base de que la obligación que garantizan es distinta a la principal y, por tanto, es indeterminada.

B. Posibles alternativas para la moderación judicial de la cláusula penal, fuera de aquellas establecidas de forma expresa en el Código Civil

Después de haber revisado ciertos mecanismos legales que possibilitaban la revisión judicial de la cláusula penal, corresponde presentar otras razones que se podrían entregar para intentar reducir la aplicación de la multa.

En primer término, es posible invocar el artículo 1546⁴⁵ del *Código Civil* que trata la buena fe. Al respecto, se ha dicho que

“considerado las múltiples funciones que la buena fe cumple y que el ordenamiento jurídico reconoce, es posible concluir que la misma se encuentra íntimamente asociada a una serie de valores que de una u otra forma establecen el estándar de principio, a saber: *honestad, corrección, rectitud, veracidad, confianza legítima, coherencia y racionalidad*”⁴⁶ (énfasis agregado).

⁴⁴ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional Chile, rol N° 541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006.

⁴⁵ “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*” (énfasis agregado).

⁴⁶ BOETSCH GILLET (2011), p. 51.

En específico, no se considera la buena fe como un estado simplemente psicológico, sino que se trataría de un estado ético, de modo que

“el sujeto que opera en virtud de un error o de una situación de ignorancia *no es merecedor de la protección o de la exoneración de la sanción que se otorga al de buena fe, si su comportamiento no es valorado como el más adecuado conforme a la diligencia socialmente exigible*. Por eso deberá investigarse si el sujeto fue o no culpable de su error o de su ignorancia” (énfasis agregado)⁴⁷.

Visto lo anterior, podría manifestarse que la ley establece de manera expresa que los contratos deben ejecutarse de acuerdo con la buena fe, es decir, en conformidad a ciertos valores. De este modo, el perseguir una multa desproporcionada podría considerarse contrario a los valores propios de la buena fe. Obviamente, debiese acreditarse la desproporcionalidad de la multa y que el deudor también ha actuado conforme a este principio y de forma diligente.

Por el contrario, el acreedor podría sostener que no es contrario a la buena fe cobrar el total de la pena que fue acordada de modo voluntario entre las partes y que está en todo su derecho a exigir el cumplimiento del contrato.

En segundo lugar, un argumento que se encontraba presente en las solicitudes de los privados realizadas ante Contraloría era que una multa desproporcionada significaría un enriquecimiento sin causa o injusto. Frente a este argumento, en el caso que se analizó Carabineros informó:

“el cálculo y el cobro de las multas obedece a un proceso regulado claramente en el pliego de condiciones y en el convenio suscrito al efecto, por lo que en su actuación respetó los principios de estricta sujeción a las bases –consagrado en el artículo 10 de la ley N° 19.886– y de la ley del contrato o *pacta sunt servanda* –contenido en el artículo 1.545 del Código Civil–, razón por la cual concluye que no se ha vulnerado la legalidad que debe primar en todo proceso licitatorio”⁴⁸.

Por consiguiente, estimamos que Carabineros presenta dos argumentos centrales. El primero se refiere al respeto que merecerían los acuerdos entre las partes. Un segundo argumento tiene relación con que los órganos estatales deben cumplir su función y jamás podrían alterar o dejar de perseguir el cobro de una situación, puesto que de lo contrario incumplirían la función que la ley les entrega. De hecho, esta misma dificultad para negociar o ceder en ciertos puntos que pesa sobre el Estado, se lee del DFL N° 1 del

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Dictamen de la Contraloría General de la República N°47.611, de 26 de julio de 2013.

28 de julio 1993 que regula el procedimiento que se debe seguir para transigir por parte del Consejo de Defensa del Estado.

