



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

## LA VÍA ADMINISTRATIVA DE REVISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS DE LA LEY N° 19.886

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS  
Y SOCIALES

MARIANO GUAJARDO PADILLA

PROFESOR GUÍA:

ALEX PESSÓ STOULMAN

SANTIAGO DE CHILE  
JUNIO DE 2015

Santiago, 25 de Junio de 2015

Señor  
Francisco Ferrada Culaciati  
Director  
Departamento de Derecho Procesal  
Facultad de Derecho  
Universidad de Chile  
PRESENTE

REF: Informa sobre memoria de grado

De mi consideración,

Junto con saludarlo, por intermedio de la presente vengo en informar la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, titulada «La Vía Administrativa de Revisión de los Procedimientos Licitatorios de la Ley N° 19.886», cuyo autor es el egresado de nuestra Facultad, señor Mariano Guajardo Padilla.

La memoria tiene por objeto analizar las vías de revisión y de impugnación existentes en los procedimientos preparatorios de contratos administrativos regidos por la Ley N° 19.886 que establece las Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, poniéndose énfasis en los mecanismos de naturaleza administrativa. Esta tesis plantea que pese a la desconfianza existente respecto a la vía administrativa, fundada en el hecho que es la propia Administración la llamada a resolver estas reclamaciones, aparece como una alternativa útil y expedita, que podría llegar a ser en ciertos casos incluso más conveniente que incoar un proceso de carácter jurisdiccional ante el Tribunal de Contratación Pública.

La investigación está estructurada en un resumen, una introducción, seis capítulos, las conclusiones, la bibliografía y un anexo que contiene documentación recibida a través de solicitudes de información pública en virtud de la Ley N°20.285, sobre reclamaciones administrativas en materia de contratación pública.

En el primer capítulo denominado “El Control de los Actos Administrativos” el autor analiza el control como principio fundamental del derecho público, sus fundamentos constitucionales, las características que debe revestir un sistema de control, pasando luego a la revisión en particular del control jurisdiccional y el control administrativo. El autor señala en la parte final de este capítulo, anticipando la orientación de su tesis basal que :” Como observan estos autores, las ventajas que ofrece la judicialización de la impugnación de los actos administrativos no son tales, pues la posibilidad de llevar a la Administración ante la justicia si bien es garantía de amparo de los administrados, la supuesta imparcialidad de los tribunales no garantiza la completa satisfacción de sus intereses, la que además puede verse mermada por la demora que implica un juicio y sus costos”

En el segundo capítulo, el autor analiza los contratos de suministro y prestación de servicios de la ley 19.886 y sus procedimientos licitatorios. El autor sistematiza adecuadamente el ámbito de aplicación de la Ley 19.886, los contratos administrativos, los procedimientos de contratación administrativa contemplados en la ley 19.886 y en especial las etapas del proceso licitatorio respecto de las cuáles posteriormente analizará pormenorizadamente los mecanismos de impugnación que permitirían impugnar en cada una de ellas

En el tercer capítulo, relativo a la revisión vía administrativa de los procedimientos licitatorios de contratos de suministro y prestación de servicios, cabe destacar el análisis efectuado por el autor respecto al mecanismo denominado reclamo en [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) que se interpone en el sitio web administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública. El autor establece las diferencias que existen entre dicho mecanismo y el recurso de reposición administrativa. Además se analiza con acierto la naturaleza jurídica del reclamo ante [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) y se aclara si este mecanismo puede ser considerado un recurso administrativo no reglado, concluyendo que: “En consecuencia, no es posible referirse a los reclamos del portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) como recursos administrativos no reglados y menos como recursos reglados...” En el mismo tema, se analizan algunos casos en que el Tribunal de Contratación Pública ha establecido que estos reclamos constituyen recursos administrativos y por tanto una vez presentados suspenden el plazo para interponer la acción de impugnación correspondiente frente al mismo Tribunal de Contratación Pública.

El Capítulo cuarto versa sobre la revisión administrativa de los actos en particular que conforman los procedimientos licitatorios de acuerdo a la Ley N° 19.886

y el capítulo quinto establece derechamente las eventuales ventajas que presenta la vía administrativa. Cabe destacar el análisis crítico efectuado por el autor sobre algunos fallos del Tribunal de Contratación Pública, que en lo concreto lo llevan a señalar que: “La intervención del Tribunal, como se aprecia, es prácticamente inútil, sin perjuicio de la posibilidad que la acción y la correspondiente notificación de la demanda de impugnación puedan haber influido en la decisión de las entidades licitantes a invalidar sus actos, sin embargo esta es una mera suposición”. El autor considera además que “...el Tribunal de Contratación Pública se ve fuertemente limitado, por un lado por el estrecho ámbito competencial que le ha otorgado el legislador, ya sea por su competencia temporal dentro del procedimiento, la que se da entre la aprobación de las bases y la adjudicación; sea por su falta de competencias para adjudicar o re adjudicar un contrato de suministro o prestación de servicios; o por su negativa a declarar la nulidad de los actos ilegales o arbitrarios de la entidad licitante por razones prácticas o jurídicas”

A modo de conclusión, el autor establece acertadamente y en base al profundo análisis desarrollado en su trabajo las ventajas y desventajas del uso de la vía administrativa como mecanismo de impugnación, acotando que : “ La vía administrativa en procedimientos licitatorios de compras públicas, reconociendo sus puntos críticos, los que no son exclusivos de esta materia, sino que de la generalidad de los procedimientos administrativos, aparece como una alternativa digna de considerar por los proveedores que estimen que han sido afectados de manera ilegal o arbitraria por las entidades licitantes. La rápida resolución que ofrece en contraste con la impugnación jurisdiccional, es un aspecto no menor, además de las competencias de la entidad licitante y la economicidad de estos medios de revisión.

A la luz del objetivo propuesto por el memorista, este profesor guía puede darlo por cumplido cabalmente. El análisis bibliográfico, el adecuado manejo de las fuentes disponibles, la pertinencia en la descripción y análisis de las materias contenidas, así como la organización exhaustiva de las materias y sus fuentes, dan como resultado un trabajo de investigación relevante que representará, sin duda, un aporte a nuestro medio jurídico nacional y regional.

En mérito de lo expuesto, este profesor guía se permite calificar la memoria que nos ocupa con nota 7 (siete).

Prof. Alex Pessó Stoulman  
Coordinador Académico  
Centro de Estudios en Derecho Informático

Santiago, 24 de agosto de 2015.

**REF.:** INFORMA MEMORIA DE DON MARIANO  
GUAJARDO PADILLA.

Señor  
Davor Harasic Yaksic  
Decano  
Facultad de Derecho  
PRESENTE

Señor Decano:

Me es grato presentar el siguiente informe de la Memoria titulada "LA VÍA ADMINISTRATIVA DE REVISIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS DE LA LEY N° 19.886", de que es autor don Mariano Guajardo Padilla. Se trata de un extenso trabajo que se presenta estructuralmente dividido en seis capítulos principales.

En el Capítulo I se concentra el autor en el análisis del control de los actos administrativos. De manera ordenada se revisa el control como un principio del Derecho de Derecho Público, los caracteres que reviste un sistema de control y los tipos de controles reconocidos por el ordenamiento jurídico: político, jurisdiccional y administrativo (externo e interno).

El Capítulo II se intitula "Los contratos de suministro y prestaciones de servicios de la Ley N° 19.886 y sus procedimientos licitatorios". Como su nombre lo indica, aquí el trabajo se concentra en el análisis del marco legal de la contratación pública, no sin antes incluir el estudio de los contratos administrativos en general. Más adelante, se profundiza sobre los elementos y caracteres principales de los contratos de suministro y de servicios, así como en los procedimientos de contratación establecidos en aquella ley: licitación pública, licitación privada, trato directo y el convenio marco.

El Capítulo III está dedicado a la revisión administrativa de los procedimientos licitatorios en el marco de los contratos de suministro y de prestación de servicios. El autor explica con detalle y profundidad, primero, la invalidación, luego, los recursos administrativos consagrados en la Ley N° 19.880, después, la revocación. En una segunda parte de este capítulo, el autor refiere acerca de un especial mecanismo de reclamación de corte administrativo, no consagrado en la ley, pero que ha sido aceptado por la Dirección de Compras y Contratación Pública en el sistema de información ("reclamo de mercadopúblico.cl"). El Sr. Guajardo estima que estos reclamos de mercadopúblico.cl son "una herramienta de impugnación creada por la Dirección de Compras y

Contratación Pública en pos de la eficiencia y probidad de los procedimientos licitatorios, facilitando a los proveedores la posibilidad de comunicarse con las entidades licitantes, solicitar la revisión de sus actos y que realicen las eventuales enmiendas.”

Efectivamente, es a partir de este momento en que el trabajo entrega al lector información relevante y novedosa en lo que respecta a un medio de revisión que es frecuentemente utilizado en las compras públicas, si bien no se encuentra legalmente reconocido; y que tiene aplicación tanto respecto de procedimientos licitatorios en curso como, incluso, frente a contratos ya celebrados en que el privado se ve afectado por el no pago o pago extemporáneo del ente público contratante. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, el autor opina que no se trata verdaderamente de una reclamación administrativa, antes bien debe ser visto como un mecanismo de consulta o como una denuncia administrativa. Es un mecanismo de consulta, señala el Sr. Guajardo, de momento que “la Dirección de Compras y Contratación Pública [lo] creó para facilitar a los proveedores una vía de comunicación con las entidades licitantes para que puedan resolver de forma expedita sus dudas sobre eventuales irregularidades en el procedimiento licitatorio y en el cumplimiento del contrato por parte de la entidad licitante, facilitando a las mismas el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 RLBCASyPS. Es, además, una denuncia administrativa, según señala el autor porque “en los términos del artículo 29 LBPA, ... al invalidar o revocar un acto del procedimiento de contratación a petición de uno de estos reclamos, la entidad licitante estará actuando de oficio, puesto que en virtud de estas presentaciones, no tiene habilitación legal para darle tramitación de recursos administrativos.”

El siguiente capítulo se intitula “La Revisión vía administrativa de los Actos en particular que conforman los procedimientos licitatorios de la Ley N° 19.886”. Aquí el trabajo pasa revista a la forma como es posible impugnar actos administrativos que conforman el procedimiento de licitación, comenzando con el mismo acto que aprueba las bases de licitación y el que convoca a la licitación, para terminar con la impugnación del acto de adjudicación. En cada caso, se menciona, entre otros, las causales que justifican una revisión y las disposiciones que se ven infringidas así como el titular legitimado para reclamar.

El Capítulo V está dedicado a explicar las ventajas que presenta una vía administrativa de impugnación en comparación con la vía jurisdiccional, representada por las acciones impugnativas que son posibles de ejercer ante el Tribunal de Contratación Pública. El análisis comparativo se hace confrontando ambos medios de impugnación frente a las competencias que pueden ejercer la entidad licitante y el tribunal, a los plazos que se involucran en ambos mecanismos, a la compatibilidad de las dos vías de impugnación en el procedimiento licitatorio y a los costos económicos que se involucran en ambas formas de impugnación. Como conclusión, el autor afirma que “la vía administrativa no sólo se presenta como una alternativa de impugnación, sino que aparece como una opción que por razones prácticas podría incluso ser aún más ventajosa que la vía jurisdiccional.”

El último capítulo lleva por título “Aspectos críticos de la vía administrativa de revisión de las licitaciones públicas de contratos de suministro y prestación de servicios”. A diferencia del capítulo anterior, en que el autor analiza las ventajas de una impugnación administrativa, este otro capítulo se concentra en explicar y destacar los aspectos críticos de la vía administrativa de

revisión, con base en la no fatalidad de los plazos de la administración, el silencio administrativo, la dificultad de impugnar el acto de adjudicación una vez celebrado el contrato, además de una escasa consideración dogmática y práctica de la impugnación de corte administrativa.

En las conclusiones finales, el autor hace un bien fundado resumen de los hallazgos y exposiciones que constan en el texto. Destaca en esta parte el autor, a modo de colofón, que "la vía administrativa de revisión de los actos administrativos de los procedimientos licitatorios de adquisición de bienes y servicios, se presenta como una alternativa útil para los particulares, quienes podrán recurrir por sí mismos ante la entidad licitante respectiva para que vuelva sobre sus propios actos y haga un examen sobre su legalidad y mérito, con la obligación de resolver dichas reclamaciones en virtud de los principios de inexcusabilidad y conclusividad de la LBPA."

En lo que respecta a la bibliografía, tanto nacional como extranjera, ella es abundante, adecuada y ha sido correctamente escogida.

Para finalizar, este informante estima que el gran valor de la memoria del Sr. Mariano Guajardo Padilla está en atreverse a exponer y relevar una realidad administrativa que no se encuentra formalmente reconocida en las leyes y reglamentos. Aun con este obstáculo, la profundidad del estudio ha permitido al autor describir y juzgar con lucidez el fenómeno que ha sido objeto principal de su trabajo.

Por las razones expuestas, el profesor que suscribe sugiere aprobar el trabajo informado y, para los efectos reglamentarios, calificarlo con nota siete (7).

Saluda atentamente a Ud.,



Claudio Moraga Klenner  
Profesor Informante

CC.  
- Archivo

*A mi Madre, Marion y Paulina, gracias por todo.*

*A mi Padre, cumpliendo lo que en vida fuera su anhelo.*



## **AGRADECIMIENTOS**

Quisiera agradecer y hacer mención a las personas que me brindaron su colaboración y apoyo en la elaboración del presente trabajo.

En primer lugar me gustaría agradecer al señor Alex Pessó Stoulman por la confianza otorgada al patrocinar esta memoria de prueba y en el curso de Contratación Administrativa y Nuevas Tecnologías, por su buen consejo, opinión y buena disposición a lo largo de los últimos meses.

Al profesor Claudio Moraga Klenner, por todo el conocimiento entregado en el aula, en especial en la cátedra de Contratación Administrativa, por su apertura al debate, consejo y buena voluntad al aceptar la tarea de revisar este trabajo para efectos de su evaluación.

Al profesor Julio Pallavicini Magnere, quien me introdujo en el estudio del Derecho Administrativo y en concreto en este trabajo, por su orientación en lo que refiere a directivas de Contraloría General de la República en cuanto a la no fatalidad de los plazos para la Administración y sus efectos.

Al señor Andrés Ruiz Ibáñez, Jefe de la División Jurídica Convenio Marco de la Dirección de Compras y Contratación Pública y doña Dora Ruiz Madrigal, Jefa del Observatorio de la misma institución, por la valiosa información proporcionada en lo que refiere a los reclamos de [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) y su tramitación.

Al señor Felipe Olmos Carrasco, Secretario del Tribunal de Contratación Pública, por facilitarme algunas resoluciones de dicha magistratura en relación con reclamos interpuestos vía [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl).

Por último me gustaría agradecer de manera especial a Paulina, mi novia, por su amor, apoyo y permanente compañía. No puedo dejar de mencionar las incontables ocasiones que con atención y paciencia escuchó mis ideas y dio su parecer sobre algunos pasajes de este trabajo.

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

art. (s)	: artículo(s).
CPR	: Constitución Política de la República.
DFL	: Decreto con Fuerza de Ley.
DL	: Decreto Ley.
DS	: Decreto Supremo.
Excma.	: Excelentísima.
Itma.	: Ilustrísima.
LBCASyPS	: Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Ley N° 19.886).
LBPA	: Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (Ley 19.880).
LOCBGAE	: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
LOCCGR	: Ley Orgánica Constitucional Contraloría General de la República.
LOGGAR	: Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional.
LOCM	: Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.
RLBCASyPS	: Reglamento Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Decreto Supremo N° 250 de 2004 Ministerio de Hacienda).
TCP	: Tribunal de Contratación Pública.

## INDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	1
INDICE .....	2
RESUMEN.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPITULO I: EL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	13
1. El Control de los Actos Administrativos .....	13
1.1. El Control como Principio del Derecho Público.....	14
1.2. La Filosofía del Control Administrativo .....	17
1.3. Características que debe revestir un sistema de Control.....	19
1.3.1. Amparo de los Administrados .....	19
1.3.2. Defensa de los principios de Probidad Administrativa .....	19
1.3.3. Defensa del Patrimonio Público .....	20
1.3.4. La imparcialidad y apoliticismo del Control .....	20
1.3.5. No entorpecimiento de la función administrativa .....	21
1.3.6. Independencia y Autonomía Funcional y Económica de los Organismos de Control.....	22
2. Tipología del Control de los Actos Administrativos .....	23
2.1. El Control Político.....	24
2.2. El Control Jurisdiccional .....	26
2.2.1. La justicia contencioso administrativa .....	26
2.2.2. La Acción de Protección .....	30
2.2.3. La Nulidad de Derecho Público.....	34

2.3. El Control Administrativo .....	43
2.3.1. El control administrativo externo .....	43
2.3.2. El Control Administrativo Interno.....	48
<b>CAPÍTULO II. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LA LEY 19.886 Y SUS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS .....</b>	<b>56</b>
1. La Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.....	56
2. El ámbito de aplicación de la Ley 19.886: Los contratos administrativos de suministro y Prestación de Servicios .....	60
2.1. La actividad formal de la Administración .....	60
2.2. El contrato como institución .....	61
2.3. Contratos privados de la Administración y Contratos administrativos de la Administración .....	63
2.4. El contrato administrativo.....	64
2.5. Un nuevo concepto de contrato administrativo.....	66
2.6. ¿Contrato Administrativo o Contrato de la Administración? .....	69
2.7. Elementos que distinguen un contrato administrativo .....	71
3. El Contrato de Suministro y Prestación de Servicios .....	73
4. Los requisitos de la aplicación de la LBCASyPS .....	77
4.1. Contratos celebrados por la Administración del Estado. ....	77
4.2. Contratos celebrados a título oneroso .....	77
4.3. Contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.....	78
4.4. Que los bienes y servicios contratados sean destinados a la satisfacción de necesidades públicas .....	79
5. Los Procedimientos de Contratación Administrativa contemplados en la Ley 19.886.....	80
5.1. La Licitación Pública .....	81
5.2. La licitación privada .....	97
5.3. El trato directo.....	98
5.4. La licitación pública ¿Es la regla general en materia de contratación pública? .....	99
5.5. El Convenio Marco ¿La nueva regla general como procedimiento de contratación? .....	106

6. Etapas del Procedimiento Licitatorio .....	108
6.1. Realización de estudios previos a la licitación.....	109
6.2. Elaboración de las bases de la licitación.....	109
6.3. El control de juridicidad de las Bases de la Licitación .....	112
6.4. Llamado a licitación y Publicación de Bases.....	113
6.5. Consultas y Aclaraciones sobre las Bases.....	114
6.6. Recepción y Apertura de Ofertas.....	115
6.7. Evaluación de las Ofertas .....	117
6.8. La Adjudicación .....	121
<b>CAPÍTULO III. LA REVISIÓN VÍA ADMINISTRATIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS DE CONTRATOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS</b> .....	124
1. Vías de revisión de los actos administrativos del procedimiento licitatorio.....	124
2. La aplicación supletoria de la LBPA en los procedimientos licitatorios de la LBCASyPS.....	126
3. Los mecanismos de revisión de actos administrativos establecidos por el legislador.....	129
3.1. La Invalidación .....	130
3.1.1. Conceptualización de la Invalidación .....	130
3.1.2. La Invalidación en el derecho positivo.....	133
3.1.3. La invalidación en la LBPA .....	133
3.1.4. Reglas para el ejercicio de la invalidación.....	135
3.1.5. Límites que reconoce la invalidación .....	139
3.1.6. Aspectos críticos de los límites de la invalidación establecidos por la jurisprudencia de Contraloría General de la República .....	143
3.2. Los Recursos Administrativos .....	155
3.2.1. Elementos de los recursos administrativos .....	157
3.2.2. Los recursos administrativos en el derecho chileno .....	160
3.2.3. El recurso de reposición.....	161
3.2.4. El recurso jerárquico .....	163
3.2.5.El recurso extraordinario de revisión .....	164
3.2.6. El recurso de aclaración.....	165

3.3. La revocación.....	166
3.3.1. Concepto de Revocación .....	166
3.3.2. La revocación en el derecho positivo. ....	167
3.3.3. Órgano que ejerce la potestad revocatoria .....	167
3.3.4. Los límites de la revocación.....	168
4. Los mecanismos de revisión de actos administrativos no establecidos por el legislador en materia de compras públicas.....	169
4.1. Los Reclamos del sitio mercadopublico.cl.....	169
4.2. Forma de su interposición.....	170
4.3. Oportunidad para su interposición .....	172
4.4. Causales para reclamar.....	172
4.5. Autoridad Competente para conocer los reclamos.....	173
4.6. Plazo para su interposición y resolución .....	174
4.7. Los reclamos están sujetos a un proceso de mediación .....	174
4.8. ¿El reclamo de mercadopublico.cl es un recurso de reposición?.....	175
4.9. Naturaleza Jurídica del reclamo de mercapublico.cl .....	178
4.10. Los reclamos ¿son acaso recursos administrativos no reglados?.....	182
4.11. Jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública sobre la naturaleza jurídica de los reclamos .....	184
4.12. Dos explicaciones razonables para definir la naturaleza jurídica del reclamo de mercadopublico.cl: Un mecanismo de consulta y una denuncia administrativa .....	191
4.12.1. Un mecanismo de consulta en base al artículo 41 RLBCASyPS.....	191
4.12.2. Una denuncia administrativa .....	194
4.13. Conclusiones en cuanto al reclamo de mercadopublico.cl .....	196
<b>CAPÍTULO IV. LA REVISIÓN VÍA ADMINISTRATIVA DE LOS ACTOS EN PARTICULAR QUE CONFORMAN LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS DE LA LEY N° 19.886.....</b>	<b>199</b>
1. La revisión de la licitación pública: ¿Revisión del contrato, de procedimientos o de actos? .....	199
2. La impugnabilidad de los actos que conforman el procedimiento administrativo licitatorio.....	201

3. La revisión vía administrativa en particular de los actos que conforman el procedimiento licitatorio.....	203
3.1. La revisión del acto que aprueba las bases y el llamado a licitación .....	203
3.2. Revisión de las Circulares Aclaratorias .....	209
3.3. Revisión de los actos de recepción y apertura de ofertas .....	216
3.4. Revisión de las Actas de Evaluación .....	222
3.5. Revisión del acto que declara desierta la licitación .....	224
3.6. Revisión del Acto de Adjudicación .....	226
<b>CAPÍTULO V. EVENTUALES VENTAJAS QUE PRESENTA LA VÍA ADMINISTRATIVA DE IMPUGNACIÓN FRENTE A LA VÍA JURISDICCIONAL: UNA MIRADA COMPARATIVA.....</b>	<b>230</b>
1. Las Competencias de la Entidad Licitante ante las Competencias del Tribunal de Contratación Pública .....	232
1.2. El Tribunal de Contratación Pública.....	233
1.2.1. La Competencia del Tribunal de Contratación .....	234
1.2.2. El Alcance concreto de las Competencias del Tribunal y el efecto de sus sentencias .....	239
1.2.3 Competencia en cuanto a la adjudicación.....	240
1.2.4. Competencias en cuanto a la suspensión del procedimiento .....	241
1.2.5. Las medidas para restablecer el imperio del derecho y la declaración de nulidad por parte del Tribunal de Contratación Pública .....	246
1.3. Jurisprudencia del Tribunal en relación al mero reconocimiento de ilegalidad de los actos de la Entidad Licitante .....	249
1.3.1. La entidad licitante, con posterioridad a la demanda de impugnación ha dejado sin efecto de oficio el acto viciado. ....	251
1.3.2. El contrato administrativo ya ha sido celebrado y el adjudicatario ya ha cumplido parte de las obligaciones convenidas. ....	254
1.3.3. El contrato ya ha sido completamente ejecutado, siendo satisfecha la necesidad pública .....	259
1.4. La consecuencia práctica de un reconocimiento a perseguir indemnización de perjuicios en virtud de la sentencia del Tribunal de Contratación Pública que declara la ilegalidad y arbitrariedad de los actos impugnados .....	268
1.5. Conclusiones en cuanto a las Competencias del Tribunal de Contratación Pública en contraste con la vía administrativa de revisión .....	272

2. Los Plazos de resolución de la vía administrativa contra los plazos de resolución de la vía jurisdiccional .....	273
2.1. Plazos legales de Interposición.....	274
2.2. Plazos Legales para resolver las reclamaciones.....	275
2.4. Conclusiones en cuanto a los tiempos de resolución. ....	282
3. La compatibilidad de la vía administrativa y la vía jurisdiccional de impugnación en el procedimiento licitatorio.....	283
4. El Factor Económico: La no necesidad de acudir con un abogado y la baja cuantía de las licitaciones .....	285
<b>CAPÍTULO VI: ASPECTOS CRÍTICOS DE LA VÍA ADMINISTRATIVA DE REVISIÓN DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS DE CONTRATOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIONES DE SERVICIOS .....</b>	<b>289</b>
1. ¿Los plazos para la Administración son fatales? .....	290
2. El silencio Administrativo Negativo y la Suspensión del plazo para interponer acción jurisdiccional .....	294
3. La dificultad de revisar vía administrativa el procedimiento licitatorio si el contrato con el adjudicatario ha sido celebrado .....	301
4. La escasa aplicación de la vía administrativa de impugnación en materia de compras públicas: Un breve estudio acerca de la realidad administrativa .....	303
4.1. Estudio sobre la operatividad práctica de la vía administrativa de revisión .....	303
4.2. Análisis de la información recibida .....	305
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>313</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>321</b>
<b>ANEXO. Análisis de la documentación recibida a través de la solicitud de información pública en virtud de la Ley N° 20.285, sobre reclamaciones administrativas en materia de compras públicas.....</b>	<b>336</b>



## RESUMEN

Mediante este trabajo se pretende analizar las vías de revisión y de impugnación existentes en los procedimientos preparatorios de contratos administrativos regidos por la Ley N° 19.886 que establece las Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, poniéndose énfasis en los mecanismos de naturaleza administrativa que la Administración y los particulares disponen en nuestro ordenamiento jurídico.

Esta tesis plantea que pese a la desconfianza que se ha tenido respecto a la vía administrativa de revisión, al ser la propia Administración la llamada a resolver las reclamaciones que recaen sobre sus resoluciones en procedimientos de compras públicas, aparece como una alternativa útil, expedita y que en ocasiones podría presentarse incluso más conveniente que incoar un proceso de carácter jurisdiccional ante el Tribunal de Contratación Pública.

En efecto, se plantean eventuales ventajas de la vía administrativa de revisión sobre la vía jurisdiccional en base a cuatro ejes, éstas son las competencias que detentan las entidades licitantes en comparación con las del Tribunal de Contratación Pública, los plazos de resolución ante la Administración, la complementariedad de ambas vías de impugnación y por último aspectos de carácter económico.

No obstante las posibles ventajas que puede presentar esta vía administrativa de impugnación, también presenta algunos puntos críticos que deberían ser considerados al momento de inclinarse por el ejercicio de recursos administrativos o acciones jurisdiccionales.

## INTRODUCCIÓN

A través del sistema de contratación pública de bienes y servicios administrado por la Dirección de Compras, se transan más de 9 mil millones de dólares anuales, cifra cercana al 3% del PIB<sup>1</sup>, muestra de la creciente importancia de la contratación pública en Chile. Teniendo este dato en cuenta y la consiguiente elevada cantidad de transacciones realizadas por este medio, es de vital importancia el control ejercido sobre estas operaciones, que si bien consisten en contratos regulados en buena parte por disposiciones de derecho común, no se debe perder de vista que uno de sus contratantes es el Estado.

Para conseguir esta relación jurídica de Administración – contratante particular, se debe recorrer un procedimiento administrativo de contratación, en el cual la Entidad Licitante deberá escoger su contraparte entre quienes se interesen en celebrar el contrato de suministro o prestación de servicios según corresponda. El procedimiento licitatorio está constituido por múltiples actuaciones administrativas, en las que el interés y derechos de particulares que participen en ellos estará constantemente en juego. De modo que no sólo el interés fiscal estará envuelto, sino también el particular, de forma que el control en la contratación pública adquiere una relevancia pocas veces vista en la actividad administrativa.

La Ley N° 19.886 de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, incorporó para resolver los conflictos suscitados en el procedimiento licitatorio un Tribunal de Contratación Pública, el cual como su nombre indica, es un órgano de carácter jurisdiccional independiente del Poder Judicial, pero sujeto a la superintendencia de la Exma. Corte Suprema. Sin embargo en materia de compras públicas la vía de impugnación ante el Tribunal

---

<sup>1</sup> Cifra correspondiente a la cuenta pública de la Dirección de Compras y Contratación Pública 2012. [en línea] <[http://www.chilecompra.cl/phocadownload/Direccion\\_ChileCompra/Cuenta-Publica-2012/Cuenta%20Publica%202012-12-20-VB.pdf](http://www.chilecompra.cl/phocadownload/Direccion_ChileCompra/Cuenta-Publica-2012/Cuenta%20Publica%202012-12-20-VB.pdf)>[consulta: 15 octubre 2013]

de Contratación no es la única alternativa que poseen los particulares, coexistiendo a esta vía jurisdiccional una vía administrativa a cargo de la propia Administración Activa regulada en la Ley N° 19.880 de Bases sobre Procedimientos Administrativos.

Esta vía administrativa de revisión, representa una arista importante del control sobre la Administración, sin embargo una parte no menor de los autores le han tratado con desconfianza, postulando una visión escéptica sobre su efectividad, acusando la falta de imparcialidad de los órganos de la Administración al tratarse de juzgar actos de su propia autoría. De esta forma la revisión administrativa por la propia Administración activa se ha visto postergada y en los hechos no ha sido estudiada en profundidad salvo excepcionales casos.

Es así, como el control contencioso administrativo, en materia de compras públicas en manos del Tribunal de Contratación ha tenido preeminencia sobre el control de naturaleza administrativa, olvidándose a momentos de que el proveedor para hacer valer sus derechos ante la Administración no debe necesariamente judicializar sus asuntos, sino que también dispone de una vía administrativa de impugnación que no sólo podría ser efectiva, sino que también podría ofrecerle ciertas ventajas.

Este trabajo tiene como finalidad analizar la vía administrativa de revisión de los actos que componen los procedimientos licitatorios regidos por la Ley N° 19.886, como una alternativa a la vía jurisdiccional de impugnación, por medio del análisis y tratamiento jurídico de los instrumentos de revisión contemplados en la Ley N° 19.880 y utilizados en la práctica, así como también las eventuales ventajas que esta opción podría presentar y también examinar sus aspectos críticos.

Por lo tanto, este trabajo se estructurará de la siguiente forma:

Capítulo I: Aborda el control al que están sujetos los actos administrativos, estudiando el fundamento de este control y la tipología más reconocida acerca del control, el que distingue entre controles políticos, jurisdiccionales y administrativos.

Capítulo II: Introduce la Ley N° 19.886 (desde ahora LBCASyPS) que consagra el marco jurídico de los procedimientos de compras públicas, en el que se analiza la institución del contrato administrativo y en particular el contrato de suministro y de prestación de servicios, estudiando los procedimientos de contratación contemplados por la ley, y de manera especial la licitación pública y sus etapas como procedimiento de contratación de aplicación general.

Capítulo III: Estudia los mecanismos de revisión de los actos administrativos de aplicación general establecidos en la Ley N° 19.880 (desde ahora LBPA) y su aplicación supletoria en los procedimientos de compra, como vía impugnativa administrativa de carácter formal, además de tratar un mecanismo especial y exclusivo de los procedimientos de contratación regidos por la LBCASyPS, como vía administrativa de revisión de carácter informal.

Capítulo IV: Analiza la revisión de los actos administrativos que componen los procedimientos licitatorios de compras públicas en particular, abordando sus causales de impugnación de manera casuística, las particularidades que reviste cada una de ellas y las formas en que pueden ser dejadas sin efecto.

Capítulo V: Contiene un estudio de las eventuales ventajas que puede presentar la vía administrativa de impugnación ante el contencioso administrativo que conoce el Tribunal de Contratación Pública, en base a un análisis que compara el ejercicio y tramitación de ambas vías, en base a las competencias que detenta la entidad licitante y el Tribunal, los plazos de resolución de uno y otra y aspectos económicos.

Capítulo VI: Está dedicado a eventuales problemas a los que está sujeta la vía administrativa de revisión, como la no fatalidad de los plazos de resolución, la operatividad del silencio administrativo, el momento hasta el cual puede incoarse esta vía con reales opciones de éxito y la escasa aplicación práctica en base a un pequeño estudio de la realidad administrativa por medio de requerimientos de información pública.

## CAPITULO I: EL CONTROL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

### 1. El Control de los Actos Administrativos

Como diría un reconocido autor francés la existencia del derecho administrativo es casi milagrosa<sup>2</sup>, pues la aparición de una disciplina que mantiene a raya el poder del Estado resulta del todo novedosa si tenemos en cuenta que históricamente el soberano no ha tenido más límite que su capricho. El Derecho Administrativo entonces, como el Derecho de la Administración es de naturaleza eminentemente contralora, regulando su actuación, sus instituciones, sus canales de acción, sus efectos. Sin embargo, una regulación por más exhaustiva que pueda ser, no constituye garantía alguna de sumisión ante el derecho, siendo necesaria en ayuda a la regulación establecida, mecanismos de control que aseguren a la ciudadanía que el ejercicio del poder en manos de la Administración estará en completa sujeción a la juridicidad.

Así, el control de la acción estatal es *conditio sine qua non* de un Estado de Derecho democrático, pues como señala Enrique SILVA CIMMA "el control es de la esencia y está íntimamente vinculado a un régimen democrático de gobierno. Bien podríamos expresar que no hay democracia sin control, ni control sin democracia<sup>3</sup>". De forma que el control de la Administración hace posible la existencia de un Estado de Derecho en que cada persona pueda confiar en que sus derechos no serán atropellados por la Administración y que la acción de ésta tendrá como límite la Constitución, la ley y los legítimos derechos de los administrados.

---

<sup>2</sup> WEIL, Prosper. "Derecho Administrativo". Civitas, Madrid, 1986, p. 35.

<sup>3</sup> SILVA CIMMA, Enrique. "Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público" (1). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994, p. 15.

El control se ha conceptualizado como "un acto o procedimiento por medio del cual una persona o un órgano debidamente autorizado para ello, examina o fiscaliza un acto realizado por otra persona u órgano, a fin de verificar si en la preparación y cumplimiento de dicho acto se han observado todos los requisitos que exige la ley"<sup>4</sup>. El control en definitiva es una revisión de la actividad estatal, en la cual se verifica si se ha configurado el supuesto fáctico para el ejercicio del poder y si éste se ha dado con apego a las normas procedimentales y competenciales para la emisión o ejecución de un determinado acto, de modo que se constate que la actividad controlada se encuentre en completa sujeción al derecho.

### **1.1. El Control como Principio del Derecho Público**

Sin duda alguna el principio fundamental del derecho público es el llamado principio de legalidad o juridicidad, según el cual, toda actuación de la autoridad administrativa deberá someterse al derecho, idea que se grafica en la "regla de oro" que plantea que la Administración sólo puede hacer lo que le esté expresamente permitido. A este principio le siguen el de supremacía constitucional, el de separación de poderes y algunos autores también colocan entre ellos el reconocimiento de derechos subjetivos de los administrados. Pero la eficacia de todos estos principios no está asegurada sin la existencia de otro que no es menos fundamental para el Derecho Público, y este es precisamente el principio de control. Sólo en el ejercicio de este control, es posible asegurar al administrado, que la actuación de la Administración se realiza con observancia de las normas constitucionales y legales, y sólo así podrá asegurarse que los derechos subjetivos de los particulares no sean infringidos a consecuencia de su acción o inacción.

El control ha sido establecido como principio en nuestro ordenamiento jurídico en el Capítulo I de la Carta Fundamental, que el constituyente ha

---

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ, Emilio. "Diccionario de Derecho Público". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 101.

denominado como "Bases de la Institucionalidad" que, junto con establecer los principios de legalidad y de supremacía constitucional en los artículos 6° y 7°, concreta el principio de control.

El artículo 6° establece que "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República (inciso 1°). Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo(inciso 2°). La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley (inciso 3°)". Por su parte el artículo 7° prescribe que "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (inciso 1°). Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes (inciso 2°). Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale (inciso 3°)".

Como se observa de las disposiciones citadas, ambos incisos terceros, están destinados a controlar y dar eficacia a lo mandado por el constituyente, de forma que la no sujeción de la Administración a la Constitución y la ley tendrá como consecuencia el control mediante la persecución de las responsabilidades y sanciones correspondientes, así como la nulidad de los actos estatales viciados<sup>5</sup>.

Por su parte el artículo 8° de la Carta Fundamental, a partir de la reforma constitucional de 2005, ha introducido los principios de probidad y

---

<sup>5</sup> En este trabajo sólo abordaremos los vicios de los actos administrativos, sin embargo de la letra del artículo 7° de la Constitución Política es posible observar que no sólo corresponderá este reproche en contra de los actos de la Administración, sino que también contra los actos de los demás poderes del Estado. Véase BOCKSANG HOLA, Gabriel. "El ámbito de aplicación de la nulidad de derecho público", en "La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno" IX Jornadas de Derecho Administrativo, coordinado por FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp.49 y ss..



transparencia en el actuar de la Administración, obligando a los titulares del ejercicio de la función pública cumplir con ella en estricta observancia de este principio.

El diseño de control administrativo establecido en las Bases de la Institucionalidad es completo, en tanto contempla a) un control persecutor de responsabilidades y sanciones; b) un control objetivo de juridicidad mediante la anulabilidad de los actos viciados; c) establece un imperativo de probidad en la función administrativa, exigiendo a todo funcionario público un estándar de moralidad acorde con su investidura y la naturaleza de las funciones que su cargo exige cumplir; y d) consagra el deber a toda la Administración de hacer públicos sus actos.

Este reconocimiento constitucional del principio de control no se acaba con las disposiciones del Capítulo I de la Constitución Política, pues a lo largo de todo el texto constitucional hay presencia de disposiciones tendientes a controlar la acción de la Administración, pudiendo nombrar el artículo 19 y su catálogo de derechos fundamentales, en compañía de las acciones de protección y amparo destinadas a resguardar algunos de ellos; el establecimiento de autonomías constitucionales como el Tribunal Constitucional, magistratura ajena al poder judicial dotada de facultades para examinar preventiva o represivamente normas de jerarquía legal y la Contraloría General de la República, organismo de control propiamente administrativo, que mediante un examen preventivo de legalidad como lo es el trámite de toma de razón o represivamente a través de controles de reemplazo y sus dictámenes, verifica la conformidad de los actos de la Administración al derecho.

El control como principio, también ha tenido concreción legal en cuanto a la Administración respecta. En efecto la LOCBGAE, en su artículo 2°, replica las ideas establecidas en los artículos 6 y 7° de la Constitución, y el artículo 3° del mismo cuerpo legal, consagra expresamente la sujeción de la

Administración al principio de control, cuyas manifestaciones se encuentran además en el control jerárquico ejercido por los jefes de servicios en sus artículos 11 y 12 y la impugnabilidad de los actos administrativos a través de los recursos administrativos establecidos en el artículo 10°, que posteriormente han sido regulados en el Capítulo IV de la LBPA.

## **1.2. La Filosofía del Control Administrativo**

Como planteó en su obra el profesor Enrique SILVA CIMMA, el control es consustancial a un Estado de Derecho democrático, de modo que es imposible concebir un sistema de control en un régimen dictatorial, en el que las actuaciones estatales no están provistas de control alguno, dado que su legitimidad no la obtiene de la institucionalidad y el derecho, sino que de la fuerza. Al contrario en un Estado de Derecho democrático, la legitimidad del gobierno, la Administración y toda la institucionalidad tendrá como único sustento el derecho, así un régimen democrático debe necesariamente informarse por una "filosofía de control"<sup>6</sup>.

De acuerdo a SILVA CIMMA, esta filosofía de control tiene por finalidad "procurar el respeto del orden jurídico por parte de los órgano llamados a ejercer el poder público, y que trasladado este concepto al campo puramente administrativo, el control persigue, en una palabra, la subordinación de esa Administración, en todos los aspectos, al sistema de derecho"<sup>7</sup>. Sin embargo, este sometimiento de la Administración al derecho no debe ser puramente formal, pues existen ocasiones en que los actos de un servicio público pueden ajustarse perfectamente a la legalidad pero su ejecución resulta inconveniente para el interés general y, en consecuencia, tal acto representa un verdadero despilfarro de recursos públicos, sea por falta de planificación o por falta de estudios previos. Por tanto, la filosofía de control no sólo atiende a la juridicidad del acto, sino que también a su mérito o conveniencia, correspondiendo que se

---

<sup>6</sup> SILVA CIMMA. op. cit. (1), pp. 15-16.

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 17.

ejerzan los mecanismos de control que dispone el ordenamiento jurídico cada vez que los actos de la Administración adolezcan de vicios de legalidad o para cuestionar su mérito sea en el cuidado de caudales públicos u otro tipo de inconveniencia para el interés general.

No obstante esta filosofía de control, los actos administrativos gozan de ciertas prerrogativas, siendo la más importante de ellas, su presunción de legalidad. Si los actos administrativos una vez dictados se presumen legítimos, ¿por qué controlarlos?

El recién citado autor explica que la Administración, pese a ser una persona jurídica, está integrada por una multiplicidad de órganos, que con su actuar en el ejercicio de sus funciones, lo harán bajo la personificación de la Administración, comprometiendo tanto sus intereses como su patrimonio, por lo que naturalmente si causan algún perjuicio como consecuencia de la dictación de un acto administrativo, quien incurrirá en responsabilidad será la propia Administración. En este escenario, pueden ser múltiples las razones por las que el agente administrativo pudo cometer un error. Para este autor no es razonable presumir la corrupción de los funcionarios públicos, siendo la falta de honestidad del funcionario la excepción. Sin embargo es común que por impericia o negligencia, se tenga como resultado un acto administrativo viciado, inconveniente o atentatorio a derechos de terceros<sup>8</sup>.

En suma, el riesgo de errar, al que son susceptibles los agentes de la Administración, constituye el imperativo de controlar los actos administrativos, pues por más que gocen de una presunción de legalidad, ésta es simplemente "legal" y no de derecho, por tanto un acto de la administración siempre podrá ser revisado de oficio o a petición de un administrado con la finalidad de corregirlos, prevenirlos cuando sea posible y sancionarlos.

---

<sup>8</sup> Ibíd., p. 18.

### **1.3. Características que debe revestir un sistema de Control**

#### **1.3.1. Amparo de los Administrados**

Los particulares que han sido perjudicados por la actividad estatal deben contar con mecanismos de control jurídico que den amparo a sus derechos, es decir acciones que puedan ejercer contra actuaciones de la Administración que resulten vulneratorias de sus intereses. Estos son los llamados recursos administrativos y las acciones contencioso administrativas, las primeras conocidas por la misma Administración y las segundas, presentadas al Tribunal competente.

Estas acciones permitirán a los administrados exigir a la Administración que corrija su conducta, revocando, anulando o modificando los actos cuya emisión incurra en ilegalidad o arbitrariedad.

#### **1.3.2. Defensa de los principios de Probidad Administrativa**

La propia Constitución en su artículo 8° inciso 1° establece la probidad como un principio que debe informar la actividad administrativa. La probidad en el sector público no es otra cosa que el cumplimiento de la función pública con honradez, rectitud y moralidad por parte de los agentes del Estado, lo que en definitiva supone que las actuaciones de la Administración tengan como único móvil y finalidad dar satisfacción a necesidades públicas y de ningún modo instrumentalizar el aparato estatal con fines particulares.

La probidad en la Administración ha sido un tema de preocupación para el legislador, el que a través de la Ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, introdujo en la LOCBGAE, un título III dedicado exclusivamente a este principio, estableciendo en su artículo 52° que “Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa”, dando un concepto sobre lo que entiende de la misma el cual “consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un

desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”. Además esta ley contempla una serie de normas acerca de inhabilidades e incompatibilidades para ejercer cargos públicos, la obligación de declarar intereses y patrimonio para ciertos funcionarios y un párrafo sobre responsabilidades y sanciones por faltas a este principio.

### **1.3.3. Defensa del Patrimonio Público**

Dado que la titularidad del presupuesto público, corresponde a la colectividad entera, el uso de dineros públicos debe ser controlado, así, los órganos de la Administración deberán invertir los fondos que se le asignen con apego a las funciones que la Constitución y la ley le encomiendan, pudiendo revisarse la legalidad del gasto y también podrá cuestionarse su conveniencia, puesto que por más que la inversión pública se ajuste a derecho es posible que dicho gasto no se justifique en los hechos o no sea la forma más adecuada de dar cumplimiento a una necesidad pública, existiendo otras formas que propendan al ahorro y eficiencia de los recursos públicos.

### **1.3.4. La imparcialidad y apoliticismo del Control**

El ejercicio del control, como la revisión de los actos de la Administración y su sujeción al ordenamiento jurídico en cuanto forma y fondo, debe realizarse con imparcialidad y con lejanía de cualquier tendencia partidista. El control no se concibe como una herramienta para la persecución de fines políticos, sino que exclusivamente como una forma de mantener el actuar de la Administración en sometimiento al derecho.

Los agentes de los órganos fiscalizadores deben ejecutar sus labores con completa apoliticidad, lo que obviamente no implica, como dice SILVA CIMMA, que estén privados de mantener sus propias convicciones ideológicas, sino que simplemente no materialicen sus pensamientos en su acción<sup>9</sup>. Por nuestra parte creemos que este deber de imparcialidad en el control, no es más

---

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 25.

que una manifestación del principio de probidad que debe informar la actividad de la Administración, pues el funcionario público siempre debe actuar con rectitud sea en su cometido ordinario o como agente fiscalizador. Anteponer convicciones ideológicas o intereses político partidistas a los deberes que la Constitución y la ley le imponen es abiertamente una infracción a la probidad administrativa.

### **1.3.5. No entorpecimiento de la función administrativa**

Por otro lado, los organismos de control deberán tener cuidado de no exceder sus atribuciones. Bien es sabido que todo reparto de competencias en el Derecho Público tiene su fuente en la Constitución o la ley, por lo que quienes ejercen control deberán limitarse a esa tarea y no a administrar. SILVA CIMMA explica que este avasallamiento de funciones puede darse por exceso de celo del controlador o por comodidad o impericia del agente controlado, el que hace abandono de sus funciones en sometimiento del control<sup>10</sup>. Situación que reviste especial gravedad en consideración de lo previsto por el artículo 7° de la Constitución Política.

Por otro lado, el cumplimiento de la función administrativa debe ser dinámica y sin dilaciones. En atención que su objeto no es otro que la satisfacción de necesidades públicas, la Administración no puede cesar en su cumplimiento. Es por eso que el control no debe entorpecer estos objetivos. El control debe existir pero no por eso debe paralizar el funcionamiento de la Administración, pues “un control tardío, postrero o paralizante puede ser fuente a veces de muchos más perjuicios que un acto hipotéticamente ilegítimo o inconveniente”<sup>11</sup>.

A este respecto creemos que en la práctica es difícil conciliar un debido control con un no entorpecimiento de la función administrativa. Como veremos, en una revisión recursiva en que se impugne un acto de un procedimiento

---

<sup>10</sup> *Ibíd.*, p. 27.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 29.

licitatorio, es difícil que el control sea ejercido satisfactoriamente para el reclamante si el procedimiento no se suspende, ya sea por vía jurisdiccional o administrativa.

### **1.3.6. Independencia y Autonomía Funcional y Económica de los Organismos de Control**

Para SILVA CIMMA, uno de los pilares fundamentales del control es la independencia funcional y económica con la que debe contar el órgano u organismo controlador. Pues su dependencia conduciría a un debilitamiento de la fiscalización por el hecho de que se estaría controlando al mismo órgano de quien depende, siendo esencial su independencia del Poder Ejecutivo, ya que de él dependen la mayor parte de las organizaciones administrativas<sup>12</sup>. Así para este autor, no siendo necesaria la existencia de un "Poder Contralor", es necesario que los organismos de control gocen de autonomía constitucional<sup>13</sup> como sucede con la Contraloría General de la República.

La autonomía de la que pueden gozar estos organismos puede ser funcional y/o económica. La primera se refiere a la facultad que tiene un organismo de dirigirse y gobernarse a sí mismo, sin intervención de otros órganos, no debiendo otro sometimiento que no sea a la Constitución y a la ley. En cuanto a la autonomía económica, se refiere a que gocen de recursos propios, sea por simple asignación presupuestaria, o por creación de una personalidad jurídica de derecho público que goza de patrimonio propio,

---

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 37.

<sup>13</sup> El profesor Francisco ZUÑIGA entiende las autonomías constitucionales como organismos que "designan un haz de "propios poderes" de naturaleza constitucional, cuya fuente directa es la Constitución. Tal haz de "propios poderes" importa un conjunto de atribuciones, que entraña entre otros poderes jurídicos una potestad de autonormación, y el ejercicio de tales "poderes" con independencia en los cuadros orgánicos del Estado. Tal potestad de autonormación es de naturaleza reglamentaria (que se expresan en actos estatales típicos, a saber: autos acordados, resoluciones, acuerdos, instrucciones generales), de jerarquía infralegal e infra reglamentaria, pero situada en un campo de competencia normativa propio". Asimismo estima que autonomía funcional se diferencia de la técnica de la personificación. ZUÑIGA URBINA, Francisco. "Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (A Propósito de las Aporías de la Democracia Constitucional)" en *Revista Ius et Praxis*, Años 13, N°2, 2007, pp. 229 - 230.

aspecto de relevancia al considerar la responsabilidad civil en la que pueda incurrir el organismo.

De todos modos, para este autor basta que el organismo de control goce de autonomía funcional.

Por nuestra parte, estamos de acuerdo que la autonomía funcional de la entidad que ejerza control es una garantía de imparcialidad para el administrado y necesaria para un organismo que revise la generalidad de la actividad de la Administración, como en el caso de Contraloría General de la República. Sin embargo, discutimos que sea una característica esencial del control. Pues, en efecto, no sólo existe un control administrativo externo, sino que también uno interno, en que el órgano llamado a controlar es el mismo que expide el acto administrativo controlado, sea conociendo reclamos de particulares o revisando de oficio, haciendo uso de las potestades revocatoria o invalidatoria, según sea el caso.