Adicionalmente, estimamos que no se podría establecer que exista una ausencia de causa o que la misma sea ilícita puesto que el contrato y la cláusula penal tendrían una causa del todo legítima que radica en el acuerdo voluntario bilateral de las partes que prestaron su consentimiento y en la ley que regula la institución. Esta opinión es seguida por la jurisprudencia “En este caso, el texto legal expreso que ampara el acrecimiento patrimonial del perjudicado es causa del mismo y, por ende, descarta el injusto”⁴⁹.

Un tercer argumento para sostener una rebaja en la aplicación de la multa o cláusula penal podría ser la alegación de que las cláusulas son abusivas lo cual puede argüirse bajo la doctrina del abuso del derecho. Sobre esta materia escribe el profesor Enrique Barros:

“la doctrina del abuso de derecho asume que el ejercicio de un derecho puede ser ilícito, aunque el titular actúe dentro de los límites externos que establece el respectivo ordenamiento normativo”⁵⁰.

Por su parte, la jurisprudencia⁵¹ y la doctrina⁵² ha concluido que es posible que exista un contrato que sea ley para las partes y que a la vez sea considerado abusivo si existe irracionalidad en el ejercicio de la cláusula o si su aplicación se escapa de su espíritu o finalidad.

Desde este prisma, resulta conveniente recordar que la cláusula penal puede tener tres funciones:

- i) la evaluación anticipada de perjuicios;
- ii) punitiva y
- iii) de garantía.

⁴⁹ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional Chile, rol N°541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006, considerando séptimo.

⁵⁰ BARROS BOURIE (2014), p. 621.

⁵¹ La jurisprudencia también se ha pronunciado en torno al abuso del derecho señalando: “Que cualquiera que sea el ámbito de aplicación de la doctrina sobre el abuso del derecho, dolo, culpa o negligencia, irracionalidad en su ejercicio, falta de interés o necesidad legítimos, intención del agente en perjudicar, o con desvío de los fines de la institución o para los que fue concebida e incluso, aplicado a procedimientos judiciales”. Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción. 22 de enero de 2008. Rol: 982-2007. Cita en línea: CL/JUR/7507/2008; 38227, Legalpublishing.

⁵² Todo derecho tiene límites, como lo observa el jurista francés Louis Joserrand al señalar: “Los derechos, productos sociales, como el mismo derecho objetivo, derivan su origen de la comunidad y de ella reciben su espíritu y finalidad; cada uno se encamina a un fin, del cual no puede el titular desviarlo; están hechos encima de ellos mismo; son, pues, no absolutos, sino relativos; deben ejercerse en el plano de la institución, con arreglo al espíritu, o de lo contrario seguirán una dirección falsa, y el titular que de ellos haya no usado, sino abusado, verá comprometida su responsabilidad con la víctima de esa desviación culpada”. Joserrand en BARROS (2014), p. 623.

Sobre estas funciones se ha referido la Excma. Corte Suprema al establecer:

“Una estipulación como la que se comenta tiene el doble efecto de servir como una evaluación anticipada de los perjuicios –que el acreedor no tendrá necesidad de acreditar– y de una caución personal encaminada a persuadir al deudor en el cumplimiento de lo convenido”⁵³.

En cuanto a la función punitiva, esta se desprende del artículo 1542 del *Código Civil* que autoriza el cobro de la pena independiente de la existencia de perjuicios.

Ahora bien, teniendo presente la función o finalidad de la cláusula penal podría revisarse la procedencia de la aplicación de las multas administrativas a efectos de evaluar si pueden considerarse abusivas. Esto es importante, puesto que la finalidad de la cláusula fija el punto de vista desde el que debería evaluarse si la cláusula es abusiva.

De hecho, el Tribunal Constitucional ha analizado la proporcionalidad de las multas en función de la finalidad que se perseguía con ellas. Una sentencia consideró:

“El alto valor de la multa en relación a la magnitud del incumplimiento –sustento real de la crítica a la norma– no constituye el parámetro de proporcionalidad en el caso, por cuando, como se ha dicho, el mismo se determina con la adecuación del límite a la finalidad perseguida. La multa representa un elemento disuasivo de la generalización de conductas que pongan en riesgo el régimen de concesiones, afectando el interés colectivo que su eficaz desenvolvimiento procura”⁵⁴.

Un aspecto crucial es que no podría desconocerse que la aplicación de multas tiene como objetivo garantizar que el contrato se cumpla y, sobre lo anterior, puede ocurrir que la multa pueda ser considerada una evaluación anticipada de perjuicios o más bien punitiva.

Sobre el propósito de la Administración al contratar se ha escrito:

“(…) lo esencial en el contrato administrativo no es castigar al contratante por sus faltas, sino asegurar la realización del servicio, de la obra, del suministro, o de la satisfacción de la necesidad pública (...). Es decir, la finalidad de las mismas no es el castigo sino, por el contrario, el aseguramiento de que el contratista efectúe las prestaciones a que se ha comprometido por el contrato”⁵⁵.

⁵³ Sentencia de la Excma. Corte Suprema, 27 de mayo de 2015, rol N° 21.897-2014, considerando séptimo.

⁵⁴ Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional Chile, rol N°541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006, considerando décimo sexto.

⁵⁵ FARRANDO (2002), p. 570.

Entonces, podría sostenerse que la pena debiese ser tal que cumplierse el propósito de garantizar la ejecución de la obra y que la Administración no debiese tener un ánimo de castigo.

Acerca de la función punitiva, cabe señalar que existen discusiones en torno a ella en cuanto existen posiciones que indican que podría considerarse ilícita e inconstitucional. En particular

“en el sistema italiano se ha sostenido que el contrato penal no podría ser punitivo porque de serlo vulneraría el principio de igualdad ante la ley, al dejar a una parte a merced del poder de la otra”⁵⁶.

Al respecto podría discutirse profundamente, pero es relevante tener presente que existen diferencias en torno a si se considera a la pena como una evaluación anticipada de los perjuicios o de carácter punitivo⁵⁷.

Siguiendo con el análisis del abuso del derecho, en materia de consumidor la nulidad por cláusulas abusivas es un asunto expresamente tratado por la legislación que regula la materia. El artículo 16 de la ley N° 19.496 establece ciertas causales por las que una cláusula podría considerarse abusiva y, por tanto, declararse nula. Por lo demás, los tribunales han declarado la nulidad de cláusulas penales en conformidad a la mentada ley. Así, la Corte de Apelaciones de Copiapó sentenció

“Que en cuanto a las alegaciones del recurrente, cabe decir que efectivamente no se encuentran vedadas en la legislación las estipulaciones de obligaciones con cláusula penal; por el contrario, ellas se encuentran expresamente permitidas y reglamentadas en el Título XI del Libro IV del Código Civil; sin embargo, en los contratos de adhesión –cuyo es el caso de autos–, han de estar legitimadas por la equidad y de la manera que prescribe el artículo 16 letra g) de la ley N° 19.496, legitimación que aquí está lejos de ser alcanzada”⁵⁸.

En esta línea, los contratos administrativos en análisis caen dentro de lo que es conocido como contratos de adhesión, dado que en la mayoría de los casos la redacción de todo el contrato y la documentación administrativa

⁵⁶ CORRAL TALCIANI (2012), p. 32.

⁵⁷ Sobre la discusión de la constitucionalidad de la pena civil punitiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es consistente en señalar que no existe prohibición alguna a efectos de acordar penas punitivas en asuntos civiles y precisa que la cláusula penal puede ser una de ellas, “Que, si bien el concepto de pena se asocia al delito criminal, también en materias civiles hay penas. Como esta M. lo estableció a propósito de la cuestión de inaplicabilidad del artículo 42 de la ley de Concesiones, sobre cobro de la tarifa TAG (requerimiento rol N° 541-2006), nuestra legislación incorpora excepcionalmente las penas privadas, entre otros casos, en el pago de lo no debido, las indignidades para suceder, la cláusula penal y la lesión enorme.”