## **2. Tipología del Control de los Actos Administrativos**

La doctrina ha creado múltiples clasificaciones acerca de los tipos de control que se realizan sobre los actos administrativos. Tiene mayor aceptación la que pone atención en la separación de poderes y el control que cada uno de ellos ejerce. Es decir, existe un control político, uno administrativo y otro jurisdiccional<sup>14</sup>, sin perjuicio de sub clasificaciones que pueden darse dentro de cada una de estas categorías.

Para efectos de este trabajo seguiremos esta clasificación, en la que expondremos brevemente el control político sobre los actos administrativos, y con mayor densidad los controles jurisdiccionales y, en especial, los ejercidos por la propia Administración.

---

<sup>14</sup> Clasificación de controles administrativos sostenida en la dogmática comparada por Karl LOEWENSTEIN y JELLYNEK y en el medio nacional por SILVA CIMMA, FERRADA BÓRQUEZ, entre otros.



## 2.1. El Control Político

Siguiendo a Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, el control político "es un mecanismo de fiscalización de la actividad de dirección política del Estado y se ejerce por las autoridades políticas superiores del Gobierno y la Administración del Estado, por los órganos representativos de la voluntad popular (parlamentos o asambleas nacionales y regionales) y de un modo más informal, como un control no institucional, por los ciudadanos a través del voto y la crítica política"<sup>15</sup>.

El control político así es preeminentemente institucionalizado, es decir, está en manos de órganos del Estado de representación democrática. Sin embargo el control que son llamados a ejercer, a diferencia del control jurisdiccional y administrativo, no tiene un fundamento de cautela jurídica, sino más bien como su nombre indica, es esencialmente una cautela política y en consecuencia las responsabilidades en las que incurrirán los agentes fiscalizados serán así de la misma naturaleza, sin perjuicio de que cuyos comportamientos reprochables políticamente puedan ser constitutivos de irregularidades de otro tipo, pudiendo sancionarse administrativa, civil o penalmente.

Los principales órganos de control político son el Presidente de la República, los Ministros de Estado, Intendentes, Gobernadores y la Cámara de Diputados.

El Presidente de la República es el órgano a quien de acuerdo al artículo 24 de la Constitución Política y 1° de la LOCBGAE, corresponde el gobierno y la administración del Estado, quien tiene como colaboradores para el cumplimiento de sus funciones, a los Ministros de Estado, Intendentes y Gobernadores, todos cargos de exclusiva confianza del Presidente, cuya elección y remoción serán de su exclusiva competencia,

---

<sup>15</sup> FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. "La Evolución del Sistema Chileno de Control de la Administración del Estado: Desde el Control Político y Administrativo al Control Judicial" (1), en "Estudios de Justicia Administrativa" Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2008, p. 8.

Los primeros, los Ministros de Estado, como órganos superiores de colaboración sectorial, tendrán la responsabilidad de la conducción de sus respectivos Ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que aquél imparta (artículo 23 LOCBGAE). Por su parte, a los Intendentes, según lo establecido en el artículo 2° LOCGAR, como representantes del Presidente de la República en el gobierno regional, corresponderá "la fiscalización o supervigilancia de los servicios públicos creados por ley para el cumplimiento de la función administrativa, que operen en el región". En términos similares, el mismo cuerpo legal en su artículo 24, encarga al Gobernador la dirección provincial siguiendo las instrucciones del Intendente.

Todos estos órganos superiores de dirección administrativa, detentan un control político que deben ejercer sobre sus subordinados, constituyendo un control jerárquico, que en virtud del desempeño de los funcionarios sujetos a su dirección, podrán ser sancionados, siendo la más importante de éstas la remoción directa de los jefes superiores de los servicios públicos centralizados o descentralizados de la Administración<sup>16</sup>.

Por su parte la Cámara de Diputados, de acuerdo al artículo 52° n° 1 de la Constitución Política, tiene como una de sus atribuciones fiscalizar los actos de gobierno, examen que no atiende a la juridicidad, sino que al mérito de la actividad de gobierno, correspondiéndole juzgar la dirección que el Ejecutivo preste en asuntos de Estado<sup>17</sup>.

La Constitución Política de la República, a partir de la reforma introducida por la Ley 20.050, ha establecido un conjunto de mecanismos de control político sobre la Administración, como la adopción de acuerdos o la sugerencia de observaciones (artículo 52 n° 1 letra a primera parte); la solicitud de antecedentes al Gobierno (artículo 52 n° 1 letra a segunda parte); la interpelación de los Ministros de Estado (artículo 52 n° 1 letra b); la creación de

---

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 10.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, p. 11.

comisiones investigadoras (artículo 52 n° 1 letra c); y la acusación constitucional (artículo 52 n° 2), la que deberá ser conocida por el Senado en virtud del artículo 53 n° 1.

## **2.2. El Control Jurisdiccional**

### **2.2.1. La justicia contencioso administrativa**

SILVA CIMMA define el control jurisdiccional como "el que se realiza a través de tribunales, cualesquiera sea su naturaleza y denominación, actuando en forma de juicio, previa interposición de una acción o recurso determinado"<sup>18</sup>. Esta definición tiene la virtud de ser consciente de la ausencia de tribunales contencioso administrativos de carácter general y de la gran variedad de procesos de esta naturaleza, poniendo énfasis en que el elemento esencial de este control radica en que es ejercido por un órgano estatal que ejerce jurisdicción y al que la Constitución o la ley le han otorgado las competencias necesarias para revisar los actos de la Administración, constituyendo la llamada Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Este control en manos de la Justicia tiene por finalidad someter la actuación de la Administración al derecho y dar protección a los derechos e intereses legítimos de los administrados, ordenando en los casos que corresponda las medidas necesarias para adecuar los actos de la autoridad administrativa. Sin embargo, el concurso de un control de legalidad y el amparo de los derechos de particulares no es una constante en la jurisdicción contencioso administrativa o, por lo menos, no siempre lo ha sido, de forma que pueden distinguirse dos sistemas de ella, uno denominado como objetivo y otro subjetivo.

La concepción objetiva tiene su origen en Francia, en el siglo XVIII con posterioridad a la Revolución, como una forma de contraponer el poder absoluto que tuvo históricamente el monarca, poniendo en manos del pueblo una

---

<sup>18</sup> SILVA CIMMA. op. cit.(1), p. 185.

herramienta para someter las decisiones estatales al principio de legalidad. La competencia para conocer estos asuntos contencioso administrativos estuvo radicada en el Consejo de Estado y en los Consejos de Prefectura, quienes conocieron los recursos de plena jurisdicción, de anulación, de interpretación y el de represión<sup>19</sup>. Pero fue el recurso de anulación el que caracterizó al modelo objetivo francés, en el que se sometía a una revisión judicial mediante una valoración abstracta la legalidad de los actos administrativos, prescindiendo de todo interés subjetivo por parte del recurrente.

Por su parte el sistema de jurisdicción contencioso subjetivo tuvo su cuna en Alemania, que a partir de la Constitución de Weimar de 1919, consagró la idea de que la misión esencial de la justicia administrativa en Alemania era la protección de los derechos de los individuos, lo que es replicado actualmente en la Constitución de Bonn<sup>20</sup> y concuerda a su vez con el reconocimiento de los derechos fundamentales a nivel comunitario europeo de la posguerra<sup>21</sup>. De esta forma la atención del control en este sistema subjetivo se pone en la tutela judicial efectiva de los derechos del administrado, de modo que cada vez que se lesionen sus derechos el tribunal competente puede tomar las medidas necesarias para dejar sin efecto el acto administrativo impugnado, modificarlo o establecer las responsabilidades correspondientes, prescindiendo de un examen in abstracto del mismo.

En cuanto a la competencia del contencioso administrativo, el ordenamiento jurídico alemán en su misma Constitución establece tribunales especiales conocedores de la materia, existiendo tribunales administrativos, tribunales administrativos superiores y el Tribunal Administrativo Federal,

---

<sup>19</sup> LAFERIÉRE, Edouard. citado por RODRÍGUEZ DONOSO, Natalia. "El Sistema de Justicia Administrativa en el Derecho Chileno". Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2007, p. 9.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. "La Jurisdicción contencioso administrativa en Alemania". Civitas, Madrid, 1993, pp. 85-86.

<sup>21</sup> NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. "La Jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los Estados Democráticos", en "Justicia Contencioso Administrativa. Congreso Internacional". Coordinado por FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge y OTERO SALAS, Filiberto. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2013, p. 17

órganos que se encuadran en el ejercicio del Poder Judicial o que ejercen jurisdicción<sup>22</sup>.

La cuestión en Chile pareciera no ser tan clara, distando mucho del desarrollo de los sistemas de jurisdicción contencioso administrativa expuestos. Pese a que en Chile el contencioso administrativo tiene reconocimiento desde las Constituciones de 1828 y 1833, que entregaban competencia para conocer controversias suscitadas sobre contratos celebrados por la Administración a la Corte Suprema y al extinto Consejo de Estado, su desarrollo ha sido pobre y disperso.

Tras la entrada en vigencia de la Constitución Política del Estado de 1925, su artículo 87 señaló que "Habrá tribunales administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución o las leyes (...)". Aunque el mandato del constituyente fue claro y denunciaba expresamente la necesidad de crear tribunales especiales que conocieran de materias contencioso administrativas, éstos nunca fueron creados.

Lo mismo ocurrió bajo la vigencia de la Constitución Política de 1980, la que en su artículo 38 inciso 2° estableció que "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales contencioso administrativos que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño", no creándose hasta la fecha dichos tribunales, sin perjuicio de que en 1989 dicha disposición fue modificada, eliminándose la voz "tribunales contencioso administrativos", dejándose en su lugar simplemente la expresión "tribunales", lo que podría

---

<sup>22</sup> *Ibíd.*, p. 24.

acusar una renuncia implícita del constituyente de facto en cuanto a la creación de estos tribunales.

Hasta el día hoy como observa el profesor Rolando PANTOJA BAUZÁ, nunca ha existido, ni existe actualmente, un proceso de aplicación general o subsidiario regulado especialmente<sup>23</sup>, por lo que en la práctica la doctrina y los propios tribunales de justicia han entendido que a falta de aquel, el procedimiento aplicable sería el juicio ordinario de mayor cuantía, siendo competente para su conocimiento el juez de letras civil. Cabe destacar que en un comienzo la judicatura común insistió en declararse incompetente ante acciones de naturaleza contenciosa administrativa, práctica asentada durante toda la vigencia de la Constitución de 1925 y hasta la reforma de 1989 de la Constitución vigente<sup>24</sup>.

En esta ausencia de tribunales contencioso administrativos generales, la tendencia actual ha sido la creación de tribunales administrativos especiales, independientes del Poder Judicial pero sujetos a superintendencia de la Corte Suprema, creándose tribunales como el de Defensa de la Libre Competencia, los Tribunales Tributarios y Aduaneros, los Tribunales Ambientales, el Tribunal de Propiedad Industrial y el Tribunal de Contratación Pública<sup>25</sup>, del que más adelante tendremos oportunidad de referirnos.

Además de falta de tribunales especializados que conozcan en general los asuntos de esta naturaleza, resulta también difícil calificar el "sistema" de jurisdicción contencioso administrativo chileno como objetivo o subjetivo. En efecto, la falta de un procedimiento de aplicación general, los innumerables procesos contencioso administrativos especiales y la nueva tendencia de creación de tribunales administrativos en materias especialísimas, dificultan la

---

<sup>23</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Chile: Decisiones Legislativas al año 2001" (1). Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 45.

<sup>24</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "El artículo 38, inciso 2° de la Constitución Política de la República" (2), en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo C, N° 1, Enero - Junio año 2003, pp. 11-2.

<sup>25</sup> COSTA CORDELLA, Ezio. "Los Tribunales Administrativos especiales en Chile", en Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 27, N° 1, Julio 2014, p. 152.

tarea de clasificar el sistema chileno. Pues bien podríamos decir que existen tanto procesos contencioso administrativos que responden a un sistema subjetivo, otros de carácter objetivo y otros que reúnen condiciones de ambos<sup>26</sup>.

Abordar todos los procesos contencioso administrativos para efectos de este trabajo sería un despropósito. De modo que pondremos atención en los que consideramos más importantes. Estos son la acción de protección y la nulidad de derecho público, además de la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública que abordaremos con más detalle en el capítulo V de este estudio.

### **2.2.2. La Acción de Protección**

El mal llamado recurso de protección, que técnicamente resulta ser una acción, tiene su fuente material en el atropello de derechos individuales como la propiedad a partir de la presidencia de Eduardo Frei Montalva, con las tomas de industrias e invasiones de predios agrícolas, o con atentados contra la vida por actos de índole terrorista, los que se hicieron prácticamente incontrolables bajo el gobierno de Salvador Allende<sup>27</sup>. Ante este panorama, en junio de 1973, los profesores Jaime Navarrete Barrueto y Eduardo Soto Kloss, conscientes de las vulneraciones a estos derechos fundamentales presentaron al diputado Sergio

---

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ DONOSO. op. cit., pp. 19-35. Entre los procesos contencioso administrativos subjetivos, es decir, que tutelan derechos subjetivos o intereses de los administrados pueden nombrarse: la acción de protección, que aunque fue creada como un acción cautelar, en la práctica se ha convertido en el contencioso administrativo por antonomasia; el reclamo por pérdida de nacionalidad; la acción de reclamación por ilegalidad de un acto expropiatorio; la impugnación de la calidad de indígena de una persona; la apelación ante Corte de Apelaciones del acto que resuelve una reclamación administrativa de una concesión de telecomunicaciones; la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, entre otros.

En cuanto a procesos de naturaleza objetiva, es decir que atienden exclusivamente a la conformidad del acto administrativo impugnado con el ordenamiento jurídico, con prescindencia de intereses invocados, lo que en otras palabras podrían denominarse de acción popular, están: el reclamo por daño ambiental; la denuncia por obra ruinosa; y la acción de amparo económico. Por último existen procesos contenciosos administrativos que buscan tutelar los derechos subjetivos de los administrados y a su vez resguardar la juridicidad de los actos de la Administración, como el reclamo de ilegalidad municipal y la acción de nulidad de derecho público.

<sup>27</sup> CEA EGAÑA, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II. 2da Edición. Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2011, p. 664

Diez Urzúa quien luego sería miembro de la Comisión de Estudios de una Nueva Constitución, un anteproyecto con las ideas esenciales de lo que más tarde se convertiría en la acción de protección.

Bajo el régimen militar el proyecto siguió debatiéndose bajo la nombrada Comisión, teniendo como resultado el DL N° 1552 de 1976, titulado Acta Constitucional N° 3, o "de los Derechos y Deberes Constitucionales", conteniendo en su artículo 2° el antecedente inmediato del actual artículo 20 de la Constitución Política. Sin embargo, nula eficacia tuvo este decreto ley, puesto que el mismo día fue publicado en el Diario Oficial el DL N° 1553, denominado Acta Constitucional N° 4, "de los Regímenes de Emergencia", que dejaba sin aplicación la acción de protección mientras persistiera cualquiera de las situaciones críticas que contemplaba la normativa impuesta por la Junta de Gobierno<sup>28</sup>, de forma que el atropello sistemático de los derechos humanos por parte del gobierno de facto no tuvo contrapeso jurídico alguno.

Bajo la Constitución Política de 1980, la acción de protección ha sido consagrada en su artículo 20, en los siguientes términos: "El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24°, y 25° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes". Agrega su inciso 2°: "Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N° 8° del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea

---

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 665



afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada". Como se desprende del precepto citado, es una acción de tipo cautelar destinada a tutelar o resguardar el ejercicio legítimo de ciertos derechos fundamentales, que procederá contra actos u omisiones, arbitrarios<sup>29</sup> o ilegales<sup>30</sup>, que priven, perturben o amenacen uno de los derechos que enumera el artículo 20.

Respecto a la legitimación activa de esta acción, corresponderá al amenazado, privado o perturbado en el ejercicio de uno de los derechos protegidos por el artículo 20 de la Constitución, el que podrá interponer por sí mismo, o por cualquiera otra persona con capacidad procesal, teniendo un plazo fatal de 30 días corridos para su interposición ante la Corte de Apelaciones respectiva, contado desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión que motiva el recurso o desde que se haya tenido noticia o conocimiento cierto de los hechos.

La acción de protección en virtud de sus características, como un procedimiento no formalizado, inquisitivo, unilateral y breve, se ha convertido en una de las innovaciones más relevantes del ordenamiento jurídico chileno en los últimos cien años<sup>31</sup>, el que pese a idearse como una medida excepcional su utilización se ha hecho frecuente<sup>32</sup>, pasando de presentarse una pocas decenas a fines de los setenta, a más de 30.000 anuales en la actualidad, que refieren a las más diversas situaciones vinculadas a bienes jurídicos tan importantes como la vida, la igualdad, la privacidad y la propiedad, siempre y cuando se trate de derechos indubitados<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> De acuerdo a CEA EGAÑA, el término arbitrario hace referencia a "contrario a la justicia, injusto, irracional, prejuiciado, desproporcionado para el fin querido, guiado o movido por el capricho o la inquina, el favoritismo o la odiosidad, todo en desmedro de la justicia y la equidad". *Ibíd.*, p. 689.

<sup>30</sup> De acuerdo a CEA EGAÑA, el término ilegal refiere a "lo que es contrario al derecho en sentido estricto o positivo, al ordenamiento jurídico oficial y vigente". *Ibíd.*, p. 689.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 666.

<sup>32</sup> FERRADA BÓRQUEZ. *op. cit.*, p.41

<sup>33</sup> NAVARRO BELTRÁN, Enrique. "35 años del Recurso de Protección. Notas sobre su alcance, regulación y normativa" en *Revista Estudios Constitucionales Universidad de Talca*, Año 10, N° 2, 2012, p. 619.

En materia administrativa, la acción de protección por estas mismas características se ha transformado en la práctica, en el mecanismo ordinario de impugnación de los actos administrativos, operando como un verdadero contencioso administrativo general y supletorio<sup>34</sup>. Sin embargo, ya tempranamente, algunos autores dieron cuenta de la peligrosidad e impropiedad que resultaba la aplicación del recurso de protección como un proceso contencioso administrativo, dada la naturaleza sumaria y cautelar de esta acción, por la que se conocerían asuntos de fondo, muchas veces complejos y que deberían tramitarse en juicios de lato conocimiento. En ese sentido el profesor PIERRY, al poco tiempo de la entrada en vigencia del DL N° 1552 de 1976, estando en estudio la Constitución actual, sostuvo que la aplicación de la acción de protección contra actos administrativos debía ser restringida principalmente a actos administrativos producto de la llamada "vía de hecho", contra actos dictados por órganos o autoridades manifiestamente incompetentes; contra la ejecución de actos administrativos que han sido extinguidos o cuya ejecución tenga un objeto distinto del acto que se quiere ejecutar; contra actos que son producto de procedimiento ilegal; y contra omisiones, es decir en aquellas hipótesis que la Administración deba expedir un acto administrativo en ejercicio de una potestad reglada y no lo haga, a menos que la Administración no cuente con un plazo para su dictación<sup>35</sup>. De forma que la acción de protección no debería reemplazar a los tribunales contenciosos administrativos que, de acuerdo al mandato establecido en la Constitución de 1925 y de 1980 hasta su reforma, debían crearse para estos efectos<sup>36</sup>.

Sin embargo, en los hechos, acercándonos a los 40 años de vigencia de la acción de protección en el derecho chileno, no existen tribunales contencioso administrativos ni un procedimiento general, por lo que ha sido este

---

<sup>34</sup> FERRADA. op. cit., p 41.

<sup>35</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. "El Recurso de Protección y lo contencioso administrativo" (1), en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 165, Año 1977, pp. 164-170.

<sup>36</sup> *Ibíd.*, p. 157.

arbitrio el que principalmente ha suplido dicha ausencia, de forma que ante "actuaciones de órganos de la Administración del Estado que un particular considere ilegales o arbitrarias, éste solicitará directamente a la Corte de Apelaciones respectiva el amparo constitucional de sus derechos, consecuencia de lo cual, normalmente, llevará envuelto, si cabe, la nulidad del acto impugnado"<sup>37</sup>.

### **2.2.3. La Nulidad de Derecho Público**

La nulidad puede definirse como una sanción que tiene por objeto dejar sin efecto actos o normas jurídicas que desde su origen adolecen de un vicio que afecta su validez, la que tendrá por efecto retrotraer las cosas a un estado anterior como si el acto o norma nunca hubiere existido.

En el derecho comparado, como en España, respecto a esta institución, se distingue entre la nulidad absoluta y la anulabilidad. La primera es entendida como la nulidad que opera de pleno derecho, es decir, la intervención judicial no la declara sino que se limita a constatarla, caracterizándose por causales calificadas, establecidas por el legislador en atención a su mayor gravedad, por lo que es insaneable, imprescriptible y con efecto *ex tunc*. Por su parte, la anulabilidad es aquella que debe ser declarada por el juez competente a petición de parte y procede por una causa genérica de nulidad. A diferencia de la primera, es prescriptible y su declaración opera sólo con efecto hacia el futuro, es decir *ex nunc*.

En Chile, el modelo recién expuesto no tiene aplicación. A diferencia de España, en Chile no existe un régimen típico de nulidad de derecho público, ni tampoco un régimen de aplicación general, existiendo una teoría de la nulidad de derecho público de origen doctrinario a partir del artículo 7° de la Constitución Política y, por otro lado, un conjunto de normas sobre nulidad en

---

<sup>37</sup> .FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. "Los Procesos Administrativos en el Derecho Chileno" (2), en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXVI, Primer Semestre, 2011, p. 268.

el Código Civil, el que ha sido sometido a un largo debate sobre si su aplicación debe o no ser extensiva a la nulidad de derecho público.

La nulidad de derecho público tiene su fuente positiva en el artículo 7° de la Constitución Política, que ya hemos tenido oportunidad de referirnos, el que señala en lo esencial que son nulos todos aquellos actos estatales que hayan sido dictados sin las formalidades exigidas y fuera de las competencias asignadas por la Constitución o la ley. Como es posible observar, el artículo 7° no se basta a sí mismo para establecer un régimen de nulidad propia del derecho público, por lo que han sido los autores y la jurisprudencia los que han determinado las reglas de su ejercicio.

#### **2.2.3.1. Tendencias doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la Nulidad de Derecho Público**

En esta construcción de un régimen jurídico sobre la nulidad de derecho público se han enfrentado dos visiones, una que sostiene que se trata de una nulidad de pleno derecho e imprescriptible y otra que al contrario, piensa que se trata de una sanción de invalidez que debe declararse judicialmente y es prescriptible.

La primera tiene sus lineamientos más tempranos a mediados del Siglo XX con el profesor Mario BERNASCHINA, quien planteó la existencia de nulidades administrativas a partir del texto de la Constitución de 1925, señalando que los actos nulos son inimputables al órgano de la Administración que lo expide, careciendo de todo valor jurídico; por tanto dicho vicio no podría subsanarse ni aun con el transcurso del tiempo, la que además no requeriría declaración judicial.

Más tarde, bajo la Constitución de 1980, Eduardo SOTO KLOSS continuó los postulados de BERNASCHINA, asegurando que la nulidad de derecho público se trataría de una severa sanción a los actos administrativos, equivalente a la inexistencia, lo que se sigue del propio texto del artículo 7° de la Constitución, pues al establecer que "todo acto en contravención a este

artículo es nulo", evidencia que dicho acto no podría llegar a ser válido en el futuro, ni condiciona su invalidez a una declaración judicial, por consiguiente, de requerirse la intervención del juez, él solo se limitaría a reconocer el hecho de que el acto es nulo<sup>38</sup>.

En cuanto a sus causales, SOTO KLOSS señala que son las contenidas en el mismo artículo 7°, es decir, falta de investidura regular (ausencia de nombramientos o designaciones sin la observancia de lo prescrito por la Constitución y la ley), falta de competencia (ausencia de atribuciones, ausencia de motivo, error en la calificación jurídica del hecho, error en la apreciación de los hechos, ausencia de razonabilidad y desviación de poder) y la infracción a la forma establecida en la Constitución o la ley (infracción al debido proceso, incumplimiento de formalidades, desviación del procedimiento)<sup>39</sup>.

Esta ha sido la doctrina sostenida por la mayoría de los fallos dictados por nuestros tribunales, decantándose en definitiva por una nulidad de derecho público de naturaleza imprescriptible<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. "La nulidad de derecho público: su actualidad" (1), en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 18, 1997, p. 353.

<sup>39</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. "La nulidad de derecho público referida a los actos de la Administración" (2), en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 14, 1991, pp. 422-423.

<sup>40</sup> La Excma. Corte Suprema en el fallo "Figueroa con Fisco" en cuanto a la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público se pronunció de la siguiente forma: "Que tratándose en la especie de una nulidad de derecho público, en la que se vinculan no sólo el interés privado del actor sino también el de la sociedad en cuanto a las actuaciones de los poderes públicos no pueden transgredir el Estado de Derecho, forzoso es admitir que las reglas del derecho común no pueden tener aplicación, sino cuando las normas del derecho público se remitan a ellas o cuando la naturaleza de la institución admita que el derecho público se integre con normas comunes; y en el caso sub lite indudablemente no corresponde esta integración cuando de lo que se trata es sancionar la posible omisión en que habría incurrido el actor al demorar el inicio de este juicio, porque para alcanzar semejante efecto se requería de una expresa remisión a las normas de derecho público por el transcurso de un cierto lapso, lo que por parte exigiría admitir que los actos que contravienen el artículo 7° de la Carta fundamental pudieran purgarse del vicio que los aqueja al cabo de cierto término, lo que pugna con el propio tenor del precepto citado en cuanto señale, dando a los vicios fundantes de tal nulidad una entidad tal que impide que sólo el transcurso del tiempo pueda sanear de ellos al acto que los contiene.

En consecuencia, no existiendo en el derecho público una norma que declare prescriptible la acción ejercida en estos autos ni otra similar al artículo 1683 del Código Civil, que priva de la

La segunda postura en cuanto a la nulidad de derecho público en Chile, discute que ésta opere de pleno de derecho y, además, plantea que como todas las acciones y derechos en nuestro ordenamiento jurídico, tiene también un carácter prescriptible.

En a cuanto al primero de estos puntos, esto es, la necesidad de que deba ser declarada judicialmente, Enrique SILVA CIMMA sostuvo que los actos administrativos no pueden entenderse nulos ipso iure en virtud del carácter orgánico - formal del Derecho chileno y, además por el hecho de que estos actos gozan de una presunción de legalidad, de modo que no es posible entender que sean nulos si no han sido declarados en dicha calidad por sentencia judicial, ni menos podría plantearse su inexistencia. Este autor enfatiza que sostener lo contrario sería instaurar una verdadera "anarquía" dentro de la Administración, puesto que cualquier funcionario podría discutir la validez de los actos emitidos por su superior jerárquico<sup>41</sup>.

Respecto a la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, Pedro PIERRY criticó enérgicamente esta postura, señalando que es un principio imprescindible del Derecho Administrativo que exista certeza jurídica, de forma que los actos de la administración no pueden estar eternamente sujetos a la posibilidad de que sean dejados sin efecto. Así, haciendo una mirada comparada al derecho europeo continental, como en Francia y España, el autor afirma que las acciones que los particulares disponen en contra de actos administrativos prescriben en breves periodos de tiempo. Por tanto, si no

---

acción de nulidad absoluta común por saneamiento del acto en razón del transcurso de 10 años, no cabe extender analógicamente el alcance de los artículos 2497, 2514, 2515 y 2520 a un caso en que la naturaleza de los hechos guarda cierta semejanza con aquéllos previstos en las normas citadas, pues ello importaría que los jueces hubiesen creado la norma por la cual se sancionaría al actor, circunstancia que conduce inevitablemente al rechazo de este capítulo de la nulidad". CS. Rol 2209-1998, Base de Datos Westlaw CL/JUR/2254/1999; 15954. En el mismo sentido Rol 4429-1998 Westlaw CL/JUR/2964/2000; 17017, Rol 2282-1998 Westlaw CL/JUR/2256/1999.

<sup>41</sup> SILVA CIMMA, Enrique. "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes"(2). Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 144.

se han establecido plazos de prescripción de la nulidad de derecho público, debería atenderse a los plazos del Código Civil<sup>42</sup>.

La profesora Julia POBLETE VINAIXA, con un criterio de interpretación armónica del derecho, se inclina por la existencia de una nulidad de derecho público, declarada judicialmente y prescriptible, al entender que el artículo 7° de la Constitución Política no se encuentra aislado, sino que integra junto a otras normas de menor jerarquía un sistema de normas que a la postre conforman un ordenamiento jurídico. Por lo que si el artículo 7° no encuentra una regulación exhaustiva en la Constitución, debe recurrirse a otras normas para suplir este vacío, como las establecidas en el derecho común, que en el caso de la regulación de la prescripción, la encontramos en el Código Civil<sup>43</sup>.

Esta visión acerca de la nulidad de derecho público ha tenido también sustento en la jurisprudencia, la que a decir verdad ha sido minoritaria, razón por la que la recién citada autora, denomina estos fallos de Corte de Apelaciones como "golondrinas"<sup>44-45</sup>.

---

<sup>42</sup> PIERRY ARRAU, Pedro. "Nulidad en el Derecho Administrativo" (2), en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 15, 1994, pp. 98-100.

<sup>43</sup> POBLETE VINAIXA, Julia. "El carácter prescriptible o imprescriptible de la acción de nulidad de Derecho Público", en "La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno" IX Jornadas de Derecho Administrativo, coordinado por FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 357.

<sup>44</sup>Ibíd., p. 346.

<sup>45</sup> "Que debe considerarse que en materia de prescripción, el espíritu general de nuestra legislación, tanto en el Derecho Público como en el Privado, es que las acciones prescriban, constituyendo la imprescriptibilidad una excepción que requiere de un texto expreso.

Que tal como ha señalado la ltma. Corte Apelaciones de Santiago en sentencia de fecha de 18 de enero de 1999 la afirmación de que no cabe aplicar en materia de Derecho Público normas de Derecho Privado, a falta de un texto legal que, para casos específicos, resuelva esa materia, resulta carente de toda sustentación en la sistemática jurídica nacional. La norma constitucional, en que se hace descansar la presunta imprescriptibilidad de la nulidad y las normas sobre prescripción del Código Civil establecen igual tratamiento para los actos que contravengan lo previsto en el inciso primero del artículo séptimo de la Carta Fundamental y para los actos que contravengan las prohibiciones legales. En efecto el art. 7° de la Constitución dispone que 'Todo acto en contravención a este artículo, es nulo y originará las responsabilidades y...', y, por su parte el artículo 10 del Código Civil precisa que 'Los actos que prohíbe la ley son nulos y sin ningún valor, salvo en cuanto...'. Por ello concluye señalando: 'en lo referente a la prescripción extintiva del artículo 2515 del Código Civil, sólo se requiere del transcurso del tiempo, sin que se hayan deducido las acciones pertinentes a obtener la tutela jurídica del derecho que se estima amagado. Similar criterio se sostiene en sentencia de 4 de julio de 1994 (Gaceta Jurídica

No obstante la remisión de esta doctrina y jurisprudencia a las normas del Código Civil, varios autores nacionales en los últimos años han cuestionado su aplicación común tanto para negocios privados y actos estatales, entre los que podemos encontrar tanto civilistas como administrativistas. Entre los civilistas Ramón DOMÍNGUEZ y de manera más reciente Ricardo CONCHA, opinan que en Chile no existe una teoría unitaria sobre la nulidad<sup>46</sup>, dado que su regulación ha sido planteada desde la visión del acto jurídico bilateral, propia del derecho privado, la que diverge notoriamente del acto administrativo gobernada por la imposición unilateral de la voluntad de la Administración sobre el particular, por lo que en consecuencia las nulidades públicas y privadas deben establecer regímenes jurídicos diversos en razón de las características propias de sus actos<sup>47</sup>. Entre los administrativistas, VERGARA descarta que tratándose de nulidad de derecho público, se apliquen supletoriamente las normas del Código Civil; tal cosa "significaría negar el carácter de polisistema, o de cosmos de disciplinas, todas ellas autónomas entre sí (sin perjuicio de que algunas sean derecho común respecto de frente a otras) dentro del sistema jurídico"<sup>48</sup>. GUERRERO, por su parte estima que el Código Civil no es la norma que regula la nulidad de derecho público, pues "si el Constituyente lo hubiera querido de esa forma lo hubiera señalado expresamente, situación que, por cierto, no ocurrió"<sup>49</sup>.

---

N° 168 p. 68) del mismo tribunal en que se concluye que la acción de nulidad de Derecho Público está afecta al plazo de prescripción extintiva que señala el artículo 2515 del Código Civil". CA. Temuco, Rol N° 263-2000, "ClementiLarenas y otros con Fisco", en el mismo sentido CA Santiago, Rol 6422-2007, Westlaw, CL/JUR/9529/2009; 42521.

<sup>46</sup> DOMÍNGUEZ, Ramón. "Teoría General del Negocio Jurídico". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, p. 180.

<sup>47</sup> CONCHA MACHUCA, Ricardo. "El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de Derecho Público", en Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 26, n° 2, 2013, p. 99.

<sup>48</sup> VERGARA, Alejandro. "El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva". En la Semana Jurídica N° 359, 2007, p. 7

<sup>49</sup> GUERRERO VALLE, Gonzalo. "Las acciones patrimoniales derivadas de la nulidad de Derecho Público". En "La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno" IX Jornadas de Derecho Administrativo, coordinado por FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 375.



Por último, existe una posición que podríamos denominar como ecléctica, la que distingue entre los efectos de la acción de nulidad propiamente tal y los efectos patrimoniales envueltos en ella. Esta doctrina tiene su origen en la jurisprudencia a partir de la sentencia "Aedo con Fisco" del año 2000, la que señala que la acción de nulidad de derecho público en consideración a ser establecida por el constituyente en las Bases de la Institucionalidad, está concebida como una sanción de características propias distinta de la nulidad de derecho privado; por tanto, le son inaplicables las reglas de prescripción contenidas en el Código Civil. Sin embargo aquellas acciones patrimoniales que son deducidas junto a la nulidad, por su naturaleza, sí son prescriptibles al regirse por las reglas del derecho común<sup>50</sup>.

Debemos decir que esta doctrina jurisprudencial ha sido tan aplaudida como criticada.

### **3.2.3.2. La acción de nulidad de Derecho Público**

A pocos años de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980, Gustavo FIAMMA planteó que ésta había establecido dos nuevas

---

<sup>50</sup> El razonamiento de la Exma. Corte Suprema en este fallo puede resumirse en los siguientes considerandos:

"7°) Que en relación con el primer capítulo de casación invocado, debe tenerse presente que el caso sublite se trata de una acción de nulidad de derecho público, cuya existencia encuentra su fundamento máximo en el párrafo constitucional de las 'Bases de la Institucionalidad' y cuyo asidero práctico se halla en el artículo 7° incisos segundo y tercero de la actual Constitución Política de la República. (...) La doctrina en general ha considerado que esta nulidad, por las características que presenta y el modo como está concebida en el ordenamiento básico de la institucionalidad, opera de pleno derecho de modo que solicitando al tribunal, éste, al asentar los elementos de hecho que representan una invasión de potestades, no tiene otra función que reafirmarla, constatando su existencia y siendo así, no puede aplicársele las normas generales de derecho privado sobre prescripción de las acciones. Asimismo, al no existir norma alguna que consagre lo contrario, cabe llegar a la conclusión que esta nulidad es imprescriptible, debido a que no es posible aplicar esta causal de extinción de las acciones y derechos sin una norma legal que la establezca;

8°) Que, por el contrario, las acciones reivindicatoria y de indemnización de perjuicios que también se han deducido por la actora, como derivadas de la anterior de nulidad de derecho público, y referidas en los capítulos de casación primero y último, son de evidente contenido patrimonial, pues se refieren a los aspectos materiales y monetarios que pretende obtener la actora en virtud de la declaración de nulidad que busca. De lo anterior se deriva que su destino se condiciona de lleno a los plazos de prescripción establecidos al respecto por el Código Civil, ordenamiento, por lo demás, que la propia actora invoca para sostener dichas acciones". CS. Rol N° 852-2000, "Aedo con Fisco", Westlaw, CL/JUR/933/2000; 17749.

acciones contencioso administrativas: la de responsabilidad del Estado y la de nulidad de derecho público<sup>51</sup>.

FIAMMA señala que del derecho a la acción contenido en el artículo 19 n°3 de la Constitución, que asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos, en relación con lo dispuesto en el artículo 7°, inciso final, que dispone que todo acto en contravención al principio de legalidad administrativa es nulo, resulta la acción constitucional de nulidad de derecho público. Señala este autor que esta construcción "recogería todos los alcances y virtualidades del derecho a la acción, es decir, que por un lado, la acción constitucional de nulidad es un poder o una facultad de accionar ante los tribunales que tiene toda persona pretendiendo la nulidad de un acto administrativo, y por otro lado representa la obligación del tribunal de proveer y fallar sobre el fondo inexcusablemente, otorgando protección al derecho si es del caso mediante la declaración formal y expresa de nulidad del acto en contra del cual se recurre"<sup>52</sup>.

En cuanto a sus reglas de ejercicio, la acción de nulidad de derecho público debe ser interpuesta ante el juez de letras civil, como toda acción contenciosa administrativa que no sea conocida por un tribunal administrativo especial, como la acción de impugnación en procedimientos licitatorios ante el Tribunal de Contratación Pública.

En cuanto a sus causales podríamos afirmar que son las mismas del artículo 7° de la Constitución Política, es decir, falta de investidura regular, actuaciones fuera de competencia y la infracción de las formas establecidas por la Constitución y la ley<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> FIAMMA OLIVARES, Gustavo. "La acción constitucional de nulidad: Un supremo aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 10, 1986, p. 346.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, p. 350.

<sup>53</sup> La Corte Suprema ha estimado que las causales de la nulidad de derecho público son las que el constituyente estableció taxativamente en el artículo 7° de la Constitución, diciendo: "Dicha acción se justifica, cuando un acto ha sido dictado con omisión de investidura regular que exige la ley para el nombramiento de la autoridad administrativa, o cuando ésta aun teniendo título de

En cuanto a esta interpretación taxativa de las causales de nulidad, debe hacerse dos observaciones. La primera en relación a los vicios de forma, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 de la LBPA, el que establece el principio de no formalización en los procedimientos administrativos, de forma que su inciso 2° reza explícitamente que el "vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado". Y la segunda es sobre los cuestionamientos de invalidez que pueden suscitar actos que cumplan con todos los requisitos formales establecidos por el artículo 7° (investidura regular, dictado en ejercicio de competencias y en la forma establecida por la Constitución y la ley), pero que incurra en una ilegalidad sustantiva o de fondo<sup>54</sup>. Sin embargo, la Corte Suprema ha extendido en algunos fallos las causales de nulidad incorporando a los vicios formales, el motivo o fundamento del acto administrativo<sup>55</sup>.

Respecto a su legitimación activa, cualquier persona que haya sido lesionada en sus derechos, de acuerdo al artículo 38 inciso 2° de la CRP, tendrá derecho a impugnar la validez del acto administrativo atentatorio a sus intereses. Se ha sostenido en algunas ocasiones que la Administración también tiene legitimidad activa para accionar la nulidad de derecho público ante tribunales cuando le sea imposible invalidar sus actos<sup>56</sup>.

---

tal, dicta el acto fuera de la competencia que le ha fijado el constituyente o el legislador, o sea, cuando ha excedido el marco de autorización legal, que le otorga límites en su actuación con relación a la materia, jerarquía y el territorio y, finalmente, el acto carece de eficiencia absoluta por falta de formalidades inherentes para la validez intrínseca del acto que se reputa irregular". CS. Rol 3132-2005, "Camacho Santibáñez con Fisco".

<sup>54</sup> BERMUDEZ SOTO, Jorge. "Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos ¿Qué queda de la Nulidad de Derecho Público?", en Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 23, N° 1, 2010, p. 121.

<sup>55</sup> *Ibíd.*, p. 121

<sup>56</sup> El profesor Ramón HUIDOBRO, a propósito del ejercicio de la acción de nulidad de derecho público en materia municipal, plantea la legitimidad activa de la Administración del Estado para recurrir demandando la nulidad de un acto administrativo, cuando ella está impedida de ejercer sus atribuciones invalidatorias, como ocurre una vez transcurrido el plazo de dos años,

Por último, en cuanto al plazo de interposición de la acción anulatoria, como ya hemos expuesto, la cuestión es discutida, pudiendo sostenerse su imprescriptibilidad, su prescriptibilidad o distinguirse entre la imprescriptibilidad de la acción de nulidad y la prescriptibilidad de las acciones patrimoniales.

### **2.3. El Control Administrativo**

El control administrativo es aquel que se realiza por una unidad integrante del propio organismo administrativo o externo a éste, pero que forma parte de la Administración del Estado, y cuya finalidad consiste en contrastar la actuación administrativa con las normas del propio ordenamiento y las necesidades de la gestión pública, verificando su plena concordancia con aquéllas y las políticas e instrucciones impartidas por las autoridades superiores de la organización<sup>57</sup>. El control administrativo recae principalmente en la juridicidad de los actos de la Administración, sin perjuicio que puede recaer en el mérito de los mismos y también en la gestión<sup>58</sup>.

Dentro del control administrativo, pueden existir dos tipos de control: uno externo encargado a organismos públicos creados especialmente para examinar la actuación de la Administración, y uno interno, realizado por los mismos órganos que emiten los actos sujetos a control o por las jefaturas o superiores jerárquicos respectivos o por unidades de control situadas dentro del mismo organismo, que ostentan cierta autonomía al interior de la organización administrativa.

#### **2.3.1. El control administrativo externo**

El control administrativo externo en el ordenamiento jurídico chileno está principalmente radicado en la Contraloría General de la República, organismo de fiscalización creado en 1927, tras el informe elaborado por una

---

establecido en el artículo 53 LBPA, para su ejercicio. HUIDOBRO SALAS, Ramón. "Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y Administración Comunal". Coordinado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Tomo III. AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010, p. 110.

<sup>57</sup> FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. op. cit. (1), p. 19.

<sup>58</sup> SILVA CIMMA. op. cit. (1). p. 47.

comisión liderada por el experto en control financiero estadounidense Edwin KEMMERER, el cual propuso la unificación de Dirección General de Contabilidad, el Tribunal de Cuentas, la Dirección General de Estadísticas y la Inspección General de Bienes de la Nación<sup>59</sup>.

Actualmente, de acuerdo al artículo 98 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República es un organismo autónomo encargado de ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración, fiscalizar el ingreso y la inversión de los fondos fiscales y de las municipalidades, además deberá examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de entidades públicas y llevará la contabilidad general de la Nación, además de las demás funciones que su ley orgánica pueda asignarle. De modo que Contraloría General de la República, asumirá tanto un control de juridicidad y financiero de la Administración, teniendo a su disposición para tales efectos varios instrumentos de control que analizaremos a continuación. La Contraloría General de la República tendrá como autoridad máxima el Contralor General, al que le seguirá el sub contralor y, en apoyo de la gestión de esta entidad de control, existen contralorías regionales radicadas en las capitales de cada región del país, a excepción de la Región Metropolitana, que alberga a la Contraloría General.

En cuanto al alcance del control ejercido por la entidad contralora, por disposición expresa del artículo 21 B LOCCGR, debe limitarse a la juridicidad y no podrá someter a revisión el mérito de los actos que controla. Así, esa disposición establece que "La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas".

---

<sup>59</sup> ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 26, 2005, pp. 21-22.

### **2.3.1.1. El control presupuestario y financiero de Contraloría General de la República**

La LOCCGR, en sus artículos 6° y 7°, establece atribuciones de fiscalización presupuestaria y financiera sobre los órganos de la Administración del Estado, teniendo el Contralor General control sobre los dineros fiscales, teniendo facultades exclusivas en el examen (artículo 21 LOCCGR), auditoría (artículo 21 A LOCCGR) y juzgamiento de estas cuentas (artículo 95 y ss. LOCCGR).

Sin embargo, el control financiero en manos de Contraloría General de la República se ha hecho insuficiente. Como observa ALDUNATE, el énfasis que se ha puesto en el control de legalidad ha dejado en un segundo plano la revisión de las cuentas públicas, lo que tiene origen en una deficiencia del diseño constitucional del control fiscal a nivel comparado. Así, esta insuficiencia parte con la aprobación tácita de la ley de presupuesto presentada por el Ejecutivo que establece el artículo 67 de la Constitución Política, que fuerza al Congreso a dar una examen absolutamente superficial del presupuesto y el gasto público y concluye con la revisión meramente selectiva que realiza el órgano Contralor de acuerdo a sus programas ordinarios de control definidos por la misma Contraloría<sup>60</sup>.

### **2.3.1.2. El control de juridicidad de Contraloría General de la República**

Como mencionaba una de las críticas de ALDUNATE, el órgano Contralor ha puesto énfasis en el control de juridicidad de los actos de la Administración, el que está radicado en dos instrumentos que operan en

---

<sup>60</sup> *Ibíd.*, p. 24-25. El profesor ALDUNATE es crítico con la función fiscalizadora de Contraloría General de la República, acusando un verdadero abandono del control presupuestario y financiero por parte de este organismo citando casos de corrupción como el conocido MOP-Gate y casos que conoció en su experiencia profesional trabajando para un servicio público, como el que un contador de una repartición pública, adulteró cheques para pagos de factura, con un monto defraudado que alcanzó a aproximadamente trescientos millones de pesos, y que al ser notificada Contraloría del caso, se limitó a constatar que se efectuaba un sumario interno y se abstuvo de realizar cualquiera investigación o auditoría propia.

distintos momentos, estos son el trámite de toma de razón y los controles de reemplazo.

#### **2.3.1.2.1. La toma de razón**

La toma de razón puede ser definida como "una forma de fiscalización jurídica a que deben someterse los actos de la Administración antes que surtan efecto"<sup>61</sup>. En definitiva se trata de un control de carácter preventivo o a priori, de los actos de la Administración y ejercido, por lo general, antes de que ellos produzcan efectos. Lo que pretende este instrumento de control, es impedir la entrada en vigencia de actos de la Administración contrarios a derecho, por lo que no sólo controlará la legalidad del acto, sino también su constitucionalidad.

Algunos autores consideran que el trámite de toma de razón es quizá, la etapa más importante en la génesis del acto administrativo, por cuanto sin ella no hay actuación jurídica de la Administración<sup>62</sup>. Sin embargo, lo cierto es que no todos los actos administrativos están sujetos a la toma de razón, sino que sólo aquellos que la ley establece, según lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución Política. Así la propia LOCCGR sólo deja sujetos a este trámite los decretos supremos y las resoluciones de los Jefes de Servicio, además de los que leyes especiales así lo determinen. No bastando con esto, el Contralor General en uso de sus atribuciones ha resuelto la exención de la toma de razón a muchos actos administrativos, por medio de resoluciones como la N°55 de 1992<sup>63</sup> y N° 1600 de 2008<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "El trámite de toma de razón de los actos administrativos", en Revista de Derecho Público, N° 49, enero-junio, 1991, p. 132.

<sup>62</sup> VERDUGO, Mario, NOGUEIRA, Humberto y PFEFFER, Emilio. "Derecho Constitucional" Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

<sup>63</sup> La Resolución N° 55 de 1992 de Contraloría General de la República, cuyo texto refundido es fijado por la Resolución N° 520 de 1996, exime de la toma de razón a todos los decretos y resoluciones relativas a materias de personal, financieras y económicas y respecto de otras atribuciones generales, salvo las cuestiones que cataloga de esenciales en los artículos 1, 2 y 3 de dicha resolución.

<sup>64</sup> La Resolución N° 1600 de 2008 de Contraloría General de la República, estableció una serie de exenciones del trámite en comento, relativas a diversas materias como nombramientos de personal, financieras y económicas y contratación administrativa, aspecto relevante para este estudio que más tarde abordaremos.

Cabe decir que esta práctica ha suscitado fuertes críticas por parte de la doctrina, argumentando autores como FERRADA, que se trataría de un "burladero a la norma constitucional"<sup>65</sup>, al considerar que ello trastoca el sistema previsto en la LOCGR y convierte en excepcional el control preventivo de los actos administrativos, resintiendo gravemente el control jurídico de la Administración. Sin embargo también admite que el volumen actual de decretos y resoluciones emanados de la Administración hace imposible un control preventivo efectivo y real por parte de Contraloría<sup>66</sup>.

El acto administrativo sometido a este control preventivo podrá pasar por las siguientes hipótesis: i) Contraloría tomará razón del acto, sin hacer observación alguna; ii) Contraloría podrá tomar razón con alcance, es decir, por medio de un oficio dará cuenta de un defecto o vicio no invalidante que tiene por objeto corregir o enmendar el acto; iii) Contraloría puede no tomar razón por causa de ilegalidad del acto, expediendo a su vez un oficio devolutorio representando la ilegalidad de éste, en cuya hipótesis el Presidente de la República, podrá resolver mediante un decreto de insistencia, con la firma de todos sus ministros de Estado, ordenando al Contralor General que tome razón. Por dicho decreto de insistencia además deberá remitirse copia a la Cámara de Diputados; por último iv) Contraloría puede no tomar razón por causa de inconstitucionalidad del acto, en cuyo caso no se podrá insistir ante la correspondiente representación y sólo podrá el Presidente de la República remitir los antecedentes pertinentes al Tribunal Constitucional, para lo cual contará con el plazo de 10 días para dirimir al respecto. De decidir por la constitucionalidad del acto, Contraloría deberá tomar razón del acto representado. De todos modos, tampoco podrá insistirse en caso de representarse Decretos con Fuerza de Ley y decretos promulgatorios de una ley o de una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado.

---

<sup>65</sup> FERRADA. op. cit. (1), p. 30

<sup>66</sup> *Ibíd.*, p. 30.