⁵⁸ Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Copiapo, rol N°13-2012, de fecha 4 de mayo de 2012, considerando sexto.

relativa a este corresponde a la Administración, sin que los privados puedan tener injerencia alguna en ella. Por tanto, es incuestionable que existe un contrato de adhesión cuando a los particulares no les cabe más opción que aceptar lisa y llanamente las cláusulas tipo impuestas por el Estado.

En consecuencia, nos encontramos frente a lo que la doctrina denomina *contratos de adhesión*⁵⁹, ante lo cual cabe preguntarnos lo siguiente: si es posible solicitar la nulidad o reducción de la cláusula penal en materia de consumidor, ¿por qué no podría aplicarse el mismo criterio en contratos administrativos si es que en ambas situaciones existe un desequilibrio entre las partes? Pues bien, a pesar de que no existiría ley expresa como sucede en materia de consumidor, esto debería ser posible en consideración que podrían existir los presupuestos fundamentales como lo son la existencia de un contrato de adhesión y de desequilibrio entre las partes.

En suma, tal como lo concluye el profesor Corral Talciani,

“La pena es reducible cuando es de tal magnitud que sobrepasa no solo el fin resarcitorio, sino también la finalidad garantizadora y la punitiva, transformándose en un instrumento de opresión o explotación del acreedor en contra del deudor, no justificada ya por el interés del cumplimiento”⁶⁰.

Una cuarta posibilidad para solicitar la moderación judicial es aquella que tiene relación con la teoría de la imprevisión, la que ha sido definida como

“una causal de modificación y aún de extinción de las obligaciones que se produce cuando, pendiente la prestación, su valor es notablemente alterado por un hecho normalmente imprevisible al tiempo de contraerse”⁶¹.

Se ha dicho que, si bien existe un vacío legal al respecto

“corresponderá aplicar el artículo 24 del Código Civil, conforme al llamamiento que dicha norma hace al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”⁶².

⁵⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA (2010) p. 118. “El contrato de adhesión o por adhesión es aquél cuyas cláusulas son dictadas o redactadas por una sola de las partes. La otra se limita a aceptarlas en bloque, adhiriendo a ellas. (...) Normalmente, la doctrina reconoce la existencia de un contrato de adhesión allí donde la oferta presenta los siguientes signos distintivos: 1. Generalidad. La oferta está destinada a toda una colectividad de contratantes eventuales. 2. Permanencia. La oferta permanece en vigor mientras no es modificada por su autor. 3. Minuciosidad. La oferta es detallada; todos los aspectos de la convención, aún lo más hipotéticos, son reglamentados por ella”.

⁶⁰ CORRAL TALCIANI (2012), p. 288.

⁶¹ PEÑAILLO AREVALO (2000), pp. 209-237.

⁶² ALCALDE RODRÍGUEZ (2007), p. 363.

Sin perjuicio de que la cuestión propuesta es una materia en la que no pretendemos extendernos, cabe consignar que es una teoría que podría ser aplicable a las multas impuestas por la Administración en atención a que la teoría dice directa relación con la equidad natural, principio que debiese operar frente a eventuales multas desproporcionadas. Sobre todo si, según se revisó previamente, muchas veces el propósito de la multa no se condice con su magnitud.

Asimismo, según lo ya expuesto, la equidad es un principio que se encuentra reconocido en las legislaciones extranjeras que regulan la materia, específicamente en los códigos civiles italiano, francés y alemán. A su vez, la misma sentencia que recién citábamos en relación con la nulidad de cláusulas penales a raíz de la ley de consumidor, se funda en la circunstancia de que “(...) los contratos de adhesión –cuyo es el caso de autos, han de estar legitimadas por la equidad (...)”⁶³. Por tanto, es indudable que podrían existir razones de equidad para reducir las multas en atención a que el contrato no contemplaba ciertos acontecimientos o situaciones por ser imprevisibles.

En quinto lugar, cabe recordar que el artículo 79 ter del reglamento⁶⁴ de la ley N° 19.886 estableció en su inciso segundo lo siguiente:

“Con todo, las medidas que se establezcan deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento. Si la medida a aplicar consistiere en el cobro de multas, las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo para su aplicación”.

Por consiguiente, esta norma, si bien no es de rango legal, podría entenderse que es parte del contrato, por aplicación del artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

Por último, después de ponderar los argumentos recién entregados con la normativa existente es preciso indicar que la regulación no entrega una libertad absoluta a las partes para definir multas excesivamente gravosas, sino que contempla, precisamente en el artículo 1544 del *Código Civil*, límites a la imposición de multas. Sin embargo, muchas veces los problemas no se dan en torno a los límites, sino en torno a cómo estos se alcanzan, según explicamos a modo de ejemplo a propósito de las multas por retardo, en que el límite se podría alcanzar en pocos días.

⁶³ Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Copiado, rol N°13-2012, de fecha 4 de mayo de 2012, considerando sexto.

⁶⁴ Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda de 24 de septiembre de 2004, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

VI. PROBLEMAS DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CLÁUSULA PENAL

Sin perjuicio de la justificación que pueda tener la moderación judicial de la pena, es relevante constatar que la revisión judicial podría tener implicancias que finalmente desvirtúen la finalidad misma de la institución.

Sin duda, la primera consecuencia tiene relación con la intangibilidad de los contratos

“que se expresa en la idea de que los pactos son obligatorios y deben cumplirse sin admitir modificación unilateral o judicial de sus términos (*‘pacta sunt servanda’*)”⁶⁵.

Sin embargo, por las razones de equidad ya mencionadas podría sostenerse la posibilidad de una revisión judicial a fin de evitar injusticias.

Una segunda implicancia gira en torno a la evaluación del daño, en cuanto

“nos parece que una posible moderación basada en el daño efectivamente sufrido desvirtúa la función de esta figura jurídica, ya que la posibilidad de moderar la pena solo tiene sentido cuando se trata de los que la Propuesta denomina indemnización convencional”⁶⁶.

En otras palabras, al moderar la pena inevitablemente se utilizará como argumento el perjuicio efectivamente sufrido con lo que se pierde uno de los principales propósitos de la institución.

En tercer lugar, cualquier moderación o rebaja de la pena significaría también la disminución de la función garantizadora que se pretendía evitar con la cláusula. Sin perjuicio de la validez del argumento, justamente lo que se pretende con la morigeración de la pena es evitar desproporciones en relación a la función coercitiva que ejerce la misma pena a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación.

Luego, un cuarto efecto consistiría en que, indudablemente, existirían mayores trabas para el cobro de la pena, en particular en lo que concierne a la facilidad e inmediatez con la que podría ser cobrada, afectando relevantemente la seguridad jurídica que ofrecía. Así, no obstante ser consciente de la procedencia de la pena, el deudor podría igualmente verse tentado a solicitarle al juez la moderación de la pena.

Por lo demás, una mayor revisión judicial derivaría en una regulación contractual más extensa en relación con la determinación de las penas, dejando menos espacio para la interpretación de los jueces. Sin embargo, también

⁶⁵ ALCALDE RODRÍGUEZ (2007), p. 364.

⁶⁶ FELIU REY (2014), pp. 208-209.

podría traer una mayor claridad y limitaciones en las multas que establece la Administración, en cuanto los tribunales podrían alinear ciertos criterios.

Por último, una mejor regulación entregaría mayor certeza jurídica a los privados que contratan con la Administración, debiendo considerarse además que el hecho de que exista una posibilidad clara de revisión judicial sin duda significa una motivación a contratar. De este modo, podría decirse que aumentaría la cantidad de privados dispuestos a contratar con el Estado y, por tanto, incentivaría una mayor competencia, con todo lo que ello implica.