#### **2.3.1.2.2. Controles de reemplazo**

Que algunos actos administrativos estén exentos del trámite de toma de razón, no quiere decir que estén completamente libres de control, pues en ausencia de este examen preventivo de juridicidad, operan los denominados controles de reemplazo. Como señala FERRADA, estos controles operan en defecto de la toma de razón y consisten en fiscalizaciones selectivas y a posteriori para asegurar la legalidad de los actos administrativos y hacer efectivas las responsabilidades que procedan<sup>67</sup>. Estos controles pueden concretizarse en investigaciones sumarias, sumarios administrativos o juicios de cuenta, de los que puede resultar la responsabilidad administrativa o civil de los funcionarios públicos.

#### **2.3.1.2.3. La toma de conocimiento**

Ante la ausencia de toma de razón en los actos administrativos municipales, por disposición del artículo 53 LOCM, Contraloría General de la República ha desarrollado un mecanismo de revisión de los actos administrativos que tengan ocasión con obras públicas municipales, establecido por el Oficio Circular N° 40.506 de 1996, que refunde varias resoluciones anteriores del ente contralor<sup>68</sup>. Están sujetos a este examen de juridicidad los actos administrativos que autoricen la contratación de obras y los documentos que la respalden, el que sólo procederá para los contratos de ejecución de obra pública cuyo monto sea igual o superior a 500 UTM y los proyectos y estudios directamente relacionados con la ejecución de obras, cuyo monto sea igual o superior a 200 UTM.

#### **2.3.2. El Control Administrativo Interno**

El control administrativo interno es aquel realizado dentro del mismo organismo que emite el acto administrativo, sea por el propio órgano emisor, su superior jerárquico (es por esto que es también llamado control jerárquico por

---

<sup>67</sup> *Ibíd.*, p. 32.

<sup>68</sup> *Ibíd.*, p. 33.

autores como SILVA CIMMA<sup>69</sup>) o la unidad de auditoría o control interno del servicio, pudiendo examinar aspectos de juridicidad, financieros, conveniencia y eficiencia<sup>70</sup>. Contraloría General de la República definió este tipo de control en el oficio N° 80.102 de 1969, señalando que "se entiende por control interno la fiscalización que, por vía jerárquica y con sus propios medios, realiza cada Servicio, con el fin de adecuar su actividad a las normas vigentes y a las condiciones de eficiencia que técnicamente sean exigibles de acuerdo con sus modalidades de funcionamiento"<sup>71</sup>.

Dentro de esta categoría, como se desprende de la conceptualización ofrecida, podemos distinguir tres tipos de controles, uno correspondiente a unidades internas de control, otro jerárquico propiamente tal y por último un control realizado a petición de parte mediante reclamaciones o recursos administrativos no contenciosos.

### **2.3.2.1. Las unidades de auditoría y control interno**

En ayuda de los controles jerárquico interno y el realizado de forma externa por Contraloría General de la República, se ha venido desarrollando en los últimos años un sistema de control especializado dentro de los mismos organismos de la Administración activa, que revisan la utilización de los recursos financieros asignados al servicio y también la legalidad de los actos del organismo. Este tipo de control tiene su fuente positiva en el artículo 18 de la LOCCGR, que establece que "Los Servicios sometidos a la fiscalización de la Contraloría General deberán organizar las oficinas especiales de control que determina este Organismo, en los casos y de acuerdo con la naturaleza y modalidades propias de cada entidad. Los contralores, inspectores, auditores o empleados con otras denominaciones que tengan a su cargo estas labores quedarán sujetos a la dependencia técnica de la Contraloría General, y en caso

---

<sup>69</sup> SILVA CIMMA. op. cit. (2), p. 166.

<sup>70</sup> FERRADA BÓRQUEZ. op. cit. (1), p. 21

<sup>71</sup> Oficio Contraloría General de la República N° 80.102 de 1969, citado por SILVA CIMMA. op. cit. (2), p. 166.

de que aquellos funcionarios representen actos de sus jefes, éstos no podrán insistir en su tramitación sin que haya previamente un pronunciamiento de este Organismo favorable al acto". Además tratándose de Municipalidades, la LOCM dispone en su artículo 29, la creación de unidades de control municipal, las que suplen el control de toma de razón realizado por Contraloría, el que le está vedado en virtud de esta misma ley orgánica.

De este modo, el control a cargo de unidades internas especializadas de fiscalización, ha contribuido de gran manera en el control de la Administración, ante la imposibilidad fáctica y normativa que enfrenta Contraloría para revisar los actos de la Administración, por lo menos en lo que respecta al trámite de toma de razón.

#### **2.3.2.2. El Control Jerárquico de la Administración**

Así como en virtud del artículo 7° LOCBGAE, la Administración está sujeta a un régimen funcionario jerarquizado, corresponde a los jefes de servicio ejercer un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y personal bajo su dependencia, según lo establecido el artículo 11 del mismo cuerpo legal, deber general de supervisión que ha sido reiterado en el artículo 64 letra a) del Estatuto Administrativo, y replicada en casi idénticos términos por el artículo 61 letra a) del Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales.

El control jerárquico radicado en los jefes de servicios puede revisar la juridicidad y el mérito, oportunidad o conveniencia de los actos administrativos, como también controlar las inversiones de los organismos, así lo dispone el artículo. Asimismo este control jerárquico podrá operar de manera preventiva o represiva.

Preventivamente, el control jerárquico se concreta en la obligación de los jefes de servicios de velar permanentemente por el cumplimiento de los planes y de la aplicación de las normas que pueden crear dentro del ámbito de

sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia.

Por su parte, represivamente o a posteriori, el jefe de servicio podrá controlar la sujeción a derecho de los actos administrativos dictados por el servicio, haciendo uso de la potestad invalidatoria que regula el artículo 53 de la LBPA, que más adelante ahondaremos con detención. A su vez, podrá revisar la oportunidad de dichos actos ejerciendo la potestad revocatoria que el legislador le otorga, de acuerdo a las reglas del artículo 61 de la misma LBPA. En ambos casos concretará dichas herramientas de revisión a través de un acto de contra imperio, que dejará sin efecto retroactivamente el acto nulo en caso de invalidarse, o con efecto ex nunc de revocarse.

Pero no sólo podrá controlar represivamente los actos administrativos, sino que también la actuación de los funcionarios bajo su dirección, mediante la calificación anual, amonestaciones, investigaciones sumarias y sanciones administrativas.

### **2.3.2.3. El control administrativo interno a petición de parte: La vía de impugnación administrativa**

Si bien algunos autores califican este tipo de control, como una manifestación del control jerárquico, no es menos cierto que esta revisión de los actos de la Administración proviene de una atribución de origen diverso. Mientras el control jerárquico propiamente dicho es ejercicio de las obligaciones que la ley impone a los jefes de servicios, quienes deberán vigilar permanentemente el funcionamiento del organismo y su actividad formal, el control interno a petición de parte es eventual y como su nombre indica, su iniciativa es de origen exógeno, perteneciendo ésta exclusivamente a los administrados, quienes ante actos que estimen ilegales o arbitrarios y afecten sus derechos o intereses podrán interponer ante la misma autoridad administrativa que los expidió, los recursos administrativos correspondientes.

El artículo 10° de la LOCBGAE, establece que los actos de la Administración podrán ser impugnados por los particulares a través de los recursos administrativos establecidos en la ley siendo siempre procedentes los recursos de reposición y jerárquico, los que deberán ser interpuestos ante el mismo órgano que dictó el acto administrativo que se impugna. El primero de ellos tendrá el propósito de que la autoridad vuelva sobre sus propios actos y reconsidere su decisión en torno a un examen de juridicidad y/o oportunidad del acto recurrido, dictándose un nuevo acto administrativo que podrá dejarlo sin efecto o modificarlo. Por su parte, el recurso jerárquico funcionará como un recurso de alzada en caso de que el órgano emisor del acto impugnado desestime la reposición, pasando a conocer la reclamación administrativa el superior jerárquico. Por ejemplo, si se interpone una reposición ante la autoridad que dictó el acto administrativo y ésta resuelve rechazando el fondo de la presentación, el recurso jerárquico interpuesto en subsidio del primero, lo pasará a conocer el superior jerárquico de dicha autoridad.

La regulación de estos recursos ha sido dispuesta en el artículo 59 de la LBPA, cuerpo legal que ha establecido otros recursos administrativos, como el recurso especial de revisión y el mal llamado recurso de aclaración.

Además de estos recursos administrativos, el administrado también podrá solicitar al órgano de la Administración la invalidación del acto que estime ilegal, impugnación que en esta hipótesis no podrá ser elevada al superior jerárquico de ser desestimada (diferencia con el recurso de reposición).

Este control administrativo de iniciativa particular aparece como una alternativa paralela de impugnación de los actos administrativos, a la impugnación accionada ante la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo, por su especialidad y no ser conocida por un tercero imparcial como sucede en la vía jurisdiccional de revisión, ha generado la desconfianza y crítica de los autores a nivel nacional y comparado, conformándose una verdadera

doctrina de escepticismo ante esta categoría de control, que como veremos al final de este trabajo, se ha concretado también en la práctica.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA es tributario de este cuestionamiento y cita a este respecto a un famoso juez estadounidense diciendo que “no se puede obligar a nadie a sacar agua de un pozo seco”<sup>72</sup>. En el mismo sentido Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, señala que si un órgano de la Administración ya ha resuelto de una forma tras haberse tramitado un procedimiento administrativo, no existe razón para pensar que el mismo órgano ante una reclamación de un administrado resuelva de una manera distinta<sup>73</sup>. En definitiva este sector de la doctrina plantea una visión desconfiada de la vía administrativa de impugnación, por el hecho de que quien conoce los recursos administrativos, tendrá rol de juez y parte en el procedimiento impugnativo, de modo que ven escasas posibilidades de que la Administración falle en contra de sus propios intereses.

Sin desconocer el mérito de este rechazo de la vía administrativa de impugnación, creemos que esta postura acusa una excesiva desconfianza en el diseño institucional del ordenamiento jurídico y cae en una confianza ciega en la vía de revisión jurisdiccional, pues la interposición de una acción contencioso administrativa tampoco resulta garantía de éxito del particular ante la Administración y, además olvida el principio fundamental que informa al Derecho Público, es decir el principio de legalidad. Lo olvida por cuanto la Administración, en la susceptibilidad de cometer errores de juridicidad o conveniencia, tendrá ante un recurso administrativo la oportunidad de corregir estos errores y ajustar su actuación a derecho. Y como sostiene REYES RIVEROS en la doctrina nacional, no sólo tiene la oportunidad y, por ende facultad de enmendar sus errores y actuar en sujeción a la Constitución y la ley,

---

<sup>72</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, citado por BETANCOURT SOLAR, Ricardo. “El agotamiento de la vía administrativa previa en el derecho chileno”. Revista de Derecho Administrativo, Vol. 3. AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago, 2012, p. 4.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ PÉREZ. op. cit.. pp. 509 y ss.

sino que está en la obligación de hacerlo<sup>74</sup>. Por tanto, si un recurso administrativo da cuenta de una ilegalidad incurrida por el servicio en uno de sus actos administrativos, en principio debería ser acogido a fin de corregir la ilegalidad.

Otros autores en la doctrina comparada se han inclinado por la defensa de la vía administrativa de impugnación, no como un requisito previo para recurrir a los tribunales de justicia, sino como una alternativa que garantiza el amparo de los administrados. Entre ellos, SÁNCHEZ MORÓN sostiene que "constituye también una forma de garantía de los derechos e intereses de los particulares, sencilla y efectiva, de manera que ahorre la necesidad del proceso judicial, que suele ser lento y costoso, contribuyendo de paso a reducir la avalancha de recursos contencioso administrativos"<sup>75</sup>. Agrega en contra de la judicialización de los asuntos contra la Administración que "Parece que invocando el control judicial se exorcizan todos los temores y se solucionan casi todos los problemas. El mito que envuelve a lo judicial se erige entonces en la panacea que solventa situaciones y tranquiliza los ánimos. Pero como dijo Malraux, el mito llama más a la adhesión que al razonamiento, y el mito de la judicialización no deja en ocasiones, ver lo que se esconde detrás del mismo o de su invocación permanente". NIETO GARCÍA en el mismo sentido sentencia "sea como fuere, el hecho es que ya nadie puede seguir rompiendo lanzas en defensa de un Poder Judicial, cuyas ventajas y bellezas únicamente existen en la imaginación de los caballeros andantes"<sup>76</sup>.

Como observan estos autores, las ventajas que ofrece la judicialización de la impugnación de los actos administrativos no son tales, pues la posibilidad de llevar a la Administración ante la justicia si bien es garantía de amparo de los administrados, la supuesta imparcialidad de los tribunales no garantiza la

---

<sup>74</sup> REYES RIVEROS, Jorge. "Invalidación y Nulidad de los Actos Administrativos y otros estudios". 2da Edición, Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2004, p. 129.

<sup>75</sup> SANCHEZ MORÓN, Miguel, citado por REYES RIVEROS. op.cit. p.126.

<sup>76</sup> NIETO GARCÍA. A. "Derecho Administrativo Sancionador" en REYES RIVEROS. op. cit. p. 127.

completa satisfacción de sus intereses, la que además puede verse mermada por la demora que implica un juicio y sus costos. A lo anterior podríamos agregar la falta de especialización de los jueces que conocen de los asuntos contencioso administrativos, que como se ha visto cuya competencia recae en el juez de letras civil, salvo en aquellos casos que se ha creado un tribunal especial para conocer ciertas materias como sucede con los procedimientos licitatorios regidos por la LBCASyPS y el Tribunal de Contratación Pública, caso especial que además no cuenta con la dedicación exclusiva de sus jueces.



## **CAPÍTULO II. LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LA LEY 19.886 Y SUS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS**

### **1. La Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios**

A partir de la llamada agenda modernizadora del Estado, acuerdo político entre la coalición de gobierno y oposición, el legislador tuvo como desafío implementar una serie de reformas al funcionamiento de la Administración, de la cual fue producto también fue producto la LBPA. Otro de los aspectos relevantes que tuvo esta agenda fue abordar la problemática de los contratos celebrados por la Administración, en especial, de dos tipos de contratos que han sido indispensables en el desarrollo de la función administrativa y que a la fecha carecían de una regulación sistemática, estos son los contratos de suministro y los de prestación de servicios<sup>77</sup>.

La necesidad de una regulación sobre estos contratos está dada por dos razones de gran importancia. La primera es que son los dos contratos que más celebra la Administración y, la segunda<sup>78</sup>, consecuencia de la primera, es que por su gran utilización en el cumplimiento de los cometidos de la

---

<sup>77</sup> En concreto, fue la Comisión Nacional de Ética Pública, instaurada a comienzos del gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar en el año 2000, la encargada de llevar a cabo estudios y elaborar políticas públicas e iniciativas legales, destinadas a reforzar el cumplimiento de los deberes legales y éticos de la actividad pública. La conclusión a la que llegó esta Comisión, fue que "en nuestro ordenamiento jurídico, existe una gran dispersión y disparidad normativa al respecto, lo que ha conducido a una desigual y confusa reglamentación, en aspectos tales como: volúmenes de gasto para determinar los mecanismos de contratación, sistemas de registro de contratistas o de precalificación y mecanismos de control" (Mensaje Presidencial que inicia el proyecto de ley, Primer Trámite Constitucional). Así, en definitiva se propuso la dictación de un nuevo marco legal que regulara los contratos celebrados por la Administración que asegurara los debidos estándares de ética pública.

<sup>78</sup> Mensaje Presidencial que inicia el proyecto de ley, Primer Trámite Constitucional.

Administración, el presupuesto público asignado para tales efectos es cuantioso, y resulta necesario implementar medidas en pos de la eficiencia y cuidado en el uso de estos recursos. Fue así como con fecha de 27 de octubre de 1999 se envió el mensaje del Ejecutivo por el que se dio inició a la tramitación del proyecto de una ley de bases de contratos de suministro y prestación de servicio, el que tuvo como eje el establecimiento de un servicio público a cargo de la gestión de las compras del Estado, la capacitación de los agentes a cargo de la materia y un sistema electrónico de información e intermediación en el cual se gestionen las compras.

Esta nueva regulación es parte de una tendencia mundial en la que los Estados ponen las Tecnología de la Información y Comunicación (TICs) al servicio de la Administración y de esa manera cumplen sus funciones de una forma expedita, transparente, y cercana con el administrado. Este fenómeno es llamado “E-government” o gobierno electrónico y es una consecuencia directa del proceso de globalización que han experimentado las Administraciones, gracias a herramientas como el internet que han cambiado las formas de interacción entre particulares y también entre Administración y particulares.

Por su parte, el comercio y la contratación en general no ha quedado ajeno a estas innovaciones y de esta forma ha nacido el comercio y la contratación electrónica.

Las transacciones por medios electrónicos han adquirido una importancia insospechada hasta hace pocos años. Aunque podría parecer algo demasiado reciente, ya en 1997, según un estudio realizado por la empresa consultora Norteamérica Forrester Research, pronosticó un crecimiento del comercio electrónico por internet de los 121 millones de dólares de ese año a 3.800 millones de dólares al año 2002. En 2010, sólo en Latinoamérica y el Caribe, de acuerdo a un estudio realizado por América Economía Intelligence por encargo de la firma de medios de pago Visa, el comercio electrónico a consumidores creció en 39,2% durante 2009, lo que le

permitió llegar a la suma de \$ 21.775 millones de dólares, y al año siguiente el comercio electrónico tuvo un salto de 27%, lo que permitió cerrar un crecimiento cercano a la cifra de 28 mil millones de dólares<sup>79</sup>. En Chile, también en 2010, el comercio electrónico entre empresas, alcanzó los \$550 millones de dólares (más de 405 millones de euros), resultado estimado en base a mil empresas encuestadas de todos los tamaños<sup>80</sup>. Así, Chile es el líder de la región en cuanto a comercio electrónico, según el Informe de la Sociedad de la Información (ISI) con una compra per cápita que llega a los US\$181 anuales. Además, según estimaciones de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS), el ritmo de crecimiento del comercio electrónico en Chile está en torno al 30%<sup>81</sup>.

Si se observan estas cifras, se extrae que el comercio electrónico se ha convertido en un importante medio de intercambio, tanto a nivel de comerciantes, como entre empresas y consumidores y, en ambos, la tendencia es al alza. Por esta razón, el derecho ha tenido que intervenir en la regulación de estos actos, que si bien se rigen por el derecho común, al no ser celebrados de manera presencial tienen ciertas particularidades que han merecido la preocupación del legislador la que se ha concretizado en leyes como la 19.799 sobre Firma y Documentos Electrónicos.

En este contexto de crecimiento y desarrollo del comercio electrónico, entra en vigencia la Ley N° 19.886 de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, la que incorpora la contratación electrónica al sector público, mediante una plataforma por la que los órganos sujetos a esta ley, deben realizar sus procedimientos de compra, dejando atrás

---

<sup>79</sup> AMERICA ECONOMÍA. La fuerza del e-commerce en América [en línea] <[http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio\\_electronico/estudio.php](http://especiales.americaeconomia.com/2010/comercio_electronico/estudio.php)> [consulta : 15 de septiembre 2014]

<sup>80</sup> INSTITUTO LATINOAMERICANO DE COMERCIO ELECTRÓNICO. Las ventas por Internet en Chile se estiman en 550 millones de dólares en 2010. [en línea] <<http://www.einstituto.org/nuestras-iniciativas/observatorio-y-centro-de-estudios-de-la-economia-digital/chile/>> [consulta: 15 de septiembre 2014]

<sup>81</sup> PULSO. Empresa & Mercado: El comercio electrónico crece 30% al año en Chile [en línea] <<http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/empresa/2012/04/11-5239-9-el-comercio-electronico-crece-30-al-ano-en-chile.shtml>> [consulta: 15 de septiembre 2014]

la presencialidad en favor de la eficiencia, ahorro presupuestario y la publicidad. La totalidad del procedimiento de contratación deberá llevarse por medio de este sistema de información, desde el llamado y publicación de bases de la propuesta pública hasta la adjudicación del contrato, incluyendo toda interacción que pueda proceder entre Administración y proveedores.

La LBCASyPS consta de seis capítulos, en los que determina el marco jurídico de los procedimientos de compra de la Administración, los contratos celebrados por la Administración que están sujetos a su aplicación, los requisitos que deben reunir los proveedores que participen en procedimientos de compra, los procedimientos por los cuales pueden contratar los servicios públicos, así como los requisitos que deben reunir las ofertas y las garantías cuya presentación requieren; la reglamentación sobre los registros de proveedores y el establecimiento y regulación del sistema de información y contratación por el cual la Administración realiza sus compras; el establecimiento de una magistratura especial, de carácter contencioso administrativa para conocer de los conflictos que se susciten dentro de los procedimientos licitatorios; y por último crea un órgano descentralizado que estará a cargo de la plataforma electrónica de contratación de la Administración y de otras tareas de coordinación y cooperación con los órganos sujetos a la ley. Como se observa, la LBCASyPS no regula los contratos de suministro y prestación de servicios y sus efectos, sino que el procedimiento por el cual la Administración elige a su contraparte.

No es objeto de este trabajo hacer un análisis pormenorizado de cada uno de los aspectos de esta ley, sino que sólo remitirnos a su objeto, es decir, los contratos de suministro y prestación de servicios y los procedimientos de contratación que la ley en comento contempla, para luego introducirnos de lleno en la revisión administrativa de estos procedimientos.

## **2. El ámbito de aplicación de la Ley 19.886: Los contratos administrativos de suministro y Prestación de Servicios**

### **2.1. La actividad formal de la Administración**

Tradicionalmente se ha tenido por sentado que la Administración cumple sus fines, sean estos la satisfacción de necesidades públicas o el cumplimiento del interés general, por medio de actos administrativos, ordenando realizar una prestación, estableciendo gravámenes a particulares u otorgando algún derecho o ventaja a los administrados.

Sin embargo la actividad formal de la Administración no termina con la imposición de la voluntad de los entes administrativos a través de sus actos, pues el cumplimiento de la función administrativa y la prestación de ciertos servicios públicos se hace imposible si no es por medio de la intervención de privados en el cumplimiento de dicha función, siendo la institución del contrato la solución para esta problemática. De modo que la actividad formal de la Administración no sólo se compone de actos administrativos, sino también de contratos, en los cuales ésta no impondrá su voluntad unilateralmente sobre los administrados, en su lugar, establecerá un vínculo jurídico con un particular por el que ambos se obligarán recíprocamente a realizar las prestaciones que en dicho acuerdo determinen.

Como observan DROMI<sup>82</sup> y MARIENHOFF<sup>83</sup>, la lógica en que opera la Administración muta desde la imposición a la colaboración, pues tiene ella presente que la complejidad que significa dar cabalmente cumplimiento a su cometido, no es posible por medio de actos unilaterales, debiendo en la práctica buscar la colaboración voluntaria de particulares y así celebrar actos bilaterales e incluso plurilaterales que la provean de bienes, servicios e infraestructura.

Asimismo, se manifiesta también un cambio en la visión antagónica de los intereses del Estado y los intereses de los particulares, las cuales no

---

<sup>82</sup> DROMI, José Roberto. "La licitación Pública" (1). Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, pp.2-3.

<sup>83</sup> MARIENHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomo III-A. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, pp. 20 y ss.

aparecen como contrapuestas. Claro está si Administración y privado colaboran, los intereses de ambos no pueden ser contrarios sino complementarios. Mientras los particulares proveen a la Administración de ciertas especies, la Administración otorgará una prestación monetaria. Eso sucede cuando el colaborador de la Administración persigue un interés pecuniario. Sin embargo de manera más reciente se ha producido el fenómeno de la llamada "Asociación público - privada" en la cual, los particulares incluso colaboran con la Administración del Estado por iniciativa propia<sup>84</sup>.

En consecuencia, la Administración encuentra en la institución del contrato una útil herramienta para el cumplimiento de sus fines, gracias al cual consigue una mayor eficiencia en la función administrativa y muchas veces, no sólo eficiencia, sino que también la hace posible. De modo que acto y contrato administrativo son las formas que reviste la actuación de la Administración, no encontrándose una en infra posición de la otra, pues ambas aparecen como vías de actuación válidas y equiparables, no existiendo norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que establezca la predilección de actos sobre contratos para el cumplimiento de la función administrativa<sup>85</sup>.

## **2.2. El contrato como institución**

El artículo 1438 del Código Civil chileno define contrato o convención como "un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa". La definición de Bello ha sido criticada en múltiples

---

<sup>84</sup> MORAGA ha sostenido que en los últimos años la relación público - privada ha excedido del ámbito del principio de subsidiariedad, pasando a un estadio de colaboración entre el sector público y privado, en el que el Estado se ha convertido en un verdadero promotor de acción conjunta, llamando a los privados y asociaciones intermedias a no sólo cumplir con sus fines específicos, sino que también a ser partícipes de la función pública, a través de institutos administrativos, que a pesar de no ser nuevos, como la concesión, ha logrado que privados ejecuten obras públicas a cambio de su explotación. De forma que plantea que se ha transitado del Estado Moderno, en el que se lograron conquistas históricas como la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos fundamentales, a un Estado Mancomunado. MORAGA KLENNER, Claudio. "El Estado en tres momentos" (1), en Revista de Derecho Público Universidad de Chile, N° 77, 2012.

<sup>85</sup> MORAGA KLENNER, Claudio. "Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Formal de la Administración" (2). Tomo VII. Coordinado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando. AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 279.

ocasiones principalmente por confundir los conceptos de contrato y convención, pues más que sinónimos están relacionados como género y especie, siendo la convención género y contrato la especie. LOPEZ SANTA MARÍA, teniendo clara la distinción define contrato como “un acto jurídico bilateral o convención que crea obligaciones”.<sup>86</sup>

Ahora, el contrato como convención creadora de obligaciones no sólo ha servido a los privados en sus relaciones comerciales y de intercambio de bienes y servicios, sino que también históricamente el contrato ha constituido una herramienta de colaboración entre el Estado y particulares. En efecto, como anota DROMI, no siempre el Estado acciona de manera unilateral y forzosa frente a sus administrados sino que también y con frecuencia, consigue acuerdos celebrando actos de carácter bilateral o plurilateral<sup>87</sup>. Estos acuerdos, en que interviene la voluntad de la Administración y la de un particular y que establezca obligaciones tanto para el primero como para el segundo, también son un contrato.

El contrato así, tal como lo conocemos, una institución jurídica que tradicionalmente se le adjudica al derecho privado es una figura común en las diversas ramas del derecho, pues "no hay figuras jurídicas exclusivas del derecho privado o de derecho público"<sup>88</sup>. El contrato como un instrumento jurídico de reglar relaciones entre las personas corresponde a una categoría abstracta y genérica, pues con contrato simplemente nos referimos a un acuerdo de voluntades que crea obligaciones. Por lo tanto, nada impide que estas voluntades provengan de personas de carácter público o privado, esté al servicio del interés de particulares o esté al interés de entes públicos.

---

<sup>86</sup> LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. “Los Contratos Parte General”. 5ta Edición. Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2010, p.3

<sup>87</sup> DROMI. op. cit. (1), p. 3.

<sup>88</sup> DROMI, José Roberto. "Derecho Administrativo" (2). Tomo II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 312.

### **2.3. Contratos privados de la Administración y Contratos administrativos de la Administración**

El contrato como una herramienta al servicio de la Administración no es algo nuevo, pues desde antiguo el Estado ha requerido obtener de particulares determinadas prestaciones para cumplir la función administrativa y dar satisfacción a necesidades públicas. Sin embargo, no siempre la actividad contractual de la Administrativa ha tenido como denominación única la de "contratos administrativos", sino que también se han distinguido entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración.

Esta distinción de origen procesal, que atendía al tribunal competente para conocer de controversias en las que fuera parte de un contrato la Administración, devendría con el tiempo en sustantividad en cuanto el contrato sería privado o administrativo según si el estatuto de fondo aplicable fuera de derecho privado o público.

Sin embargo, como sostiene MORAGA, la distinción no ha dado mayores problemas debido a que en nuestro país, desde 1874 ha regido una justicia administrativa con una vinculación muy estrecha a los tribunales ordinarios, dada la inexistencia de tribunales contencioso - administrativos<sup>89</sup>. Y en cuanto al derecho aplicable, como se ha adelantado, el derecho público no se basta así mismo, debiendo recurrirse en mayor o menor intensidad al derecho privado, de modo que existe una armonía entre los estatutos público y privado en materia de contratación pública. No existe contrato celebrado por la Administración (por lo menos en la realidad nacional) que no recurra a normas de ambos estatutos, ya sea en su etapa de formación, ejecución o terminación.

No obstante que algunos autores de manera reciente siguen sosteniendo la vigencia de esta distinción<sup>90</sup>, no podemos sino concluir que su inutilidad es absoluta en el estado actual de la materia.

---

<sup>89</sup> MORAGA. op.cit. (2), p. 325.

<sup>90</sup> El profesor Ramón HUIDOBRO, en su obra "Derecho y Administración Comunal", al tratar los contratos que celebran las municipalidades, distingue entre contratos civiles de la



## 2.4. El contrato administrativo

El profesor Enrique SILVA CIMMA definía el contrato administrativo como "un acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular y otro órgano de aquella, que persigue un fin público, y se somete a las reglas del Derecho Público"<sup>91</sup>.

Por su parte el profesor DROMI lo define como un "negocio jurídico de Derecho Público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas por el simple consentimiento por adhesión del particular a relaciones previamente establecidas por la Administración"<sup>92</sup>.

Contraloría General de la República ha definido el contrato administrativo, a través de sus dictámenes, como "todo acto bilateral del Estado, generadora o no de obligaciones, y que involucra hasta los convenios entre los servicios públicos, sea que actúe en uso de sus facultades exorbitantes o como privado"<sup>93</sup>.

El contrato administrativo en definitiva es una institución convencional que se subsume perfectamente en la figura de contrato establecida en el artículo 1438 del Código Civil, pues es un acuerdo de voluntades (en que al

---

Administración comunal y contratos administrativos de la misma. Los primeros de acuerdo a este autor son aquellos nominados o innominados que establece el Código Civil y los regulados en el Código de Comercio. Por su parte los segundos corresponden a aquellos que celebre "una Municipalidad y un particular, sea persona natural o jurídica, y que se encuentra sometido a un régimen de regulación normativa de derecho público contemplado en la propia LOCM o en una ley especial de contratación administrativa aplicable a las municipalidades, para la satisfacción de las necesidades públicas comunales". Véase HUIDOBRO SALAS, Ramón. "Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y Administración Comunal". Coordinado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Tomo III. AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010. pp. 65 - 66.

En el mismo sentido Nancy BARRA y Gabriel CELIS al abordar el concepto de contratación administrativa a partir de un ya antiguo dictamen de Contraloría General de la República distinguen entre contratos administrativos propiamente tales sometidos al régimen de Derecho Público y contratos civiles celebrados bajo un régimen jurídico de derecho privado. Véase BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DANZINGER, Gabriel. "Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras". Legal Publishing, Santiago, 2008. p. 2.

<sup>91</sup>SILVA CIMMA. op. cit. (2), p.

<sup>92</sup>DROMI. op. cit. (2), p. 317.

<sup>93</sup>Dictámenes N° 12.251 de 1993, N° 46.532 de 2000, N° 46.460 de 2000.

menos uno de los intervinientes es un ente estatal) que establece obligaciones para las partes.

El mensaje presidencial con el que se inició un Proyecto de Ley de Bases de Contratos Administrativos de Estudios y Proyectos de Inversiones de Obras Públicas, definía los contratos administrativos de la siguiente forma: "Contrato administrativo es aquél en que una de las partes es un órgano de la Administración que tiene un estatuto jurídico propio, que es de Derecho Público, que contempla potestades exorbitantes de la Administración, que se expresan en el iusvariandi y en la terminación unilateral por voluntad de la Administración, que genera obligaciones personalísimas para el contratante privado". Esta definición nos ofrece al menos cuatro elementos: a) es un contrato celebrado por un órgano de la Administración; b) goza de un estatuto de derecho público; c) consagra la existencia de potestades exorbitantes para la Administración y; d) establece obligaciones de carácter personalísimo para el contratante particular.

Analicemos estos elementos uno por uno<sup>94</sup>.

*a) Es un contrato celebrado por un órgano de la Administración*

Excluye la posibilidad de que un contrato administrativo sea celebrado entre dos particulares. Por tanto, en un contrato administrativo, a lo menos uno de los contratantes deberá ser un órgano de la Administración. Decimos que a lo menos uno, porque en la práctica un contrato administrativo podría ser celebrado por dos entes públicos, como es el caso de los convenios interadministrativos.

*b) Goza de un estatuto propio de Derecho Público*

De acuerdo a este punto el contrato administrativo y su regulación se agotaría en las normas jurídica de derecho público. Disentimos de esta opinión por cuanto la regulación legal de algunos contratos administrativos es tan vaga

---

<sup>94</sup> Apuntes de clases Contratación Administrativa, cátedra profesor Claudio Moraga, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014 (No publicado).

que resulta insuficiente atenerse exclusivamente a las normas de derecho público y, así, en la ejecución e interpretación de los mismos se debe recurrir de manera supletoria a normas de derecho común y así lo ha entendido la jurisprudencia.

*c) Existencia de poderes exorbitantes en favor de la Administración*

En la mayoría de los contratos administrativos, la Administración está dotada de poderes exorbitantes como el *ius variandi*, por el cual podría establecer modificaciones en el contenido del contrato de forma unilateral. Sin embargo, no es del todo correcto caracterizar los contratos de la Administración en función de la exorbitancia de sus facultades, pues en los contratos interadministrativos, en los cuales ambos intervinientes son parte de la Administración del Estado no existen tales facultades para las partes.

*d) Establece obligaciones personalísimas para las partes*

Este cuarto elemento resulta como el más cuestionable, puesto que es usual en la práctica que en contratos de obra pública o de concesión de obra pública exista la figura de la subcontratación, por la cual terceros en la relación Administración - Contratista, ejecutan parte de la obra y, también, existe la novación subjetiva, pudiendo ser sustituido el contratante particular por otro, si se cumplen los requisitos establecidos por la ley.

## **2.5. Un nuevo concepto de contrato administrativo**

Sin perjuicio de la utilidad de alguno de los criterios recién expuestos y a modo de cierre de este acápite sobre la conceptualización y caracterización del contrato administrativo, queremos exponer brevemente una nueva visión, sostenida en una tesis de reciente data, acerca del concepto de contrato administrativo y sus elementos, que reconoce de manera fiel la realidad administrativa actual.

De acuerdo a esta nueva visión sobre el contrato administrativo, éste es un "instrumento jurídico de que se vale el sector público nacional para realizar su función administrativa, dada la incapacidad de materializar individual y

directamente esa misión y/o la conveniencia de la colaboración de otros órganos públicos o privados, nacionales o internacionales, en la materialización de la misma; regulado por un régimen jurídico mixto, en que confluyen la aplicación de normas de Derecho Público complementadas por normas de Derecho Privado y de Derecho Internacional<sup>95</sup>. Este nuevo concepto de acto administrativo es fruto de un nuevo paradigma que se corresponde con una Administración que incorpora al sector privado en el cumplimiento de la función administrativa, ya sea por la imposibilidad de entes públicos de satisfacer ciertas necesidades públicas, o sea por la conveniencia que representa para el interés general que un particular provea o realice cierta gestión. A su vez, es una visión que tiene la virtud de no considerar antiguas distinciones que reconocían contratos privados de la Administración y contratos administrativos de la Administración según cual fuere el estatuto de fondo aplicable, categorías que en el estado actual de las cosas se hacen completamente inútiles.

Analicemos brevemente sus elementos:

a) *Instrumento jurídico de que se vale el sector público nacional para realizar su función administrativa*

Los contratos, al igual que los actos administrativos, son parte de la actividad formal de la Administración, pudiendo ésta dar cumplimiento a sus fines por cualquiera de éstos según cuál sea el más conveniente.

b) *Incapacidad de materializar individual y directamente esa misión y/o la conveniencia de la colaboración de otros órganos públicos o privados, nacionales o internacionales*

La Administración optará por buscar un colaborador en su función administrativa, ya sea porque es incapaz por sí misma de prestar ciertos servicios, ejecutar determinada obra o abastecerse de bienes, o bien porque la

---

<sup>95</sup> PARRA SANHUEZA, Andrea. "¿Qué entender por contrato administrativo en el ordenamiento jurídico chileno actual?". Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013, p. 137.

colaboración de un tercero es más conveniente para el interés general, por razones de eficiencia y/o especialidad de un colaborador ajeno al ente público.

En esta estructura de colaboración pueden interactuar con la Administración tanto privados como otros entes públicos. Es así como particulares podrán contratar con la Administración previo procedimiento de contratación, realizando ciertas prestaciones en favor de ella a cambio de cierto monto de dinero, una concesión de derechos, etc. Y también pueden colaborar otros entes públicos mediante convenios interadministrativos. Por aquello es que esta nueva definición de contrato administrativo excluye los poderes exorbitantes de la Administración en una relación contractual, dado que es cierto que en buena parte de los contratos celebrados por ella hay presencia de estas cláusulas (especialmente en contratos que celebre con particulares), sin embargo en aquellos casos que se de un vínculo obligacional entre órganos de la Administración difícilmente podríamos concebir este tipo de poderes de superposición.

*c) Regulado por un régimen jurídico mixto, en que confluyen la aplicación de normas de Derecho Público complementadas por normas de Derecho Privado y de Derecho Internacional*

Los contratos celebrados por la Administración, en la práctica, no se rigen exclusivamente por normas de derecho público, sino más bien por un estatuto jurídico mixto conformado tanto por normas de derecho público, privado e incluso disposiciones de tratados internacionales suscritos por Chile.

El contrato se regirá por normas de derecho público en cuanto a su conformación o celebración, pues de acuerdo al artículo 9° de la LOCBGAE, la Administración deberá someterse a un procedimiento de contratación el cual debe ser por regla general la licitación o propuesta pública o en su defecto licitación privada o trato directo, siendo toda la normativa a este respecto normas de derecho público, al consistir en procedimientos administrativos de búsqueda de un contratante.

En su ejecución, sin embargo, el contrato no sólo estará dirigido por normas de derecho público, dado que su regulación no se hace cargo de todos los aspectos concernientes a esta etapa, debiendo acudir al derecho privado en mayor o menor medida. Muestra de aquello es la aplicación de las normas de interpretación de contratos contenidas en los artículos 1560 a 1566 del Código Civil, estándares de diligencia exigidos, la regulación de garantías, etc.

Asimismo podrían tener aplicación normas contenidas en tratados internacionales en aquellos casos que el contratante particular sean personas o sociedades extranjeras, debiendo aplicarse según corresponda tratados internacionales de protección de inversión extranjera suscritos por Chile.

En consecuencia, entendemos el contrato administrativo como una herramienta que la Administración utiliza para el cumplimiento de sus fines, por la cual obtiene la colaboración de agentes privados o de otros entes públicos para realizar determinadas gestiones, en consideración de su incapacidad o conveniencia para que terceros asuman dicha gestión, la cual se rige por un estatuto jurídico mixto, preferentemente de derecho público pero complementado por normas de derecho privado e incluso internacionales.

## **2.6. ¿Contrato Administrativo o Contrato de la Administración?**

La idea de contrato administrativo es una creación jurisprudencial del Consejo de Estado francés, que tuvo su origen en la determinación de cuál era la jurisdicción correspondiente para dirimir un conflicto entre un particular y una Administración local.

En el *arrêt Théron* de 1910, el Consejo de Estado estimó, que el conflicto suscitado por el incumplimiento contractual entre la ciudad de Montpellier y un particular que había sido contratado para capturar perros sin dueño de las calles y retirar sus cadáveres a fin de mantener la seguridad e higiene de la ciudadanía, correspondía a la jurisdicción administrativa. Pues razonó que, a falta de norma expresa que determinara cual era el tribunal

competente para conocer asuntos contractuales en los cuales una de las partes era un ente público, era la jurisdicción administrativa.

Más tarde, en el *arrêt Société des GranitsPorphyroïdes des Vosges* de 1912, reconocería también como un criterio para establecer su competencia la existencia de poderes exorbitantes en contratos celebrados por la Administración.

De esta manera, paulatinamente el Consejo de Estado comenzó a establecer principios y a crear normas sustantivas y especiales para resolver los conflictos en que una de sus partes fuera un órgano público, de modo que terminó por elaborar una teoría general del contrato administrativo. Así el contrato administrativo se convierte en una nueva categoría contractual, que se somete al derecho público (en oposición a los contratos privados, sometidos al derecho común), teniendo la Administración una serie de facultades exorbitantes, como el iusvariandi, el poder de control y dirección del contrato, la facultad de imponer personalidades al contratista, la prerrogativa de interpretar el contrato, la posibilidad de decretar su caducidad, rescisión, rescate o terminación, entre otros<sup>96</sup>.

En lo que respecta a nuestro derecho, no existe el contrato administrativo en los términos que el derecho francés lo concibe. En Chile no se ha establecido una teoría general sobre éstos, por el hecho de que los contratos que celebra la Administración no han recibido una regulación sistemática uniforme, sino que han sido regulados de forma individual, teniendo como resultado una pluralidad de estatutos jurídicos que norman la contratación pública. Incluso es posible afirmar que la regulación publicista que reciben estos contratos no se basta a sí misma, debiendo aplicarse de manera supletoria el derecho común.

---

<sup>96</sup> CAMPOLIETI, Federico. "Los límites del contrato administrativo", en "Contratos Administrativos: culturas y sistemas jurídicos comparados", coordinado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2007, pp. 22 - 23.

Conociendo nuestra realidad administrativa, en Chile no podemos hablar de contrato administrativo en un sentido estricto, puesto que la voz "contrato administrativo" acusa la existencia de una teoría general de este tipo de contratos, siendo más propio en nuestro Derecho, que hablemos de los "contratos de la Administración". No obstante esta necesaria precisión conceptual, en las siguientes páginas nos referiremos de manera indistinta a nuestro objeto de estudio.

## **2.7. Elementos que distinguen un contrato administrativo**

Algunos criterios que la doctrina ha ideado para la identificación de un contrato administrativo

a) Criterio subjetivo: atiende a los intervinientes de la relación contractual, siendo un contrato de esta naturaleza si la Administración del Estado es uno de sus contrariantes.

b) Criterio de la jurisdicción: será un contrato administrativo si las controversias suscitadas en la ejecución e interpretación del mismo, son conocidas por un tribunal contencioso administrativo, de lo contrario será un contrato privado.

c) Criterio formal o de procedimiento: atiende al procedimiento de contratación administrativa, es decir si el contrato ha sido celebrado tras un procedimiento de contratación como una licitación pública, licitación privada o trato directo.

d) Criterio de la calificación legal: son contratos administrativos aquellos que han sido tipificados por la ley como tales.

e) Criterio de la intención de las partes: atiende a si la intención de las partes es celebrar un contrato administrativo

f) Criterio de los poderes exorbitantes: se está en presencia de un contrato administrativo cuando éste establezca cláusulas exorbitantes en favor de la Administración.



g) Criterio finalista: es contrato administrativo aquel que tenga por finalidad dar cumplimiento a la función administrativa.

Estos son sólo algunos de los criterios que la doctrina ha ofrecido para identificar los contratos administrativos. Sin embargo ninguno de ellos se basta por sí sólo para caracterizar un contrato administrativo e, incluso, algunos de ellos no tienen utilidad alguna en nuestra realidad jurídica. Un ejemplo es el criterio de la jurisdicción, según el cual un contrato es administrativo si el tribunal que conoce los conflictos que surjan en torno a él son de carácter contencioso administrativo. Como sabemos dichos tribunales en nuestro ordenamiento jurídico, pese al mandato del constituyente de 1925 y de 1980, no han sido creados.

No obstante algunos de estos criterios si podrían ser útiles para caracterizar un contrato administrativo<sup>97</sup>.

El primero de estos, el criterio subjetivo, es a nuestro juicio el principal, dado que en este estado de desarrollo de la disciplina es indubitado que uno de los intervinientes en este tipo de contratos debe ser la Administración del Estado.

El segundo criterio que puede resultar de utilidad es aquél que centra su atención en la calificación legal del contrato. La Administración, como sujeto público está regida en su complejidad por el principio de legalidad, es decir sólo podrá realizar aquellas acciones que expresamente la Constitución o las leyes le faculden. Si la Administración puede celebrar contratos para el cumplimiento de sus fines es precisamente porque el ordenamiento jurídico se lo permite. Por tanto, la calificación legal del contrato como administrativo resulta útil para caracterizarlo.

Y, por último, nos parece útil el criterio que atiende al procedimiento de contratación utilizado, puesto que la Administración por regla general elige a su

---

<sup>97</sup>Apuntes de clases Contratación Administrativa, cátedra profesor Claudio Moraga, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2014 (No publicado).

contraparte mediante procedimientos administrativos como una licitación pública, por razones de índole económica, técnica y también por demostrar a la ciudadanía que la Administración opera de forma proba, dando cumplimiento a lo establecido por el constituyente en el artículo 8° de la Carta Fundamental.

### **3. El Contrato de Suministro y Prestación de Servicios**

Dentro de la tipología de contratos administrativos, uno de los más antiguos, junto al contrato de obra pública, es el contrato de suministro, ambos ya utilizados en la antigua Roma.

En su concepción ordinaria el contrato de suministro se entiende como aquel en que una de sus partes realiza de forma periódica en un tiempo prolongado ciertas prestaciones en favor de otra a cambio de un precio fijado o a fijarse. De modo que el contrato de suministro en el derecho privado es entendido como un contrato de tracto sucesivo, en el cual una persona proveerá a otra de un bien mueble o un servicio. En estos términos, el suministro se aleja de la compraventa, por cuanto en la celebración de esta última se establece la obligación a cargo del vendedor de entregar la cosa o cantidad de cosas objeto de dicho contrato y el comprador queda obligado a pagar el precio en dinero por esas cosas. En cambio, en el contrato de suministro, "la perfección del contrato no crea a cargo del suministrante la obligación de entregar bienes, sino la obligación de atender los pedidos del suministrado; es decir, asumen típicamente una obligación de suministrar o proveer"<sup>98</sup> y por esa razón, es llamado también contrato de aprovisionamiento.

No obstante en términos ius administrativistas, la conceptualización del contrato de suministro toma distancia de la concepción ius privatista.

---

<sup>98</sup> FARINA, Juan María. "Contratos Comerciales Modernos" . 3ª ed. Editorial Astrea, Buenos Aires. 2005, p. 472.

MARIENHOFF conceptualiza el contrato de suministro como, aquel que la Administración “conviene con una persona o entidad en que éstas le provean de cierto o ciertos elementos, mediante un precio que les abonará”<sup>99</sup> .

Por su parte, en el medio nacional Patricio AYLWIN de manera más simple y clara dice “que se trata de un contrato de compraventa, al cual se le da la categoría de contrato administrativo, por estar destinado al funcionamiento de la Administración”<sup>100</sup> .

Como se extrae de estas definiciones, el contenido del contrato administrativo de suministro es más amplio que el del derecho común, así como existe en aquel una clara diferenciación entre un contrato de aprovisionamiento y uno de compraventa, en nuestra disciplina se ha comprendido la compraventa de bienes muebles por parte de la Administración dentro del contrato de suministro. De este modo, este contrato no tiene como un elemento de su esencia que las prestaciones realizadas por el suministrante sean de tracto sucesivo, es decir, que se cumplan periódicamente a lo largo de un periodo de tiempo, sino que también podría existir la posibilidad de que la Administración celebre una compraventa de bienes muebles bajo la misma denominación. Por ejemplo, un hospital público podría mediante el procedimiento de contratación correspondiente, adquirir el aprovisionamiento mensual de cierta cantidad de cilindros de oxígeno para atender a sus pacientes por la celebración de un contrato de suministro, el cual en este caso será de tracto sucesivo por la periodicidad de las prestaciones. Pero, también, celebra un contrato de suministro al adquirir una máquina para realizar exámenes de radiografía a sus pacientes, en el cual, por la naturaleza de la prestación, no existe periodicidad alguna.

El contrato administrativo de suministro lo entendemos de manera amplia, como observa PARADA, se asemeja a una compraventa en cuanto

---

<sup>99</sup>MARIENHOFF. Op. cit. Tomo III, p. 652.

<sup>100</sup> ALWYN AZOCAR, Patricio. “Derecho Administrativo, Teoría del Acto Administrativo y Contencioso Administrativo”. Editorial Jurídica, Santiago, 1969, p. 105.

adquiere la propiedad de bienes muebles a cambio de un precio, diferenciándose del aprovisionamiento en su concepción más propia, en que la adquisición de los bienes se da en fases sucesivas e, incluso, "el contrato de suministro puede asimilarse al contrato de obra cuando el suministrador realiza un previo proceso de elaboración o fabricación de los bienes que se ha comprometido a entregar"<sup>101</sup>. En el mismo sentido, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ consideran el contrato de suministro como "un haz de contratos instrumentales, cuyo objeto sería proveer a la Administración de los productos, utensilios e incluso servicios relativos a dichos bienes, que necesita para el cumplimiento de sus funciones"<sup>102</sup>.

El legislador español siguiendo esta concepción amplia del contrato de suministro, en el artículo 171 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo define como el contrato que "tenga por objeto la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento, con o sin opción de compra, o la adquisición de productos o bienes muebles, salvo los relativos a propiedades incorpóreas y valores negociables, que se regirán por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas aplicable a cada caso".

El legislador chileno sigue una senda similar, estableciendo en LBCASyPS en su artículo 2° que "se entenderá por contrato de suministro el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles". Agrega su inciso 2° que se entenderá por tales también los siguientes contratos:

- a) La adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión de derecho de uso de estos últimos (con excepción a software los cuales serán considerados contratos de servicio).

---

<sup>101</sup> PARADA, Ramón. Derecho Administrativo Parte General. 12ma Edición. Marcial Pons, Madrid, 2000, p.380.

<sup>102</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. "Curso de Derecho Administrativo I". Duodécima Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2004, p.738.

b) Los de mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o arrendamiento, y

c) Los de fabricación, por lo que las cosas que hayan de ser entregadas por el contratista deben ser elaboradas con arreglo a las características fijadas previamente por la Administración, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales.