VII. CONCLUSIONES

La Administración del Estado es un poderoso actor en sus relaciones con los particulares, no solo por el volumen de los contratos que mantiene sino también, por los grandes montos involucrados. En este contexto, a veces la regulación que rige estas relaciones resulta ser poco clara, generándose vacíos como la calificación jurídica de las multas que ejerce la Administración en función de incumplimientos o retardos de contratos administrativos regidos por la ley N° 19.886.

La Contraloría General de la República ha tomado una postura al establecer que dichas multas tendrían la naturaleza jurídica de cláusula penal y que les corresponde a los tribunales de justicia conocer las controversias que giren en torno a ellas.

En lo que se refiere al procedimiento, se presenta un problema en la situación de revisión de la aplicación de las multas, ya que en la mayoría de los casos es la Administración la que inicia un procedimiento administrativo, que debe ser revisado con posterioridad por un tribunal ordinario ante la demanda de los particulares que requieren de una revisión. Este escenario no es el ideal, ya que la existencia de múltiples procesos significa más bien una burocracia innecesaria que, finalmente, retrasa la decisión definitiva del asunto, generando incertidumbres en los particulares.

Por consiguiente, lo correcto sería que la Administración tuviese la libertad de aplicar las multas en caso de retardo o incumplimiento en conformidad al contrato y que existiese una posibilidad clara de que las multas sean revisadas en un proceso expedito por los Tribunales de Contratación Pública. En otras palabras, es clave que estos tribunales puedan conocer de controversias que se susciten con posterioridad a la adjudicación de los contratos en un proceso breve.

En cuanto a la moderación judicial de la pena, podemos concluir que si bien el citado artículo 79 ter del reglamento de la ley N° 19.886 intentó dar solución a este problema, forzando la proporcionalidad y límites de las multas, las normas civiles seguirían siendo aplicables.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario que la Administración establezca multas realistas y proporcionales, sin el ánimo de castigar sino solo de garantizar la correcta ejecución de la obligación principal. La vía idónea para lograr este objetivo es que existan posibilidades claras de revisión judicial que sirvan de límite para que la Administración no abuse del desequilibrio existente entre las partes.

En esta discusión de proporcionalidad, quizá la multa que más dificultades genera es la pena por retraso, dado que es la que se aplica habitualmente, pero no siempre de manera proporcional. Sin embargo, se ha explicado que el Tribunal debiese examinar la enormidad o proporcionalidad de la multa prudencialmente, pues no existe un valor determinado para realizar la comparación, de modo que no debiera restringir su análisis al solo cumplimiento de los límites, sino extenderlo especialmente a la forma y tiempos en que se cumpliría con dichos límites.

En suma, este es un tema de especial relevancia por la incidencia que tienen en quienes contratan con el Estado, al verse muchas veces desprotegidos frente a procedimientos administrativos que se resuelven sobre la base de normas poco claras que no entregan seguridad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique (2007): “Corte de Apelaciones de Santiago y Teoría de la Imprevisión. Un Hito Fundamental en la Evolución de Nuestra Justicia Ordinaria”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34 N°: pp. 361-372.
- BARROS B., Enrique (2014): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (2ª ed., Santiago, Editorial Abeledo Perrot).
- BOETSCH, GILLET, Cristián (2011): *La Buena Fe Contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CARMONA FISTONIC, Jorge (2009): “La Cláusula Penal, reducción de la misma en el cumplimiento parcial de la obligación principal. La Cláusula Penal Enorme. Interpretación Doctrinaria y Jurisprudencial del Artículo 1544 del Código Civil Chileno”, en *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, Vol. 9: pp. 161-171.
- CEA EGAÑA, José Luis (2012): *Derecho Constitucional Chileno* (2ª ed., Santiago, Ediciones UC) Tomo II.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, (2008): *Posibilidad de cobrar la cláusula penal en un procedimiento ejecutivo*, en Pizarro Wilson, Carlos (coord.): *Estudios de Derecho Civil IV*. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, Santiago, Editorial Legal Publishing, pp. 451-470.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, (2012): *La “cláusula penal”, función y eficacia del contrato penal en el derecho chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- FARRANDO, Ismael (2002): "Contratos Administrativo (Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot), en José Luis LARA ARROYO y Luis Eugenio GARCÍA-HUIDOBRO (2014): "Naturaleza Jurídica y Proporcionalidad de las Multas en la Contratación Administrativa bajo la ley N° 19.886", en Jaime ARANCIBIA MATTAR y Pablo ALARCÓN JARA (coord.): *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).
- FELIU REY, Jorge (2014): "Cláusula penal: naturaleza de la pena, moderación judicial y su posible configuración como título ejecutivo", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII Facsímil I.
- LARA ARROYO, José Luis y Luis Eugenio GARCÍA-HUIDOBRO (2014): "Naturaleza Jurídica y Proporcionalidad de las Multas en la Contratación Administrativa bajo la ley N° 19.886", en Jaime ARANCIBIA MATTAR y Pablo ALARCÓN JARA (coord.): *Sanciones Administrativas, X Jornadas de Derecho Administrativo, Asociación de Derecho Administrativo* (Santiago de Chile, Editorial Thomson Reuters).
- LLEDÓ VELOSO, Camilo y José PARDO DONOSO (2015): "Sistema de sanciones por incumplimiento en los contratos públicos de suministro y prestación de servicios: la incerteza como un problema de política pública", en *Revista de Derecho Público*, N° 82, 1° semestre.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge (2010): *Los Contratos, parte general* (5ª ed., Santiago, Editorial Abeledo Perrot LegalPublishing).
- MARÍN GARCÍA, Ignacio (2008): "Cláusula penal: la facultad moderadora del juez", en *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona.
- MORAGA KLENNER, Claudio (2010): *Tratado de Derecho Administrativo, La Actividad Formal de la Administración del Estado* (Santiago, Editorial Abeledo Perrot) Tomo VII.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel (2000): "La Revisión Judicial de obligaciones y contratos en la reforma del Código Civil", en *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, año LXVIII N° 208.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1996): *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I

Jurisprudencia

- Dictamen de Contraloría General de la República N° 47.611 de fecha 26 de julio de 2013.
- Dictamen De Contraloría General de la República N° 57.579, de fecha 4 de septiembre de 2016.
- Dictamen De Contraloría General de la República N° 34.523, de fecha 4 de junio de 2013.
- Dictamen de la Contraloría General de la República N° 47.611 de fecha 26 de julio de 2013.
- Dictamen de Contraloría General de la República N° 30.003 de fecha 29 abril de 2014.

Dictamen de Contraloría General de la República N° 47.611 de fecha 26 de julio de 2013.

Dictamen de Contraloría General de la República N° 65.791 de fecha 27 de agosto de 2014.

Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Concepción, rol N° 982-2007, de fecha 22 de enero de 2008.

Sentencia de la Ilma. Corte de Apelaciones de Copiado, rol N° 13-2012, de fecha 4 de mayo de 2012.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 21.897-2014, de fecha 27 de mayo de 2015.

Sentencia de la Excma. Corte Suprema, rol N° 9841-2011, de fecha 29 de abril de 2013.

Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 541-2006, de fecha 26 de diciembre de 2006.

Sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional de Chile, rol N° 481-2006, de fecha 4 de julio de 2006.

Sentencia del Tribunal Supremo Español, rol N° 9-2-1998, de fecha 30 de octubre de 1995.

Normas

Constitución Política de la República de Chile.

Código Civil chileno.

Código Orgánico de Tribunales chileno.

Código Civil español.

Código Civil italiano.

Código Civil alemán (BGB).

Código Civil francés.

Principios del Derecho Europeo de Contratos.

Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda de 24 de septiembre de 2004, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

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

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

Ley N° 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, marzo de 1997.

Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, octubre de 1861.