El concepto de contrato de suministro de la LBCASyPS es amplio, abarcando más hipótesis que las comprendidas dentro de comunes compraventa de insumos a contratos como arrendamiento y la prestación de algunos servicios.

El legislador chileno, a diferencia del español, tuvo la intención de hacer la distinción entre contrato de suministro y contrato de prestación de servicios, lo que se desprende del hecho que el artículo 2° de la LBCASyPS sólo definió el de suministro pese a que en él incluyó cierto tipo de servicios. Sin embargo, olvidó definir el contrato de servicio en la misma ley, subsanando esta omisión en su Reglamento, cuyo artículo 2 n° 10 establece que es "Aquél mediante el cual las entidades de la Administración encomiendan a una persona natural o jurídica la ejecución de tareas, actividades o la elaboración de productos intangibles. Un contrato será considerado igualmente de servicios cuando el valor de los bienes que pudiese contener sean inferiores al cincuenta por ciento del valor total o estimado del contrato". Agrega que los servicios se clasifican en generales y personales y a su vez, los personales en propiamente tales y especializados.

Aunque conceptualmente son contratos distintos, comparten el mismo estatuto jurídico que es la ley en comento, que no establece mayores diferencias entre ellos.

#### **4. Los requisitos de la aplicación de la LBCASyPS**

Del artículo 1º se extrae que la ley será aplicable a los contratos celebrados por la Administración del Estado, que sean celebrados a título oneroso, que se trate de contratos de suministro de bienes o prestación de servicios, y que dichos bienes o servicios sean destinados a la satisfacción de necesidades públicas. Por tanto, para que la ley sea aplicable a un procedimiento de contratación deberán concurrir cuatro requisitos, los cuales ahondaremos a continuación.

##### **4.1. Contratos celebrados por la Administración del Estado.**

De acuerdo al inciso 2º del artículo 1º de la LBCASyPS se entiende por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la LOCBGAE, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley, es decir, los órganos del Estado que estarán sometidos a ella son los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad pública, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades.

En cuanto a la denominación que reciben los órganos de la Administración en los procedimientos de contratación regidas por la LBCASyPS, de acuerdo al artículo 2º del Reglamento de la ley, son llamadas genéricamente como “entidades”.

##### **4.2. Contratos celebrados a título oneroso**

El artículo 1º de la LBCASyPS señala que los contratos regidos por dicha normativa deben ser celebrados a título oneroso. La onerosidad de estos contratos podría contraponerse a la idea de colaboración entre Administración y particulares, según la cual el Estado no impone su voluntad de manera unilateral, sino que al contrario, ve en el contrato una herramienta de colaboración en el cual llegará a un acuerdo de voluntades con un privado y

ambas partes asumirán obligaciones una con la otra. Por esta razón la onerosidad estipulada por la LBCASyPS debe ser de tipo conmutativa, la que según el artículo el 1441 del Código Civil consiste en que las obligaciones adquiridas en un contrato se miren como equivalentes.

### **4.3. Contratos administrativos de suministro y prestación de servicios**

En cuanto a los contratos de suministro y prestación de servicios, nos remitiremos a lo ya expuesto anteriormente. La LBCASyPS, como ley de bases de contratación administrativa, sólo es aplicable a estos dos tipos de contratos, estableciendo de manera expresa en su artículo 3º los contratos que están excluidos de la aplicación de la ley<sup>103</sup>.

---

<sup>103</sup> En concreto, el artículo 3º excluye de la aplicación de la ley, los siguientes contratos: a) Las contrataciones de personal de la Administración del Estado reguladas por estatutos especiales y los contratos a honorarios que se celebren con personas naturales para que presten servicios a los organismos públicos, cualquiera que sea la fuente legal en que se sustenten; b) Los convenios que celebren entre sí los organismos públicos enumerados en el artículo 2º, inciso primero, del decreto ley Nº 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, y sus modificaciones; c) Los contratos efectuados de acuerdo con el procedimiento específico de un organismo internacional, asociados a créditos o aportes que éste otorgue; d) Los contratos relacionados con la compraventa y la transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros; e) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas.

Asimismo, quedan excluidos de la aplicación de esta ley, los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, como asimismo los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley Nº 19.865 que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido.

No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria, y

f) Los contratos que versen sobre material de guerra; los celebrados en virtud de las leyes números 7.144, 13.196 y sus modificaciones; y, los que se celebren para la adquisición de las siguientes especies por parte de las Fuerzas Armadas o por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública: vehículos de uso militar o policial, excluidas las camionetas, automóviles y buses; equipos y sistemas de información de tecnología avanzada y emergente, utilizados exclusivamente para sistemas de comando, de control, de comunicaciones, computacionales y de inteligencia; elementos o partes para la fabricación, integración, mantenimiento, reparación, mejoramiento o armadura de armamentos, sus repuestos, combustibles y lubricantes.

Asimismo, se exceptuarán las contrataciones sobre bienes y servicios necesarios para prevenir riesgos excepcionales a la seguridad nacional o a la seguridad pública, calificados por decreto supremo expedido por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional a proposición del Comandante en Jefe que corresponda o, en su caso, del General Director de Carabineros o del Director de Investigaciones.

La ley, en consecuencia, excluye de su aplicación a los contratos en que la Administración contrata a su personal, los convenios celebrados entre órganos de la Administración financiados con caudales públicos, contratos celebrados en el marco de procedimientos de compra con financiamiento de organismos internacionales, los contratos de obra pública y los contratos de compraventa de material bélico. No obstante la exclusión de aquellos contratos de la aplicación de la LBCASyPS, igualmente estarán sujetos a lo dispuesto en su capítulo V el cual determina la competencia del Tribunal de Contratación Pública en los procedimientos licitatorios realizados por la Administración, independiente del tipo de contrato que versen.

#### **4.4. Que los bienes y servicios contratados sean destinados a la satisfacción de necesidades públicas**

Para que los contratos de suministro o prestación de servicios sean regidos por la LBCASyPS deben ser celebrados por órganos de la Administración en el cumplimiento de la función administrativa.

La función administrativa en el derecho chileno ha sido fundamentada a partir del inciso 4° del artículo 1° de la Constitución Política de la República, el cual establece que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, mismo principio que reitera el artículo 3° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado que prescribe que “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que

---

Los contratos indicados en este artículo se regirán por sus propias normas especiales, sin perjuicio de lo establecido en el inciso final del artículo 20 de la presente ley.”



le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal”.

Que los bienes y servicios que adquiriera mediante contratos la Administración deban ser destinados al cumplimiento de la función administrativa, lleva a concluir que se excluye de la aplicación de la ley todos los contratos que realice el Estado en el ejercicio de sus actividades empresariales<sup>104</sup>.

## **5. Los Procedimientos de Contratación Administrativa contemplados en la Ley 19.886**

La Administración del Estado en el cumplimiento de su cometido celebra contratos con particulares, los cuales le proveen bienes, infraestructura y servicios. Para celebrar estos contratos la Administración está sujeta a ciertos procedimientos establecidos por el legislador, en los cuales encontrará a su contraparte. Estos procedimientos de contratación administrativa han sido establecidos por el legislador en la LOCBGAE, en su artículo 9°, siendo la licitación pública, la licitación privada y el trato directo.

La LBCASyPS, por la cual se moderniza el sistema de compras de la Administración, mediante la incorporación de las Tecnologías de la Información y la Comunicación y una plataforma de contratación electrónica, tiene un carácter netamente instrumental. No se han abandonado las formas de contratación tradicionales que ha utilizado históricamente la Administración, sino que simplemente se han introducido nuevos medios por los cuales se realizan los procedimientos de contratación. Es decir, la LBCASyPS contempla como formas de contratación los mismos mecanismos que desde antiguo se han utilizado para tales efectos, con la diferencia de que actualmente dichos procedimientos no se realizan de manera presencial, sino que de manera

---

<sup>104</sup> BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DANZINGER, Gabriel. “Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras”. Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 23.

electrónica por el Sistema de Información que el artículo 19 de la ley ordena crear, el que estará a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

En efecto, su artículo 5° establece que “La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa”. Por tanto, las formas de contratación administrativas de la LBCASyPS serán las existentes con anterioridad a la fecha de su dictación, con la innovación de que todas ellas se llevarán a cabo en la plataforma electrónica de la Dirección de Compras.

### **5.1. La Licitación Pública**

La licitación pública ha sido conceptualizada por DROMI, como “el procedimiento administrativo de preparación de la voluntad contractual, por el que un ente público en ejercicio de la función administrativa invita a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas de entre las cuales se seleccionará la más conveniente”<sup>105</sup>.

La licitación pública o propuesta pública es definida por la misma LBCASyPS en su artículo 7° como “el procedimiento de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”. Esta definición ha sido replicada en el artículo 2 n° 21 del Reglamento de la LBCASyPS.

Podemos conceptualizar la licitación o propuesta pública como un procedimiento de contratación según el cual un sujeto de derecho buscará a su co-contratante por medio de un llamado público al que podrán concurrir libremente otros sujetos haciendo sus ofertas de acuerdo un pliego de condiciones, escogiendo el sujeto licitante a su contraparte quien será el oferente que presente la oferta que estime como más conveniente de acuerdo a lo establecido en las bases o pliego de condiciones.

---

<sup>105</sup>DROMI. op. cit. (1), p.92.

En el procedimiento licitatorio, lo que la Administración busca es recibir de los interesados en contratar con ella, propuestas que satisfagan el objeto por el cual se contrata; de esta forma la Administración escogerá entre ellas la oferta que más convenga a sus intereses.

La Administración no elegirá la oferta que parezca menos onerosa, sino que la proposición más favorable, es decir la propuesta que conforme a las bases establecidas en la licitación, "de más seguridad a la Administración para la correcta ejecución del servicio" <sup>106</sup> . Así lo ha entendido también sostenidamente la jurisprudencia de nuestros tribunales<sup>107</sup> .

La licitación pública se caracteriza por la libre concurrencia de oferentes, puesto que la Administración realiza un llamado público a los particulares para que le presenten sus propuestas para la celebración y ejecución de un determinado contrato. En este sentido se opone a la licitación privada, en la que se invitará a determinadas personas para que le hagan propuestas prescindiendo de toda publicidad.

Así, teniendo su esencia en esta publicidad de oferentes, también se asemeja a otras instituciones como el remate público y el concurso público.

El remate público es una forma que la Administración tiene para enajenar bienes, por medio de un llamado público sin límite de concurrencia, vendiéndose bienes de la Administración por medio de una subasta al mejor

---

<sup>106</sup> OELCKERS CAMUS, Osvaldo. "La Licitación Pública y la Selección de contratista en el contrato administrativo de obra pública". Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 5, 1981, p. 182.

<sup>107</sup> Nuestra jurisprudencia en reiteradas ocasiones se ha manifestado de la siguiente forma: "(...) que la adjudicación se hará teniendo en consideración la propuesta que resulte más conveniente a los intereses del Servicio, pudiendo considerarse al efecto, el precio, calidad, eficacia; vigencia o durabilidad del producto, etc. Establecido lo anterior resulta, entonces que CENABAST al momento de resolver la propuesta de donde surge que el reparo hecho por el reclamante consistente en que esta decidió adjudicar la licitación al segundo mejor precio obtenido del remate a la inversa descartando su oferta debido a que ella presentaba observaciones de calidad, de modo alguno resta validez a lo resuelto y por ello la reclamación en su contra tampoco puede prosperar". Tribunal de Contratación Pública Rol 25-2005, de 12 de enero de 2007; confirmada por I. Corte de Apelaciones de Santiago por sentencia de 04 de abril de 2008. En el mismo sentido Roles: 38-2005; 89-2008; 29-2005; 30-2005; 66-2009; 24-2005; 29-2005; 42-2005; y 171-2011.

postor<sup>108</sup>. Por su parte el concurso público se utiliza para contratar profesionales que cumplan con ciertos requisitos en atención a capacidades técnicas, científicas, culturales o artísticas, realizándose un llamado público al que podrá concurrir una pluralidad de sujetos, entre los que la Administración seleccionará al que resulte mejor capacitado para el cargo.

Estas instituciones tienen como elemento de su esencia la publicidad concretada en la libre concurrencia de oferentes, pudiendo participar en estos procedimientos concursales cualquier persona que cumpla con los requisitos establecidos en la ley. Es por eso que la licitación pública aparece como un procedimiento de contratación que proporciona mayor transparencia a la ciudadanía, aspecto de la más alta relevancia, por el hecho de que la contratación pública es propicia para la ocurrencia de actos de corrupción, en atención a la gran cantidad de recursos económicos dispuestos por el Estado para la adquisición de bienes, servicios e infraestructura, pudiendo primar el interés de los agentes del Estado al interés público. Por esta razón se ha afirmado que la licitación pública es una institución moralizadora de la Administración<sup>109</sup>.

### **5.1.2. Principios que rigen a la licitación pública**

La licitación pública como una de las formas que emplea la Administración para buscar a su contratante, reviste ciertas características que la distinguen de otros procedimientos de contratación, por lo que la legislación, la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del tiempo han determinado ciertos elementos que constituyen la esencia de esta institución, principios que a la postre permiten orientar a los operadores jurídicos en los conflictos y problemáticas que puedan darse dentro de un procedimiento licitatorio<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> MORAGA. op. cit. (2), p. 393.

<sup>109</sup> En este sentido MORAGA KLENNER, Claudio. "Contratación Administrativa" (3). Editorial Jurídica, Santiago, 2007, p. 107.

<sup>110</sup> DROMI. op. cit. (1), p. 134.

El profesor DROMI estima que en lo que respecta a la licitación pública, sus principios esenciales son la libre concurrencia de los oferentes y la igualdad de los oferentes. Por su parte GORDILLO sostiene que los principios de esta institución son la publicidad y transparencia, la libre concurrencia y la informalidad del procedimiento, en la cual incluye la igualdad de los participantes<sup>111</sup>. En España GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, en base a lo dispuesto en LCAP española, dicen que los principios que informan la contratación administrativa son la publicidad y concurrencia y el principio de igualdad y no discriminación<sup>112</sup>.

No hay consenso por lo menos a nivel comparado sobre cuales son exactamente los principios que informan la propuesta pública. Sin embargo, en el medio nacional ha sido el propio legislador el que ha determinado cuáles son sus principios, no obstante haberse reconocido desde antiguo por la jurisprudencia y doctrina nacional. Estos son a) la libre concurrencia de los oferentes; b) la igualdad ante las bases de la licitación; c) el trato igualitario a los oferentes; y d) la estricta sujeción a las bases.

#### **5.1.2.1. Libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo**

Ha sido establecido por el artículo 9° de la LOCBGAE, en su inciso segundo. De acuerdo a este principio, cualquier persona natural o jurídica podrá participar en los procedimientos licitatorios realizados por la Administración, presentando sus ofertas siempre que cumplan los requisitos establecidos por la ley y las bases, no siendo procedente exclusión alguna que no obedezca a causa legal. Lo que subyace a este principio es la publicidad de los actos estatales, mismo carácter que reviste la licitación pública, la cual es *conditio sine qua non* de su realización. Pues si no existe libre concurrencia de participantes es imposible que pueda hablarse de una licitación pública. Como anotan BARRA y CELIS, mientras más numerosas sean las ofertas presentadas

---

<sup>111</sup> GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas". Tomo II. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013, pp. 483 – 496.

<sup>112</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. op. cit., p. 713.

a la Administración, mayor es el ámbito que tiene para elegir la propuesta que más satisfaga el interés público<sup>113</sup>. Tanto la jurisprudencia judicial<sup>114</sup> como administrativa<sup>115</sup> ha aplicado sostenidamente este principio.

De modo que en virtud de este principio no es posible que la Administración excluya oferentes de manera ilegal o arbitraria, debiendo amparar cada exclusión en las causas e inhabilidades establecidas por la ley. Y a su vez, como ilustra la jurisprudencia citada (véase pie de página), la entidad licitante deberá tener plena certeza de la real ocurrencia del supuesto fáctico que configura la causal de exclusión. De lo contrario incurrirá en la infracción del principio en comento.

#### **5.1.2.2. Igualdad ante las bases que rigen el contrato**

Ha sido establecido en el mismo inciso 2° del artículo 9 LOCBGAE. De acuerdo a este principio se infringe la igualdad ante las bases del contrato cada vez que se califique al adjudicatario de una licitación por componentes no

---

<sup>113</sup> BARRA GALLARDO y CELIS DANZINGER. op. cit., p. 51.

<sup>114</sup> El Tribunal de Contratación Pública ha fallado acerca del principio de libre concurrencia de los oferentes en los siguientes términos: "También se ha vulnerado el principio de libre concurrencia, establecido en el inciso segundo del artículo 9 de la Ley N°18.575, al excluir a un oferente, esgrimiendo motivos que se apartan de las inhabilidades establecidas en las bases de licitación (...)." TCP Rol 193-2011. 9 de agosto de 2013. En el mismo sentido en otra sentencia ha dicho "(...) como es dable advertir, la resolución de la autoridad que es materia de la impugnación, se basó en situaciones fácticas hipotéticas y en meras suposiciones, desde que, encontrándose los hechos ilícitos en que se funda en etapa de investigación judicial, como así se reconoce expresamente, estos carecían de la certeza jurídica necesaria acerca de su existencia y autoría; certeza que de existir a la fecha de su ejecución, le hubiese permitido dictar un acto administrativo con una base fáctica y jurídica consistente. Por tanto al haber procedido sin adquirir la convicción jurídica necesaria respecto a la ocurrencia de los hechos ilícitos señalados, y de la responsabilidad que de ellos pudiesen haberse derivado respecto de la sociedad demandante, permite afirmar que tal conducta resulta contraria a la razón y agravante a los derechos del oferente excluido del concurso". TCP Rol 76-2008. 18 de noviembre de 2008.

<sup>115</sup> Lo propio ha hecho Contraloría General de la República, dictaminando en los siguientes términos: "No procede señalar que en una licitación sólo podrán participar empresas dedicadas a un determinado rubro, porque conforme a los artículos 4 y 7, letra a), de la ley 19.886 toda persona, natural o jurídica, que no se encuentre inhabilitada por la ley, puede presentar ofertas en los procesos licitatorios regidos por dicha ley". Dictamen N° 14.552 de 2008. En otro dictamen ha dicho que "No se advierte fundamento legal que sustente que sólo puedan participar en la propuesta pública quienes no tengan obligaciones pendientes con el Ministerio por las deficiencias mencionadas en las bases de licitación" Dictamen N° 17.886 de 2008.

contemplados en las bases y se les asigne con un determinado puntaje, no asignándoles puntuación a los demás oferentes. En otras palabras, los requisitos que establezca la entidad licitante para el contratante particular deben estar establecidos en las bases, no resulta procedente que pueda realizar exigencias a los participantes del concurso que no se hayan contemplado de forma previa en ellas, pues las bases son las mismas para todos los oferentes. Del mismo modo lo ha entendido el Tribunal de Contratación Pública<sup>116</sup> y Contraloría General de la República<sup>117</sup>.

### **5.1.2.3. Trato igualitario a los oferentes e interdicción de diferencias arbitrarias**

Ha sido introducido por el artículo 6° de la LBCASyPS y 20 de su Reglamento. Este principio establece que las entidades licitantes no podrán establecer diferencias arbitrarias en el trato a los oferentes, dejando a uno o más participantes en ventaja o desventaja respecto de los demás. La diferencia con el principio anterior, es que este último refiere a tratos desigualitarios congénitos. Es decir, que la desigualdad fue establecida por la entidad licitante en las bases de la licitación, de modo que la aplicación del pliego de condiciones devendrá en diferencias arbitrarias entre los participantes del concurso. Por otro lado el principio de desigualdad ante las bases, dice relación con distinciones hechas por la entidad licitante de manera sobrevenida, por la mera ocurrencia de la Administración al margen de lo establecido en las bases.

---

<sup>116</sup> "Que, con el fundamento de los razonamientos antes expuestos, no puede tampoco considerarse la nueva evaluación del factor "Experiencia de la Empresa" que hizo la Comisión Evaluadora que rola a fojas 56, respecto de la propuesta de Multimúsica S.A., -que se encontraba fuera de bases - dando cumplimiento a una instrucción emanada de la superioridad del Servicio por un reclamo de la empresa demandante en estos autos, toda vez, que, aún cuando la oferta de la empresa Multimúsica S.A. hubiera obtenido, en definitiva, la mejor evaluación, no resulta posible que se le hubiera adjudicado la propuesta, ya que, como se ha dicho, ella se encontraba fuera de bases y, en la especie, la autoridad licitante carece de facultades para obviar dicha circunstancia". TCP Rol 60-2007. 20 de noviembre de 2008.

<sup>117</sup> "Enseguida, es dable recalcar que la exigencia de presentación de la garantía de seriedad de la oferta en la forma que en las aludidas bases se indica, debe ser cumplida por todos los oferentes, en virtud del principio de igualdad ante las bases que rigen el contrato, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado". Dictamen N° 30.085 de 2013.

El mejor ejemplo de estas diferenciaciones injustificadas, son aquellos casos en que las entidades licitantes requieren cierto suministro de una marca específica, dejando en una situación ventajosa al oferente que es proveedor de dicha marca y de paso excluye a otros posibles interesados en ofertar<sup>118</sup>.

Este principio puede ser considerado una manifestación de la libre concurrencia de los oferentes, dado que establecer una desigualdad de estas características restringe la concurrencia de los particulares a la propuesta pública.

#### **5.1.2.4. Estricta sujeción a las bases**

Este principio ha sido establecido en el inciso 3° del artículo 10 de la LBCASyPS, el cual establece que "Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen". Lo que se recoge mediante esta norma es la idea de que las bases constituyen la "Ley del contrato",

---

<sup>118</sup> Respecto a este punto, el Tribunal de Contratación Pública ha fallado de la siguiente forma: "Que, en efecto, la entidad licitante demandada al exigir en las Bases una determinada marca en la entrega y descripción de los productos a contratar y al omitir en ellas la frase "o equivalente", afecta el principio de igualdad de los concurrentes, puesto que deja en situación de privilegio y supremacía a los productos de la marca ALCON por sobre los de otras marcas que pudieran presentar los proveedores, otorgándose con ello una ventaja para los que entregaren productos de esa marca sugerida respecto de aquellos que pudieran ofrecer otras marcas equivalentes del mismo producto, causando un evidente perjuicio para los proponentes que no ofertaran el producto de la marca exigida, pues quedarían excluidos de poder participar en la licitación por esa sola circunstancia". TCP Rol 19-2009. 19 de mayo de 2009. Debemos tener presente que la exigencia de una determinada marca no es la única hipótesis de infracción al principio de interdicción de diferencias arbitrarias, así Contraloría General de la República, estimando que exigencias como una cantidad de años de experiencia, no podrían dejar al margen de la participación de un procedimiento de compras a un interesado. Contraloría en este sentido ha dicho que "No es admisible limitar la participación de oferentes en una licitación pública estableciendo como requisito una determinada cantidad de años de experiencia, acorde con el artículo 4° de la ley N° 19.886. Sin embargo, la experiencia puede establecerse como un factor a evaluar". Dictamen N° 7.300 de 2008. En el mismo sentido, de manera genérica ha manifestado que "(...) Como se puede observar, mediante la imposición de la referida estipulación se incorporaron limitaciones para celebrar un acuerdo de voluntades con la municipalidad que no se encuentran contempladas en la mencionada ley N° 19.886 y su reglamento, estableciéndose una discriminación arbitraria respecto de las personas que pueden participar en los procesos de compra convocados por el municipio, por lo que es dable concluir que ello ha vulnerado los principios de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad de los licitantes". Dictamen N° 68.650 de 2013.



determinando el marco de acción de la Administración como licitante y de los participantes en el procedimiento concursal, debiendo actuar en estricto apego a lo establecido en ellas<sup>119</sup>.

Los principios recién expuestos constituyen la esencia de la licitación pública en el derecho chileno, dejando a salvo en el desarrollo de los procedimientos de adquisición de bienes y servicios, la publicidad y el acceso a los particulares, así como la igualdad de aquellos que participen como oferentes y el estricto apego al derecho de la Administración como entidad licitante.

A modo de cierre de este acápite, cabe mencionar que estos bien delimitados principios sólo gozan de autonomía en el plano conceptual y académico, puesto que en la práctica es común que ante algún conflicto que se suscite con ocasión de una propuesta pública, varios de ellos sean invocados de manera conjunta. En efecto, como anticipamos, la infracción del principio de libre competencia coincide en muchos casos con la del principio de trato

---

<sup>119</sup> El Tribunal de Contratación Pública ha fallado de la siguiente forma: "(...) los fundamentos invocados por la Comisión de Evaluación respecto de la asignación de los puntajes de la empresa demandante, en los criterios "experiencia de la empresa" y "equipo de trabajo (experiencia)", no se ajustaron estrictamente a las exigencias de las Bases Administrativas y Técnicas, estableciendo el cumplimiento de requisitos adicionales y distintos a los establecidos en dichos ordenamientos, ponderando elementos no considerados en los mismos y exigiendo parámetros que, al no encontrarse previstos en la normativa que regularon las bases, contravinieron lo dispuesto en ellas, actuando con discrecionalidad en la evaluación de los criterios que fueron evaluados respecto de los oferentes y excediéndose en sus atribuciones como ente evaluador". TCP Rol 27-2010. 7 de Septiembre de 2010.

"Que por esta razón resulta ilegal la decisión de la Comisión Evaluadora, que siguiendo lo informado por el Asesor Jurídico de la Municipalidad de Arica, de considerar en los rubros mantención de áreas verdes en zonas desérticas o áridas y cantidad de superficie solo los certificados de experiencia firmados por el Alcalde o el Secretario Municipal de la Municipalidad que correspondiere, por cuanto ello infringe el principio de estricta sujeción a las Bases de la licitación, contemplado en el inciso tercero del artículo 10 de la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios al establecer un requisito o exigencia no contemplado en ellas, tanto más cuanto que serían idóneos para los efectos de acreditar la experiencia de la empresa Paisajismo Cordillera S.A. y de los demás oferentes que se encuentran en la misma situación, los certificados emitidos por los distintos Directores Municipales u otras Jefaturas de los Municipios, en la medida que se establezca que éstos funcionarios han tenido participación en el control y fiscalización de los trabajos y actividades realizadas en el tiempo por los oferentes y, particularmente, por la empresa Paisajismo Cordillera S.A. en las materias que constituyen el objeto de la licitación pública N° 24 de 2011, convocada por la Municipalidad de Arica". TCP Rol 77-2011. 20 de Septiembre de 2011.

igualitario a los oferentes, así como también una vulneración a la igualdad ante las bases, naturalmente se identificará con una falta a la estricta sujeción de la Administración a ellas.

Además existen otros principios que informan la licitación pública, como la publicidad y gratuidad de los documentos (artículo 28 Reglamento LBCASyPS) y el de cautela del patrimonio público, según el cual la Administración debe propender a la eficiencia y ahorro en sus contrataciones (artículo 6° LBCASyPS).

### **5.1.3. Naturaleza Jurídica de la Licitación Pública**

En cuanto a su naturaleza jurídica, los autores en la doctrina comparada han discutido por largo tiempo sobre la misma. Así anota LÓPEZ-ELÍAS que incluso en países como Italia la licitación pública se ha entendido como un instituto propio del derecho financiero, por ser regulado principalmente en *el Codicedell' Amministrazione e della Contabilità Generale dello Stato*, al ser una materia que tiene directa relación con la inversión del tesoro público, mismo tratamiento normativo que se la ha dado en Costa Rica y Argentina. Sin embargo en estos ordenamiento latinoamericanos no existe discusión que la licitación pública es una institución propiamente administrativa, al ser un instrumento jurídico del que se vale la Administración para el cumplimiento de sus fines<sup>120</sup>.

Ya teniendo por sentado que la licitación pública es un instituto del derecho administrativo, cabe descartar de plano la identificación de licitación con el contrato administrativo, pues la licitación se encuentra en un estado anterior al contrato mismo. Sin embargo autores clásicos del derecho público de la categoría de HAURIOU, han confundido la licitación pública y el contrato. En efecto el mencionado autor conceptualiza la licitación como un contrato

---

<sup>120</sup> LÓPEZ-ELÍAS, José Pedro. "Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México". Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1999, p. 48.

celebrado con publicidad y concurrencia de oferentes <sup>121</sup>. Descartamos su equivalencia al contrato mismo, pues como ya hemos mencionado la licitación tiene por fin primero buscar a la contraparte de la Administración en una relación contractual.

Otros autores como CRETELLA JUNIOR y JÉZE, entienden la licitación pública como un acto condición, el cual consistiría en poner a una persona dentro de un estatuto jurídico preexistente regido por normas generales que no podría alcanzar si dicho acto no fuera emitido. LÓPEZ-ELÍAS contraviene a estos autores afirmando que en la licitación pública, ocurre exactamente lo contrario, puesto que ella no pone a un individuo en una situación genérica, sino que de un grupo de sujetos que se presentan como oferentes, escoge a uno de ellos y lo coloca en una situación jurídica individual como adjudicatario del contrato celebrado por la Administración<sup>122</sup>.

En razón de las teorías expuestas, la naturaleza jurídica de la licitación pública no se ajusta ni a la de acto ni un contrato, como bien observó el maestro uruguayo Enrique SAYAGUÉS LASO: la institución en comento corresponde a un conjunto de actos administrativos y, en consecuencia, a un procedimiento administrativo, el que tiene por objetivo la elección de un contratante y la celebración de un contrato para la Administración<sup>123</sup>.

En la misma línea el profesor DROMI señala (y las definiciones que se han ofrecido) que la licitación pública se corresponde con un procedimiento administrativo, que más que un acto en particular es una sucesión de actos interligados, destinado a la elección de la contraparte de la Administración<sup>124</sup>. Es así como la licitación pública está compuesta por varios actos administrativos como el llamado a licitación, evaluación de ofertas, adjudicación, por nombrar algunos.

---

<sup>121</sup> HAURIOU, Maurice. "Précis de Droit Administratif et de Droit Public". 2ed. Recueil Sirey, París, 1927, p. 784.

<sup>122</sup> LÓPEZ-ELÍAS. op. cit. p. 49.

<sup>123</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique. "La licitación pública". Acali Editorial, Montevideo, 1978, p. 32.

<sup>124</sup> DROMI. op. cit. (1), p. 128.

La determinación de la naturaleza jurídica de la licitación pública reviste importantes consecuencias jurídicas, sobre todo en cuanto a control e impugnación. En efecto, si la licitación pública tuviera la naturaleza de un acto, su impugnación valdría la invalidación de todo lo obrado en ella. En cambio, si la entendemos como un procedimiento administrativo, la revisión o impugnación que recaiga sobre ella trae como consecuencia la invalidación sólo de los actos que aparezcan como viciados, siendo válido todo lo demás. En cuanto si se considerara como el contrato mismo, los oferentes que no fueren adjudicados no estarían legitimados para accionar contra la Administración como entidad licitante, puesto que el vínculo jurídico constituido en el contrato es de carácter bilateral.

En definitiva, que la licitación pública sea un procedimiento administrativo y no un acto único o el contrato mismo, se traduce en un mayor estándar de protección jurídica para los particulares oferentes.

#### **5.1.4. La licitación pública en la LBCASyPS: un procedimiento administrativo electrónico**

GONZÁLEZ PÉREZ define procedimiento administrativo a partir de la jurisprudencia hispana, como "el *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración, el cauce formal por el que debe discurrir la voluntad administrativa"<sup>125</sup>. Nuestro legislador en el artículo 18 LBPA lo define como "una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal".

Este cauce formal por la que la Administración edifica sus manifestaciones de voluntad, constituido por los llamados actos trámites y del que resulta el acto resolución o terminal, tradicionalmente se ha desarrollado a través de documentos e interacciones presenciales entre administrados y funcionarios de la Administración. Sin embargo, esta realidad ha variado con la

---

<sup>125</sup> GONZÁLEZ PÉREZ. op. cit. (1), p. 76.

introducción de las TIC's en la función administración, dándose paso al denominado *e-government*, el cual pone el uso de las tecnologías al servicio de la Administración, por propia disposición del legislador.

El derecho informático, disciplina meramente instrumental, tiene como principio la equivalencia de soportes, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico en la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma, en sus artículos 7 y 39, por la cual documentos en soporte electrónico gozan del mismo valor que los soportados en papel; equivalencia plenamente aplicable a los actos de la Administración mientras sean suscritos mediante firma electrónica avanzada. Así, en cuanto a la Administración refiere, la LBPA al establecer el principio de escrituración, señala de manera expresa que los procedimientos administrativos y sus actos podrán expresarse por escrito o medios electrónicos, a menos que su naturaleza requiera una forma más adecuada de expresión o constancia, otorgando la posibilidad a los órganos y organismos de la Administración de realizar su cometido de forma electrónica.

De esta forma, en Chile se ha reconocido la existencia de los procedimientos administrativos electrónicos, los que en atención a su carácter instrumental, Rodrigo MOYA los define como "una sucesión de actos trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal, y que se ha tramitado a través de una plataforma electrónica"<sup>126</sup>.

Este reconocimiento de los procedimientos administrativos electrónicos ha contribuido a un tránsito del soporte papel al electrónico, que ha tenido su mayor intensidad en nuestro objeto de estudio, los procedimientos licitatorios regidos por la LBCASyPS y su reglamento.

---

<sup>126</sup> MOYA, Rodrigo. "El procedimiento administrativo electrónico en Chile. Planteamiento de consideraciones jurídicas y determinación de bases para su implementación". Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile, p. 40.

Precisamente, la particularidad que revisten estos procedimientos administrativos licitatorios es que son de carácter electrónico, pues como establece el artículo 18 LBCASyPS, "Los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes y servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública (...)", agrega su inciso 2° que " Los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública". De modo que en materia de compras públicas, el legislador no sólo ha establecido la posibilidad de que los procedimientos administrativos de compra sean realizados por medios electrónicos, sino que establece la obligación de que así sea.

Como se observa de las disposiciones citadas, la totalidad del procedimiento administrativo licitatorio deberá desarrollarse a través de este sistema de información, prescindiendo por completo de la presencialidad de oferentes y de funcionarios de la entidad licitante<sup>127</sup>, por lo que la Ley dispuso en su artículo 19 la creación de este sistema de información a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, el cual se concreta en el sitio web [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl).

---

<sup>127</sup> En efecto, este procedimiento administrativo electrónico prescinde casi en absoluto de la presencia de sus intervinientes, siendo la única excepción en la cual tendrán contacto personal oferentes y funcionarios de la entidad licitante durante el desarrollo de la licitación, las visitas a terreno que podría establecer el servicio público en el pliego de condiciones, según dispone el artículo 27 RLBCASyPS, la que de todos modos es sólo eventual.

Excepcionalmente, los procedimientos licitatorios regidos por la LBCASyPS podrán realizarse en soporte papel, según dispone el artículo 62 de su reglamento<sup>128</sup>.

#### **5.1.5. Ventajas y Desventajas de la licitación pública como mecanismo de contratación administrativa**

La licitación pública como un procedimiento de contratación administrativa, en virtud de su configuración legal y principios que la informan, presenta una serie de ventajas a la Administración a la hora de determinar qué mecanismo de contratación utilizará para abastecerse de bienes y servicios. JÉZE identificó en su obra las siguientes ventajas<sup>129</sup>.

a) La Administración del Estado obtiene mejores condiciones para contratar

Al tenerse la licitación como un procedimiento de contratación de libre concurrencia, cada uno de los participantes competirá por presentar la oferta que mejor represente los intereses de la Administración, de modo que obtendrá las mejores condiciones disponibles para adquirir bienes, servicios o infraestructura, sea en cuanto a precio, calidad, plazos, etc.

b) Se protege a la Administración de posibles colusiones entre entidad licitante y contratantes particulares

---

<sup>128</sup> El artículo 62 RLBCASyPS permite que los procedimientos de contratación se desarrollen en soporte papel en los siguientes casos: 1. Cuando existan antecedentes que permitan presumir que los posibles proveedores no cuentan con los medios tecnológicos necesarios para utilizar el sistema de información, circunstancia que deberá ser fundada por la entidad licitante; 2. Cuando no esté disponible el sistema de información, lo que deberá ser ratificado por la Dirección de Compras y Contratación Pública; 3. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor no fuera posible realizar los procedimientos de compra a través del sistema de información; 4. Cuando no exista conectividad alguna en la comuna correspondiente a la entidad licitante que permita utilizar el sistema de información; 5. Cuando se trate de materias calificadas por disposición legal o decreto supremo, como de naturaleza secreta, reservada o confidencial; 6. Cuando se trate de contrataciones de bienes y servicios indicados en el artículo 10 n° 5 y 7 letras i) y k) del RLBCASyPS, cuyo proveedor sea extranjero, en que por razones de idioma, sistema jurídico, sistema económico, cultural u otra de similar naturaleza, sea indispensable efectuar el procedimiento de contratación fuera del sistema de información, debiendo publicarse de todos modos los términos de referencia, el acto de adjudicación, contrato y orden de compra en el sistema. De todos modos esta causal refiere a modalidades de licitación privada y trato directo.

<sup>129</sup> JÉZE citado por LÓPEZ-ELÍAS. op.cit. pp. 55-57.

La Administración en este procedimiento concursal se ve obligada a elegir dentro de las ofertas presentadas, la que aparezca como la más favorable a sus intereses en base a un combinación de factores tasados previamente establecidos, de modo que no le será posible escoger cualquiera de las ofertas presentadas, sino la que objetivamente es la más conveniente, lo que a fin de cuentas demuestra el espíritu de probidad administrativa que envuelve a esta institución.

c) Evita las sospechas de corrupción de los funcionarios públicos

En la misma línea que la anterior ventaja, Miguel Ángel BERCAITZ señala al respecto que la licitación pública tiene por principio fundamental "la moralidad administrativa, impidiendo, mediante la observación estricta de sus reglas, el favoritismo y el negociado. Sirve al buen funcionario para cubrirlo de la maledicencia y sirve contra el mal funcionario para impedir sus manejos dolosos"<sup>130</sup>.

d) Fomenta la competencia

La libre concurrencia de participantes en las licitaciones públicas, permite que éstos compitan entre sí por quién presentará la oferta más conveniente para la Administración.

e) Funciona como un sistema de control

La licitación pública como procedimiento de contratación permite a la entidad licitante controlarse a sí misma en cuanto al uso de los fondos públicos y permite también a los particulares concurrentes a ella controlar la discrecionalidad y sujeción a las bases del procedimiento<sup>131</sup>. Asimismo, estos podrán exigir el sometimiento de la Administración al principio de igualdad y evitar que favoritismos o intereses ajenos a los que la inspiran, devengan en resultados ilegales o arbitrarios.

---

<sup>130</sup> BERCAITZ, Miguel Ángel, citado por LÓPEZ-ELÍAS. op. cit., p. 56.

<sup>131</sup> ibíd., p. 57.



Así como la licitación pública ofrece ventajas para la Administración, que en definitiva representan garantías para los administrados de un procedimiento administrativo regido por la ley y seguido de un actuar probo, algunos autores también ven desventajas en su aplicación. Rafael BIELSA, por ejemplo, veía con desconfianza que las licitaciones públicas se decidieran en torno al factor precio, puesto que el oferente cuya propuesta sea la más barata puede ser un contratante poco serio y que en definitiva su elección podría traer más de un inconveniente<sup>132</sup>. Sin embargo, esta crítica en la actualidad no tiene mayor asidero, ya que es sabido que el procedimiento licitatorio no busca escoger la propuesta menos costosa sino la más conveniente; distinto es que la propuesta más barata en un caso particular sea la más conveniente en conjunto con otros factores como la calidad de las prestaciones ofrecidas, plazos comprometidos, etc.

No obstante, no es posible negar toda posible desventaja, no siempre es posible evitar que operen favoritismos por parte de la Administración o colusiones con ciertos particulares y negociaciones extraoficiales con ciertos oferentes, lo que naturalmente no corresponde que sucedan y constituyen graves faltas al principio de probidad administrativa, pudiendo sancionarse a los funcionarios de acreditarse tales conductas. Además, en algunas ocasiones los procedimientos licitatorios demoran una gran cantidad de tiempo, lo que podría perjudicar el cumplimiento de la función administrativa.

En Argentina, Jacobo WAINER, sintetizó las principales desventajas de la licitación pública de la siguiente forma<sup>133</sup>:

a) Crean un monopolio porque se establece entre los concurrentes a las licitaciones, en muchos casos, una inteligencia, de tal manera que no se puede competir con ellos.

---

<sup>132</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>133</sup> WAINER, Jacobo citado por LÓPEZ-ELÍAS, p. 59.

b) Dicho entendimiento evita la competencia que debe producirse entre los proveedores, al no existir un verdadero juego entre la oferta y la demanda.

c) Trae en muchos casos, la deshonestidad porque la potencialidad de ciertos particulares hace que pueda vencer, en algunos casos, la escrupulosidad de los funcionarios públicos.

d) Los trámites son excesivamente burocráticos; se tornan largos y estropean la eficacia de un buen sistema de compras.

e) Se encarece el artículo, la obra o el servicio por el retardo en la provisión o en la ejecución y por los gastos de trámites, control, impuestos, y posibles fluctuaciones en los precios.

## **5.2. La licitación privada**

La licitación privada es definida en el artículo 7° como “el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”. Misma definición ofrece el reglamento de dicha ley en su artículo 2°.

La diferencia con la licitación o propuesta pública radica entonces en que la afluencia de proponentes es limitada y cuya presentación o comparecencia responde a una invitación personal o directa formulada por la Administración<sup>134</sup>.

Para ser procedente la licitación privada, debe existir previamente resolución fundada del órgano de la Administración, ya sea por haberse declarado desierta una licitación pública o sólo ciertos particulares, personas, empresas podrían cumplir con las prestaciones requeridas por la Administración, por lo que se limita a invitar a un número determinado de oferentes.

---

<sup>134</sup>DROMI. Op. cit. (1), p. 95.

Tratándose de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, el reglamento de la LBCASyPS establece requisitos para su procedencia, específicamente en sus artículos, 45, 47 y 51. Estos son:

- a) Que los invitados sean proveedores que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la licitación;
- b) Que se tenga una cierta expectativa de recibir ofertas por parte de quienes sean los invitados; y
- c) Preferir a proveedores que estén inscritos en el Registro de Proveedores.

### **5.3. El trato directo**

Por último, el artículo 7° define el trato directo como “el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada”. Como señala MORAGA KLENNER, la forma como se define o describe el trato directo resulta poco amistosa<sup>135</sup>. Esta definición sólo describe que es aquel procedimiento de contratación que se efectúa en ausencia de los requisitos para la licitación pública o privada.

DROMI ha conceptualizado el trato o contratación directa como “el procedimiento por el cual el Estado elige directamente el co – contratante, sin concurrencia o puja u oposición de oferentes”. En consecuencia en este procedimiento el órgano de la Administración buscará y contratará con el particular sin mediar concurso previo.

El mismo artículo 7°, al definir el trato directo agrega que de no concurrir los presupuestos para contratar por licitación pública o privada y de este modo proceder con el trato directo, “tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento”.

---

<sup>135</sup> MORAGA. op. cit. (2), p. 394

#### **5.4. La licitación pública ¿Es la regla general en materia de contratación pública?**

En materia de contratación administrativa, el artículo 9° de la LOCBGAE dispone que “los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley”. Del tenor literal de la disposición citada se desprende que la regla general es la licitación pública, idea que se ve reforzada con el inciso 3° del mismo artículo 9°, “la licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”. A mayor abundamiento, de acuerdo al artículo 62° de la misma LOCBGAE, en su numeral 7° se establece como una falta a la probidad la omisión de la propuesta pública en los casos que la ley lo dispone<sup>136</sup>.

Estándose a estas normas se podría concluir que la regla general en cuanto a contratación administrativa es la licitación o propuesta pública. No obstante, es preciso tener presente que la LBCASyPS nada dice al respecto. En efecto, su artículo 5° se limita a indicar que los contratos objeto de esta ley serán adjudicados mediante licitación pública, privada o trato directo, añadiendo en su inciso 2° que la licitación pública sólo será obligatoria en los casos que las compras superen el monto de mil unidades tributarias mensuales (1.000 UTM).

Del mismo modo, la LOCM en su artículo 8° dispone que los contratos administrativos celebrados por los municipios se celebrarán previa licitación pública sólo cuando su cuantía exceda 200 UTM o tratándose de concesiones, cuando el total de los derechos o prestaciones a pagar por el concesionario exceda 100 UTM, agregando el inciso siguiente que si el monto de los contratos o bienes involucrados es inferior a las anteriores anteriores, podrá realizarse el procedimiento de contratación por licitación privada, mismo caso en que aun excediendo los montos indicados aparezca como urgente la necesidad de

---

<sup>136</sup> MORAGA. op. cit. (3), p. 104.

contratar, circunstancias que deben ser debidamente calificadas por el concejo municipal.

El tenor de estas disposiciones hace parecer que en realidad la licitación pública no es la regla general en los procedimientos de contratación del Estado; sin embargo la jurisprudencia de Contraloría General de la República se ha inclinado sostenidamente por la propuesta pública como regla general tratándose de contratación administrativa<sup>137</sup>.

La doctrina mayoritaria sigue el planteamiento de Contraloría General de la República. Autores como Iván ARÓSTICA y Jorge PRECHT son tributarios de esta idea. En efecto, el primero afirma que el artículo 9° de la LOCBGAE establece un orden de prelación en materia de contratación administrativa, anteponiendo y privilegiando el sistema de propuesta pública, agregando que la consagración de este procedimiento como regla general debe entenderse por el hecho no menor de que la disposición en comento queda ubicada dentro del Título I de "Normas Generales" junto a principios

---

<sup>137</sup> "Al respecto, conviene tener presente que el referido artículo 8° bis -agregado al mencionado cuerpo legal en virtud de una modificación introducida por Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado dispone, en lo pertinente, que "los contratos administrativos" se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley, agregando su inciso final que "la licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo". Dictamen N° 46.532 de 2000. Referido artículo 8° bis corresponde al actual artículo 9° del mismo cuerpo normativo; "(...) el mecanismo de la licitación pública es la regla general para que las entidades públicas convengan el suministro a título oneroso de bienes o servicios, admitiendo, excepcionalmente, la posibilidad de llevarlos a cabo mediante licitación privada o trato directo" Dictamen N°17.016 de 2013; "(...) corresponde señalar que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9°, inciso 1°, de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los contratos administrativos deben celebrarse previa propuesta pública, en conformidad a la ley, o por licitación privada, modalidad esta última que sólo procede previa resolución fundada que así lo disponga, "salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo". Dictamen 26.151 de 2008; en idénticos términos Dictamen 61.442 de 2012; "(...) tampoco se invocan argumentos que permitan identificar cuál es el interés público que se persigue con esa venta directa y que justifique la omisión de la propuesta pública, modalidad que conforme al artículo 9° de la ley N° 18.575, constituye la regla general de la contratación administrativa". Dictamen N° 10.448 de 2014.

fundamentales por los cuales debe regirse la Administración, como son los de probidad, transparencia y publicidad<sup>138</sup>.

Por su parte, PRECHT PIZARRO sostiene que, reafirma la idea de la licitación pública como regla general, que el inciso 3° del artículo 9 LOCBGAE establece que la procedencia de la licitación privada y el trato directo sólo tendrá lugar sólo cuando exista previa resolución fundada que así lo disponga<sup>139</sup>.

Sin embargo, existen autores que cuestionan la conclusión de que la propuesta pública es la regla general y ella sólo sería procedente en los casos que la ley la exigiera expresamente. Principal expositor de esta doctrina es el profesor Rolando PANTOJA, quien sostuvo que a falta de establecimiento expreso por parte del legislador de una regla general en materia de procedimientos de contratación, es la propia Administración la llamada a escoger la forma más adecuada según el caso particular. Fundamenta esta idea en razones de eficiencia y economicidad, puesto que la licitación pública en muchos casos involucra mayores costos económicos para la Administración y además su ejecución conlleva plazos más extensos que la licitación privada y el trato directo.<sup>140</sup>

El hecho de que el legislador establezca montos mínimos para la procedencia de la licitación pública, ya sea en contratos de suministro y prestación de servicios o en contratos celebrados por municipalidades, no es una forma de escapar de este procedimiento de contratación, sino que representa una medida que guarda relación con la eficiencia y economía en la

---

<sup>138</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "Cómo y con quién contrata la Administración" en "La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, 75 años de vida institucional". Contraloría General de la República, Santiago, 2002, p. 347

<sup>139</sup> PRECHT PIZARRO, Jorge. "Propuesta Pública: Contraloría y Ley de Bases". La semana jurídica n° 47, del 1 al 7 de Octubre de 2001, pp. 5 y ss.

<sup>140</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "La propuesta pública: ¿es obligación, en la ley chilena como modalidad general de contratación administrativa?". La semana jurídica, n°44, el 10 al 16 de Septiembre de 2001, pp. 5 y ss. Este autor sostuvo anteriormente dicha postura en la discusión legislativa de la Ley 19.653, lo que consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado.

adquisición de bienes y servicios por parte de la Administración, ergo de la función administrativa. El profesor MORAGA, por su parte, sintetiza las razones para liberar a la Administración de licitar públicamente, de la siguiente forma<sup>141</sup>:

i. Por la escasa envergadura económica del contrato: en contratos que la Administración celebra para adquirir bienes de poca monta parece un despropósito realizar un procedimiento licitatorio en razón del gasto que ocasionan los mismos y el tiempo que podría tardar su conclusión. Es por esta razón que tratándose de contratos de suministro el legislador da la posibilidad a los órganos de la Administración de no licitar aquellos contratos cuyo costo no supere las 1000 UTM.

ii. Urgencia o emergencia debidamente calificada por la autoridad correspondiente<sup>142</sup>: en casos que peligre o exista riesgo de afectarse la seguridad y o salubridad de la población el legislador da la posibilidad a los órganos de la Administración de no licitar sus compras, así lo establece el artículo 8° letra c) recién citado.

iii. Necesidad de ejecutar inversiones u obras nuevas o adicionales dentro del marco de un contrato administrativo ya perfeccionado por vía de una licitación pública: en razón del iusvariandi que detenta la Administración en los contratos que celebra, podría requerir prestaciones adicionales por parte del contratante particular sin la necesidad de volver a licitar.

iv. Falta de interesados o presentación de ofertas inconvenientes, provocando que la licitación pública se tenga por desierta: Esta es la hipótesis contemplada en el inciso 1° del artículo 8° de la LBCASyPS: si en el desarrollo de un procedimiento licitatorio las ofertas presentadas por particulares no reúnen las condiciones establecidas en las bases de

---

<sup>141</sup> MORAGA. op. cit. (2), pp. 398 - 408.

<sup>142</sup> De acuerdo a MORAGA la urgencia o emergencia debe reunir ciertos requisitos: a) concreta; b) inmediata; c) imprevista; d) irresistible; y e) probada o acreditable. *Ibíd.*, p. 400.

la licitación o, peor aún, no se han presentado ofertas, la entidad licitante podrá realizar una licitación privada y de fracasar, podría recurrir al trato directo.

v. Contratos entre entes administrativos: Los convenios interadministrativo desde luego no revisten las mismas características y resguardos que la contratación con particulares y parece lógico que no sean sometidos a una licitación pública. No está demás que la LBCASyPS los excluye de su aplicación en su artículo 3° letra b).

vi. Existencia de un solo proveedor del bien o servicio: Si existe una situación monopólica y sólo hay un proveedor en el mercado, no se justifica un procedimiento licitatorio, pudiendo la Administración contratar por medio de trato directo en virtud de la letra d) del artículo 8° LBCASyPS.

vii. Contratos de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional: el artículo 8° letra f) autoriza a la Administración para proceder a contratar mediante licitación privada o al trato directo de servicios de carácter confidencial. Cabe destacar, como observa este autor, que esta disposición en su tenor literal sólo excepciona a la Administración de la propuesta pública en cuanto a contratos de prestación de servicio y no de suministro<sup>143</sup>.

viii. Contratos que por la naturaleza de la negociación o el lugar en que se prestan los servicios hacen necesario acudir a la licitación privada o al trato directo: Se trata de las causales establecidas en las letras e) y g) del artículo 8°, las cuales versan sobre convenios de prestación de servicios con personas jurídicas extranjeras fuera del país y los casos en que sea absolutamente necesario contratar bajo propuesta privada o trato directo.

---

<sup>143</sup> MORAGA. op. cit. (2), p.406.



De esta forma queda demostrado que existen fundadas razones para no obligar a la Administración a licitar públicamente sus adquisiciones en la totalidad los casos, y no por el simple afán de evadir controles y el mandato del legislador orgánico constitucional. La licitación pública encarna un compromiso del Estado con sus ciudadanos de actuar proba y transparentemente en sus contrataciones, pues en la sociedad actual más allá de los mecanismos de control establecidos en la Constitución y las leyes, son los mismos ciudadanos los llamados a fiscalizar a la Administración y el buen cumplimiento de su función. Las compras y adquisiciones de la Administración son un medio propicio para la ocurrencia de actos de corrupción en vista de la gran cantidad de dinero asignada a los entes públicos para su funcionamiento. Es por esta razón que la licitación pública ha sido establecida como la regla general en cuanto procedimientos de contratación administrativa, teniendo la virtud de ser un procedimiento concursal público, en el que cualquier persona que cumpla con los requisitos mínimos exigidos en la bases de la misma podrá participar en igualdad de condiciones con los demás oferentes. Esta publicidad asegura un estándar mínimo de transparencia, lo que permite al ciudadano (y también a los proveedores) fiscalizar la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico y el buen uso de los caudales públicos.

Siendo esta la idea que subyace a la implementación de la licitación pública como regla general de la contratación administrativa, deben ser calificadas las circunstancias para excepcionar a los órganos de la Administración de su realización. Consideramos que en materia de contratos de suministro y prestación de servicios, los que actualmente son licitados por una plataforma electrónica y no de manera presencial, el monto para hacer obligatoria la procedencia de la licitación pública debería ser menor. No se justifica que todas las compras inferiores a 1000 UTM puedan proceder por propuesta privada o incluso trato directo, considerando que la Administración no incurrirá en mayores gastos si el procedimiento de contratación se da a través

del sitio web de la Dirección de Compras. Estamos de acuerdo en que insumos o servicios que se requieren de manera urgente no pueden ser licitados en atención al tiempo que podría demorar un procedimiento de esta naturaleza. Tampoco objetamos la omisión de la licitación pública en compras de "bagatela", las cuales son de una cuantía mínima y adquiridas con la comúnmente llamada "caja chica" del servicio público. Pero si no existe urgencia o no se trata de compras que su licitación sea un absurdo, ¿Por qué no deberían licitarse?

Actualmente 1000 unidades tributarias mensuales superan el monto de \$42.000.000<sup>144</sup>, una cantidad de dinero no menor, con la cual muchos de los bienes y servicios requeridos por un órgano de la Administración podrían ser adquiridos.

Valoramos el gran avance en materia de probidad y transparencia que ha tenido nuestra legislación en los últimos 15 años. Sin embargo como acabamos de sostener, 1000 UTM para hacer obligatoria la propuesta pública en contratos de suministro y prestación de servicios nos parece un monto elevado, debiendo en nuestra opinión rebajarse a por lo menos la mitad. Queda el consuelo que en aquellos casos en que la entidad pública no sea capaz de estimar con certeza la cuantía de un contrato, debe proceder a buscar su proveedor a través de propuesta pública, según establece el artículo 11 del RLBCASyPS.

En consecuencia, la propuesta pública aparece como una institución moralizadora de la actividad administrativa, transparentando los procedimientos de contratación al punto de que cualquier persona pueda participar en ellos cumpliendo los requisitos establecidos por la ley y las bases y además, cualquier ciudadano interesado podría estar en posición de conocer el desarrollo de la licitación. Por tanto existe consenso en que la licitación pública

---

<sup>144</sup> La Unidad Tributaria Mensual al mes de Octubre de 2014, tiene un valor de \$42.431. Fuente: <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2014.htm>

es la regla general en lo que a contratación administrativa respecta, así lo sostiene la doctrina y la jurisprudencia contralora. Sin embargo, queda pendiente analizar una interesante institución que ha introducido la LBCASyPS y que según algunas opiniones podría alterar esta regla general en los contratos que esta ley regula. Nos referimos al "convenio marco".

#### **5.5. El Convenio Marco ¿La nueva regla general como procedimiento de contratación?**

El convenio marco es definido por el Reglamento de la LBCASyPS, como un "procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio". Estos convenios, en definitiva, consisten en contratos administrativos celebrados entre la Dirección de Compras y uno o más particulares, los cuales se obligan a proveer de determinados insumos o servicios a las entidades sujetas a la Ley 19.886, mediante una orden de compra directa por medio del catálogo de la plataforma electrónica "chilecompraexpress".

De acuerdo a la Resolución N° 5 de la Dirección de Compras, el convenio marco tiene como objetivos ofrecer a los órganos públicos bienes y servicios en condiciones técnicas y comerciales óptimas y reducir los costos y riesgos administrativos en las adquisiciones de la Administración, con la finalidad de disminuir los tiempos y liberar el empleo de personal en los procedimientos de contratación.

La celebración de convenios marcos son una atribución exclusiva de la Dirección de Compras y Contratación Pública, según lo dispuesto en el artículo 30 letra d), la cual podrá perfeccionarlos de oficio o a petición de uno o más órganos sometidos a la ley en comento, para los que la adquisición de los bienes y servicios objeto de dichos convenios, será obligatoria por este medio. Sólo podrán excepcionarse de esta obligación de comprar mediante convenio marco vigente cuando por su propia cuenta la entidad obtiene de manera

directa condiciones más ventajosas para contratar, cuyos antecedentes deberán ser sometidos a control.

La obligatoriedad de adquirir bienes y servicios para la Administración por medio de estos convenios, establece un verdadero orden de prelación dentro de los procedimientos de contratación establecidos en la LBCASyPS, anteponiéndose a la licitación pública como regla general en esta materia. De modo que el convenio marco detenta el primer lugar en este orden de preferencias, debiendo primero los órganos de la Administración verificar si existe un convenio marco vigente que tenga como objeto los bienes y/o servicios que requiere antes de iniciar un procedimiento licitatorio. Así también lo confirma la ya mencionada Resolución N° 5, la cual establece que "Los Servicios Públicos deben considerar siempre como primera opción de compra los productos y servicios en Convenio Marco. Un Servicio Público sólo puede comprar fuera de este sistema si no encuentra el producto o servicio requerido, o si puede obtener fuera del catálogo condiciones más ventajosas".

Al establecer la preferencia del convenio marco en procedimientos de contratación de suministros y prestación de servicios, podría pensarse que esta es la nueva regla general, puesto que la licitación pública, la (casi) indubitada regla general de los mecanismos que se vale la Administración para contratar ha sido postergada por el legislador si existe un convenio marco vigente. Sin embargo, rechazamos esta idea por dos razones.

La primera es que la suscripción de los convenios marco, de acuerdo al artículo 16 del RLBCASyPS, debe efectuarse según lo establecido en la Ley de Compras y su reglamento, esto es, por licitación pública siempre que el contrato supere la cuantía de 1000 UTM, con salvedad a lo dispuesto en su artículo 8° de la ley. Si consideramos que un convenio marco tiene por objeto abastecer de cierto tipo de bienes o servicios a todos los órganos de la Administración que se sujetan a la ley en comento, es natural, dada la envergadura del aparato estatal, que los convenios marco que suscriba la Dirección de Compras y

Contratación Pública sean todos (o su mayoría) de un monto superior a 1000 UTM y en consecuencia licitados. Por tanto, si bien los órganos de la Administración realizan órdenes de compra directa en virtud de un convenio marco, el mismo convenio marco fue licitado previamente por la Dirección de Compras.

La segunda razón dice relación con el hecho de que no existen convenios marco para todos los bienes y servicios que la Administración requiere para el cumplimiento de sus fines. La especialidad de ciertas gestiones de la Administración hace imposible estandarizar las necesidades de cada órgano que la compone. Por tanto, son muchos los bienes y servicios que no son objeto de estos convenios y deben ser contratados por medio de una licitación pública o, en su defecto, propuesta privada o trato directo, según corresponda.

Por ambas razones sostenemos que el convenio marco, pese a su preferencia y obligatoriedad para los órganos sujetos a la LBCASyPS, no es la regla general tratándose de procedimientos de contratación, manteniendo dicha posición la licitación o propuesta pública.

## **6. Etapas del Procedimiento Licitatorio**

Este procedimiento administrativo está conformado por una sucesión de actos administrativos de carácter autónomo, interligados unos con otros que en conjunto conducen a un acto administrativo final<sup>145</sup>, cuyo propósito no es otro que la elección del particular con quién la Administración celebrará el contrato administrativo.

El procedimiento licitatorio está conformado por varias etapas que analizaremos a continuación.

---

<sup>145</sup>DROMI. op. cit. (1), p. 128

### **6.1. Realización de estudios previos a la licitación.**

La Administración en el cumplimiento de sus funciones, debe realizar una planificación de cómo cumplirá sus fines, considerando cuáles serían las formas más eficientes para su cometido y los medios económicos disponibles para implementarlos, adecuando a estos la adquisición de bienes y servicios. La LBCASyPS establece en su artículo 6° que "La Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones", lo que implica que en esta orden de cautela de los fondos públicos, necesariamente deberá existir una planificación del gasto por parte de las entidades licitantes.

### **6.2. Elaboración de las bases de la licitación**

El reglamento de la LBCASyPS ha definido las bases de la licitación como "documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones establecidas por la Entidad Licitante, que describen los bienes y servicios a contratar y regulan el Proceso de Compras y el contrato definitivo". En definitiva, los también llamados pliego de condiciones son documentos que contienen un conjunto de cláusulas que formula la entidad licitante, en los que se establecen los requisitos y especificaciones de los bienes, obras o servicios que se licitan, así como también las pautas y aspectos procedimentales tanto del procedimiento licitatorio mismo, como del contrato<sup>146</sup>. Constituye por tanto un acto administrativo, un cuerpo normativo y el contenido del contrato<sup>147</sup>.

El contenido de las bases se puede resumir a dos partes, las bases administrativas<sup>148</sup> y las bases técnicas<sup>149</sup>. En la primera, la Administración

---

<sup>146</sup> DROMI. op.cit. (1), p. 194.

<sup>147</sup> MORAGA. op. cit (3), p.163.

<sup>148</sup> Artículo 2 n° 4. Bases Administrativa: Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen, de manera general y/o particular, las etapas, plazos, mecanismos de consultas y/o aclaraciones, criterios de evaluación, mecanismos de adjudicación, modalidades de evaluación, cláusulas del contrato definitivo y demás aspectos administrativos del proceso de compras.

<sup>149</sup> Artículo 2 n°5. Bases Técnicas: Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen de manera general y/o particular las especificaciones, descripciones, requisitos y demás características del bien o servicio a contratar.

regulará aspectos procedimentales de la licitación, tales como los requisitos que deben cumplir los participantes, las ofertas, el objeto de la licitación y derechos y deberes de las partes del contrato. En las segundas se establecerán aspectos de la ejecución del contrato y estándares mínimos de calidad que debe cumplir el particular<sup>150</sup>.

Tratándose de contratos de suministro y prestación de servicios, el RLBCASyPS ha establecido el contenido que deben tener las bases en sus artículos 22 y 23. El artículo 22 prescribe que las bases de licitación deben tener un contenido mínimo<sup>151</sup>, establecido en la misma disposición y el artículo 23 da la posibilidad de que las Bases contengan un contenido adicional<sup>152</sup>.

---

<sup>150</sup> MORAGA. op. cit. (3), p. 161.

<sup>151</sup> Artículo 22.- Contenido mínimo de las Bases: Las Bases deberán contener, en lenguaje preciso y directo, a lo menos las siguientes materias: 1. Los requisitos y condiciones que deben cumplir los Oferentes para que sus ofertas sean aceptadas. 2. Las especificaciones de los bienes y/o servicios que se quieren contratar, las cuales deberán ser genéricas, sin hacer referencia a marcas específicas. En el caso que sea necesario hacer referencia a marcas específicas, deben admitirse, en todo caso, bienes o servicios equivalentes de otras marcas o genéricos agregándose a la marca sugerida la frase "o equivalente". 3. Las etapas y plazos de la licitación, los plazos y modalidades de aclaración de las bases, la entrega y la apertura de las ofertas, la evaluación de las ofertas, la adjudicación y la firma del Contrato de Suministro y Servicio respectivo y el plazo de duración de dicho contrato. 4. La condición, el plazo y el modo en que se compromete el o los pagos del Contrato de Suministro y Servicio, una vez recepcionados conforme los bienes o servicios de que se trate. 5. El plazo de entrega del bien y/o servicio adjudicado. 6. La naturaleza y monto de la o las garantías que la entidad licitante exija a los oferentes y la forma y oportunidad en que serán restituidas. Las garantías de seriedad de la oferta y de cumplimiento del contrato tienen por objeto resguardar el correcto cumplimiento, por parte del proveedor oferente y lo adjudicado, de las obligaciones emanadas de la oferta y/o del contrato. En el caso de la prestación de servicios la garantía de fiel cumplimiento asegurará además el pago de las obligaciones laborales y sociales de los trabajadores del contratante. En la garantía de fiel cumplimiento se podrán hacer efectivas las eventuales multas y sanciones. Al fijarse el monto de la misma, se tendrá presente que éste no desincentive la participación de oferentes. En todo caso, este requisito será obligatorio para las contrataciones que superen las 1.000 UTM. 7. Los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación, atendido la naturaleza de los bienes y servicios que se licitan, la idoneidad y calificación de los Oferentes y cualquier otro antecedente que sea relevante para efectos de la Adjudicación. 8. En las licitaciones menores a 1000 UTM y superiores a 100, definir si se requerirá la suscripción de contrato o si éste se formalizará mediante la emisión de la orden de compra por el comprador y aceptación por parte del proveedor, de conformidad con lo establecido en el artículo 63 del presente reglamento. 9. Los medios para acreditar si el proveedor adjudicado registra saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o con trabajadores contratados en los últimos dos años y la oportunidad en que ellos serán requeridos. 10. La forma de designación de las comisiones

Dado el contenido de las bases de licitación, se le considera “la ley del contrato”, pues vinculan a la partes tanto en la etapa precontractual, como en su celebración y ejecución y serán obligatorias toda vez que no infrinjan normas jurídicas de rango superior<sup>153</sup>. En definitiva, las bases conforman el estatuto jurídico y técnico del contrato, siendo en consecuencia un documento público u oficial, por cuanto es un documento normativo y emanado de una autoridad administrativa<sup>154</sup> y es un documento de contenido esencial, que debe establecer claramente las condiciones de la negociación y una clara determinación del objeto del contrato, aspecto de fundamental importancia, puesto que de no ser así podría adolecer de un vicio de nulidad al establecer una obligación sin un objeto real y lícito de acuerdo al artículo 1453 del Código Civil<sup>155</sup>.

Asimismo, las bases como ley del contrato tendrán especial relevancia a la hora de interpretar sus cláusulas, como señala MORAGA "son las bases de licitación las llamadas a orientar a los licitantes, oferentes y a la propia Administración a actuar con respeto a la igualdad y la transparencia, vedando las diferencias arbitrarias; eliminando cualquier circunstancia que pueda provocar en los oferentes un problema acerca del conocimiento oportuno y entendimiento íntegro de ellas y de sus aclaraciones dentro del proceso correspondiente y, especialmente, cualquiera confusión acerca de la manera cómo se resolverá la licitación, en razón de que el o los criterios de adjudicación

---

evaluadoras, que se constituirán de conformidad con lo establecido en el artículo 37 de este reglamento.

<sup>152</sup> Artículo 23.- Contenido adicional de las Bases: Las Bases podrán contener, en lenguaje preciso y

directo, las siguientes materias: 1. ELIMINADO. 2. La prohibición de subcontratar impuesta al proponente adjudicado y las circunstancias y alcances de tal prohibición. 3. Puntajes o ponderaciones que se asignen a los Oferentes, derivados del cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, contratación de discapacitados y demás materias de alto impacto social. Estos puntajes o ponderaciones no podrán, en caso alguno, ser los únicos que se consideren para determinar la adjudicación de la oferta más conveniente. 4. Cualquier otra materia que no contradiga disposiciones de la Ley de Compras y el Reglamento.

<sup>153</sup> MORAGA. op. cit. (3), p. 165.

<sup>154</sup> MORAGA. op. cit. (2), p. 416.

<sup>155</sup> *Ibíd.*, p. 417.



fueron vagos, confusos, ininteligibles o, incluso, se inventaron luego de presentadas las ofertas"<sup>156</sup>.

La creación de la bases deberá además realizarse con observancia de los principios que informan la licitación pública.

### **6.3. El control de juridicidad de las Bases de la Licitación**

Según lo prescrito por el artículo 10° inciso 3° en su parte final, “las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente”, es decir el órgano licitante emite un acto administrativo, ya sea resolución o decreto, que aprueba las bases. Además de este acto administrativo aprobatorio en algunos casos es necesario que las bases sean aprobadas por Contraloría General de la República a través del trámite de toma de razón.

Es preciso explicar que la toma de razón en procedimientos licitatorios aparece como excepcional a partir de la Resolución N° 1600, de 2008, del órgano contralor. Según dispone su artículo 9°, quedarán exentos de este trámite los decretos y resoluciones relativos a contratos de la Administración, salvo los expresamente mencionados en ella. Por tanto, en materia de contratos de suministro y prestación de servicios sólo estarán sujetos a toma de razón los contratos para la adquisición o suministro de bienes muebles o de prestación de servicios, por trato directo o licitación privada por un monto superior a 2.500 UTM. Quedando afectos a toma de razón los actos de adjudicación -que no los decretos o resoluciones aprobatorios de estos convenio, cuando éstos provengan de una licitación pública y se ajusten a un formato tipo aprobado previamente por la CGR.

No obstante que algunos actos no están sometidos a toma de razón, de igual manera son revisados por medio de controles de reemplazo. Ellos consisten en revisiones a posteriori, de acuerdo al cual las entidades licitantes tienen la obligación de mantener a disposición del órgano contralor la documentación original de los actos o resoluciones exentos.

---

<sup>156</sup> *Ibíd.*, p. 417.

#### **6.4. Llamado a licitación y Publicación de Bases.**

El llamado a licitación es la declaración unilateral del órgano licitante por el cual manifiesta su decisión y necesidad de contratar e invita a los particulares interesados en contratar para que formulen sus ofertas con estricta sujeción al procedimiento y requerimiento establecido en las bases, “es un llamado de demanda que involucra un pedido de ofertas”<sup>157</sup>.

El llamado a licitación y publicación de las bases en contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, debe realizarse a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, es decir, por medio del sitio web “chilecompra.cl”, según lo dispuesto en el artículo 7° letra a) inciso 2° de la LBCASyPS. Además, el órgano licitante podrá publicar avisos en diarios o medios de circulación internacional, nacional o regional, según sea el caso, con la finalidad de alcanzar mayor difusión y se presenten más ofertas al concurso (artículo 26 RLBCASyPS).

El Reglamento también dispone que debe establecerse un plazo mínimo entre el llamado y el cierre de la recepción de ofertas, con el objetivo de que la mayor cantidad posible de interesados en contratar con la Administración puedan enterarse del procedimiento licitatorio y tengan la posibilidad de presentar sus ofertas. Así, establece el artículo 25 que la entidad licitante deberá fijar el plazo que medie entre el llamado y el cierre de la recepción de las ofertas en atención al monto y complejidad de la adquisición, así como también el tiempo requerido para que los proveedores puedan formular sus ofertas. De todos modos, cuando el monto del contrato sea igual o superior a 5000 UTM, el llamado deberá publicarse en el sistema de información con una antelación de a los menos 30 días corridos anteriores a la fecha de recepción

---

<sup>157</sup> DROMI. op. cit. (1), p.232.

de las ofertas<sup>158</sup>. En contratos mayores a 1000 UTM y menores a 5000 UTM, el llamado no podrá publicarse en el sistema de información con una antelación menor a 20 días corridos de la fecha de recepción de las ofertas, plazo que podrá reducirse a 10 días siempre que el contrato verse sobre bienes y servicios de simple y objetiva especificación, y que razonablemente conlleve un esfuerzo menor la preparación de dicha ofertas. En los casos que el contrato sea de una cuantía inferior a 1000 UTM, el llamado no podrá publicarse con menos de 10 días corridos de antelación a la fecha de cierre de recepción de las ofertas, plazo que podrá reducirse a 5 días de contratarse bienes y servicios de simple y objetiva especificación. Por último, en licitaciones cuyos contratos no superen su cuantía a 100 UTM, el comentado plazo no podrá ser inferior a 5 días.

Este plazo de cierre de recepción, agrega el inciso penúltimo del artículo 25, no podrá vencer en días inhábiles, ni en días lunes o un día siguiente a un día inhábil, antes de las quince horas.

### **6.5. Consultas y Aclaraciones sobre las Bases**

Existe la posibilidad de que los particulares puedan hacer consultas y aclaraciones sobre las bases, de modo que puedan interiorizarse de todos los antecedentes contractuales y técnicos que regularán el contrato<sup>159</sup>. Las consultas y aclaraciones deberán realizarse en el contrato de suministro por medio del Sistema de Información y en los plazos que establezcan las Bases de la licitación, de acuerdo al artículo 27 RLBCASyPS. Las respuestas a las consultas de los interesados deberán publicarse en circulares aclaratorias (sin hacer público el autor de las preguntas), las cuales serán conocidas por todos los interesados y serán también parte del contenido de las Bases de la licitación.

---

<sup>158</sup> Modificación introducida por el Decreto N° 1410 del Ministerio de Hacienda, publicado en el Diario Oficial el 9 de septiembre de 2014, que modifica el DS N° 250 de 2004 del mismo ministerio, que establece el Reglamento de la LBCASyPS.

<sup>159</sup> MORAGA. op. cit. (3), p. 172.

Cabe agregar lo dispuesto en el artículo 19 del mismo reglamento, en el cual se establece un plazo prudencial para que los oferentes puedan adecuar las ofertas a las modificaciones de las bases. El profesor MORAGA considera que esta norma reviste el carácter de principio general y debe aplicarse a todo procedimiento de contratación independiente de la naturaleza del contrato<sup>160</sup>.

#### **6.6. Recepción y Apertura de Ofertas**

Como anota RUFÍAN LIZANA, la recepción y la apertura de las ofertas comúnmente coinciden; sin embargo ambas tienen individualidad propia dentro del procedimiento<sup>161</sup>. La recepción de las ofertas es el acto por el cual la Administración recibe las propuestas de los particulares en el plazo, forma y condiciones que establecen las Bases o, en su defecto, la ley. La apertura de las ofertas es por tanto el acto en el cual la Administración dará a conocer para sí y demás interesados, las propuestas de los participantes.

En contratos administrativos de obra pública o de concesiones, la recepción consiste en la aceptación del sobre, paquete o bulto que contiene la oferta. En contratos de suministro y prestación de servicios, las ofertas deben ser enviadas por medio de los Sistemas de Información de la Dirección de Compras, es decir por el sitio web [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl).

En contratos de obra y concesión, la apertura de las ofertas en virtud del principio de publicidad procederá en presencia de los demás oferentes, quedando registrado en un acta. En contratos de suministro la apertura se hará por los medios electrónicos antes mencionados, revistiendo la misma publicidad, puesto que por dicho canal los demás oferentes podrán conocer las ofertas de todos los participantes.

La oferta constituye, de acuerdo al profesor DROMI, una proposición firme, completa e incondicionada que presenta el particular a la

---

<sup>160</sup> *Ibid.*, p. 173.

<sup>161</sup> RUFÍAN LIZANA, Dolores. "Manual de Concesiones de Obras Públicas". Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p.60.

Administración<sup>162</sup>. Por tanto, no valdrá como oferta cualquier propuesta que el particular ponga en manos de la entidad licitante si está sujeta a una condición.

En cuanto al contenido de la oferta, el artículo 32 RLBCSyPS señala que deberán presentarse a través de los formularios de ofertas que las entidades licitantes elaboran para cada procedimiento licitatorio, cumpliendo con los requerimientos exigidos por las bases y adjuntando todos los documentos solicitados en ellos, en soporte electrónico.

Además, la oferta, por regla general, debe estar caucionada. El artículo 31 RLBCASyPS señala que bajo el umbral de 2000 UTM, la entidad licitante deberá ponderar el riesgo involucrado en la celebración del contrato y determinar si exigirá o no una caución. Lo que nos indica que siempre que el contrato exceda este monto, la entidad licitante deberá exigir una garantía de seriedad que caucione la oferta.

De solicitarse, deberá determinarse su monto, plazo de vigencia y la moneda o unidad reajutable con la que deberá expresarse la cuantía de la garantía de seriedad. Podrá presentarse física o electrónicamente (y en tal caso debe ajustarse a la Ley 19.799 sobre Documentos Electrónicos) y deberá ser pagadera a la vista y debe tener el carácter de irrevocable.

La garantía puede ser otorgada a través de vale vista, póliza de seguro, depósito a plazo o cualquier otra forma que asegure su pago de manera rápida y efectiva. Esta garantía de seriedad deberá ser la misma para todos los participantes de la licitación, no pudiendo hacerse distinciones entre ellos.

La presentación de la oferta tiene el efecto de que el particular no podrá modificarla una vez presentada, significando la intangibilidad de su propuesta.

Por su parte la apertura de las ofertas, de acuerdo al artículo 33 del RLBCASyPS, deberá efectuarse a través del sistema de información, liberándose automáticamente las ofertas en el día y hora establecidos en la bases, debiendo éste asegurar la certeza de la hora y fecha de este acto y

---

<sup>162</sup> DROMI. op. cit. (1), p. 355.

permita a los oferentes conocer las ofertas de sus competidores. Excepcionalmente, en los casos del artículo 62 del mismo cuerpo legal, que dispone los casos en la licitación puede efectuarse en soporte papel, las aperturas podrán realizarse en las dependencias de la entidad licitante.

Debe precisarse que la apertura de las ofertas podrá realizarse en una o dos etapas. Cuando las bases establezcan que la licitación será de una etapa, en el acto de apertura procederá abrirse tanto la oferta técnica como la oferta económica. Al contrario, de contemplarse la licitación en dos etapas, habrá dos actos de apertura diferidos. En el primero de ellos sólo se abrirá la oferta técnica, tras la que procederá un primer examen por parte de la entidad licitante, en el que se analizará que las propuestas cumplan con los requisitos técnicos exigidos, y sólo respecto de las que reúnan dichas condiciones, procederá la apertura de su oferta económica.

Efectuada la apertura de ofertas los oferentes podrán presentar observaciones dentro de 24 horas de dicho acto, por medio del sistema de información. En los casos que se permita el soporte papel, podrán solicitar los oferentes que se deje constancia de sus observaciones o quejas en el acta que se levantará para dichos efectos.

Por último, de acuerdo a los artículos 34 inciso final y 35 del RLBCASyPS, la entidad licitante estará facultada para exigir a sus participantes una etapa de precalificación y preselección.

### **6.7. Evaluación de las Ofertas**

En el proceso licitatorio la apertura de las ofertas y la adjudicación están separadas por una etapa de evaluación, la que tiene lugar al interior de la entidad licitante, durante la cual estudia, coteja y finalmente elige la oferta ajustada a su requerimiento<sup>163</sup>.

La evaluación de las ofertas es regulada por el artículo 37 RLBCASyPS. La norma indica que la Entidad Licitante evaluará las ofertas presentadas por

---

<sup>163</sup> DROMI. op. cit. (1), p. 383.

los proveedores y deberá rechazar las ofertas que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en las Bases. Para ello deberá utilizar los criterios fijados en las Bases para evaluar las ofertas, realizando un análisis técnico y económico de éstas, teniendo en cuenta los costos presentes y futuros del bien y servicio ofrecido.

Los criterios que se establezcan en las bases deberán considerar uno o más factores y subfactores, cuyas ponderaciones también deberán ser prefijadas por la entidad licitante, sin perjuicio de que la comisión evaluadora y los expertos que la asesoren puedan elaborar pautas que precisen la forma de calificación de los factores y subfactores.

El artículo 38 del RLBCASyPS establece a modo de ejemplo algunos criterios técnicos y económicos que la entidad licitante puede establecer en las bases del procedimiento: como la experiencia, la metodología, la calidad técnica, la asistencia técnica o soporte, los servicios de post-venta, los plazos de entrega, los recargos por fletes, consideraciones medioambientales, de eficiencia energética, los consorcios entre oferentes, comportamientos contractuales anteriores, el cumplimiento de los requisitos formales de la oferta, así como cualquier otro criterio que sea atingente a las características de los bienes y servicios licitados. Asimismo, tratándose de licitaciones de prestación de servicios habituales, deberán establecer como criterios técnicos de la oferta las condiciones de empleo y remuneraciones de la empresa oferente. La consideración de algunos de estos factores, como los que atienden a la preservación del medioambiente o refieren a la protección de las condiciones laborales de los trabajadores de las empresas proveedoras de la Administración, son la base de lo que se ha denominado como "Contratación Sustentable". La Dirección de Compras y Contratación Pública ha elaborado una directiva de contratación pública que establece instrucciones para realizar contrataciones sustentables por medio de la Resolución N° 13, de 23 de mayo de 2011 que define la contratación sustentable como "los procesos de

contratación pública de bienes muebles y servicios regidos por la Ley N° 19.886 y su reglamento, en los que se busca un adecuado equilibrio entre los aspectos sociales, económicos y ambientales de las contrataciones que realicen las instituciones del Estado". Esta contratación sustentable propone privilegiar en las compras de la Administración condiciones y factores de carácter económico, social y ambiental, no sólo en cuanto a los bienes y servicios que requiera, sino que esta mirada de equilibrio deberá introducirse en la planificación misma de las contrataciones de la entidad licitante, así como identificación de sus necesidades, la determinación de sus procesos de contratación, elaboración de bases, evaluación, adjudicación e incluso la ejecución de los contratos que celebre<sup>164</sup>. En esta misma orientación, la Resolución N° 17 de este mismo organismo, con fecha de 8 de mayo de 2014, aprueba un conjunto de instrucciones para realizar contrataciones públicas inclusivas y que promuevan la igualdad de oportunidades en el mercado público, de modo que se considere en los procedimientos licitatorios criterios que atiendan a desventajas que

---

<sup>164</sup> Pese a esta iniciativa por parte de la Dirección de Compras y Contratación Pública, un reciente dictamen de Contraloría General de la República, determinó que este tipo de instrucciones resultan ser meramente recomendaciones para los servicios públicos regidos por la LBCASyPS y su reglamento. En efecto señala que "(...) procede señalar que, de conformidad con el artículo 30, letra a), de la citada ley N° 19.886, a la Dirección de Compras y Contratación Pública le compete asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones, para lo cual podrá celebrar convenios de asesoría para el diseño de programas de capacitación y de calificación y evaluación contractual.

De lo expuesto, es dable concluir, por una parte, que corresponde a la autoridad administrativa de que se trate elaborar las bases de licitación de las adquisiciones que lleve a cabo, considerando los criterios de evaluación técnicos y económicos que estime pertinentes -por cierto, dentro del contexto normativo fijado por las disposiciones legales y reglamentarias mencionadas-, según las características de los bienes o servicios a licitar y a sus requerimientos; y, por otra, que la Dirección de Compras y Contratación Pública es la entidad encargada de asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones.

En este sentido, se advierte que el documento por el cual se consulta se enmarca dentro de las atribuciones aludidas, dado que en aquel se establecen conceptos y parámetros básicos relativos al desarrollo sustentable del país, y sugerencias para que los órganos de la Administración del Estado realicen esta clase de contrataciones.

De esta forma, cabe concluir que, al establecer meras recomendaciones efectuadas en el ejercicio de un rol asesor, la referida Directiva N° 13 carece de un carácter imperativo, por lo que no resulta obligatoria para los organismos sujetos a la ley N° 19.886, y en consecuencia, es inconducente pronunciarse acerca de su eventual publicación y tramitación ante esta Contraloría General". Dictamen N° 62.237 de 2013.



puedan presentar ciertos oferentes. Como señala dicha resolución, por ejemplo, al momento de contratar servicios de recepción, se evalúe con mayor puntaje a aquellos que son o tienen contratados a jóvenes sin experiencia o por el contrario, adultos mayores, o bien, personas que, por lo general y dadas sus condiciones, tienen un acceso restringido a las oportunidades de trabajo.

La evaluación de las ofertas se llevará a cabo por una comisión evaluadora que designará la entidad licitante, la que en procesos licitatorios que revistan gran complejidad o cuya cuantía sea superior a 1.000 UTM, deberá ser compuesta por al menos tres funcionarios públicos internos o externos del licitante con la finalidad de garantizar a los oferentes la imparcialidad y competencia del proceso. La norma agrega que excepcionalmente podrán integrar la comisión personas que no pertenezcan a la Administración del Estado y, en menor número, a los integrantes de la comisión que pertenezcan a la Administración. Además, de ser necesario, la entidad licitante podrá proveer a la comisión de la asesoría de expertos en las materias técnicas que tenga por objeto calificar.

En pos de la probidad y la transparencia de la evaluación de las ofertas, los funcionarios que la compongan no podrán tener conflictos de interés con los oferentes y la conformación de la comisión evaluadora deberá publicarse en el sistema de información.

Al igual que en etapa de consultas y aclaraciones, el RLBCASyPS establece la posibilidad de que existan contactos entre proveedores y la entidad licitante, durante el período de evaluación, las que podrán consistir en solicitudes de aclaraciones, entrevistas, visitas a terreno, presentaciones, exposiciones, entrega de muestras o pruebas que pudieran requerirse para la evaluación de las ofertas. Todos estos contactos deben haber sido establecidos previamente en las bases, estando proscrito cualquier otro contacto. Así también la entidad licitante, de acuerdo al artículo 40 del RLBCASyPS, podrá solicitar a los oferentes que rectifiquen errores u omisiones formales, siempre

que dichas enmiendas no les confieran una situación de privilegio respecto de los demás competidores, en atención a los principios de igualdad de los oferentes y estricta sujeción a las bases.

Realizado este examen de las ofertas la entidad licitante deberá asignar un puntaje a cada una de ellas. En el caso de que se produzcan empates en la asignación de puntajes, se deberá contemplar mecanismos para resolver estas situaciones.

### **6.8. La Adjudicación**

La adjudicación es definida por DROMI como “el acto por el cual el licitante determina, reconoce, declara y acepta la propuesta más ventajosa, poniendo fin al procedimiento administrativo contractual”<sup>165</sup>. El RLBCASyPS define en su artículo 2° n°1 la adjudicación como “Acto administrativo fundado, por medio del cual la autoridad competente selecciona a uno o más Oferentes para la suscripción de un Contrato de Suministro o Servicios”. En definitiva, es el acto administrativo por el cual la Entidad Licitante elige a quién va ser su contratante y puede tomar forma de resolución, simple decreto, decreto supremo, decreto alcaldicio, etc<sup>166</sup>.

La adjudicación como acto administrativo es la manifestación de voluntad de la Entidad Licitante de contratar con el particular oferente que obtuvo la mejor calificación en la etapa de evaluación. Por consiguiente, hecha esta elección se rechazan de manera automática todas las demás ofertas a menos que la licitación y sus Bases requieran más de un contratante. Este acto, como todo acto de la Administración deberá ser fundado y, de acuerdo al artículo 41 del RLBCASyPS, deberá especificar los criterios de evaluación que hayan permitido calificar al adjudicatario con un mejor puntaje que los demás competidores y, en definitiva, catalogar su oferta como la más conveniente, debiendo publicar la mayor cantidad posible de información referente al proceso

---

<sup>165</sup> DROMI. op. cit. (1), p. 389.

<sup>166</sup> MORAGA. op. cit. (3), p. 194.

de evaluación e indicar el mecanismo para resolución de consultas respecto de la adjudicación.

La entidad licitante tiene vedada la posibilidad de adjudicar el contrato que se licita a una oferta que no cumpla con las condiciones y requisitos establecidos en las bases. Tampoco podrá adjudicar el contrato al oferente que se encuentre inhabilitado para contratar con la Administración o la oferta que no emane de personas con poderes suficientes para vincular al proveedor.

Asimismo, la Administración, de acuerdo al artículo 9 LBCASyPS, no está en la obligación de adjudicar el contrato aunque la oferta cumpla con las exigencias mínimas que se hayan contemplado en el pliego de condiciones, si la entidad licitante estima que dicha oferta, que resulte mejor posicionada respecto a las demás o en su defecto sea la única que cumple con los requisitos, no sea conveniente para los intereses del servicio, pudiendo declarar desierta la licitación.

Por último, en casos que la oferta menos onerosa tenga un precio menor al 50% de la oferta que le sigue y se verifique por parte de la Administración que los costos de dicha oferta son inconsistentes, podrá adjudicarle el contrato por resolución fundada, siempre que presente una ampliación de la garantía de fiel cumplimiento por la diferencia de la oferta que le sigue.

En cuanto a sus efectos, el principal es otorgar un derecho subjetivo al oferente adjudicado, que consiste en el derecho a celebrar el contrato de suministro o prestación de servicio con la Entidad Licitante, obligándose ésta a efectuar los actos integrativos del procedimiento y formalización contractual<sup>167</sup>. Por tanto, en caso de que la Entidad Licitante se abstuviere o negare a contratar con el oferente adjudicatario por causas no contempladas en la ley o

---

<sup>167</sup> DROMI. op. cit. (1), p. 390.

en las Bases, incurriría en responsabilidad extracontractual, siendo procedente indemnizar al particular<sup>168</sup>.

Respecto de los demás oferentes, la adjudicación del contrato obliga a la entidad licitante a devolver la garantía de seriedad otorgada junto a su oferta, la que deberá proceder en el plazo de diez días, contado desde la notificación de la resolución que dé cuenta de la inadmisibilidad, de la preselección o de la adjudicación, plazo que se podrá extender cuando en las bases se haya contemplado la facultad de adjudicar la segunda propuesta mejor evaluada, si la primera desiste de celebrar el contrato, según dispone el artículo 43 RLBCASyPS.

---

<sup>168</sup> MORAGA. op. cit. (3), p. 195.

### **CAPÍTULO III. LA REVISIÓN VÍA ADMINISTRATIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS DE CONTRATOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

#### **1. Vías de revisión de los actos administrativos del procedimiento licitatorio**

Recapitulando, los actos de la Administración están sujetos a tres tipos de control, un control político, uno jurisdiccional y uno de naturaleza administrativa. Tratándose de actos administrativos que tienen ocasión en procedimientos de adquisición de bienes muebles y servicios, procederán por lo general sólo los controles jurisdiccionales y administrativos<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> Eventualmente podría realizarse un control político sobre procedimientos de contratación de suministro y prestación de servicios, sin embargo hasta ahora no existen casos que hayan alcanzado notoriedad pública. Tratándose de contratación administrativa en general, el mayor ejemplo en esta materia podría estar constituido por el denominado caso "MOP-GATE". "En efecto, el sentenciador dio por probado en esta causa, que se abultaron o sobrevaloraron, intencionalmente, los precios de ciertos contratos celebrados entre la Dirección General de Obras Públicas, dependiente del MOP y diversas consultoras, y, posteriormente, depositaban las diferencias generadas por este exceso artificioso y los valores reales de sus contratos, en las cuentas corrientes bancarias de la firma GATE S.A., de Héctor Peña V., de Luis Jara V. y de Yerko General C. y con esos fondos se pagaban honorarios y otros fines del Servicio ajenos a la contratación que les sirvió de base. Es decir, se generaba un proceso artificioso en que se comprometían mayores fondos de los que se necesitaban, de modo que se generaba un exceso que una vez adjudicado al respectivo consultor, se destinaban total o parcialmente a otros fines no asociados al contrato que se trataba, como ser el pago de honorarios a funcionarios públicos del MOP y sus reparticiones, particulares y otros servicios". Corte Suprema, sentencia 11 de agosto de 2014, Rol 2284-2010. No obstante, más allá de verse involucrados personeros del gobierno, el control que se llevó a cabo fue más bien de naturaleza jurisdiccional, condenándose en definitiva por fraude al fisco al Ministro de Obras Públicas, Carlos Cruz (2000-2002), el jefe de Finanzas de la Dirección de Vialidad del MOP, Sergio Cortés, entre otros .

En cuanto a control jurisdiccional se trata, el legislador ha introducido en el Capítulo V de la LBCASyPS, una magistratura especializada que tiene competencia contencioso administrativa, para conocer los conflictos suscitados en procedimientos de contratación. Este es el Tribunal de Contratación Pública. De este modo el control de los actos administrativos en las licitaciones de compras públicas se ha fortalecido gracias a la inclusión del control jurisdiccional, lo que es una señal positiva y contribuye decisivamente a la consolidación de un verdadero Estado de Derecho en Chile<sup>170</sup>.

Sin embargo, el establecimiento de un Tribunal de Contratación ha traído como consecuencia de forma paralela, un debilitamiento progresivo de otros instrumentos de control de la Administración, en que actos que se debían resolver en una instancia de control administrativo, se han trasladado al ámbito jurisdiccional<sup>171</sup>. Esto se debe en gran medida a la poca confianza que los particulares tienen en los órganos de la Administración, tratándose de resolver reclamaciones o impugnaciones que se les presenten, lo que puede ser razonable si pensamos que la Administración activa en estos casos tiene roles de juez y parte a la vez.

El hecho de que el legislador haya entregado a un órgano jurisdiccional la competencia para revisar la actuación de la Administración en procedimientos licitatorios, no quiere decir que los instrumentos de control administrativo quedan al margen del ordenamiento jurídico, pues quedan a salvo los controles realizados por Contraloría General de la República, ya sea por toma de razón o controles de reemplazo.

Pero ¿qué sucede con los medios de revisión a cargo de la Administración activa? Bien sabemos que la LBCASyPS sólo reguló la vía jurisdiccional de revisión con la instauración del Tribunal de Contratación Pública, manteniendo completo silencio en lo que respecta a la posibilidad de

---

<sup>170</sup> FERRADA. op. cit.(1), p. 48.

<sup>171</sup> *Ibíd.*, p. 48.

que las mismas entidades licitantes vuelvan sobre sus actos. Antojadizamente podría pensarse que la ley en comento, siendo una ley de bases, si no contempla mecanismos administrativos internos de revisión es porque los excluye en la materia. Sin embargo, este razonamiento es del todo equívoco. En virtud de lo dispuesto en el artículo 1° inciso 1° de LBPA, "La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria".

De modo, que si la LBCASyPS no contempla herramientas de revisión de naturaleza administrativa para un procedimiento administrativo de carácter especial como la licitación pública, deben aplicarse las normas respectivas contempladas en la LBPA, que como indica su artículo primero, tiene aplicación supletoria respecto de los procedimientos administrativos especiales.

## **2. La aplicación supletoria de la LBPA en los procedimientos licitatorios de la LBCASyPS**

La LBPA regula las bases de los procedimientos administrativos, siendo su aplicación común y supletoria a todos los procedimientos administrativos de la Administración del Estado.

Que la aplicación de la LBPA sea supletoria, implica que donde existan normas que regulen un procedimiento especial, serán aquellas normas especiales y específicas las que se aplicarán al procedimiento en cuestión y la LBPA sólo se aplicará en lo que no esté regulado de manera especial. Del mismo modo lo ha entendido Contraloría General de la República<sup>172</sup> y no sólo

---

<sup>172</sup> "De acuerdo a las normas indicias, la LBPA se aplica a todos los procedimientos administrativos que desarrollan los órganos de la Administración, salvo que la ley establezca procedimientos especiales, en cuyo evento dicha preceptiva rige con carácter supletorio. Precizando este último aspecto, la jurisprudencia administrativa ha señalado que los procedimientos administrativos especiales que la ley establece deben regirse por las normas contenidas en el ordenamientos que les da origen, quedando sujetos supletoriamente a las prescripciones de la ley N° 19.880 en aquellos aspectos o materias respecto de las la

en términos generales sino que, también, en cuanto a recursos administrativos se trata<sup>173</sup>.

Tratándose de la LBCASyPS, la lógica es la misma, a los procedimientos de compras de suministro y prestación de servicios le serán aplicables sus normas y la de sus reglamentos y, en todo aquello que no regule de manera especial se aplicará la LBPA de manera supletoria. Esta tesis ha sido sostenida por Contraloría General de la República a través de sus dictámenes<sup>174</sup>.

No quedando dudas sobre la supletoriedad de la LBPA en la LBCASyPS, cabe precisar que es en nuestro objeto de estudio donde la aplicación supletoria de la LBPA se manifiesta de manera más contundente. En efecto, la LBCASyPS sólo establece un mecanismo de revisión jurisdiccional

---

preceptiva especial no ha previsto regulaciones específicas, lo que resulta del significado que el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia asigna al vocablo "supletoria" (esto es, lo que "suple una falta"), y al término "suplir" (esto es, "cumplir o integrar lo que falta a una cosa, o remediar la carencia de ella") (...). Dictamen N° 39.348 de 2007; En otro dictamen, en el mismo sentido ha dicho que "(...) la aplicación supletoria en referencia procederá en cuanto ella sea conciliable con la naturaleza del respectivo procedimiento especial, toda vez que su objetivo es solucionar los vacíos que éste presente, sin que pueda afectar o entorpecer el normal desarrollo de las etapas o mecanismos que dicho procedimiento contempla para el cumplimiento de la finalidad particular que le asigna la ley". Dictamen N° 33.255 de 2004.

<sup>173</sup>Sobre el particular, Contraloría General de la República ha sido clara en sostener "(...) que el artículo 15 de la misma ley dispone (19.880) que "Todo acto administrativo es impugnabile por el interesado mediante los recursos de reposición y jerárquico, regulados en esta ley, sin perjuicio del recurso extraordinario de revisión y de los demás recursos que establecen las leyes especiales", norma que se aplica también a los actos de mero trámite cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o provocar indefensión, lo que significa que ningún acto de la Administración puede estar exento de medios de impugnación, y es por ello que esta ley dispone que a falta de recursos especiales, regidos por las leyes que correspondan al procedimiento de que se trate, el acto resultante del procedimiento que no regule o prevea la posibilidad de impugnación, será impugnabile por los recursos que se establecen en ella". Dictamen N° 7.390 de 2006.

<sup>174</sup> Contraloría General de la República ha dictaminado a este respecto de la siguiente forma: "A su vez, la normativa existente en materia de contratos de suministro ha de entenderse modificada por la ley 19.886, que es especial en cuanto a su objetivo y a la metodología a seguir en este tipo de contrataciones, que prima en todo lo que contradiga a aquélla, integrando incluso lo existente con sus reglas de aplicación inmediata y directa, como ocurre con los requisitos de publicidad, transparencia, información y de reclamos. Así también, cabe manifestar que si como consecuencia de tales contratos se produce un procedimiento administrativo propiamente tal, con actos trámites y actos finales, sólo en lo no regido por la ley 19.886, aludida, rigen las de la ley 19.880". Dictamen N° 32.424 de 2004.



encarnado en la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, no contemplando medio alguno de revisión vía administrativa. Teniendo presente que la aplicación supletoria implica que la LBPA regirá en los procedimientos de compras, en todo aquello que no regule la LBCASyPS y su reglamento, cabe concluir que los mecanismos de revisión administrativa contenidos en el capítulo IV de la LBPA son completamente aplicables a los procedimientos licitatorios regulados por la ley de compras públicas.

En consecuencia, los recursos administrativos y demás herramientas de revisión de las que se vale la Administración para volver sobre sus propios actos, establecidos en la LBPA tienen plena aplicación en los procedimientos de compras públicas regidos por la LBCASyPS. De este modo, los particulares que se sientan vulnerados en sus derechos o intereses, además de una acción jurisdiccional contra la entidad licitante, disponen de medios de impugnación ante la misma Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la LBPA y su Capítulo IV.

Así, Contraloría General de la República, ante procedimientos licitatorios en los que entidades licitantes han tenido la intención de excluir la posibilidad de que sus actos sean impugnados vía administrativa, ha dicho que resulta atentatorio contra el principio de impugnabilidad de los actos administrativos<sup>175</sup>, y el hecho que la LBCASyPS sólo haya contemplado de manera expresa la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, no implica que el legislador haya marginado en la materia los recursos administrativos<sup>176</sup>. Así, los oferentes perjudicados por resoluciones del servicio

---

<sup>175</sup> Contraloría General de la República ha dicho al respecto que: "(...) Resulta improcedente la disposición contenida en el artículo 10, inciso segundo, en cuanto a que los licitantes cuyas ofertas no fueren aceptadas, no tendrán derecho a presentar reclamo alguno, por cuanto no se condice con el principio de impugnabilidad de los actos administrativos regulado en los artículos 10 de la ley N° 18.575, y 15 de la ley N° 19.880". Dictamen N° 71.953 de 2011.

<sup>176</sup> Del mismo modo el órgano contralor ha dicho: "Durante el período de licitación los recursos contemplados en el capítulo IV de la Ley N° 19.880, son sin perjuicio de la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública consagrada en el capítulo V de la Ley N° 19.886, circunstancia que ese Servicio no contempló en los artículos 32 y 119 de las bases en examen". Dictamen N° 9.099 de 2007.

público licitante, además de la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, contarán con los recursos administrativos generales que dispone nuestro ordenamiento jurídico.

Esta supletoriedad no sólo debe reconocerse, sino que también destacarse. La vía administrativa interna de revisión reviste en materia de compras públicas una relevancia encubierta en cuanto a controles de naturaleza administrativa se trata, pues a partir de la Resolución N° 1600 de Contraloría General de la República, buena parte de los actos administrativos que se dictan en procedimientos de contratación están exentos de toma de razón y sólo sujetos a controles de reemplazo. En consecuencia, el control administrativo interno, sea el que opera vía recurso o a petición de parte, adquiere un gran protagonismo, puesto que en ocasiones puede ser el único control al que los actos del procedimiento licitatorio puedan estar sujetos.

### **3. Los mecanismos de revisión de actos administrativos establecidos por el legislador**

Como anteriormente hemos dicho, a falta de una regulación especial en cuanto reclamaciones de carácter administrativo en materia de compras públicas, por aplicación del artículo 1° de la LBPA, serán aplicables a estos procedimientos administrativos especiales los mecanismos de revisión que la citada ley ha contemplado en su Capítulo IV.

Entre estos mecanismos de revisión de carácter general, existen algunos que operan tanto de oficio como a petición de parte, pudiendo nombrar entre los primeros la invalidación y la revocación y, entre los segundos, los distintos recursos administrativos que regula, como el de reposición, jerárquico, especial de revisión y de aclaración, sin perjuicio de que también puedan exigir la invalidación en el caso que los plazos de los recursos administrativos hayan vencido. En este capítulo nos dedicaremos a examinar cada uno de ellos.

### 3.1. La Invalidación

#### 3.1.1. Conceptualización de la Invalidación

Sobre la invalidación como acto de contra imperio de la Administración se han ofrecido diversas definiciones por parte de la doctrina.

POBLETE VINAIXA, define la invalidación como “el retiro de un acto administrativo, por causa de ilegalidad en sentido amplio, es decir, por ser contrario a derecho”<sup>177</sup>.

MORAGA KLENNER, por su parte la define como “el acto de contrario imperio que dicta la Administración como consecuencia de un procedimiento administrativo revisor o impugnativo y por cuya virtud se anula una medida anterior, que se estima ilegal y para así restablecer el orden jurídico quebrantado”<sup>178</sup>.

CELIS DANZINGER dice que la invalidación es “dejar sin efecto el acto administrativo por la misma autoridad que dispuso la medida irregular, atendido que adolece de un vicio de ilegalidad o inconstitucionalidad”<sup>179</sup>.

En el derecho comparado, en España el profesor Ramón PARADA, ve la invalidez como “una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos”<sup>180</sup>. Ante estos actos administrativos que nacen “enfermos” a la vida del derecho, procederán nulidades, de las cuales una relativa o anulabilidad sería un símil de la invalidación, la cual debe ser declarada expresamente por un órgano administrativo o judicial<sup>181</sup>.

Nuestra legislación no ha definido hasta el día de hoy la invalidación y hasta no hace muchos años tampoco ofrecía una regulación sistemática de la

---

<sup>177</sup> POBLETE VINAIXA, Julia. "Actos y Contratos Administrativos". 4ta Edición. Editorial LexisNexis, Santiago, 2008, p. 61.

<sup>178</sup> MORAGA. op. cit. (2), p. 263.

<sup>179</sup> CELIS DANZINGER, Gabriel. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo 1. Ediciones Punto Lex, Santiago, 2010, p. 426.

<sup>180</sup> PARADA, Ramón. "Derecho Administrativo". 12ª Edición. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2000, p. 180.

<sup>181</sup> *Ibíd.*, p. 183.

misma. Sin embargo, podemos sostener que se trata de una declaración de nulidad por parte de la Administración en contra de un acto propio que adolece de un vicio de juridicidad congénito.

Estamos en presencia de una potestad que ha tenido su desarrollo en base a la jurisprudencia y la doctrina que ha comentado esta institución. Es así como Contraloría General de la República por medio de sus pronunciamientos determinó los primeros lineamientos de la potestad invalidatoria, indicando en un ya antiguo dictamen de 1959, que la autoridad que haya emitido un decreto puede modificarlo o dejarlo sin efecto por razones de mérito o adolecer de vicios de legalidad, agregando que "la autoridad administrativa tiene la facultad, y aun la obligación de restablecer el imperio de la ley, revocando sus propios actos cuando advierte que son irregulares"<sup>182</sup>.

Como es posible inferir, el órgano contralor identifica la revisión de los actos de la administración en dos causales, la primera por mérito y la segunda por ilegalidad, ambas englobadas en una misma nomenclatura genérica "la revocación"<sup>183</sup>.

El anterior dictamen no es más que el primer eslabón en la evolución de la potestad invalidatoria de la Administración por la jurisprudencia de Contraloría. Ya en la década del 70 del siglo recién pasado, Contraloría, tomándose del avance y estado de la doctrina, reconoce la existencia de dos instituciones diversas, la invalidación y la revocación. Respecto a la primera refiere a "cuando el acto que dicta un órgano público es írrito, adolece de una irregularidad, por lo que el acto de contrario imperio que la hace efectiva, retrotrae sus efectos en principio, hasta la fecha del acto viciado"; en cambio dice que hay revocación "cuando el acto que dicta un órgano público se hace inoportuno o inconveniente"<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Dictamen N° 14.073 de 1959.

<sup>183</sup> MILLAR SILVA, Javier. "La Potestad Invalidatoria en el Derecho Chileno". Tesis para optar al grado académico de Doctor. Universidad de Chile, Santiago, 2011, p. 8.

<sup>184</sup> Dictamen N° 13.592 de 1971. En mismo sentido Dictamen N° 22.804 de 1971.

La voz "invalidación" para denominar a este instituto tiene origen en la jurisprudencia contralora y tiene su verdadero asentamiento, de manera convencional, en la doctrina local, en las Primeras Jornadas Chileno - Uruguayas de Derecho, celebradas en las ciudades de Montevideo y Santiago entre 1958 y 1959, en las que a modo de unificar el lenguaje doctrinario, "la acción de retirar la Administración sus actos administrativos antijurídicos se denominará como "invalidación", a fin de distinguirla de otras variedades tales como la revocación o la caducidad"<sup>185</sup>. De esta forma, la invalidación queda determinada como un instituto administrativo diverso y autónomo de la revocación, siendo la primera el retiro del acto administrativo por razón de ilegalidad en sentido amplio, y la segunda la eliminación del acto atendiendo al mérito o conveniencia para los intereses de la Administración, estando ambas subsumidas en el género de potestades revisoras de la Administración.

Ahora, cabe precisar que la distinción entre ambos institutos no es meramente terminológica y obedece más bien a un criterio objetivo. Pues sus causales devienen en diferencias prácticas aún más importantes<sup>186</sup>.

La invalidación al tener su fundamento en actos que adolecen de un vicio de ilegalidad tiene efectos similares a la nulidad. La nulidad es una sanción según la cual se priva de efectos a un acto jurídico por no cumplir con los requisitos que la ley establece para su celebración o ejecución, es decir se le priva de validez por estar viciado desde su nacimiento. Por dicho motivo, por ser actos que nacen viciados, la declaración de nulidad tiene efecto retroactivo, es decir, una vez que es declarada, el acto se reputa no haber existido jamás, devolviéndose las cosas al estado anterior. En consecuencia, si la autoridad administrativa decide invalidar actos propios que infrinjan la normativa legal, dicha declaración tendrá también efecto retroactivo.

---

<sup>185</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. "Derecho Administrativo, Bases y Fundamentos". Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 197.

<sup>186</sup> MILLAR. op. cit., pp. 10 y ss.

Al contrario, si el ente administrativo decide volver sobre sus actos por medio de la revocación, dicha declaración de contra imperio sólo tendrá efectos para el futuro, pues si la Administración decide revocar un acto, es por cuestión de mérito o conveniencia, obrando en aquellos casos sobre actos perfectamente válidos.

### **3.1.2. La Invalidación en el derecho positivo**

La invalidación hasta fines del siglo XX sólo había tenido su reconocimiento y desarrollo por la jurisprudencia y la doctrina nacional. En efecto, hasta 1999 el legislador no había utilizado la voz "invalidación" en norma alguna, lo que cambiaría durante aquel año con la puesta en vigencia de la ley 19.653 sobre Probidad Administrativa, la cual introdujo varias modificaciones en diversos cuerpos legales. Una de aquellas reformas era la del actual artículo 63 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración 18.575, en la cual denomina como invalidación la nulidad del nombramiento de un funcionario público.

No obstante esta denominación utilizada por el legislador en el artículo 63 de la LOCBGAE, la invalidación careció de toda regulación legal hasta la entrada en vigencia de la LBPA, en la cual sin definirla la distingue de manera clara de la revocación, estableciendo en su artículo 53 que podrán ser invalidados "los actos contrarios a derecho". Por su parte regula en el artículo 61 la revocación, bajo un párrafo distinto del Capítulo IV de la LBPA, la cual denomina "La revisión de Oficio de la Administración", adoptando en definitiva la distinción y terminología que ya venía asentando la doctrina y jurisprudencia nacional<sup>187</sup>.

### **3.1.3. La invalidación en la LBPA**

La invalidación como tal ha sido introducida por el legislador en el artículo 53 de la LBPA, estableciendo que "La autoridad administrativa podrá,

---

<sup>187</sup>MILLAR. op. cit., p. 14.

de oficio o a petición de parte invalidar los actos contrarios a derecho, previa audiencia del interesado siempre que lo haga dentro de los dos años contados desde la notificación o publicación del acto".

#### **3.1.3.1. Invalidación previa audiencia del interesado**

Una condición establecida por el legislador para que opere la invalidación, es que al declararse de oficio tenga lugar una audiencia con el interesado. Al respecto, dice MORAGA que es una forma de protección de la confianza legítima, de modo que el ejercicio de la invalidación junto con someterse a una consideración temporal, el plazo de 2 años desde la notificación del acto, también está sometida a una consideración procesal, que vendría siendo la audiencia del interesado, que permitiría en definitiva al afectado formular sus descargos y aportar antecedentes que contradigan los motivos utilizados por la Administración para invalidar el acto administrativo.<sup>188</sup>

#### **3.1.3.2. Invalidación total e Invalidación parcial**

El artículo 53 de la LBPA en su inciso 2° establece que "La invalidación de un acto administrativo podrá ser total o parcial. La invalidación parcial no afectará las disposiciones que sean independientes de la parte invalidada". Esta disposición es una manifestación del principio de conservación del acto administrativo, pues sólo debe invalidarse la parte del acto que se encuentre viciada, manteniéndose con plena vigencia todo aquello que esté conforme a derecho, lo que dice relación también con la seguridad jurídica.

Contraloría General de la República en buena cantidad de dictámenes ha dicho a este respecto que "este precepto debe concebirse en un sentido amplio, en orden a que pretende, por un lado, amparar la validez de aquellas partes de un acto administrativo que no se han visto alcanzadas por el vicio que afecta únicamente a alguna de ellas y, por el otro, tratándose de un

---

<sup>188</sup>MORAGA KLENNER, Claudio. "Procedimiento administrativo chileno" (4), en "Tendencias actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa". Coordinado por ABERASTURY, Pedro. Eudeba Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2012, pp. 372-373.

procedimiento administrativo, preservar también la validez de aquellos actos ajustados a derecho que lo conforman, a los que no se extienden los vicios que afectan sólo a otros actos integrantes del mismo, que sean independientes o separables de los demás, todo lo cual armoniza con los artículos 13 y 56 de la aludida ley, que reconocen que los vicios que afectan a determinados actos no necesariamente acarrearán la invalidación de todo el procedimiento del que forman parte”<sup>189</sup>.

También, de acuerdo a la jurisprudencia contralora, la invalidación no sería procedente en casos que el vicio de legalidad sea de baja entidad o carente de importancia.

### **3.1.3.3. La impugnación del acto invalidatorio**

En el caso de que los administrados consideren que el acto invalidatorio no se ajustó a derecho y el acto administrativo no debió invalidarse, de acuerdo al inciso 3° del artículo 53 LBPA, estos podrán accionar ante tribunales ordinarios para dejar sin efecto la invalidación, juicio que se tramitará de forma breve y sumaria.

### **3.1.4. Reglas para el ejercicio de la invalidación**

#### **3.1.4.1. Órgano competente**

En cuanto al órgano competente para la invalidación, el artículo 53 que ya hemos citado, dice que podrá invalidar la autoridad administrativa sin especificar cuál es el órgano de la Administración llamado a invalidar el acto viciado. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia contralora quien ha despejado las dudas sobre el particular a través de múltiples resoluciones, reconociendo que la autoridad administrativa llamada a invalidar es el mismo órgano que dictó el acto administrativo; por tanto “le corresponde a la misma autoridad que dispuso el acto que se impugna, a través de la emisión de un nuevo decreto o

---

<sup>189</sup> Dictamen N° 19.014 de 2007. En mismo sentido dictámenes N°s 31.801 de 2013, 219708 de 2012, 229420 de 2012, 234732 de 2012, 165655 de 2013 y 170719 de 2013.



resolución que ordene dejar sin efecto el primitivamente dictado, aun cuando éste haya cumplido con el trámite de toma de razón”<sup>190</sup> .

#### **3.1.4.2. Legitimación activa de la invalidación**

El artículo 53 LBPA establece que la invalidación será procedente de oficio o a petición de parte con previa audiencia del interesado, es decir, la legitimación activa la tendrá tanto el órgano de la Administración Activa como particulares, exigiéndose como trámite esencial en este procedimiento la audiencia de los interesados: “de esta manera, el legislador materializa principios constitucionales del justo y racional procedimiento (art. 19 N° 3 de la Constitución) en un trámite que, en definitiva, importa conferir una oportunidad para que los interesados en el procedimiento invalidatorio puedan exponer argumentos y antecedentes sobre la procedencia de este”<sup>191</sup> .

#### **3.1.4.3. Causales que habilitan la potestad invalidatoria**

Si bien el artículo 53° LBPA, muestra esta potestad administrativa como un poder facultativo, lo que se extrae de su tenor literal “podrá”, buena parte de la doctrina ha sostenido que el órgano que dicta el acto administrativo viciado, no sólo tiene la facultad de invalidarlo, sino que está en la obligación de hacerlo, por lo que la potestad invalidatoria de la Administración se configuraría como un poder/deber. Este planteamiento ha sido confirmado por la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, que ha sostenido que “en presencia de un acto irregular, a la autoridad no sólo le asiste la facultad sino que se encuentra en el imperativo de invalidar sus actos contrarios a derecho”<sup>192</sup> .

Cierto es entonces que la invalidación será procedente ante actos administrativos que adolezcan de ilicitud. Cabe preguntarse, por tanto, qué entiende la ley por tales.

---

<sup>190</sup> Dictamen N° 56.840 de 2010.

<sup>191</sup> LARA ARROYO, José Luis y GUERRERO VALLE, Gonzalo. “Aspectos Críticos de la Invalidación Administrativa en la Ley 19.880: Análisis en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República a 8 años de su vigencia”. Revista de Derecho Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, n° 1, Santiago, 2011, p. 30.

<sup>192</sup> Dictamen N° 28.477 de 2006.

El profesor Germán BOLONA KELLY ha sistematizado las causales de invalidación en cinco categorías: el agente público irregular, la incompetencia de la autoridad, la ausencia de formalidades legales, el motivo o causa ilícita y el objeto ilegal<sup>193</sup>.

#### **3.1.4.3.1. El agente público irregular**

Esta causal de invalidación refiere a los casos en que la persona o autoridad que expide el acto administrativo no es en realidad dicha persona o su investidura no se ajusta con la regularidad de la normativa, es decir que el acto haya emanado de un funcionario que no ha sido nombrado por la autoridad competente de acuerdo a las normas que rigen el nombramiento de los agentes del Estado. La causal en comento se funda en el artículo 7° inciso 1° de la Carta Fundamental, que establece que los órganos actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes.

#### **3.1.4.3.2. La incompetencia del agente**

El acto será susceptible de ser invalidado también, cada vez que haya sido dictado por un agente de la Administración que no tenga las atribuciones de la autoridad competente para expedir el acto en cuestión, pues dicha incompetencia infringe abiertamente el artículo 7° de la Constitución que establece que los órganos del Estado actúan válidamente dentro de su competencia, y que cómo es sabido, su inciso final establece que toda contravención a las normas de esta disposición es nulo.

#### **3.1.4.3.3. Vicios de forma**

También las irregularidades acaecidas dentro de un procedimiento administrativo podrían configurar una causal de invalidación, pero debemos tener presente que no cualquier vicio de forma conlleva la invalidación en virtud del principio de no formalización establecido en el artículo 13 de LBPA, sino que

---

<sup>193</sup> BOLONA KELLY, Germán. "El acto Administrativo". Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.

sólo cuando la eventual vulneración atente contra un requisito esencial del procedimiento.

Cabe precisar como anota el profesor BOLOÑA KELLY, que otro tipo de omisiones en el procedimiento como las de eficacia, no vician el mismo, sino que sólo lo hacen ineficaz. Por ejemplo, si se han omitido trámites como la notificación o publicación del acto, la consecuencia jurídica es la inoponibilidad del acto y su consiguiente incapacidad de producir efectos aún cuando dichos actos hayan sido tramitados válidamente<sup>194</sup>.

#### **3.1.4.3.4. Motivo o causa ilegal**

Esta causal se configura toda vez que los presupuesto de hecho o de derecho que motivan el acto no existen o se han entendido de manera errónea. La determinación de esta causal, producto de un análisis de hecho y derecho acerca de las circunstancias que rodean el acto, dependerán en buena parte si la potestad que detenta la autoridad que expide el acto es reglada o discrecional<sup>195</sup>. En los casos que se esté en presencia de atribuciones regladas, la posibilidad que exista una ilicitud es mayor a que en el caso de que sea discrecional, puesto que en la primera el rango de acción de la Administración se encuentra perfectamente determinado, en cambio en la segunda el agente estatal tendrá un grado mayor de libertad (lo que evidentemente no implica en caso alguno que pueda incurrir en arbitrariedad).

#### **3.1.4.3.5. Objeto ilícito**

El objeto ilícito del acto administrativo refiere a la ilegalidad misma del acto, es decir que el contenido del acto no se conforma a derecho, atenta contra la ley, la Constitución y cualquier norma dictada en conformidad a ella<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 274.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 280

#### **3.1.4.3.6. Plazo para el ejercicio de la invalidación**

Por último el inciso 1° del artículo 53° LBPA nos indica un plazo para invalidar los actos administrativos, el cual es de dos años, contado desde la notificación o publicación del acto, según el acto tenga efectos particulares o generales.

#### **3.1.5. Límites que reconoce la invalidación**

En lo que respecta a los límites de la potestad invalidatoria, la doctrina no es pacífica en cuanto a la determinación de los mismos. A diferencia de lo que ocurre con la revocación, el legislador no estableció sus límites de forma expresa. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia contralora reconocían limitaciones de este poder con anterioridad a la entrada en vigencia de la LBPA. VARGAS ZINCKE, de forma previa a la dictación de la LBPA, resumía los límites de la invalidación en i) los derechos adquiridos de buena fe; ii) la necesidad de mantener situaciones jurídicas creadas como consecuencia del acto administrativo viciado; iii) y la imposibilidad de retrotraer las cosas a un estado anterior.<sup>197</sup>

Por su parte, Contraloría General de la República a través de sus dictámenes también identificaba los límites antes señalados, diciendo que “no puede desconocerse la existencia de límites virtuales a la potestad de invalidación de la autoridad administrativa, en relación con actos emitidos con infracción de las normas respectivas, pues, de no hacerlo, se atentaría contra principios elementales de seguridad en las relaciones jurídicas, advirtiendo la conveniencia de proteger a personas que han actuado de buena fe y de mantener la estabilidad de los hechos jurídicos que revistan caracteres de concretos”.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> VARGAS ZINCKE, Osvaldo. “Algunos aspectos de la invalidación en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República”. Gaceta Jurídica, N° 178, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 1995. pp. 38-41

<sup>198</sup> Dictamen N° 18.166 de 1996.

Actualmente, estando vigente la LBPA, la jurisprudencia de Contraloría General de la República reconoce como límite a la invalidación los derechos adquiridos, la buena fe, y la seguridad jurídica.<sup>199</sup>

### **3.1.5.1. Los límites de la invalidación en particular**

#### **3.1.5.1.1. Los derechos adquiridos por particulares de buena fe**

Contraloría General de la República ha entendido como principal límite a la potestad invalidatoria de la Administración los derechos que particulares han adquirido de buena fe, doctrina que ha sostenido desde 1969<sup>200</sup>.

No obstante su no inclusión en el texto de la LBPA, el órgano contralor de manera sostenida ha determinado que estos derechos son un límite implícito de la institución en comento<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> LARA ARROYO, José y GUERRERO VALLE, Gonzalo. "Aspectos Críticos de la Invalidación Administrativa en la Ley 19.880: Análisis en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República a 8 años de su vigencia". Revista de Derecho Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, nº 1, Santiago, 2011. pp. 24 – 27.

<sup>200</sup> Así Contraloría dictaminó que "La invalidación puede verse limitada por la necesidad de mantener situaciones jurídicas que se producen como consecuencia de esas actuaciones ilegítimas, por cuanto no puede desconocerse los efectos derivados de esos actos defectuosos, particularmente cuando ellos alcanza a terceros y se han creado bajo el amparo de la presunción de legitimidad que deriva de haber sido tomado razón". Dictamen N° 24.049 de 1969

<sup>201</sup> De manera más reciente Contraloría ha dictaminado al respecto que la "invalidación no puede afectar situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la actuación legítima de los órganos de la Administración del Estado, de manera que las consecuencias de una medida de esta naturaleza no pueden afectar a terceros que adquirieron derechos de buena fe al amparo del acto impugnado" Dictamen N°38.825 de 2013; "Al respecto, la jurisprudencia administrativa de esta Entidad Fiscalizadora, contenida, entre otros, en su dictamen N° 52.771, de 2011, ha sostenido que en armonía con lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que consagran el principio de juridicidad, la autoridad se encuentra en el imperativo de invalidar sus actos ilegales, con el propósito de restablecer el orden jurídico quebrantado por una decisión contraria a derecho, en tanto que con esa medida no se lesionen los derechos adquiridos por terceros" Dictamen N°5.550 de 2013; "En todo caso, cumple con hacer presente que tal como lo ha precisado esta Contraloría General, entre otros, en los dictámenes N°s. 6.518, de 2011 y 26.153, de 2012, la invalidación de los actos irregulares tiene como límite aquellas situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la actuación legítima de los órganos de la Administración, de manera que las consecuencias de las indicadas medidas no

En definitiva, Contraloría General de la República ha sostenido que sin perjuicio del imperativo que tiene la Administración de dejar sin efecto por medio de la invalidación todos aquellos actos que no estén acordes con el ordenamiento jurídico, esta potestad invalidatoria no podrá ser ejercida en aquellos casos que el acto de contraimperio de la Administración signifique un atentado a los derechos de particulares que han sido adquiridos de buena fe o se esté en presencia de situaciones jurídicas consolidadas.

### **3.1.5.1.2. La Buena Fe**

En relación con el límite recién expuesto, Contraloría ha determinado que la buena fe como principio general del derecho aparece como un límite de la potestad invalidatoria, en tanto se entienda como una posición subjetiva de los particulares en la cual adquieren derechos o una posición jurídica de manera regular<sup>202</sup>.

Al respecto, el profesor Eduardo SOTO KLOSS ha sostenido que los particulares que han adquirido derechos de buena fe, están bajo la protección del artículo 19 n°24 de la Constitución que consagra el derecho de propiedad, el que a su vez está garantizado por medio de la acción de protección de acuerdo al artículo 20 de la misma Carta Fundamental, por lo que un acto invalidatorio

---

pueden afectar a terceros, que adquirieron derechos de buena fe al amparo de tales actos" Dictamen N° 80.286 de 2012.

<sup>202</sup> Al respecto Contraloría General de la República ha dictaminado de la siguiente forma: "(...) el ejercicio de la aludida potestad debe ser armonizado con los principios generales informadores del ordenamiento jurídico, como son la buena fe y la seguridad y certeza jurídica, de manera tal que dicha facultad-deber se encuentra limitada, entre otras circunstancias, por la existencia de situaciones jurídicas consolidadas que se han generado sobre la base de la confianza en el actuar de la Administración" Dictamen N° 8.058 de 2009; "(...) cumple manifestar que el ejercicio de la potestad invalidaría de los órganos de la Administración debe ser armonizada con los principios generales informadores del ordenamiento jurídico, como son la buena fe y la seguridad o certeza jurídica, de manera que, de producirse una colisión entre aquella facultad y estos, en determinadas situaciones, deben prevalecer dichos valores (...)" Dictamen N° 49.390 de 2014; "(...)en relación con los hechos descritos precedentemente, es necesario tener en consideración que, en la especie, se habrían configurado situaciones jurídicas consolidadas sobre la base de la confianza de los particulares en la actuación legítima de los órganos de la Administración, sin que las consecuencias de invalidar los procedimientos concursales de que se trata, según se ha sostenido, entre otros, en el dictamen N° 31.412, de 2013, puedan afectar a terceros de buena fe" Dictamen N° 75.501 de 2013.

por parte de la Administración infringiría abiertamente este derecho fundamental<sup>203</sup>.

### **3.1.5.1.3. La seguridad jurídica**

Tal como la buena fe, la seguridad jurídica ha sido considerada un principio general del derecho, en virtud del cual las situaciones jurídicas adquieren cierto grado de estabilidad y las personas logran tener expectativas legítimas sobre sus derechos para efectos de actuar en la vida jurídica. Contraloría General de la República ha tenido a la seguridad jurídica como un límite a la potestad invalidatoria, dictaminando que no es posible dejar sin efecto los actos administrativos en aquellos casos que su invalidación pueda ser pernicioso para el administrado en consideración que existen situaciones jurídicas consolidadas<sup>204</sup>.

### **3.1.5.2. Otros límites de la potestad invalidatoria de la Administración**

Además de los límites recién expuestos, Contraloría General de la República ha establecido a través de sus pronunciamientos otros límites: la prescripción adquisitiva<sup>205</sup>, el principio de proporcionalidad<sup>206</sup> y el principio de confianza legítima de los administrados en la Administración<sup>207</sup>.

---

<sup>203</sup> SOTO KLOSS. op. cit. (3). p. 208.

<sup>204</sup> El órgano contralor ha resuelto en los siguientes términos: "(...) no resulta posible aplicar la sanción de nulidad cuando ella produce efectos más perniciosos que los que se intentan evitar con esa medida, puesto que, de lo contrario, se atentaría contra principios elementales de seguridad en las relaciones jurídicas, advirtiéndose la conveniencia de proteger a las personas que han actuado de buena fe y de mantener la estabilidad de los hechos jurídicos que revistan caracteres de consolidados, todo lo cual acontece en la especie con las jerarquías otorgadas en el lapso en análisis en base al reglamento de que se trata"<sup>204</sup> Dictamen N°8.058 de 2009.

<sup>205</sup> En cuanto a la prescripción adquisitiva como límite a la invalidación, Contraloría ha dictaminado que "(...) la existencia de un vicio que pudiere producir la invalidación de un acto de concesión de un beneficio, no impide que éste se incorpore irrevocablemente al patrimonio de su titular por el vencimiento de los plazos de prescripción adquisitiva, dado que habiendo transcurrido, desde la concesión de aquél, un plazo mayor a los cinco años indicados por las normas generales de prescripción contenidas en el Código Civil, se han extinguido todas las acciones que se pudieron ejercer en su momento para cuestionar la validez de dicho acto". Dictamen N° 17.563 de 2008.

<sup>206</sup> Contraloría ha dicho respecto de la proporcionalidad de la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria lo siguiente: "(...) si esta Entidad de Control estima que la sustanciación del sumario adolece de vicios de legalidad que hacen procedente su invalidación,

### **3.1.6. Aspectos críticos de los límites de la invalidación establecidos por la jurisprudencia de Contraloría General de la República**

Hemos abordado hasta el momento los límites de la potestad invalidatoria desde la perspectiva que ha desarrollado Contraloría General de la República a través de sus dictámenes, la que ha gozado de cierto consenso en la doctrina en base a criterios de corte proteccionista y personalista. Sin embargo, entre los autores que han abordado este tópico existen voces disidentes que cuestionan enérgicamente las limitaciones anteriormente expuestas fundamentando sus posiciones en la carencia de sustento positivo de dichos límites, así como también en la naturaleza misma de la nulidad y sus efectos.

En los siguientes párrafos expondremos brevemente las críticas vertidas a la doctrina de la jurisprudencia contralora y algunas reflexiones sobre la misma.

#### **3.1.6.1. La falta de sustento positivo de los límites a la potestad invalidatoria de la Administración: Las diferencias en la regulación con la revocación**

La invalidación ha sido regulada en el derecho positivo chileno en el Capítulo IV de la LBPA, el cual se titula "Revisión de los actos administrativos" el que consta de cuatro párrafos: el primero de principios generales, el segundo y tercero sobre recursos administrativos y el cuarto sobre la revisión de oficio de la Administración. De esta forma la potestad invalidatoria es tratada en el primero de estos párrafos sobre principios generales en su artículo 53, no

---

o bien, que la sanción aplicada carece de proporcionalidad respecto de la falta en que incurrió el sumariado, ordenará retrotraer el proceso sumarial, entendiéndose que la medida nunca ha producido sus efectos, debiendo el funcionario reasumir sus funciones". Dictamen N° 4.933 de 2005.

<sup>207</sup> Contraloría General de la República respecto a la confianza legítima de los administrados ha dicho: "(...)la potestad invalidatoria admite diversas limitaciones relacionadas con los efectos que el acto respectivo ha producido, entre otros, la existencia de situaciones jurídicas consolidadas de buena fe, generadas sobre la base de la confianza legítima de los particulares en la Administración, las cuales requieren ser amparadas por razones de certeza y seguridad jurídica, para evitar que por la vía de la invalidación se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación de los correspondientes instrumentos". Dictamen N° 51.775 de 2013.



estableciendo el legislador mayores límites al ejercicio de esta potestad más que un plazo de 2 años desde su publicación o notificación y la audiencia del interesado el cual no es más que un presupuesto para que pueda ser ejecutada y de dicho modo asegurar la bilateralidad de la audiencia. Si el legislador no estableció en su regulación de manera explícita otros límites ¿Cuál es el fundamento para entender como un límite de la invalidación los derechos de terceros que han sido adquiridos de buena fe?

A diferencia de la potestad invalidatoria, al regular la potestad revocatoria en el párrafo 4° del mismo Capítulo IV de la LBPA, el legislador en el artículo 61 estableció expresamente sus límites, prescribiendo que no podrá revocarse un acto administrativo declarativo o creador de derechos adquiridos legítimamente, tampoco cuando la ley contemple otros medios de extinción para el mismo acto o cuando por su naturaleza, la regulación legal del acto no sea posible dejarlo sin efecto.

Conociendo los límites de la potestad revocatoria y centrando nuestra atención en el primero de aquellos, los derechos adquiridos por particulares, el órgano contralor ha hecho extensivos los límites de la potestad revocatoria a los de la potestad invalidatoria, lo que no es sino confundir ambas instituciones y desconocer por completo sus causas y efectos, los que como se ha expuesto son diametralmente distintos. Por un lado la invalidación tiene su causa en actos antijurídicos que adolecen de un vicio de nulidad y, por tanto, su razón de ser está en restablecer el imperio del derecho, retirándolo de la vida jurídica con efecto retroactivo, como si nunca hubiere sido dictado y, por otra parte, la revocación encuentra su causa en razones de mérito, en actos que el órgano que los expide una vez dictados ve su inconveniencia para el interés público, pese a ser actos perfectamente válidos.

Ante un acto válido, resultado de un procedimiento administrativo que se ajusta a la juridicidad, no es razonable sancionarlo con los efectos de la nulidad, es decir con efecto restitutorio y retroactivo, puesto que los derechos

que puedan haber adquirido los particulares a raíz del mismo lo han sido de manera legítima y en completa armonía con el ordenamiento jurídico. De este modo, hacer extensivos los límites de una potestad a otra, que tiene fundamento y efectos disímiles, es desconocer la diversidad e independencia de dos instituciones que sólo tienen en común pertenecer al género o categoría de instrumentos de revisión de los actos administrativos.

Volviendo al texto de la ley, si el legislador hubiera querido hacer comunes los límites de ambas potestades, lo más lógico es que hubiere establecido estas limitaciones en el primer párrafo del Capítulo IV de la LBPA, el cual contiene los principios generales sobre la revisión de los actos de la Administración. Sin embargo, como sabemos, los límites han sido establecidos en su párrafo 4º y, en consecuencia, parece de sentido común pensar que la intención del legislador ha sido restringir estos límites al instrumento de revisión regulado en dicho párrafo el cual es la revocación y no la invalidación.

### **3.1.6.2. La historia de la LBPA: evidencia de la intención del legislador de no hacer comunes los límites de la potestad invalidatoria y revocatoria**

La LBPA fue producto de un acuerdo entre el gobierno y la oposición, el cual devino en la llamada agenda modernizadora del Estado, la que consistió en la tramitación de varias leyes entre las cuales también figura la LBCASyPS. En su primera versión, el proyecto de la ley en comento se limitaba a un breve articulado que tenía por propósito regular el silencio administrativo y acotar los plazos de los procedimientos administrativos. Sin embargo, a poco andar el proyecto, por indicación del Honorable Senador Enrique SILVA CIMMA, tomó los primeros rasgos de su fisonomía actual, convirtiéndose en definitiva en un proyecto que pretendía regular de manera general los procedimientos administrativos. Fue así como por primera vez la revisión de los actos administrativos y las potestades invalidatoria y revocatoria, tendrían una regulación explícita en el ordenamiento jurídico chileno.

Tras las indicaciones del senador SILVA CIMMA y del mismo ejecutivo, el proyecto, luego de regular los mecanismos de revisión que hemos comentado, establecía en su artículo 62 que todos los actos administrativos eran susceptibles de ser revocados con excepción de aquellos actos declarativos o creadores de derechos legítimamente adquiridos, o cuando la ley establezca otra forma de extinción o que por su naturaleza no sea posible dejarlo sin efecto. El artículo 63 por su parte, establecía de manera expresa la posibilidad de invalidar actos declarativos o creadores de derechos, debiendo oírse a los interesados los que tendrían 30 días para realizar las alegaciones pertinentes.

El artículo 62 del proyecto contó con la aprobación de las Comisiones unidas, siendo el artículo 61 de la actual LBPA, quedando de este modo claras las limitaciones de la potestad revocatoria<sup>208</sup>.

En lo que respecta al artículo 63, no contó con la aprobación de las Comisiones por el simple hecho que en el artículo 54 del proyecto ya se había regulado la invalidación. Por tanto, las Honorables comisiones estimaron que el artículo 63 no era más que una reiteración de dicho artículo, cuyo texto ya establecía las condiciones de su ejercicio, la audiencia de los interesados y el plazo<sup>209</sup>.

En consecuencia, la propia historia de la LBPA es evidencia de que el legislador tuvo conciencia de que los límites que afectan a la invalidación y a la revocación son diversos, pues mientras que en el proyecto se establecía que los actos creadores o declarativos de derechos que fueron legítimos no podrían ser revocados, dicho límite expresamente no se tenía por tal para la invalidación. Queda claro entonces que no fue intención del legislador, que los

---

<sup>208</sup> NUEVO PRIMER INFORME COMISIÓN GOBIERNO. Historia de la Ley 19.880 [en línea]<[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19880](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19880)>[consulta: 2 octubre 2014] p. 96 - 97.

<sup>209</sup>Ibíd., p.97.

derechos adquiridos por particulares fueran un límite para la potestad invalidatoria.

### **3.1.6.3. La invalidación como una forma de nulidad**

Hemos dicho que la invalidación es un acto de contra imperio por medio del cual la Administración del Estado anula en ejercicio de sus atribuciones un acto propio, siendo no otra cosa que una declaración de nulidad en sede administrativa. Por tanto, nulidad e invalidación se corresponden y tienen los mismos efectos, los que no son otros que el retiro del ordenamiento jurídico de un determinado acto y la restitución de las prestaciones otorgadas; esto, con motivo de que un acto administrativo es contrario a derecho en sentido amplio. La nulidad, en consecuencia, viene a restablecer el imperio del derecho, terminando con dicho acto retroactivamente como si nunca hubiere existido.

Tal como la nulidad, la invalidación puede ser declarada de oficio o a petición de parte, por lo que estamos en presencia de un poder deber de la Administración, pues no sólo está facultada para invalidar aquellos actos antijurídicos, sino que está en la obligación de hacerlo. Si tenemos por límite de la potestad invalidatoria los derechos adquiridos por terceros y, a su vez, la obligación por parte de la Administración de dejar sin efecto el acto viciado ¿Acaso debería declararse una suerte de nulidad pura y simple?

Como anota LETELIER, la declaración de invalidez pura y simple no existe, pues su determinación siempre tendrá como fin y efecto eliminar el acto en cuestionamiento y restituir las prestaciones cumplidas<sup>210</sup>. La idea capital de la nulidad, y por tanto también de la invalidación, es restituir las cosas al estado anterior, principio que se remonta al mismísimo derecho romano y su *restitutio in integrum*. De acuerdo a esta institución, el acto que el pretor haya declarado como injusto se hace desaparecer por medio de una ficción y las cosas se retrotraían al estado anterior junto con otras sanciones que podían establecerse

---

<sup>210</sup> LETELIER WARTENBERG, Raúl. "Un mal día no es eterno: Seis alcances en materia de Invalidación y Nulidad de los actos administrativos". En Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 212, Volumen 2, Año LXX, 2002, p. 713

en virtud de la justicia y la equidad. De esta forma, queda claro que la nulidad desde sus antecedentes más remotos tiene como un elemento de su esencia un efecto restitutorio, haciendo desaparecer el acto que adolezca de un vicio originario, dejando las cosas en el mismo estado que se encontraban previamente a su celebración.

No es razonable (ni viable) jurídicamente, pensar que los derechos adquiridos son una piedra de tope para que se ejerza la potestad invalidatoria, existiendo un mandato legal e incluso constitucional dirigido a la Administración para que deje sin efecto aquellos actos que adolezcan un defecto congénito. Por tanto si debiéramos respetar los derechos adquiridos por terceros, y a la vez, declarar la invalidez ¿Tendríamos una declaración de invalidación pura y simple? Como hemos visto, tal razonamiento nos conduce a un absurdo jurídico, existiría una sanción sin efectos u honorífica como diría el autor recientemente citado. No podemos en definitiva hablar de nulidad o invalidación en este caso sin restitución de las cosas al estado anterior, salvo texto expreso de la ley.

La misma naturaleza de la nulidad nos ilumina en cuanto a la determinación de los verdaderos límites de la invalidación. Los efectos de la nulidad en términos ordinarios sólo están limitados por el plazo de prescripción adquisitiva, el que podría ser de 2 ó 5 años en el caso que el sujeto detente posesión regular, y de 10 años si tuviera la posesión irregular. Es decir, no se podría declarar la nulidad de actos y contratos luego de que hayan transcurrido estos plazos y no mediara la interrupción de los mismos por una acción jurisdiccional. La invalidación del artículo 53 LBPA sólo establece como límite para que la Administración pueda invalidar alguno de sus actos el plazo de 2 años contados desde su notificación o publicación<sup>211</sup>. Tanto nulidad como invalidación tienen un único límite: el tiempo para ser ejercidas. Y es de toda

---

<sup>211</sup> Otro límite para el ejercicio de la potestad invalidatoria, pero de carácter procedimental, viene dado por la audiencia del interesado que ya se ha hecho referencia anteriormente.

lógica que estas sanciones estén sujetas a esta limitante, por la razón de que debe darse certeza a los particulares en pos de la seguridad jurídica, principio general del derecho que informa a todo nuestro ordenamiento jurídico, límite que sí podemos reconocer como razonable.

Dicho esto, cabe concluir que no existen más límites a la potestad invalidatoria de la Administración que el plazo de dos años para que pueda ser ejercida por el ente administrativo y la audiencia del interesado, cuestión de carácter procesal. Luego de estos dos años la Administración no tiene forma alguna para dejar sin efecto sus actos, quedando solamente la vía jurisdiccional por medio de la acción de nulidad de Derecho Público. Si tiene o no la Administración del Estado legitimación activa para ejercer esta acción, es algo que ha sido discutido por la doctrina. Sin embargo, este tópico escapa por completo a nuestro estudio.

#### **3.1.6.4. Sólo los derechos legítimamente adquiridos merecen la protección del ordenamiento jurídico**

La propiedad ha sido uno de los pilares fundamentales del desarrollo de occidente y su respeto ha sido piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico desde sus inicios como colonia de la Corona española hasta nuestros días. Actualmente la Carta Fundamental ha consagrado la protección de la propiedad como un derecho fundamental, estableciéndose garantías que la blindan de cualquier perturbación, amenaza o privación por medio de la acción de protección y otros mecanismos consagrados a nivel legal.

Así el constituyente ha dicho en el numeral 24° del artículo 19 de la Carta Fundamental que existe propiedad sobre todo tipo de bienes corporales e incorporales. Nuestro Código Civil ha establecido que son bienes incorporales los derechos personales y los derechos reales, por lo que cabe concluir que la Constitución garantiza a todas las personas por medio de este numeral la propiedad sobre cualquier derecho que ingrese al patrimonio de una persona.

Los actos administrativos como parte de la actividad formal de la Administración, como es sabido pueden tener efectos favorables o desfavorables para los administrados, siendo favorables aquellos actos que declaran u otorgan algún derecho o ventaja para aquellos y serán desfavorables los que les impongan una obligación o gravamen. Naturalmente estos derechos, que son otorgados a particulares en virtud de un acto administrativo favorable, también gozan de la protección que confiere el numeral 24 del artículo 19 CPR y gozan de los medios de tutela que ha contemplado nuestro ordenamiento para estos efectos.

En base a la protección de la propiedad sobre los derechos que adquieren los particulares de manos de la Administración, algunos autores han sostenido la doctrina de la intangibilidad de los actos administrativos. De acuerdo a esta idea los actos de la Administración favorables que otorguen derechos a los particulares quedarán firmes y no podrán ser invalidados a pretexto de su antijuridicidad, puesto que ya han creado derechos y una legítima expectativa de dominio en terceros de buena fe. Algunos autores que han defendido esta doctrina son los profesores Eduardo SOTO KLOSS e Iván ARÓSTICA.

En efecto, el profesor SOTO KLOSS ya en la década de los 80 sostenía esta doctrina en base a la jurisprudencia administrativa y contencioso administrativa imperante en la época, según la cual los errores de la Administración no pueden afectar a los particulares de buena fe y sólo le afectarán a ella; esto, en virtud de los derechos adquiridos por parte de actos de la Administración los cuales están al amparo del artículo 19 n°24 de la CPR. Por tanto, si la Administración incurre en un error, cualquiera sea el motivo no podrá volver sobre sus propios actos e invalidarlos, pues a juicio de este autor (por lo menos hasta esa fecha) la autotutela administrativa estaba proscrita del ordenamiento jurídico.

Así, el profesor SOTO KLOSS enérgicamente ha sostenido que "es jurídicamente improcedente el ejercicio de tal potestad invalidatoria por parte de la Administración si el acto administrativo ilegal ha producido efectos y ellos han ingresado al patrimonio de terceros de buena fe, ya que los errores de la Administración deben ser soportados por ella misma y jamás ser cargados a terceros enteramente ajenos a su torpeza (nemo auditur propiam turpitudi nem allegans) y, además, habiéndose producido los efectos jurídicos del acto administrativo defectuoso dichos efectos devienen adquiridos y, por tanto, protegidos y asegurados por la propia Constitución (art. 19 n°24 y art. 20 inc. 1°), pues para sus beneficiarios constituyen un derecho de propiedad".<sup>212</sup>

Por su parte el profesor ARÓSTICA, en la misma línea pero estando en vigencia la actual LBPA, muestra su preocupación ante los términos en que fue establecida por el legislador la invalidación, afirmando que "a fin de cuentas, igual los dichosos actos favorables a los particulares quedarían virtualmente "pendientes" o en suspenso por el prolongado lapso de dos años; esto es, padeciendo la espera de que, intertanto, no sean invalidados por la propia Administración"<sup>213</sup>. Defiende este autor la comentada doctrina formada al alero de Contraloría General de la República, agregando a lo expuesto que la única forma de afectar el derecho de propiedad que detentan los particulares que han sido favorecidos con algún derecho por un acto administrativo, es por medio de una ley expropiatoria como lo establece el artículo 19 n°24 CPR y en caso alguno por un mero acto de la Administración<sup>214</sup>. Cabe agregar a modo de conclusión, que para este autor la invalidación de los actos administrativos es inconstitucional al reñir con el artículo 5° inciso 2°, al no reconocer como límite

---

<sup>212</sup> SOTO KLOSS, Eduardo. "La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno", en "Doctrinas esenciales. Derecho Constitucional". Revista de Derecho y Jurisprudencia, Edición Bicentenario, 2010, p.329.

<sup>213</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "La intangibilidad de los actos administrativos", en "Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos", Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, 2003, p. 64.

<sup>214</sup> *Ibíd.*, p. 67.



los derechos que emanan de la persona humana, estando entre ellos la propiedad.

Es cierto que la propiedad es protegida por el ordenamiento jurídico y nadie puede ser despojado de ella sino por vía expropiatoria legalmente tramitada, pero no es menos cierto que los derechos sólo se adquieren válidamente de la forma que la ley establece. En efecto, el mismo artículo 19 n° 24 CPR que utilizan los citados autores para fundamentar sus posiciones, establece en su inciso 2° que "Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Ésta comprende en cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental". De su sola lectura podemos al menos extraer dos fuertes contrapuntos a la doctrina privatista.

Primero, el inciso 2° del numeral 24 establece que sólo la ley puede establecer los modos de adquirir la propiedad. Si un acto es declarado como nulo o inválido por ser antijurídico y éste ha conferido derechos a particulares, discutible es afirmar que aquellos derechos han sido adquiridos de manera legítima y, por tanto, no deberían gozar del amparo de la garantía otorgada por esta norma constitucional, pues "estos derechos adquiridos estarían dados por la permanencia en la situación de hecho motivada por el acto nulo"<sup>215</sup>.

En segundo lugar, el derecho de propiedad no es absoluto, reconoce límites y una función social y así lo establece el precepto en comento. La nulidad y la invalidación son instituciones de orden público que tienen por objeto restablecer el imperio del derecho, siendo ésta última una potestad irrenunciable para la autoridad administrativa, en virtud del artículo 7° de la Carta Fundamental. El acto de contra imperio que expide la Administración no tiene otro fundamento que el mejor cumplimiento de la función administrativa y la satisfacción de las necesidades públicas, de forma que si el acto

---

<sup>215</sup>LETELIER. op. cit., p. 715.

administrativo otorga derechos o prestaciones a particulares, con su invalidación podrán reasignarse dichos recursos y la idea que subyace a este razonamiento no es más ni menos que el interés general.

#### **3.1.6.5. Comentarios finales en cuanto a los límites de la invalidación**

Del análisis de las potestades invalidatoria y revocatoria, queda claro que sus efectos tienen límites disímiles lo que es natural teniendo en cuenta que cada una opera en supuestos diversos. No puede pretenderse que la invalidación, que tendrá lugar cada vez que un acto de la Administración padezca de un defecto originario, tenga como límite los derechos de particulares, los que han sido adquiridos sobre una situación jurídica irregular. Los derechos adquiridos por particulares en razón de un acto administrativo sólo pueden ser un límite de la potestad revocatoria, la que como hemos visto opera sobre actos perfectamente válidos que son dejados sin efecto en virtud de un examen de mérito que realiza el ente administrativo que ha expedido el acto, sólo en ese caso se incurriría en una injusticia manifiesta de no respetarse los derechos adquiridos legítimamente por los administrados. Así lo entendió originariamente Contraloría General de la República, en aquella antigua jurisprudencia que ayudó a determinar la fisonomía de ambas potestades revisoras en el derecho chileno, y así lo ha entendido el legislador al dictar la LBPA regulando separadamente la invalidación de la revocación y sus correspondientes efectos.

Sin embargo, en la práctica, Contraloría General de la República, desde la década de 1970, ha sostenido casi invariablemente como tope a la invalidación los derechos adquiridos por particulares de buena fe, fundándose en que los derechos que han ingresado al patrimonio de los administrados están protegidos por el numeral 24° del artículo 19 CPR, e invalidar los actos que otorgan dichas ventajas significaría vulnerar esta garantía constitucional.

Por su parte, la doctrina que ha apoyado esta postura basándose en esta disposición ha dicho que no puede despojarse a los administrados de

aquellos derechos de su propiedad sin que medie ley expropiatoria y correspondiente indemnización. Acusan, además, la incertidumbre que provoca la existencia de la invalidación consagrada legalmente y su plazo de ejercicio, quedando supuestamente en suspenso todos aquellos derechos otorgados por actos administrativos mientras no se cumplan dos años desde su notificación o publicación.

Por nuestra parte, pensamos que esta doctrina adoptada por Contraloría General de la República y parte de los autores, es equívoca y carente de sustento positivo. Primero, es la propia LBPA que sólo impone este límite a la revocación y la intención del legislador queda clara al revisar la historia de este cuerpo normativo. Segundo, la invalidación como una manifestación de la nulidad en manos de la propia Administración aparece como un poder deber, es decir, no sólo se faculta a la autoridad para dejar sin efecto aquellos actos contrarios a derecho, sino que la obliga en virtud del artículo 7° de la Carta Fundamental (todo acto contrario a este artículo es nulo) y como se ha expuesto la nulidad opera retroactivamente siendo un imperativo para la Administración hacer que las cosas vuelvan a un estado anterior. Siendo la nulidad y la invalidación instituciones de orden público que restablecen el imperio del derecho, no pueden tener otro límite que el tiempo establecido por el legislador para su ejercicio. Y tercero, no pueden ser protegidos derechos adquiridos de situaciones y actos irregulares, pues como establece el artículo 19 n°24 CPR, la propiedad sólo puede ser adquirida según la forma que la ley establezca. En definitiva, si hablamos de vicios que adolecen de un vicio de nulidad, difícilmente estos actos podrían haber sido adquiridos en conformidad a la ley. No creemos que se deje en la incertidumbre aquellos derechos otorgados por actos administrativos favorables mientras no se cumpla el plazo de dos años desde la publicación o notificación de los mismos (plazo para el ejercicio de la invalidación), puesto que si así fuera en las relaciones entre particulares la situación sería peor, pues actos y contratos privados estarían en

suspense por todo el plazo de la prescripción adquisitiva, el que podría ser hasta de diez años.

No se trata de dejar en la indefensión a los administrados, sino que simplemente comprender la naturaleza de esta institución, la cual es de orden público, de efecto anulatorio y restitutorio que tiene por fin corregir las irregularidades de los actos de la Administración. Aplicar límites propios de la revocación a la potestad invalidatoria es confundir y desconocer decenios de desarrollo jurisprudencial, dogmático y normativo. Por lo demás, los interesados podrán hacer presente sus alegaciones a la Administración en los procedimientos de invalidación y en último término siempre podrán acudir a la justicia para impugnar el acto invalidatorio.

Por último, cabe poner atención al texto del artículo 61 de la LBPA que consagra la potestad revocatoria y sus límites, al establecer los derechos adquiridos como límite de esta institución, expresamente se refiere a aquellos derechos adquiridos *legítimamente*. Claramente en los supuestos de invalidación no existe legitimidad alguna.

### **3.2. Los Recursos Administrativos**

El medio por el cual los particulares pueden solicitar al órgano de la Administración que invalide sus actos, son los llamados recursos administrativos.

MARIENHOFF define los recursos administrativos como “un medio de impugnar la decisión de una autoridad administrativa, con el objeto de obtener, en sede administrativa, su reforma o extinción”<sup>216</sup>.

DROMI en su concepto dice que “el recurso es el medio por el cual se acude a un juez o a otra autoridad con una demanda o petición para que sea resuelta. En sentido restringido el recurso es un remedio administrativo

---

<sup>216</sup> MARIENHOFF, Miguel. “Tratado de Derecho Administrativo”. Tomo I. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, p. 671.

específico por el que se atacan solamente actos administrativos y se defienden derechos subjetivos o interés legítimos”<sup>217</sup>.

GONZÁLEZ PÉREZ en España dice que “es la impugnación de un acto administrativo ante un órgano de este carácter”.<sup>218</sup>

Los recursos administrativos son entonces medios de impugnación mediante los cuales, los particulares podrán solicitar que se dejen sin efecto actos administrativos ante la misma Administración activa. En la tramitación de estos recursos, a diferencia de los recursos jurisdiccionales, el órgano llamado a resolverlos no sólo será juez, sino que también será parte, lo que en algunos casos podría levantar suspicacias y desconfianza para con la Administración en el conocimiento de controversias en la que es directamente recurrida. La vía recursiva también constituye una instancia de control de legalidad, en la que la Administración podrá volver sobre sus propios actos y tendrá oportunidad de corregir posibles vicios y defectos de los actos que se impugnan, en los cuales tiene la obligación de subsanarlos.

El recurso administrativo, mirado como un derecho del particular a impugnar actos de la Administración, no es sólo un simple derecho de petición, con su interposición el órgano administrativo requerido está en la obligación de conocerlo y resolverlo. El recurso administrativo impone el deber jurídico a la Administración de revisar su propia actuación. La propia LBPA establece los principios de impugnabilidad en su artículo 15 y de inexcusabilidad en su artículo 14. De acuerdo al primero, todo acto administrativo es impugnabile por los particulares mediante los recursos administrativos que la misma ley reconoce y, el segundo establece la obligatoriedad a la Administración de resolver los asuntos que se sometan a su conocimiento. Por tanto, ante la acción vía recursiva, la Administración no sólo está facultada para revisar su actuación sino que se encuentra en el deber de hacerlo.

---

<sup>217</sup> DROMI, op. cit. (2) Tomo II, p. 417.

<sup>218</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. “Los Recursos Administrativos” (2). Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960. p. 21.

### **3.2.1. Elementos de los recursos administrativos**

Un recurso administrativo se distingue por tres elementos, los sujetos intervinientes, el objeto de la acción y su causa.

#### **3.2.1.1. Sujetos Intervinientes en los recursos administrativos**

En cuanto a los sujetos que intervienen, la legitimación activa la tendrá un particular interesado que manifiesta su inconformidad ante uno o más actos de la Administración, por el cual se han afectado sus derechos o intereses. Por su parte, la legitimación pasiva debe tener necesariamente un órgano de la Administración del Estado, el que debe haber emitido el acto que se impugna. La autoridad llamada a conocer y resolver el recurso en cuestión es la misma entidad que emitió el acto administrativo o, en último término, su superior jerárquico. La LBPA, además, contempla en su artículo 55 la posibilidad de que terceros que hubieren participado en el procedimiento administrativo del acto impugnado, intervengan en la tramitación del recurso con el fin de presentar sus respectivas defensas.

#### **3.2.1.2. Objeto del recurso administrativo**

Respecto al objeto del recurso administrativo, de acuerdo al artículo 15 inciso 1° de la LBPA, todos los actos administrativos pueden ser impugnados. Sin embargo, el inciso 2° del mismo artículo, dispone que “los actos de mero trámite son impugnables sólo cuando determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión”. Por tanto, por regla general sólo serán impugnables vía recurso los actos terminales a menos que causen indefensión del administrado o impidan la continuación de un procedimiento administrativo.

#### **3.2.1.3. Causas del recurso administrativo**

En cuanto a la causa del recurso, hay consenso que ésta es la violación al ordenamiento jurídico o la transgresión de las normas que regulan el acto

administrativo objeto de la impugnación, lo que a su vez conlleva a la afectación de los derechos e intereses de un particular<sup>219</sup>.

Se ha discutido en la doctrina nacional y comparada cuáles son las causales por las cuales sería procedente la interposición de un recurso administrativo. A priori no hay duda sobre causales que se funden en la ilegalidad de los actos de la Administración, ya sea por incompetencia, infracción de ley, la no existencia de los supuestos establecidos en la ley para la actuación de la Administración o la inexistencia de los motivos invocados para actuar. Sin embargo, se ha cuestionado si es posible invocar como causal de un recurso la oportunidad, mérito o conveniencia de un acto administrativo.

En Francia, Guy ISAAC señala que "el recurso administrativo es muchas veces la única vía de derecho que pueden utilizar los administrativos con algunas posibilidades de éxito cuando la decisión que los perjudica se refiere a una cuestión de oportunidad"<sup>220</sup>. De todos modos dice este autor que la posibilidad de revocar en estos casos estaría limitada a aquellos actos que puedan ser dejados sin efecto discrecionalmente por la Administración<sup>221</sup>.

En España, GONZÁLEZ PÉREZ anota que "los recursos ordinarios pueden fundarse en cualquier motivo de nulidad o anulabilidad"<sup>222</sup>, por tanto esta autorizada voz se inclina por la posición de que sólo es causal para impetrar un recurso administrativo la ilegalidad de un acto administrativo.

En Chile no existe absoluta claridad al respecto. El profesor PIERRY ARRAU, en la década de 1980, constataba el hecho de que no existía una ley general de procedimiento administrativo (hasta esa fecha), sin embargo que esta ausencia de regulación legal sentaba una práctica administrativa similar a la del derecho francés, en cuanto esta posición amparaba de mejor manera a

---

<sup>219</sup>DROMI. Op. cit. (2), p, 419.

<sup>220</sup> ISAAC, Guy. "La procedure Administratif non Contentieuse", En PIERRY ARRAU, Pedro. "Control del Acto Administrativo. Recursos Administrativos. Recurso Contencioso Administrativo", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 4, 1980, p. 244.

<sup>221</sup>Ibíd, p. 244.

<sup>222</sup> GONZÁLEZ PÉREZ. op. cit.(1), p. 565.

los particulares y que la adopción del criterio español significaría una reducción de los medios otorgados a los administrados para defender sus derechos<sup>223</sup>. En un mismo sentido CORDERO QUINZACARA sostiene que se podrá reclamar a la Administración por cualquiera de sus actos y cualquiera sea su causal, por ilegalidad e, incluso, por ir contra el interés general<sup>224</sup>.

Del texto de la ley no se puede extraer mucho más que su procedencia ante cualquier acto administrativo de acuerdo a la conjunción de los artículos 14, 15 y 59 de la LBPA, pues no explicita sus causales. Sin embargo, podrían ofrecerse dos soluciones.

La primera es que sólo se tenga por causa cualquier vicio de ilegalidad, considerando que lo normal es que se impugnen actos administrativos por antijurídicos y, además, por estar regulados los recursos administrativos en la LBPA luego de la invalidación, siendo estos una forma de solicitar la invalidez de los actos a la Administración. La segunda es considerar la procedencia de los recursos administrativos en contra de actos ilegales y también en contra del mérito u oportunidad de los mismos, de forma que de ser ilegal el acto la Administración invalidará el acto en virtud de sus vicios y de tratarse de la oportunidad o conveniencia del acto, lo revocará por estimar que es inconveniente para el interés general. En estos últimos casos obviamente el ente administrativo debe tener en cuenta los límites de la potestad revocatoria y no pasar a llevar los derechos que han sido adquiridos legítimamente en razón del acto administrativo que se impugna.

Un buen argumento para quedarnos con la segunda alternativa es analizar la procedencia de los recursos jurisdiccionales, en los cuales como es sabido, su interposición no está supeditada a la ilegalidad de la actuación de los tribunales de justicia (salvo en el recurso de casación), sino que más bien se

---

<sup>223</sup> PIERRY ARRAU. op. cit. (3), p. 245.

<sup>224</sup> CORDERO QUINZACARA, Eduardo. "La Potestad Reglamentaria en el Derecho Público Chileno". Tesis de grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho PUCV, 1995, p. 159.



fundan en el perjuicio que puedan sufrir las partes por alguna gestión procesal. De forma que los administrados, tal como las partes en un proceso, puedan interponer los recursos administrativos correspondientes en un procedimiento administrativo cada vez que sus derechos e intereses se encuentren afectados, ya sea por un acto administrativo válido o inválido.

### **3.2.2. Los recursos administrativos en el derecho chileno**

La LBPA ha establecido de manera expresa varios recursos administrativos. Sin embargo, con anterioridad a su entrada en vigencia ya se reconocía su existencia por la doctrina y la jurisprudencia judicial y contralora, pues como sostiene en la doctrina comparada MARIENHOFF, "la existencia de recursos administrativos es de principio; no requiriéndose para ello textos expresos"<sup>225</sup>. Explica este autor que algunos recursos administrativos y su existencia resulta de un corolario lógico de preceptos constitucionales. Sin embargo de que existan recursos administrativos sin consagración expresa trae una consecuencia que podría parecer nefasta, pues no obstante de no estar sometido a un procedimiento ni formulas sacramentales, carecen de plazo para su interposición y carecen también de todo plazo para su correspondiente resolución.

En el derecho nacional, a partir de la Constitución de 1980, no es posible que existan otros recursos administrativos que no sean los establecidos por la Constitución o las leyes. En efecto, el artículo 63 de la Carta Fundamental que establece las materias de ley, en su numeral 18° ha establecido que son tales "Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública". De modo que la regulación de las bases de los procedimientos de la Administración son asuntos que competen al legislador y los detalles de su normativa corresponderán a reglamentos del Presidente de la República, por lo que no es posible como ocurre en legislaciones comparadas que existan recursos al margen de la ley.

---

<sup>225</sup>MARIENHOFF. Op. cit., p. 672.

El legislador en la LOCBGAE, en su artículo 10° establece la impugnabilidad de los actos administrativos por medio de recursos administrativos, siendo siempre procedente el recurso de reposición y cuando sea posible el recurso jerárquico. No obstante además de su consagración en el citado artículo de la primigenia LOCBGAE, los recursos de reposición y jerárquico no tuvieron regulación legal detallada hasta la dictación de la LBPA.

La LBPA junto a dar celeridad a los procedimientos administrativos, regula los recursos administrativos de reposición, jerárquico y extraordinario de revisión, estableciendo plazos de interposición, plazos de resolución, supuestos de procedencia y el órgano que estará encargado de conocerlos y resolverlos.

Con su interposición se iniciará un nuevo procedimiento administrativo de naturaleza impugnativa, el cual estará sujeto a las normas que los establecen de manera expresa y a las normas generales que la ley establece para todos los procedimientos administrativos y mediante los que se podrá reclamar a la Administración por cualquiera de sus actos y cualquiera sea su causal, por ilegalidad e, incluso, por ir contra el interés general.

### **3.2.3. El recurso de reposición**

El recurso de reposición es aquel que se interpone ante la misma autoridad que dictó el acto, por la persona que considera el acto administrativo perjudicial para sus derechos o intereses, para que éste lo modifique, reemplace o deje sin efecto<sup>226</sup>.

El recurso de reposición es también llamado recurso gracioso, denominación que a nuestro criterio es impropia, puesto que la voz recurso gracioso, denuncia una petición de carácter informal o simple súplica a la administración, siendo una mera manifestación del derecho de petición establecido en el artículo 19 n°14 de la Constitución Política de la República. Como observa el profesor MORAGA, la reposición no es una modalidad del derecho de petición por dos razones: a) el recurso de reposición es una

---

<sup>226</sup> POBLETE. op. cit. (2), p. 68.

impugnación formal de mayor entidad jurídica que una simple sugerencia a la Administración; y b) porque en el caso de una simple petición, como un recurso gracioso, no consagra una obligación genuina para la Administración de dar respuesta a dicha petición<sup>227</sup>. Lo anterior tiene directa relación con el principio de inexcusabilidad establecido en el artículo 14 de la LBPA, de acuerdo al que la Administración está obligada a dar respuesta a todos los procedimientos administrativos. Cuestionamos que un recurso gracioso inicie un procedimiento administrativo.

Este recurso ha sido establecido de forma expresa por el legislador en el artículo 59, el que no ofrece definición alguna, sino que simplemente se limita a regular sus elementos, el plazo de su interposición, el órgano de la Administración que está llamado a conocerlo y resolverlo, y el plazo para su resolución.

El recurso de reposición de acuerdo al inciso 1° del artículo 59, debe ser interpuesto en el plazo de cinco días. La ley no ha establecido explícitamente desde cuando se cuenta este plazo; sin embargo, se entiende que se cuenta desde la notificación del acto que se pretende impugnar<sup>228</sup>. Tratándose de actos que tienen lugar en procedimientos de contratación de suministros y prestación de servicios, las notificaciones se entenderán realizadas, luego de 24 horas transcurridas desde que la entidad publique en el Sistema de Información el documento, acto o resolución objeto de la notificación, según dispone el artículo 6° RLBCASyPS.

El órgano que deberá conocer el recurso interpuesto, de acuerdo a la propia definición del recurso y lo establecido por la ley en el inciso 1° del artículo 59 LBPA, no hay duda en que es el mismo órgano de la Administración que dictó el acto que se impugna.

---

<sup>227</sup>MORAGA. op.cit. (2), p. 272.

<sup>228</sup>Ibíd., p. 69.

Durante la tramitación del recurso de reposición y por aplicación del artículo 55 de la misma LBPA, de existir terceros interesados al respecto, se dará traslado para que en el plazo de cinco días aleguen cuanto consideren procedente en defensa de sus intereses.

Por último, en cuanto al plazo para la resolución de estos recursos, el inciso 5° del artículo 59, prescribe que la autoridad administrativa que conozca del recurso tendrá un plazo no superior a 30 días para ello.

#### **3.2.4. El recurso jerárquico**

El recurso jerárquico puede definirse como “la reclamación que se promueve para que el superior jerárquico del autor del acto que se cuestiona, examinando este acto, lo modifique o lo extinga, siguiendo para ello el procedimiento expresamente establecido en las normas vigentes”<sup>229</sup>.

El recurso jerárquico ha sido establecido en el artículo 59 de la LPBA, disposición que prescribe que puede presentarse de manera subsidiaria al recurso de reposición y también de manera autónoma.

En el caso que el recurso jerárquico se interponga de manera subsidiaria a una reposición, de acuerdo al inciso 2° del artículo 59, rechazada total o parcialmente la reposición, se elevará el expediente al superior jerárquico para que conozca del recurso en cuestión.

Cuando el recurso jerárquico se quiera presentar de manera autónoma, deberá presentarse en el plazo de cinco días desde la notificación del acto que se pretende impugnar, siempre ante el superior jerárquico del órgano que dictó el acto administrativo en cuestión.

Durante la tramitación del recurso jerárquico se establece como requisito para su resolución que el superior jerárquico haya oído de manera previa al órgano subordinado, el que podrá formular sus descargos por cualquier medio, ya sea escrito o electrónico, según lo dispuesto en el inciso 6° del artículo 59.

---

<sup>229</sup>MARIENHOFF. op. cit. p. 689.

Al igual que el recurso de reposición, el superior jerárquico tendrá un plazo no superior a 30 días para resolver la impugnación.

### **3.2.5.El recurso extraordinario de revisión**

El recurso extraordinario de revisión ha sido establecido por el legislador en el artículo 60 de la LBPA, el cual de acuerdo a su inciso 1° es un recurso administrativo que procede contra actos administrativos firmes, lo que pone de manifiesto su excepcionalidad, puesto que lo anterior implica que el acto que requiere su revisión no fue impugnado en el plazo correspondiente, o bien pudo ser objeto de recurso de reposición o jerárquico no obstante haber sido rechazado por la Administración.

Su excepcionalidad también se manifiesta en que su procedencia está sujeta a causales taxativas que ha establecido el legislador en el mismo artículo 60, estas son:

a) Que la resolución se hubiere dictado sin el debido emplazamiento;

b) Que, al dictarlo, se hubiere incurrido en manifiesto error de hecho y que éste haya sido determinante para la decisión adoptada, o que aparecieran documentos de valor esencial para la resolución del asunto, ignorados al dictarse el acto o que no haya sido posible acompañarlos al expediente administrativo en aquel momento;

c) Que por sentencia ejecutoriada se haya declarado que el acto se dictó como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta; y

d) Que en la resolución hayan influido de modo esencial documentos o testimonios declarados falsos por sentencia ejecutoriada posterior a aquella resolución, o que siendo anterior, no hubiese sido conocida oportunamente por el interesado.

El órgano de la Administración que debe conocer y resolver este recurso es el superior jerárquico, si la entidad tuviera y en el caso de que no fuera así, será conocido por el mismo órgano emisor del acto administrativo.

Por último el plazo para la interposición de este recurso es de un año, el cual se computará de distinta forma dependiendo la causal que se invoque.

En los casos de las letras a) y b) del artículo 60, el plazo para la interposición del recurso se computa desde el día siguiente al día en que se dictó la resolución y en los casos de las letras c) y d) el plazo debe computarse a partir de la fecha en que la sentencia en cuestión quede ejecutoriada “salvo que ella preceda a la resolución cuya revisión se solicita, caso en el cual el plazo se computará desde el día siguiente al de la notificación de ésta”.

Dada la extensión del plazo que se dispone para su interposición, debemos observar su escasa utilidad práctica en procedimientos de contratación administrativa, debido a la rapidez y breves periodos de tiempo en que éstos se desarrollan.

### **3.2.6. El recurso de aclaración**

La aclaración es un mecanismo de revisión establecido en la LBPA en su artículo 62, por el cual “en cualquier momento podrá la autoridad administrativa que hubiere dictado una decisión que ponga término a un procedimiento, de oficio o a petición del interesado, aclarar los puntos dudosos u oscuros y rectificar los errores de copia, de referencia, de cálculos numéricos y, en general, los puramente materiales o de hechos que aparecieren de manifiesto en el acto administrativo”.

Esta aclaración del acto es un mecanismo de revisión que tiene por objeto dar por completo certeza de las resoluciones de la Administración mediante la explicación de pasajes que pudieran parecer poco claros y, también, mediante esta aclaración pueden corregirse errores de hecho del acto, como la rectificación de cálculos numéricos o defectos en la copia y, en general, todo aquello que no tenga relación con el derecho del acto.

La aclaración no es propiamente un recurso, como explica Andrea RUIZ ROSAS: “la aclaración del acto administrativo no constituye un recurso, pues en ningún caso aun cuando se produzca a instancia del interesado es un medio de impugnación ni se va a dejar sin efecto lo resuelto, sino que es simplemente una forma de facilitar su mejor entendimiento y aplicación”<sup>230</sup>.

### **3.3. La revocación**

Hasta ahora hemos abordado con más o menos detalle la potestad invalidatoria y los recursos administrativos de aplicación general establecidos en la LBPA. Queda por tratar la potestad revocatoria de la Administración, a la que pasaremos revista brevemente por ya haber expuesto sus aspectos fundamentales al contrastarla con la invalidación.

#### **3.3.1. Concepto de Revocación**

La revocación es definida como el acto de contra imperio por parte de la Administración de dejar sin efecto uno de sus actos que ha sido dictado en completa conformidad al derecho, no obstante aparece a sus ojos como inconveniente para el interés general. A diferencia de la invalidación, acá no tratamos con actos que adolecen de algún vicio de legalidad, sino que la revocación actúa sobre actos que gozan de incuestionable validez. Como anota la profesora POBLETE, “el acto se adecua a la legalidad, pero la Administración decide dejarlo sin efecto por causal de mérito, oportunidad o conveniencia”<sup>231</sup>. A menudo se confunden los conceptos de invalidación y revocación como mecanismos de revisión de actos administrativos, que si bien tienen efectos similares, sus causales y fundamentos defieren de manera notoria. Mientras que la invalidación atiende a vicios de legalidad, la revocación atiende en exclusiva al mérito y conveniencia que presenta el acto administrativo para el interés general y el cumplimiento de los fines de la Administración. Como

---

<sup>230</sup> RUIZ ROSAS, Andrea. “Diplomado sobre Modernización del Estado, Función Pública y Responsabilidad”. Universidad de Chile, 2003. En POBLETE VINAIXA. Op. cit., p. 66.

<sup>231</sup> POBLETE VINAIXA. op.cit., p. 65

observa PARADA, “la revocación se fundamenta en el principio de que la acción de la Administración Pública debe presentar siempre el máximo de coherencia con los intereses públicos y no sólo cuando el acto nace, sino a lo largo de toda su vida”<sup>232</sup>, y por tanto si el acto una vez nacido a la vida jurídica se vuelve inconveniente o carente de funcionalidad, la Administración podrá por medio de un acto de contra imperio dejarlo sin efecto.

La revocación en definitiva “consiste en la extinción anormal de un acto administrativo producto de la dictación de un acto de contrario imperio por parte de la propia Administración Pública que dio lugar al acto original, por razones de mérito, oportunidad o conveniencia”<sup>233</sup>.

### **3.3.2. La revocación en el derecho positivo.**

La revocación, al igual que la invalidación, ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia contralora desde antiguo. Sin embargo, sólo es consagrada de manera expresa en 2003 en la LBPA. La presente ley en su artículo 61 establece que “Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado”. El único presupuesto para su procedencia, según ya hemos adelantado es el mérito o conveniencia de la actuación para la Administración y el interés público, no busca corregir defectos o vicios de legalidad de ningún tipo, es un mecanismo de revisión que opera sobre actos administrativos perfectamente válidos.

### **3.3.3. Órgano que ejerce la potestad revocatoria**

Teniendo en cuenta que es un instrumento de revisión de actos administrativos que pone atención en el mérito de aquellos, se debe concluir que es una revisión que opera solamente de oficio, pues es sólo la Administración, su órgano emisor, quien puede evaluar legítimamente su mérito y de acuerdo al cumplimiento de sus fines, decidir si el acto resulta útil o no

---

<sup>232</sup> PARADA. op. cit., p. 210.

<sup>233</sup> BERMÚDEZ SOTO, Jorge. "Derecho Administrativo General". Thomson Reuters Legal Publishing, Santiago, 2011, p.141



para satisfacer las necesidades públicas que el órgano ha sido llamado a cumplir. Por otra parte es la misma ley la que indica que la revocación es un mecanismo de revisión de oficio, pues el párrafo IV del Capítulo IV, en el cual está contenida su regulación, se titula “De la revisión de oficio de la Administración”. Por tanto, en ningún caso podría solicitar un particular la revocación de un acto administrativo a la Administración.

En cuanto al órgano de la Administración que le corresponde la revocación de los actos administrativos, el artículo 61 LBPA es claro al establecer que “Los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado”.

#### **3.3.4. Los límites de la revocación**

Los límites de la revocación, al igual que los límites de la invalidación, no siempre han sido un tema pacífico para la doctrina, pero la ley en el artículo 61 vino a despejar toda duda respecto a las limitaciones de la revocación estableciéndolas de manera taxativa. Por tanto, de acuerdo al artículo 61 la revocación no procederá en los siguientes casos:

- a) Cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente;
- b) Cuando la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o
- c) Cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.

El profesor MORAGA agrega un cuarto límite a la potestad revocatoria que no ha sido explicitado en el artículo 61, y este es que el acto no sea contrario al interés general<sup>234</sup>. Señala este autor, que al ser la revocación una institución que atiende al interés general, aun en las hipótesis en que el acto no se halle comprendido dentro de los límites establecidos en el artículo 61, tampoco podría revocarse si no es contrario al interés general. Entiende por

---

<sup>234</sup> MORAGA. op. cit. (4), p. 375.

contrario al interés general, cuando la permanencia del acto amenaza real, directa y gravemente intereses generales o bienes públicos, cuya causa sea una alteración o cambio en la situación fáctica o jurídica que impera en un momento dado<sup>235</sup>.

En lo que respecta a la revocación, a diferencia de la invalidación, los derechos adquiridos legítimamente son un límite expreso establecido por el legislador, y en el que, considerando su supuesto de operación, es decir, actos administrativos perfectamente válidos, parece de toda justicia que la Administración activa tenga estos derechos como límite. En efecto, dichas ventajas han sido adquiridas en conformidad a la ley y, por tanto, gozan del amparo que el constituyente y legislador han otorgado a los administrados para tutelar su derecho de propiedad.

#### **4. Los mecanismos de revisión de actos administrativos no establecidos por el legislador en materia de compras públicas**

##### **4.1. Los Reclamos del sitio mercadopublico.cl**

Vistos los mecanismos de revisión de los actos administrativos contemplados por la LBPA y su aplicación en el procedimiento licitatorio de suministro de bienes y servicios de la Administración, conviene analizar un instrumento de revisión propio de este tipo de procedimientos, el cual es de reciente data y presenta algunas particularidades que lo diferencian de los medios de revisión anteriormente expuestos. Este es el reclamo que la Dirección de Compras y Contratación Pública ha dispuesto a los proveedores en el sistema de información.

El reclamo de mercadopublico.cl, se ha entendido como un mecanismo de impugnación que presentan los participantes de un procedimiento de contratación, ante una supuesta irregularidad en el procedimiento licitatorio o por infracciones contractuales por parte de la entidad licitante por medio de un

---

<sup>235</sup> *Ibíd.*, p. 376.

portal electrónico de reclamos administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública, el cual una vez interpuesto es remitido al jefe de servicio de la entidad licitante para que resuelva en un plazo acotado.

Desde luego, es preciso indicar como su primera particularidad, que este mecanismo de revisión no tiene origen ni regulación legal o reglamentaria. Los reclamos aparecen como una herramienta de impugnación creada por la Dirección de Compras y Contratación Pública en pos de la eficiencia y probidad de los procedimientos licitatorios, facilitando a los proveedores la posibilidad de comunicarse con las entidades licitantes, solicitar la revisión de sus actos y que realicen las eventuales enmiendas.

#### **4.2. Forma de su interposición**

Los reclamos deben ser interpuestos por medio del sitio web “mercadopublico.cl”, plataforma administrada por la Dirección de Compras y Contratación Pública en la que se desarrollan todos los procedimientos licitatorios regulados por la LBCASyPS.

Una vez abierto el sitio, el oferente o proveedor debe ingresar al enlace de reclamos el cual dará la opción de ingresar reclamos, revisar el estado del reclamo o buscar reclamos. Para ingresar un reclamo el proveedor debe elegir la primera opción y el sitio le dará acceso a un sencillo formulario que deberá completar con la identificación del procedimiento licitatorio, la individualización del órgano público que actúa como entidad licitante, indicar qué tipo de reclamo es y su motivo junto con una breve explicación sobre su requerimiento y por último ingresar los datos personales del requirente.

Una vez completado este formulario deberá “enviar reclamo” y el requerimiento será procesado por la unidad encargada de la Dirección de Compras que es el Departamento de Monitoreo de Clientes, la cual reenviará el reclamo al jefe de servicio de la entidad licitante que será quien resuelva sobre el particular.

### Información de su reclamo \*

Ingrese el ID licitación u orden de compra \*

[Ir al buscador de licitaciones](#)

[Ir al buscador de órdenes de compra](#)

Organismo público \*

Tipo de reclamo \*

Pago no oportuno

Irregularidad en el proceso de compra

Motivo \*

Pago no oportuno ▼

### Describa su reclamo \*

Max. 5000 caracteres

¿Desea adjuntar un archivo?

### Datos personales

¿Tiene cuenta en MercadoPublico.cl?

Nombre de usuario

*Si está inscrito sus datos se llenarán automáticamente*

Nacionalidad

Chilena  Extranjera

R.U.T. \*

 - 

Nombres \*

Apellidos \*

Teléfono móvil \*

*Ejemplo: 56-9-77777777*

Teléfono fijo

*Ejemplo: 56-02-77777777*

Correo electrónico \*

Confirme correo electrónico \*

[Limpiar](#)

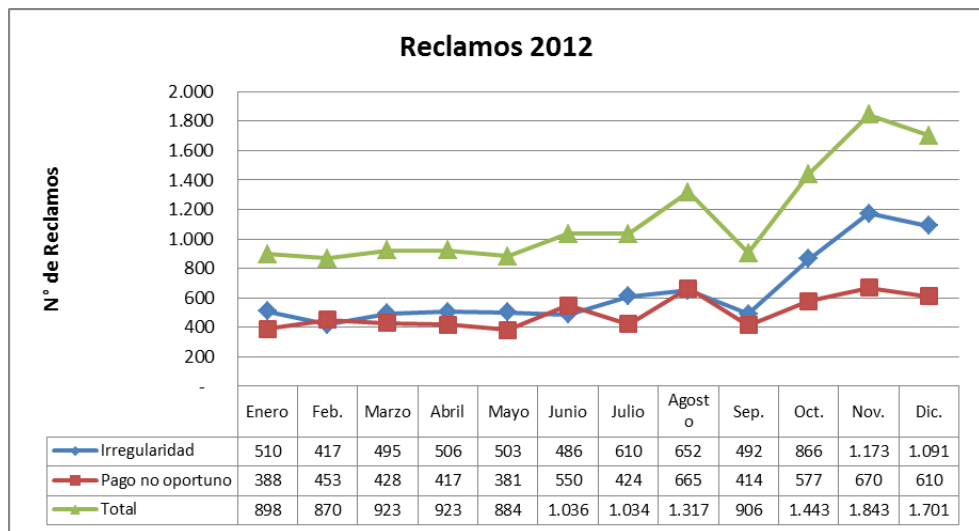
### 4.3. Oportunidad para su interposición

Los reclamos a los que nos estamos refiriendo, podrían calificarse como una especie de impugnación ante las resoluciones administrativas de la entidad licitante durante y una vez concluido el proceso licitatorio.

La oportunidad para interponer estas reclamaciones no se agota en el acto de adjudicación, también los proveedores podrán hacer reclamos una vez adjudicado el contrato por el no pago o pago imperfecto acordado en la convención ya celebrada. Por lo que podríamos clasificar estos reclamos en dos categorías: 1) los reclamos por irregularidad; y 2) los reclamos por no pago.

### 4.4. Causales para reclamar

La mayor cantidad de reclamos recibidos por la Dirección de Compras corresponde a reclamos por irregularidad. De acuerdo a cifras solicitadas al órgano en cuestión, el año 2012 de un total de 13.778 reclamos, 7.801 corresponden a reclamos por irregularidades y 5.977 a reclamos por pago no oportuno.



236

Como se desprende de las páginas anteriores, sólo los reclamos por irregularidad en el procedimiento licitatorio son objeto de nuestro estudio, por lo que sólo nos remitiremos a estas.

<sup>236</sup> Información proporcionada por Dirección de Compras y Contratación Pública.

Del total de reclamos por irregularidad presentados el año 2012, es decir 7.801 reclamos, el 17% de ellos corresponden a procedimientos de contratación en que los actos de adjudicación supuestamente han estado previamente acordados con determinados proveedores o los productos o servicios objeto de la licitación ya habían sido adquiridos por la entidad licitante. El 15% de los reclamos fueron presentados por haberse descartado o desechado ofertas de proveedores de manera injustificada o no existiendo motivo para hacerlo por parte de la entidad licitante. El 14% corresponden a reclamos por haberse adjudicado el contrato de suministro o prestación de servicio a ofertas que no cumplen con los estándares exigidos por la misma entidad licitante en las bases o pliego de condiciones. El 14% de las reclamaciones tienen su causa en actos de adjudicación que no atendieron a los criterios establecidos en las bases de la licitación para o los precios de la oferta adjudicada superan excesivamente los del mercado o del resto de las ofertas, sin justificación. Y por último el 40% de los reclamos son por otros motivos, que de acuerdo a la información entregada por la Dirección de Compras, son principalmente porque los requerimientos exigidos por las entidades licitantes en las bases son muy amplios, poco específicos o los criterios de evaluación establecidos parecen poco precisos y ambiguos.

#### **4.5. Autoridad Competente para conocer los reclamos**

Las reclamaciones una vez recibidas por el portal “mercadopublico.cl” administrado por la Dirección de Compras, son reenviadas a los jefes de servicio de la entidad licitante requerida, quienes son en definitiva los órganos encargados de dar respuesta a los reclamos ya sean por irregularidades en el procedimiento licitatorio o por el no pago de los contratos.

Por ser un reclamo realizado vía electrónica, se asegura la celeridad del procedimiento, por lo que la unidad correspondiente de la Dirección de Compras comúnmente enviará inmediatamente el requerimiento al jefe de servicio, quién conocerá de la petición por supuesta irregularidad o

inconformidad en cuanto al cumplimiento del contrato por parte de la Administración.

#### **4.6. Plazo para su interposición y resolución**

Los reclamos que se hagan por medio del portal “mercadopublico.cl” no están sujetos a un plazo para su interposición. Pues estos podrían interponerse el mismo día que la entidad licitante publique en el sistema de información la resolución objeto de reclamo o podría interponerse meses después de la publicación del acto. Debemos subrayar que resulta obvia la completa inutilidad del reclamo de presentarse en un periodo de tiempo muy posterior a la publicación del acto, por la imposibilidad práctica o jurídica de la entidad licitante para volver sobre sus actos en atención a la doctrina de los derechos adquiridos que la jurisprudencia y parte de la doctrina han sostenido.

No obstante no existir un plazo para su interposición, la Dirección de Compras ha establecido el plazo de 24 horas a los jefes de servicio de las entidades requeridas para que den respuesta a los reclamos presentados. Este plazo de 24 horas es prorrogable una sola vez por el mismo plazo de 24 horas; por tanto, el plazo total para dar respuesta los requerimientos es de 2 días. De todos modos, este plazo no es fatal.

#### **4.7. Los reclamos están sujetos a un proceso de mediación**

Los reclamos interpuestos a través de mercadopublico.cl y que son redirigidos por la unidad correspondiente de la Dirección de Compras y Contratación Pública al jefe de servicio de la entidad licitante, son objeto de una especie de seguimiento, actuando la Dirección a través de ejecutivos como mediadores en la controversia objeto del reclamo. Si bien no existen sanciones para las entidades licitantes que no respondan a los reclamos en los plazos establecidos por la Dirección ni obligatoriedad de dar respuesta a ellos, la mediación tiene el objetivo de además monitorear el funcionamiento del sistema, de que los reclamos tengan respuesta por parte de la entidad licitante

más allá de si se responde a tiempo el requerimiento en cuestión o si es acogido o rechazado.

El año 2012, primer año de la puesta en práctica de las mediaciones en los reclamos, la tarea fue llevada a cabo por una mesa de ayuda compuesta por 5 ejecutivos, los cuales mediaron un promedio mensual cercano a los 500 reclamos. Del total de reclamos presentados el año 2012, es decir 7.801, fueron mediados 5.366 reclamos, quedando 2.435 reclamos sin mediar. Es aventurado hacer un mayor análisis de estas cifras y de la efectividad de las mediaciones teniendo en cuenta que es un mecanismo que tiene poco tiempo de funcionamiento. Sin embargo, sería interesante volver sobre estas cifras dentro de algunos años y la evolución que experimenta en el tiempo la mediación por parte de la Dirección de Compras en este tipo de reclamos.

#### **4.8. ¿El reclamo de [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) es un recurso de reposición?**

El recurso de reposición establecido en el artículo 59 de LBPA, es aquel que se presenta ante el mismo órgano que dictó la resolución que se busca impugnar, por el particular que se ve afectado en sus derechos por un acto administrativo que vulnera sus intereses con la finalidad de que la Administración modifique, reemplace o deje sin efecto el acto en cuestión.

El recurso de reposición, de acuerdo a lo determinado por el legislador, debe interponerse ante la misma autoridad administrativa que dictó la resolución que afecta los derechos del particular, tratándose de compras públicas, frente a la misma entidad licitante. Respecto al plazo para su interposición se ha establecido que el particular dispone de 5 días desde la notificación del acto y una vez presentado, la autoridad administrativa dispondrá de 30 días para resolver lo solicitado.

Por su parte el reclamo o reclamación, es interpuesto ante el portal “[mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl)”, sitio administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública, quien reenvía los reclamos al jefe de servicio de la entidad licitante para que conozca y resuelva los requerimientos. Para



interponer el reclamo no existe plazo alguno, pero para resolverlo el jefe de servicio dispone de 24 horas; prorrogable por el mismo plazo.

Como es posible advertir, el reclamo y la reposición se diferencian notoriamente en su plazo de interposición, autoridad ante la cual se presenta y en cuanto a su plazo de resolución. Mientras que la reposición deberá interponerse en el plazo fatal de 5 días desde la notificación del acto que se quiere impugnar, el reclamo no tiene un plazo establecido para su interposición, pudiendo naturalmente presentarse después de transcurrido el plazo de 5 días contemplado para reponer. Esta es una gran diferencia puesto que la entidad licitante debería declarar extemporáneas todas aquellas reposiciones presentadas con posterioridad al cumplimiento del plazo establecido por el legislador, lo que ha sido sostenido invariablemente por Contraloría General de la República en sus dictámenes<sup>237</sup>.

Teniendo claridad en cuanto al plazo fatal de 5 días desde la notificación de la resolución, para interponer el recurso de reposición, no es

---

<sup>237</sup> Contraloría General de la República en cuanto al plazo que debe interponerse el recurso de reposición establecido en el artículo 59 LBPA ha dictaminado de la siguiente forma: "(...) es necesario recordar que la notificación al interesado del aludido acto administrativo, se realizó mediante carta certificada enviada con fecha 7 de mayo de 2010, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 46 de la referida ley, debe entenderse practicada a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de correos que corresponda, en este caso, el día 10 de mayo de la indicada anualidad. Luego, es útil anotar que el inciso primero del artículo 15 de la ley N° 19.880, previene, en lo que interesa, que todo acto administrativo es impugnabile mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico, debiendo interponerse el primero, según el artículo 59 del mencionado texto legal, dentro del plazo de cinco días, ante el mismo órgano que dictó el acto que se impugna, por lo que, el recurso interpuesto por el solicitante con fecha 9 de agosto de 2010, debe entenderse presentando extemporáneamente". Dictamen N° 3.047 de 2012; "(...)El artículo 59 de la citada ley N° 19.880, dispone que el recurso de reposición se interpondrá dentro del plazo de cinco días ante el mismo Órgano que dictó el acto que se impugna, lo que no ocurrió en la especie, por cuanto el mencionado dictamen N° 27.667, de 2010, se emitió el 25 de mayo de ese año, mientras que la solicitud de reconsideración respectiva se presentó el 25 de junio de la misma anualidad, excediendo, por ende, el plazo de 5 días antes referido". Dictamen N° 48.606 de 2012; "(...) se desnaturaliza el recurso de reposición al interponerse en contra de un acto administrativo firme - el aludido oficio N° 324, de 2010-, fuera del plazo establecido en el artículo 59 de la ley N° 19.880, y contra el que ya se ejerció un recurso de revisión, de todo lo cual resulta que aceptar su procedencia en la situación que interesa, atentaría contra la seguridad y certeza jurídicas". Dictamen N° 40.220 de 2012.

posible sostener que el reclamo de mercadopublico.cl sea un recurso de reposición dado que no se han establecido plazos para su presentación, pudiéndose en la práctica interponerse con posterioridad al mencionado plazo.

Respecto a la autoridad ante la cual se presentan, el recurso de reposición se dirige al mismo órgano que dictó la resolución, en cambio el reclamo de mercadopublico.cl se realiza ante la Dirección de Compras y Contratación Pública, quien redirige al jefe de servicio de la entidad licitante el reclamo para que los resuelva. En este sentido, se diferencian en cuanto al órgano que recibe el reclamo, encontrando su único punto común en el órgano que conoce y resuelve la impugnación.

Sus plazos de resolución encuentran otra diferencia más que clara. Mientras que el recurso de reposición, según dispone el artículo 59 LBPA, debe ser resuelto en un plazo no mayor a 30 días, el reclamo de mercadopublico.cl debe ser resuelto en 24 horas, pudiendo prorrogarse por otras 24 horas.

Por último, existe un aspecto del reclamo de mercadopublico.cl que lo aleja por completo del recurso de reposición, pues no sólo procede contra actos administrativos del procedimiento licitatorio, sino que también procede en contra de incumplimientos contractuales por parte de la Administración. Como es sabido los recursos administrativos son creados para impugnar actos administrativos y no actuaciones de carácter contractual y menos aún incumplimientos de dicha naturaleza. Y es la propia ley la que limita el espectro de operatividad de estos instrumentos de impugnación: El artículo 10 LOCBGAE y los artículos 15 y 59 LBPA hacen expresa referencia a que los actos administrativos son impugnables por medio de recursos administrativos.

Difícilmente podría considerarse el no pago de un contrato por parte de la Administración como una manifestación de voluntad de no pagar, más bien hay una abstención de cumplir su obligación, de modo que este reclamo en hipótesis de incumplimientos contractuales de la entidad licitante no recae sobre

actos administrativos, por lo que definitivamente no podemos sostener la equivalencia del reclamo en comento y una reposición administrativa.

#### **4.9. Naturaleza Jurídica del reclamo de mercapublico.cl**

En términos amplios la voz reclamo o reclamaciones en la doctrina se ha entendido como los recursos que proceden para impugnar las resoluciones administrativas. Dice NÚÑEZ VÁSQUEZ, que el concepto de reclamación tiene de acuerdo con el léxico el significado de oposición o contradicción que se hace a una cosa como injusta, éste calza perfectamente con el alcance y sentido de la voz "impugnación" que informa al concepto de "recurso", de tal suerte que uno y otra expresión desempeñan igual función en sus respectivos ámbitos de actividad jurídica<sup>238-239</sup>.

Ahora limitándonos a hablar sobre el reclamo en sentido estricto, es decir el mecanismo de revisión implementado por la Dirección de Compras, ¿Podríamos equipararlo a un recurso administrativo propiamente tal?

Recurso desde el punto de vista procesal es el "acto jurídico procesal de parte o de quien tenga la legitimación para actuar, mediante el cual impugna una resolución judicial no ejecutoriada, dentro del mismo proceso que se pronunció, solicitando su revisión a fin de eliminar el agravio que sostiene se le ha causado con su pronunciamiento"<sup>240</sup>. Los recursos son una forma de modificar o dejar sin efecto resoluciones que presentan para un determinado sujeto un agravio o perjuicio que podría parecer ilegítimo o arbitrario.

---

<sup>238</sup> NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal. "Recursos jurisdiccionales y administrativos especiales". Alcázar y Sacaluga Editores, Valparaíso, 1966, p.19.

<sup>239</sup> Cabe hacer la salvedad que el profesor CASSAGNE, en Argentina, ha distinguido entre recursos y "meras reclamaciones", entendiendo éstas como "articulaciones que pueden o no tener contenido jurídico que presenta el administrado en ejercicio del derecho de peticionar ante las autoridades administrativas tendientes a obtener el dictado de un acto favorable o provocar el ejercicio de la potestad revocatoria ex officio" (CASSAGNE, Juan Carlos. "Derecho Administrativo", 7ma Edición. Editorial Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 590). Sin embargo con esta conceptualización, no define otra cosa que el derecho de petición de los administrados, que ha denominado "mera reclamación", por lo que podemos concluir que una reclamación propiamente tal se corresponde a un recurso administrado con todas sus características y prerrogativas.

<sup>240</sup> MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian. "Los Recursos Procesales". Editorial Jurídica, Santiago, 2010, p. 21

Dentro de las características de los recursos como medios de impugnación, es que estos deben estar previstos de manera expresa por el legislador, "determinando el tribunal que debe conocer de él y el procedimiento que debe seguirse para su resolución"<sup>241</sup>. Bien es cierto que lo dicho refiere a recursos jurisdiccionales conocidos por los Tribunales de Justicia, dicha característica es igualmente aplicable a los recursos administrativos.

Tanto recursos judiciales como administrativos, tal como los conocemos hasta ahora, todos sin excepción tienen como antecedente directo la Constitución o las leyes, lo que tiene relación directa con la regla de oro del Derecho Público establecida en el artículo 6° de la Constitución Política de la República: "los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (...)", complementada por el artículo 7° que prescribe que "los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley", agrega en su inciso 2° que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes". La autoridad judicial o administrativa, en virtud de las prerrogativas conferidas por el constituyente o legislador, según sea el caso, no podría dejar sin efecto resoluciones o actos que ha dictado en cumplimiento de sus funciones por mero capricho de particulares, y es por esa razón que se han dispuesto mecanismos de forma legal para que los tribunales de justicia y entes administrativos vuelvan sobre sus propios actos y, en último término, puedan dejarlos sin efecto.

A mayor abundamiento, una de las características que revisten los actos administrativos es la llamada "presunción de legalidad". El artículo 3° de la LBPA establece en su inciso final que "Los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios,

---

<sup>241</sup>Ibíd., p. 22

desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional". Es decir, que los actos administrativos una vez afinados se presumen dictados en conformidad a derecho y, en consecuencia, quienes pretendan su ilegalidad deberán probarla en el procedimiento administrativo o proceso judicial correspondiente, los cuales no podrán incoarse sino en virtud de habilitación constitucional o legal que determine su procedencia y legitimación.

En el caso de los reclamos interpuestos en el portal "mercadopublico.cl", por el modo en que opera, no resulta tan fácil equipararlos a recursos administrativos establecidos por el legislador como los de la LBPA, que ya hemos expuesto. Es más, los reclamos en cuestión carecen de toda regulación legal, e incluso, reglamentaria. Dicho esto podemos preguntarnos ¿La entidad licitante estaría obligada a revisar sus actos ante un reclamo de esta naturaleza?

Las notas características de los recursos administrativos, son en primer lugar la posibilidad que tiene el particular de solicitar a los órganos de la Administración que vuelvan sobre sus propios actos, analicen su legalidad y, de acuerdo a este nuevo análisis, los modifiquen o dejen sin efecto y en segundo lugar, la obligatoriedad que tiene el ente administrativo de dar curso a este requerimiento y resolverlo en el plazo establecido por la ley, como observa CASSAGNE da lugar a un nuevo procedimiento administrativo de carácter impugnatorio<sup>242</sup>, lo que se funda en los principios de impugnabilidad e inexcusabilidad establecidos por la misma LBPA.

Difícilmente podríamos decir, entonces, que la Entidad Licitante está en la obligación de responder a estos reclamos de la forma que está obligada frente a los recursos administrativos establecidos en la LBPA, la cual regula

---

<sup>242</sup>CASSAGNE. op. cit., p. 589.

estos medios de impugnación en cuanto a su oportunidad, procedimiento, plazo para su interposición y correspondiente resolución. Si bien es cierto que el sistema de reclamaciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública, da un plazo acotado a los jefes de servicio para responder a estos requerimientos, no existe obligación legal o reglamentaria, plazos, sanciones o mecanismos de coacción a los órganos públicos que licitan. De modo que los reclamos o reclamaciones a los que nos estamos refiriendo se erigen como un mecanismo informal ideado por la Dirección de Compras para que los particulares, oferentes o proveedores requieran a la entidad licitante explicaciones sobre sus decisiones y/o, en específico, invalidar o modificar actos dentro del procedimiento licitatorio.

Podría rebatirse la idea del reclamo como una petición informal a la entidad licitante, arguyendo que en el caso de que el jefe de servicio del mencionado órgano de curso al requerimiento y, en definitiva, acoja la petición presentada dejando sin efecto un acto o reemplazándolo por otro, tendría idéntico efecto al que tiene un recurso administrativo. A este razonamiento respondemos que la entidad licitante deja sin efecto el acto impugnado no en virtud del reclamo como supuesto recurso administrativo, si no en virtud de la invalidación en los términos del artículo 53 de la LBPA como mecanismo de revisión de oficio o en su defecto por revocación si tratase de una cuestión de mérito o conveniencia. Pese a que en estos casos media una petición de parte, no podemos obviar que dicho requerimiento es de carácter informal y no se configura como un recurso administrativo en modo alguno. La obligatoriedad o deber que tiene el órgano requerido de conocer y resolver la reclamación interpuesta es una característica distintiva de los recursos, cuestión que como hemos expuesto no se da en este tipo de reclamaciones. Por tanto, ante una simple sugerencia que no vincula de ninguna manera a la entidad licitante, es dable entender que en estos casos actúa de oficio.

Aunque, a decir verdad, en sentido estricto podría hablarse de una manifestación del Derecho a Petición consagrado en el artículo 19 n°14 de la Constitución Política, pues el derecho de acción y el de petición difieren notoriamente. Como señala Patricia CANALES, "para ejercitar el derecho de acción se exige ser titular de derechos o intereses legítimos, y para ejercitar el derecho de petición se exige lo contrario, esto es, no ser titular de derechos o intereses legítimos". Así aclara que "no cabe confundir las peticiones con los recursos administrativos, ya que éstos pretenden anular o reformar los actos administrativos, esto es, impugnar un acto, mientras que las peticiones lo que pretenden es provocarlos o producirlos, y menos aún con un recurso administrativo extraordinario, por lo que el derecho de petición no puede ser utilizado para dejar sin efecto actos administrativos que, siendo susceptibles de recursos no fueron impugnados"<sup>243</sup>.

#### **4.10. Los reclamos ¿son acaso recursos administrativos no reglados?**

No obstante que hasta ahora hemos apelado a la legalidad y regulación expresa de los recursos administrativos para cuestionar la naturaleza jurídica de recurso administrativo de los reclamos del portal mercadopublico.cl, en la doctrina comparada se reconoce la existencia de recursos administrativos no reglados. Así, MARIENHOFF sostiene, citando a SAYAGUÉS, que "la existencia de recursos administrativos es de principio; no requiriéndose para ello texto expreso"<sup>244</sup>, de lo que resulta la aparición de recursos no reglados. Los recursos no reglados, de acuerdo a la misma conceptualización del profesor argentino, "son aquellos cuya existencia es implícita por implicar corolarios de preceptos constitucionales, pero que aún no fueron objeto de reglamentación por parte de la autoridad pública"<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> CANALES, Patricia. "El derecho de petición en la Constitución de 1980 y en la legislación de España, Estados Unidos y Francia". Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Serie de Estudios, año 13, N° 273, p. 4.

<sup>244</sup> MARIENHOFF. Op. cit. Tomo I, p. 694

<sup>245</sup> *Ibíd.*, p. 694.

Un recurso administrativo no reglado, por carecer de regulación procedimental no tiene plazo para ser deducidos y su tramitación estaría exenta de formas sacramentales, sin perjuicio de responder a las normas del debido proceso legal, las que MARIENHOFF califica como razones de elemental buen criterio, como que se manifieste por el particular de forma clara y precisa su propia individualización, contra quién se dirige, la razón por la cual peticona y la enunciación de peticiones concretas<sup>246</sup>.

Pese a no tener consagración expresa, los recursos no reglados o virtuales sí tienen una consagración implícita, es decir, pese a que no existen normas jurídicas que los establezcan de manera clara, hay preceptos constitucionales, legales o reglamentarios cuya existencia implica necesariamente que, como corolario, existe una acción o recurso para hacer efectivo el cumplimiento del mandato constitucional o legal. En otras palabras, los recursos administrativos no reglados tienen como requisito una consagración tácita en una norma jurídica, de la que se desprende la existencia de un recurso pese a que dicha norma no regule sus aspectos procedimentales.

En el caso del reclamo del portal mercadopublico.cl es pertinente preguntarse si su existencia es acaso un corolario de alguna norma legal o reglamentaria. A nuestro juicio debe imponerse la negativa a esta interrogante por las siguientes razones: 1) En la LBCASyPS no hay disposición alguna que de su lectura se desprenda la existencia de un recurso administrativo para la impugnación de actuaciones de las entidades licitantes en procedimiento licitatorios; 2) de forma expresa, la mencionada ley establece una acción jurisdiccional para impugnar actos de la Administración en los procedimientos licitatorios, la cual es la llamada acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, establecida en el artículo 24 de la ley; 3) el legislador ha dispuesto recursos administrativos de manera concreta para requerir la revisión de actos de la Administración en el Capítulo IV de la LBPA, instrumentos de

---

<sup>246</sup>Ibíd., p. 695.



impugnación que ya hemos expuesto, los cuales corresponden a recursos administrativos de reposición, jerárquico, extraordinario de revisión y de aclaración, que son completamente aplicables en materia de compras públicas; 4) un órgano administrativo no tiene atribuciones para crear nuevas vías recursivas diversas a las que ha establecido el legislador; no está de más recordar que el principio rector en el Derecho Público es el principio de legalidad, en virtud del cual la Administración sólo puede hacer lo que expresamente el derecho le faculta y, por último, 5) conforme al art. 63 N° 18 de la Constitución, la ley debe establecer solamente las bases de los procedimientos administrativos, por lo que los detalles regulatorios de un recurso administrativo son de competencia de la potestad reglamentaria del Presidente de la República y, en este caso, tampoco observamos reglamento alguno.

En consecuencia, no es posible referirse a los reclamos del portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) como recursos administrativos no reglados y menos como recursos reglados, por lo que queda rechazar la idea de que la naturaleza jurídica de estos reclamos corresponda a la de un recurso administrativo en cualquiera de sus formas, puesto que su existencia no atiende a disposición legal de tipo alguno ni de manera expresa o implícita, pues cuesta incluso imaginar que corresponda a una manifestación del Derecho de Petición establecido en el numeral 14° del artículo 19 de la CPR.

#### **4.11. Jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública sobre la naturaleza jurídica de los reclamos**

No obstante que en nuestra opinión rechazamos la naturaleza jurídica de los reclamos como un recurso administrativo, es pertinente analizar sentencias en que el Tribunal de Contratación Pública se pronuncia sobre el particular.

El Tribunal en al menos dos ocasiones, resolviendo excepciones de extemporaneidad, las ha rechazado, justificando tal decisión en que los

reclamos constituyen recursos administrativos y, por tanto, una vez presentados suspenden el plazo para interponer la acción de impugnación correspondiente frente al Tribunal de Contratación.

En el primero de estos casos, un particular presentó un reclamo a través del sitio “mercadopublico.cl”, con el propósito de impugnar la resolución Exenta n° 648, de fecha 23 de junio de 2011, acto que declaró desierto el proceso licitatorio denominado “Proyecto de Diseño Arquitectónico Edificio Anexo Centro Patrimonial Recoleta Domínica”, de la Dirección de Bibliotecas Archivos y Museos (DIBAM). El reclamo en cuestión fue respondido con fecha 8 de julio por el Subdirector de la entidad licitante, interponiendo el particular con fecha 21 de julio de 2011 demanda de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública.

Ante esta acción la entidad licitante con fecha 23 de agosto del mismo año, opuso una excepción de extemporaneidad de la demanda, arguyendo que el reclamo presentado por la demandante carece de aptitud para suspender el plazo de presentación de la acción de impugnación frente al Tribunal, puesto que los reclamos del sitio “mercadopublico.cl” no constituyen un mecanismo de impugnación jurisdiccional y, o administrativo dispuesto en la LBCASyPS u otras normas pertinentes a la materia.

El Tribunal resolvió que:

“(…) del tenor literal de la carta enviada por el demandante a la DIBAM, se desprende de que esta presentación, en opinión de este Tribunal, constituye, un reclamo administrativo, teniendo por tanto mérito suficiente para interrumpir el plazo para la presentación de la demanda, conforme lo establece el artículo 54 de la ley N°19.880, el que fue resuelto por la entidad licitante a través de carta de fecha de 8 de julio de 2011”. Agrega en su considerando 4° que “la aplicación de la citada disposición, conduce a establecer que el plazo de diez días hábiles, que contempla el artículo 24 de la Ley N° 19.886 para ocurrir ante este

Tribunal de Contratación Pública, efectivamente, se interrumpió a contar del día de presentación del reclamo hasta la fecha de su respuesta, considerando como reclamo administrativo la presentación que dirigió el actor a la entidad licitante”<sup>247</sup>.

En el segundo caso, un particular pretende impugnar el Decreto Alcaldicio de Adjudicación de fecha 24 de Abril de 2012, de la Municipalidad de Conchalí, que adjudicó la licitación denominada “Concesión de los servicios de recolección de residuos sólidos domiciliarios, y concesión de los servicios de recolección de residuos de ferias libres en la comuna de Conchalí”, a una empresa que, a juicio de otros oferentes no cumplía con todos los requerimientos de las bases, dejando constancia de esta circunstancia los demás oferentes en el acta de apertura electrónica de las ofertas. Sin embargo, la entidad licitante, con fecha 13 de abril de 2012, resolvió declarar dentro del procedimiento licitatorio la oferta de Transfich Ltda. Ante esta resolución, con fecha 19 de abril del mismo año, uno de los oferentes presentó un reclamo por medio de la plataforma “mercadopublico.cl”.

El mismo particular, con fecha 8 de mayo de 2011, interpuso acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación, entendiéndose como desistido tácitamente del reclamo administrativo que a esa fecha se encontraba pendiente de resolución, por lo que el Tribunal estimó que “es posible concluir que la demanda de autos cumple con uno de los requisitos de admisibilidad establecido en el inciso cuarto del artículo 24 de la LBCASyPS, como es la oportunidad en su presentación”<sup>248</sup>. Por esta razón rechazó la excepción de extemporaneidad de la demanda alegada por la entidad licitante, puesto que el reclamo, de acuerdo al Tribunal, suspende el plazo y este aún no ha sido resuelto por la entidad licitante.

---

<sup>247</sup>TCP Rol 129-2011, 26 de agosto 2011.

<sup>248</sup> TCP Rol 74-2012, 19 de junio de 2012.

Parece curioso, por decirlo de alguna forma, que el Tribunal otorgue calificación jurídica de recurso a los reclamos del portal mercadopublico.cl en consideración de que no existe norma legal ni reglamentaria que los establezca, ni obligue a las entidades licitantes a dar tramitación a estos requerimientos ni menos aún que las habilite para invalidar actuaciones en virtud de estos reclamos.

El Tribunal fundamenta ambas resoluciones en el artículo 54 inciso 2° de la LBPA, el que establece que "Planteada la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo".

El Tribunal de Contratación le ha dado al reclamo de mercadopublico.cl un tratamiento jurídico idéntico al de un recurso administrativo, pues ha dado por hecho que este denominado reclamo es una voz equivalente a la de reclamación, término sinónimo a la institución del recurso administrativo en la doctrina. Esta magistratura no entra en el análisis de la naturaleza jurídica del reclamo en comento, sino que simplemente asume que se trata de uno de ellos, obviando si existe una norma jurídica que le otorgue el mérito para considerarlo como tal y lo consagre como una alternativa válida de impugnación administrativa.

Por el contrario, si interpretamos los pronunciamientos del Tribunal en otro sentido, y pensamos que éste reconoce que en la especie no se trataría de un recurso administrativo, se concluye que para esta magistratura cualquier petición a la Administración tendría el mérito de interrumpir el plazo para interponer acciones jurisdiccionales, lo que acusa un mal entendimiento del artículo 54 LBPA, pues pese a que utiliza el vocablo "reclamaciones" resulta obvio que con ello refiere a recursos administrativos y no a una simple presentación por parte de un administrado y así se extrae de la historia fidedigna de la ley.

Desde que el Senador SILVA CIMMA, por medio del Boletín N°2594-06 con fecha de 2 de abril de 2001, que transformó el proyecto de ley primitivo sobre plazos y silencio administrativo en un proyecto de la actual LBPA, recurso administrativo y reclamación se entienden como sinónimos. Lo demuestra el hecho de que en el párrafo 6° del proyecto que se titula como "Recursos administrativos", en su artículo 47 que establecía el agotamiento previo de la vía administrativa, se refiere a los recursos administrativos como reclamaciones, mismo tratamiento que se le dio en su artículo 48, norma originaria del actual artículo 54<sup>249</sup>.

Puede pensarse en la validez de este razonamiento estándose al tenor literal de la norma; sin embargo, pierde toda lógica si se considera que al interpretar el artículo 54 de esta manera, se le da un tratamiento más beneficioso a un mecanismo de impugnación que no tiene siquiera fundamento reglamentario expreso, que a un recurso administrativo y por otra parte, desnaturaliza la expresión "reclamación", la que tanto en la doctrina y la legislación tradicionalmente ha correspondido a un sinónimo del concepto de recurso administrativo.

En efecto, el Tribunal de Contratación Pública iguala un mecanismo de impugnación extrajurídico a un recurso administrativo, dándole la prerrogativa a estos reclamos de interrumpir el plazo de interposición de la acción de impugnación ante el mencionado tribunal haciendo extensiva la interpretación del artículo 54 de la LBPA. Lo criticable apunta a que un mecanismo de impugnación sin fundamento jurídico alguno corre con ventaja frente a mecanismos de impugnación establecidos por el legislador. Mientras que un recurso administrativo de reposición debe ser interpuesto en el plazo fatal de 5 días hábiles, el reclamo del sitio web [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) no tiene plazo alguno

---

<sup>249</sup> Historia de la Ley 19.880. Primer Trámite Constitucional: Senado. Boletín de Indicaciones, pp. 49-52.

para ser interpuesto, pudiendo ser presentado después de este plazo legal de 5 días, lo que le da una notoria ventaja sobre los recursos administrativos.

Es cierto que el plazo de dos días, que tiene en principio el jefe de servicio de la entidad licitante requerida por estos reclamos, no es fatal y podría demorar un tiempo indeterminado en responder el requerimiento en cuestión, pero también cierto es que tendrá el mismo beneficio que la interposición de un recurso administrativo, de acuerdo a la doctrina del Tribunal, el cual será interrumpir el plazo para presentar la acción de impugnación jurisdiccional, plazo que estará suspendido mientras el reclamo esté pendiente de resolución.

Lo discutible de lo expuesto, más allá de los cuestionamientos de la legalidad de estos reclamos, apunta hacia el riesgo que ocasiona a un principio tan importante como lo es la seguridad jurídica. Que los recursos e instrumentos de revisión de actos administrativos estén sujetos a plazos en cuanto a su presentación, tramitación y resolución atiende en un primer momento a la garantía de celeridad para la ciudadanía que el legislador otorga en los procedimientos administrativos, pero, en materia de contratación pública, en que el interés patrimonial de más de un particular está envuelto, cobra especial relevancia la seguridad jurídica. En un procedimiento licitatorio en que ya se ha adjudicado el contrato de suministro o prestación de servicios, no es baladí que la resolución que adjudique el contrato siga siendo susceptible de impugnación más allá del tiempo razonable.

En estos casos, para suspender el plazo de interposición de la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, el particular que presente un reclamo por medio del sitio [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl), tendrá 5 días más después del plazo establecido para presentar recurso de reposición o jerárquico ante la entidad licitante (considerando que el plazo de la acción de impugnación ante esta magistratura es de 10 días) y de acuerdo a la doctrina aplicada por el Tribunal interrumpirá de igual forma el plazo para recurrir a él, plazo que podría estar suspendido indefinidamente si el reclamo está pendiente de resolución, lo

que sin duda atenta contra la seguridad jurídica e irá directamente en desmedro del adjudicatario de una licitación.

Por otra parte, el artículo 54 de la LBPA, que establece la interrupción del plazo para la acción jurisdiccional, utiliza la voz “reclamación” para referirse a recursos administrativos, misma denominación que la doctrina ha utilizado desde antiguo para referirse a estos mecanismos de impugnación como término sinónimo. En efecto, si recurrimos a la historia de la LBPA, encontraremos que durante toda la tramitación legislativa del proyecto en cuanto refiere a este precepto, los Honorables se refieren de manera indistinta a esta figura como recurso administrativo o reclamación. Por lo que la interpretación que hace el Tribunal de Contratación Pública se aparta del sentido fidedigno de la voz “reclamación” que utiliza el legislador para referirse a recurso administrativo, siendo en consecuencia impropio que esta magistratura haga extensivo el concepto a los reclamos de la plataforma mercadopublico.cl, los cuales como ya hemos mencionado no corresponden a recursos administrativos propiamente tales.

La postura que ha tomado el Tribunal podemos entenderla como una posición pro administrado, una protección a los particulares que podría justificarse en el escenario de desconocimiento por parte de estos, de los mecanismos de impugnación de actos administrativos establecidos en la ley. Sin embargo, no se entiende ni justifica esta protección si consideramos que los particulares que participan de procedimientos licitatorios están inscritos en un registro de proveedores y participan de modo habitual en este tipo de concursos públicos.

Se encuentre o no una justificación práctica a esta doctrina del Tribunal de Contratación, no se puede olvidar que estamos hablando de un tribunal de derecho y, en nuestra opinión, la interrupción del plazo para la interposición de la acción jurisdiccional, por lo menos en términos jurídicos, no es procedente en

este caso, toda vez que el artículo 54 LBPA se refiere sólo a recursos administrativos.

#### **4.12. Dos explicaciones razonables para definir la naturaleza jurídica del reclamo de mercadopublico.cl: Un mecanismo de consulta y una denuncia administrativa**

A modo de encontrar una respuesta a la naturaleza jurídica de este "reclamo", bajo el alero del derecho y el ordenamiento jurídico chileno, queremos proponer dos interpretaciones jurídicas que a nuestro juicio podrían explicar de manera razonable este cuestionamiento, la primera como un mecanismo de consultas proporcionado por la Dirección de Compras y Contratación Pública y la segunda como una denuncia administrativa.

##### **4.12.1. Un mecanismo de consulta en base al artículo 41 RLBCASyPS**

El artículo 41 en su inciso cuarto, junto con establecer especificaciones que debe contener el acto adjudicatorio, ordena a las entidades licitantes que publiquen la mayor cantidad de información respecto del proceso de evaluación e "Igualmente, deberán indicar el mecanismo para resolución de consultas respecto de la adjudicación".

La disposición citada dispone, en consecuencia, que el acto de adjudicación como acto fundado debe especificar los criterios de evaluación establecidos en las bases que permitieron obtener la calificación que da como ganador del procedimiento de compra al adjudicatario, así como toda información pertinente que haya sido considerada por la comisión evaluadora, como actas de evaluación y cuadros comparativos y finalmente, indicar el medio por el cual los participantes podrán hacer consultas respecto del resultado de la licitación. ¿Podría interpretarse que este mecanismo de consultas es la habilitación reglamentaria para que la Dirección de Compras y Contratación Pública cree esta vía impugnativa?

El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, define la palabra consulta en su primera acepción como la acción y efecto de consultar, y



consultar en su tercera acepción, que es la que viene al caso como "pedir parecer, dictamen o consejo". Por su parte, define reclamar como "Pedir o exigir con derecho o con instancia algo", y da como ejemplo "Reclamar el precio de un trabajo". Así podemos concluir que una consulta y un reclamo no son términos sinónimos. En una consulta se estará solicitando una opinión, un parecer, una explicación. Por el contrario al reclamar se estará pidiendo o exigiendo algo al destinatario del reclamo.

Parece ser una interpretación demasiado extensiva, por no decir artificiosa, extraer la creación de un mecanismo de revisión de la última parte de un artículo que refiere simplemente a las indicaciones que debe contener el acto de adjudicación. Ante esta norma no es posible hacer otra interpretación que la del artículo 19 del Código Civil, es decir, "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". En consecuencia, si el artículo 41 RLBCASyPS establece que entidad licitante deberá indicar un mecanismo de resolución de consultas respecto de la adjudicación, lo que manda la potestad reglamentaria, no es más que eso. No se estableció una nueva forma de impugnar los actos administrativos, sino que a lo más un mecanismo de consulta.

De acuerdo a esta norma, las entidades licitantes deben indicar un mecanismo de resolución de consultas sobre la adjudicación del procedimiento de contratación. Lamentablemente, en la práctica esta indicación ha sido abiertamente incumplida. Si buscamos en el sistema de información, [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl), los procedimientos que ya han sido adjudicados y revisamos las resoluciones de adjudicación, veremos que ningún órgano (por lo menos de los cientos que aleatoriamente se revisaron para llegar a esta conclusión) cumple con esta indicación. Por lo que es posible que la Dirección de Compras y Contratación Pública, como observadora de los procedimientos de contratación pública, tuvo conciencia de este reiterado incumplimiento y, en consideración a la carencia de oportunidad de los proveedores de comunicar

sus dudas y disconformidades concluidas las licitaciones, decidió implementar este sistema de consultas centralizado, en el que la misma Dirección redirige las consultas a las entidades licitantes y las monitorea por medio de sus ejecutivos para que sean respondidas. Que haya denominado este mecanismo de consultas como reclamo, obedecería a un error, pero lo que realmente pareciera ser es una simple vía consultiva.

Al ser una vía de consulta, se explica muy bien el hecho de que no exista un plazo para su interposición, pues en cualquier tiempo y sin mediar inconveniente la entidad licitante puede explicar a los proveedores que no han sido adjudicados, las razones de por qué ellos no lo han sido, o responder dudas sobre algún aspecto en particular del procedimiento. Que sea una consulta también explica el plazo tan acotado de resolución, que es de dos días, pues lo que se resuelve es simplemente una consulta, y no se está iniciando un procedimiento impugnatorio como sucede ante un recurso administrativo, en el que naturalmente demorará varios días en consideración a los antecedentes que deberán analizarse. Y, por último también, explica el hecho de que la consulta proceda por el no pago del contrato por parte de la Administración, cosa que no podría impugnarse por una reclamación administrativa.

Por lo anterior, estimamos que lo que ha establecido la Dirección de Compras no es un recurso administrativo, ni un equivalente a la reposición en los términos del artículo 59 LBPA, ni una reclamación al margen de la ley y el reglamento, sino que simplemente un mecanismo de consulta en favor de los proveedores, centralizando los reclamos en un mismo sitio, redirigiendo a las entidades licitantes y monitoreando su respuesta. Sin duda una buena iniciativa. Con todo, la Dirección de Compras no está libre de pecado, puesto que al denominarlo "reclamo" trajo tamañas consecuencias interpretativas, llegando a reconocerle a estas consultas el mérito de interrumpir el plazo para interponer la

acción jurisdiccional, como si fuera un recurso administrativo establecido por el legislador.

#### **4.12.2. Una denuncia administrativa**

La segunda alternativa que proponemos para explicar la naturaleza jurídica del reclamo de `mercadopublico.cl`, es como una denuncia administrativa, para lo cual no es necesario acudir a la normativa especial que regula los procedimientos de contratación para la adquisición de suministros y prestación de servicios, sino que basta remitirnos a la normativa que regula los procedimientos administrativos en general, es decir, la LBPA y en concreto a su artículo 29. Dicho precepto, que refiere a la iniciación del procedimiento de oficio, establece que los procedimientos administrativos podrán iniciarse por iniciativa propia, como consecuencia de una orden superior, a petición de otros órganos o por denuncia.

La denuncia administrativa como forma de iniciación de oficio de los procedimientos administrativos, es definida por GONZÁLEZ PÉREZ como "un acto del particular por el que se ponen en conocimiento del órgano administrativo hechos que determinarán la incoación de un procedimiento administrativo"<sup>250</sup>. Se considera una forma de iniciación de oficio del procedimiento administrativo por el hecho de que el particular no hace una solicitud formal para incoarlo, en su lugar, se limita a constatar ciertos hechos que por su relevancia jurídica podrían dar lugar a la tramitación de un procedimiento administrativo, el que no será promovido por el particular denunciante, sino que por la autoridad administrativa destinataria de la denuncia.

En el caso del reclamo de `mercadopublico.cl`, la intervención del particular interesado no constituye la presentación de un recurso administrativo, dado que carece de consagración normativa y por tanto, la entidad licitante no está sujeta a sanciones si no responde dentro del plazo o, incluso, si no

---

<sup>250</sup> GONZÁLEZ PÉREZ. op. cit. (1), p. 292.

responde. De modo, que sin mediar obligatoriedad para su resolución, de optar la entidad licitante por volver sobre el o los actos reclamados, estará actuando de oficio en el ejercicio de su potestad revocatoria o invalidatoria, según sea el caso. Como se observa, la institución que más se asemeja al reclamo en comento es la denuncia administrativa. En el reclamo, tal como en la denuncia, el particular pondrá en conocimiento de la entidad licitante una irregularidad con ocasión del procedimiento de compra y será la misma autoridad quien tendrá que determinar, de acuerdo al mérito de los hechos, si inicia o no un procedimiento administrativo de revisión.

La entidad licitante, del mismo modo que en la denuncia, no está obligada a tramitar un procedimiento de impugnación como si la presentación del particular fuera una reclamación administrativa, sino que puede de forma previa, indagar en los hechos y en la presunta irregularidad para finalmente decidir si es necesario volver sobre dichos actos supuestamente viciados. Como observa el profesor MORAGA, a propósito de la denuncia, el inciso final del artículo 29 LBPA "concede al organismo llamado a sustanciar el procedimiento administrativo de rigor, la atribución de analizar la admisibilidad de la denuncia, abriendo un periodo de información con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de dar curso al procedimiento, según si de dicha investigación resultan indicios racionales y suficientes sobre la veracidad de lo denunciado"<sup>251</sup>.

Que el reclamo de mercadopublico.cl sea realmente una denuncia en lugar de una vía recursiva, explica que dicho mecanismo no tenga una consagración legal o reglamentaria en la LBCASyPS o su reglamento, puesto que su establecimiento está en la LBPA, norma que de acuerdo a su artículo 1°, tiene aplicación supletoria en otras leyes que establecen procedimientos administrativos especiales.

---

<sup>251</sup> MORAGA. op. cit. (2), p. 210.

A su vez, que el reclamo en comento sea una denuncia y no un recurso, explica los acotados tiempos que ha dispuesto la Dirección de Compras y Contratación Pública para que ellos sean resueltos. Un plazo de dos días parece tiempo razonable para que la entidad licitante destinataria de la denuncia pueda analizar su admisibilidad y, de estimar que efectivamente se ha incurrido en una ilegalidad o arbitrariedad, puede iniciar un procedimiento administrativo de revisión para dictar un acto de contraimperio.

Por último, que sea una denuncia y no un recurso administrativo, explica que este reclamo proceda contra incumplimientos contractuales de la entidad licitante como no pagar el precio de los bienes o servicios adquiridos, puesto que a través de este mecanismo, podría junto con reclamar el pago del contrato, iniciar un procedimiento administrativo disciplinario contra los funcionarios del servicio público si mediara su responsabilidad.

#### **4.13. Conclusiones en cuanto al reclamo de mercadopublico.cl**

Los reclamos del portal mercadopublico.cl, plataforma electrónica administrada por la Dirección de Compras y Contratación Pública, han sido entendidos como una herramienta de impugnación de los actos administrativos que componen el procedimiento licitatorio y de eventuales incumplimientos contractuales referidos al pago por parte de la entidad licitante. Su discutible naturaleza jurídica difícilmente podría asimilarse a un recurso administrativo en los términos de los medios de revisión contemplados en la LBPA, por carecer de toda regulación legal o reglamentaria. Tampoco podría pensarse en ellos como recursos administrativos no reglados, toda vez que no podríamos extraer su existencia de manera implícita de ninguna norma jurídica ya sea de carácter legal o de menor jerarquía, además del hecho que en nuestro ordenamiento jurídico no es posible sostener la existencia de este tipo de recursos.

Por lo anterior, tampoco podríamos asimilarlo por completo a un recurso de reposición, pues aunque para más de algún operador del sistema jurídico sería la forma más armónica de entender este reclamo dentro de la legalidad;

sin embargo, sea por su plazo de interposición, que es indeterminado y su procedencia para atacar incumplimientos contractuales vía administrativa, no resulta ser equiparable a un recurso de reposición en los términos del artículo 59 LBPA.

El Tribunal de Contratación Pública, sin referirse con mayor detenimiento a su naturaleza jurídica, entiende que la interposición de reclamos en el sitio mercadopublico.cl tiene el efecto de interrumpir el plazo para presentar la acción de impugnación jurisdiccional ante dicha magistratura, fundamentando dicho efecto en el artículo 54 de la LBPA.

Por nuestra parte creemos que este instituto no corresponde a una reclamación administrativa, pese a que se haya denominado "reclamo", sino más bien podría configurarse como un mecanismo de consulta o como una denuncia administrativa. Puede considerarse un mecanismo de consulta que la Dirección de Compras y Contratación Pública creó para facilitar a los proveedores una vía de comunicación con las entidades licitantes para que puedan resolver de forma expedita sus dudas sobre eventuales irregularidades en el procedimiento licitatorio y en el cumplimiento del contrato por parte de la entidad licitante, facilitando a las mismas el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 RLBCASyPS. Y también puede pensarse como una denuncia administrativa en los términos del artículo 29 LBPA, puesto que al invalidar o revocar un acto del procedimiento de contratación a petición de uno de estos reclamos, la entidad licitante estará actuando de oficio, puesto que en virtud de estas presentaciones, no tiene habilitación legal para darle tramitación de recursos administrativos.

Más allá de las críticas y razonamientos que podamos hacer respecto a estos reclamos, en cuanto a su legitimidad y naturaleza jurídica, debemos tener presente que la doctrina adoptada por el Tribunal, en definitiva, convierte a este tipo de reclamos en una real alternativa a las demás opciones que disponen los

particulares para requerir la impugnación de actos en el procedimiento licitatorio.

En principio, podría parecer inútil en el sentido de que la entidad licitante requerida por el reclamo no tiene obligación de contestarlo ni está sujeta a ningún tipo de sanción, ni plazos fatales para hacerlo, pero aparecen como un mecanismo de revisión bastante útil para efectos de no perder la acción jurisdiccional que contempla el artículo 24 de la LBCASyPS. En términos prácticos, una vez notificado un acto del procedimiento de la entidad licitante, el particular que se vea afectado en sus derechos y no presente un recurso de reposición o jerárquico en los 5 días siguientes, podrá interrumpir igualmente el plazo de 10 días para interponer la acción de impugnación jurisdiccional, con un reclamo a través del sitio [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) en los 5 días restantes. De todos modos, a nuestros ojos, el Tribunal de Contratación Pública sigue sosteniendo una interpretación errada acerca de la naturaleza jurídica del reclamo en comento, así como también del artículo 54 LBPA.

## **CAPÍTULO IV. LA REVISIÓN VÍA ADMINISTRATIVA DE LOS ACTOS EN PARTICULAR QUE CONFORMAN LOS PROCEDIMIENTOS LICITATORIOS DE LA LEY N° 19.886**

### **1. La revisión de la licitación pública: ¿Revisión del contrato, de procedimientos o de actos?**

La naturaleza jurídica de la licitación pública corresponde a la de un procedimiento administrativo, siendo en términos simples un conjunto de actos trámite que devienen en un acto terminal que decide acerca de quién será el contratante particular de la Administración. Teniendo claro lo anterior, cabe preguntarse qué es lo susceptible de ser revisado en una licitación pública, si el procedimiento en su totalidad o pueden revisarse de manera particular los actos que la componen.

La doctrina administrativista presenta dos respuestas a esta interrogante, las que se han dado en distintos momentos a partir de la jurisprudencia francesa. La primera de estas respuestas se basa en la llamada "teoría de la incorporación", según la cual los actos administrativos que son dictados en procedimientos de contratación no pueden ser revisados de manera autónoma puesto que se entienden incorporados al contrato administrativo formando un todo indivisible. Así, en Francia, se invocó esta teoría para sostener la inadmisibilidad del recurso por exceso de poder, acción que sólo es posible entablar contra actos administrativos y no en contra de contratos<sup>252</sup>.

---

<sup>252</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. "El Contrato Administrativo" (2). Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 166.



En oposición a esta doctrina, que fue dominante hasta comienzos del siglo XX, el Consejo de Estado Francés elaboró la llamada "teoría del acto separable", que es aceptada por la unanimidad de los autores en la actualidad. De acuerdo a CASSAGNE, esta doctrina consiste en que "los diferentes actos unilaterales que dicta la Administración hasta la adjudicación o perfeccionamiento del contrato son susceptibles de ser aislados e impugnarse, en forma separada"<sup>253</sup>. Como se observa, la doctrina de los actos separables permite que se pueda revisar de oficio o vía impugnación los actos que componen los procedimientos de contratación de manera particular, aspecto que reviste la mayor importancia, puesto que dependerá de aquél la amplitud de la tutela de los derechos del administrado.

Pues, de seguirse la primera de las teorías, es decir, restringir la revisión del procedimiento de contratación a la impugnación del contrato mismo, de invalidarse el contrato, se invalidaría el procedimiento por completo. Como observa DROMI, en tal caso "sólo será impugnable el contrato y no sus actos preparatorios, preliminares, componentes e integrativos; por tanto, sólo las partes contratantes, o sea el ente público licitante y el adjudicatario (no los demás oferentes), estarán legitimados sustancial y procesalmente para impugnarlo"<sup>254</sup>. Y, por otro lado, siendo peor aún, la vía administrativa de revisión podría estar proscrita de hecho en buena parte de los casos. Pues si bien la Administración detenta potestades exorbitantes al contratar, como la de terminación unilateral del contrato, tal posibilidad debería estar contemplada en las bases de la licitación y el contrato y, en esa hipótesis, estar establecida la causal de terminación que consista en arbitrariedades o ilegalidades con ocasión del procedimiento administrativo de contratación.

---

<sup>253</sup> *Ibíd.*, p. 167.

<sup>254</sup> DROMI. *op. cit.* (1), p. 129.

## **2. La impugnabilidad de los actos que conforman el procedimiento administrativo licitatorio**

Los procedimientos administrativos, como el cauce formal que la Administración utiliza para crear y finalmente manifestar su voluntad a través de un acto administrativo resolución, se conforman por una seguidilla de actos trámites los que podrán ser más o menos complejos y pueden manifestarse de forma escriturada o verbal según sea el caso, pues como trámites son entendidos como simple presupuesto de la decisión en que se concreta la función administrativa<sup>255</sup>. Como hemos expuesto anteriormente, la importancia de esta distinción entre actos trámite y actos resolución o terminales, radica en la posibilidad de impugnarlos, pues si bien el artículo 15 LBPA establece como principio que todos los actos administrativos son impugnables, restringe la impugnabilidad de los actos trámite sólo a los casos que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión.

Esta lógica de un procedimiento conformado por actos trámite que tienen por finalidad conducir a la Administración a un resultado que es el acto administrativo propiamente tal o resolución ¿Puede aplicarse a la licitación pública como un procedimiento administrativo? Creemos que no por dos razones. Primero, si entendiéramos la licitación pública como un procedimiento administrativo "simple" constituido por un conjunto de actos trámite que resultan en un acto terminal, deberíamos admitir que pluralidad de actos que conforman la licitación son simples trámites siendo la adjudicación el acto terminal, lo que tendría como consecuencia jurídica la inimpugnabilidad de actos como la publicación de las bases, el llamado a licitación, la recepción y apertura de oferta o las actas de evaluación, siendo sólo impugnable el acto de adjudicación. Por otro lado, si atendemos a la estructura de estos actos previos a la adjudicación, difícilmente podríamos considerarlos como meros trámites.

---

<sup>255</sup> GONZÁLEZ PÉREZ. op. cit. (1), p. 200.

En efecto, cada acto que conforma la licitación pública podría considerarse como un verdadero procedimiento administrativo, pues si ponemos como ejemplo el acta de evaluación de las ofertas, podríamos distinguir en su elaboración una serie de actos trámite, como podrían ser la designación de una comisión evaluadora, la emisión de informes de expertos asesores, la elaboración de pautas de calificación, actas de visitas a terreno, de exposiciones o muestras para efectos de la evaluación, actas de deliberación de la comisión evaluadora si las hubiere, etc.. Por tanto, bien podríamos distinguir en un procedimiento licitatorio varios sub procedimientos, cuyos actos terminales componen lo que entendemos por licitación pública.

Teniendo presente lo anterior parece un verdadero absurdo cuestionar la impugnabilidad de los actos que conforman el procedimiento licitatorio, puesto que en nuestra opinión no es un procedimiento administrativo vulgar, sino que más bien complejo, constituido por una serie de actos resoluciones o terminales, comunicados entre sí que reúnen las condiciones requeridas por la ley para ser impugnados en los términos del artículo 15 LBPA<sup>256</sup>. Resta decir, que aún de considerarse todos ellos actos trámite, su impugnabilidad es de todas formas procedente, ya que si se despoja del derecho a impugnar a uno de los licitantes, podrían dejarse sus intereses en indefensión, de modo que podemos concluir que todos los actos que integran la licitación pública, independiente de la naturaleza que se les asigne, son en principio revisables e impugnables.

---

<sup>256</sup> Podríamos clasificar la licitación pública, según el modelo propuesto por Jesús GONZÁLEZ PÉREZ que distingue entre procedimiento formalizados o no formalizados; y procedimientos independientes y conexos (que a su vez distingue entre complejos e interdependientes), como un procedimiento administrativo formalizado por cuanto sus bases han sido establecidas por el legislador y su regulación específica por medio de reglamento y como un procedimiento conexo de carácter complejo al conformarse por varios actos (o procedimientos interdependientes) administrativos.

### **3. La revisión vía administrativa en particular de los actos que conforman el procedimiento licitatorio**

Fuera de toda duda la impugnabilidad de los actos administrativos que conforman el procedimiento licitatorio, analizaremos uno a uno dichos actos, examinando de manera casuística los vicios que podrían ser causales de revisión vía administrativa, sea por medio de recursos administrativos por los interesados o de oficio por la entidad licitante.

#### **3.1. La revisión del acto que aprueba las bases y el llamado a licitación**

El acto que aprueba las bases, el texto mismo de las bases y el llamado a licitación, son los primeros actos susceptibles de ser impugnados<sup>257</sup>, dada su publicidad y la posibilidad real de afectar los derechos de un proveedor. Como se ha expuesto en materia de adquisición de bienes muebles y servicios, realiza su llamado a los particulares que estén interesados en contratar con ella, mediante el sistema de información de la Dirección de Compras y Contratación Pública ([www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl)), publicando además las bases del procedimiento licitatorio, las que serán el marco jurídico que regirá la licitación y el contrato mismo, vinculando la actuación de todos los participantes del concurso e, incluso, de la misma entidad licitante.

Que en esta etapa del procedimiento aún no existan oferentes, no es óbice para que pueda impugnarse los actos de la Administración o ella vuelva sobre sus actos modificándolos o dejándolos sin efecto, pues el llamado debe realizarse en la forma que la normativa indica y las bases deben cumplir con lo establecido en la ley y su reglamento, así como con los principios que deben

---

<sup>257</sup> Debemos precisar que si bien es el primer acto que comúnmente es susceptible de impugnarse por parte de interesados, no necesariamente debe ser la primera instancia en la puedan darse irregularidades. Como señala José Roberto DROMI, pueden existir vicios anteriores a la convocatoria, como la falta de habilitación presupuestaria y la falta de autorización para contratar. DROMI. op. cit. (1), pp. 469 y ss. Sin embargo, difícilmente estos vicios serán revisados por la Administración activa en este estado de procedimiento, y en el caso que la aprobación de las bases por la cuantía del contrato esté exenta de toma de razón por Contraloría General de la República, estos vicios no serían sometidos a un control preventivo, muestra de un déficit del sistema de control administrativo chileno.

informar todo procedimiento administrativo y licitatorio, de modo que cualquier infracción a las normas y principios que la rigen pueden devenir en un perjuicio a los derechos o intereses de particulares que quieran contratar con la Administración.

### **3.1.1. Causales de revisión.**

Como adelantamos, las estipulaciones contenidas en las bases de la licitación deben someterse a las normas legales y reglamentarias que la regulan. Así en primer lugar deberán guardar respeto por las normas de la Constitución, luego de la LOCBGAE, de la LBCASyPS y su respectivo reglamento y por último de la LBPA, que rige supletoriamente

También, deben las bases sujeción a los principios que informan toda licitación pública, es decir, la libre concurrencia de oferentes y la igualdad de trato a los oferentes. Cualquier infracción a estos principios y a las normas que regulan el establecimiento y elaboración de las bases será causal de revisión ellas.

Algunas de las causales que podrían ser invocadas para solicitar la revisión del acto que aprueba las bases, las mismas bases y el llamado a licitación son:

#### **a) Vulneración del principio de libre concurrencia de los oferentes:**

Como principio fundamental de la licitación pública, las bases no pueden establecer cláusulas que impidan el libre acceso de los particulares al procedimiento licitatorio, pudiendo impugnarse vía administrativa por los interesados y debiendo la misma entidad licitante dejarlas sin efecto o modificarlas, de darse en cuenta de la ilegalidad o arbitrariedad cometida.

Casos en que se configuran infracciones a este principio, son aquellas bases que establecen la exigencia de una marca específica para un suministro<sup>258</sup>; aquellas que establecen inhabilidades no contempladas en la

---

<sup>258</sup> El Tribunal de Contratación Pública al conocer de una acción de impugnación estimó como un acto ilegal la conducta de la entidad licitante de exigir una marca determinada de un

ley<sup>259</sup> como no tener obligaciones pendientes con la entidad licitante; aquellas que exijan empresas de un giro determinado.

**b) Vulneración a la publicidad del procedimiento licitatorio o publicidad deficiente:**

El principio de la libre concurrencia de los oferentes no se acaba en el libre acceso que tienen los particulares a participar en los procedimientos de contratación, sino que también se materializa, en conjunto con el principio de transparencia, en la obligación que tienen los órganos de la Administración sometidos a la LBCASyPS de realizar sus procedimientos de compras por medio del sistema de información de la Dirección de Compras y hacer públicos por dicho medio todos los antecedentes respectivos. Podría impugnarse el llamado a licitación por no realizarse de esta manera<sup>260</sup>.

---

suministro, lo que contraviene el principio de libre concurrencia de los oferentes e igualdad entre los mismos, por el hecho de marginar en los hechos a los proveedores que no trabajan con la marca solicitada. Así el Tribunal dijo. "Que, además, como consecuencia de lo establecido precedentemente, la autoridad de la entidad licitante demandada, al exigir en las Bases la entrega y descripción de los productos de una marca determinada, sin indicar la frase "o equivalente", incurrió también en arbitrariedad, puesto que la decisión de aprobar las Bases impugnadas con tal omisión, refleja una voluntad carente de todo razonamiento, ya que al ser aprobada por la autoridad en esas condiciones desconoció lo establecido por la normativa legal y reglamentaria vigente sobre la materia, en el sentido de no hacer referencia a ninguna marca específica y que en caso de hacerlo, agregar la expresión "o equivalente", transgrediendo con ello el principio de igualdad de los concurrentes establecido por la ley". TCP Rol 19-2009, Sentencia 19 de Mayo de 2009.

<sup>259</sup> Contraloría General de la República ha dictaminado en este sentido de la siguiente forma: "(...) no es posible que las entidades licitantes establezcan inhabilidades no prescritas en la Ley N° 19.886, ya que las únicas contempladas para contratar con el Estado se consagran en el artículo 4° de ese texto legal, precepto que dada su naturaleza excepcional debe aplicarse en forma estricta, sin perjuicio, por cierto, de la existencia de otras inhabilidades que pueda establecer una norma jurídica de rango legal". Dictamen N° 26.212 de 2009, en el mismo sentido Dictámenes N° 41.106 de 2007, 19.534 de 2008, 67.130 de 2010.

<sup>260</sup> En sede jurisdiccional se ha estimado que incurre en ilegalidad la entidad licitante que realiza llamado a licitación por otro medio que no sea el Sistema de Información de la Dirección de Compras: "Que, en conformidad con las normas legales expuestas en los considerandos precedentes, es posible concluir que la demandada al efectuar el llamado de licitación, a través de una publicación en el Diario La Tercera; incurrió en una manifiesta ilegalidad, al contravenir, en la forma que ha quedado expresada, el artículo 66 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades y el artículo 20 de la Ley N°19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios". TCP Rol 166-2009, Sentencia 10 de junio de 2010.

**c) Infracción a las normas que regulan el contenido de las bases:**

De acuerdo al artículo 22 del RLBCASyPS las bases deben tener un contenido mínimo, de no cumplir la entidad licitante con esta exigencia en la elaboración de ellas, su publicación será susceptible de revisión<sup>261</sup>.

**d) Infracción a las normas que regulan el llamado a licitación:**

Por su parte, el llamado a licitación también debe cumplir con ciertos requisitos establecidos en el artículo 24 del RLBCASyPS, cuyo incumplimiento es merecedor de sanción.

**e) Omisión de la propuesta pública en casos que la ley la establezca su obligatoriedad:**

La LBCASyPS hace obligatoria la licitación pública en la adquisición de bienes muebles y servicios que superen el monto de 1000 UTM, según dispone su artículo 5°, de forma que todos aquellos procedimientos de contratación de suministro y prestación de servicios que superen este monto y se realicen por licitación privada o trato directo, sin cumplir los requisitos que la ley exige para su procedencia, podrán ser impugnados<sup>262</sup>.

---

<sup>261</sup> Contraloría General de la República ha dictaminado a este respecto que: "(...) se debe reparar el artículo 9° en relación con el artículo 27 del aludido pliego de condiciones, que contiene el cronograma del referido proceso licitatorio, puesto que no incluye referencia alguna al plazo para realizar la adjudicación, lo que, de acuerdo al Dictamen N° 34.982 de 2008, de este órgano de Control, no se ajusta a lo contemplado en el artículo 22, N° 3, del Decreto N° 250 de 2004, del Ministerio de Hacienda, que contiene el reglamento de la Ley N° 19.886". Dictamen N° 58.743 de 2008.

<sup>262</sup> En esta materia Contraloría General de la República ha dictaminado de la siguiente forma: "No procede en el "Informe de Propuestas", citado en los vistos de la resolución del epígrafe, se haya establecido que las partidas contenidas en el numeral I del anexo 2 de dicho documento se ejecutarán por compra o trato directo, dado que por el monto de los rubros allí contenidos - todos superiores a 1.000 UTM- corresponde su contratación a través de propuesta pública, en conformidad al artículo 5° de Ley N° 19.886 (...). Al respecto cumple hacer presente que, en atención a lo concluido en dichos informes jurídicos, esa Universidad deberá, en lo pertinente, ajustar sus procedimientos de contratación a las disposiciones de Ley N° 19.886, y suministrar la información a que aluden los artículos 18 y siguientes en el sistema electrónico que establece dicho texto legal". Dictamen N° 46.288 de 2005, en el mismo sentido Dictámenes N°s 47.500 y 59.566 de 2004 y 24.152 de 2005.

**f) Que el acto que aprueba las bases no sea dictado por la autoridad competente o con infracción del procedimiento establecido:**

Podría reclamarse a la Administración en aquellos casos que el acto en cuestión no sea dictado por la autoridad correspondiente que esté a cargo del servicio público que licita, sea dictado por el jefe de servicio de otra entidad pública o la emisión de dicho acto no se ajusta con las normas que regulan los procedimientos administrativos.

**g) Omisión de estudios de suficiencia económica, moral y técnica para establecer exigencias a los oferentes:**

Puede darse la hipótesis que en un procedimiento licitatorio se solicite a interesados con una cualificación técnica, moral o económica, demasiado alta o que haga imposible la participación en el concurso de cualquier empresa del rubro, pudiendo deberse dicha desproporción a falta de estudios por parte de la entidad licitante, caso en el que una persona natural o jurídica con un interés actualmente comprometido podría realizar la reclamación pertinente al servicio público.

**3.1.2. Mecanismos de impugnación administrativa.**

El acto que aprueba las bases, el texto de las base y el llamado podrán impugnarse por los recursos administrativos de reposición y jerárquico, los cuales de acuerdo al artículo 59 de la LBPA, deben interponerse en el plazo de 5 días desde su notificación. Junto con el recurso de reposición podrá presentarse de manera subsidiaria el recurso jerárquico.

En materia de contratos de suministro y prestación de servicio, las notificaciones según lo dispuesto en el artículo 6° de su reglamento, se entenderán realizadas luego de las 24 horas desde que la Entidad publique en el Sistema de Información el documento, acto o resolución objeto de la notificación.

En caso de que transcurra este plazo de 5 días para interponer los recursos de reposición y jerárquico, podrá solicitarse la invalidación de las



bases. Debe tenerse en cuenta que en esta etapa del procedimiento licitatorio, la intención de los interesados no será dejar sin efecto por completo la licitación, dado que hasta ese momento sólo tenemos las bases, sino que más bien se solicitará su invalidación parcial o su modificación.

Por último, podrá revocarse el llamado a licitación y las bases, si la Administración concluye que la adquisición de los bienes o servicios que son objeto del procedimiento ya no son necesarios o aparece como inconveniente para el interés general.

En cuanto a plazos de resolución, los recursos de reposición y jerárquico deben ser resueltos en 30 días desde su interposición. Las demás impugnaciones también deben ser resueltas de acuerdo a las reglas generales de los procedimientos administrativos.

### **3.1.3. Legitimación Activa.**

La legitimación activa para impugnar vía recursiva administrativa el llamado a licitación corresponde a los interesados en contratar con la entidad licitante. Hablamos de interesados y no de oferentes o participantes por el hecho de que en este estado del procedimiento aún no se han presentado ofertas, ni se ha tenido oportunidad de realizar consultas a la Administración para considerarlos participantes, pues no se debe perder de vista que los contactos entre entidad licitante y proveedores en el marco de un procedimiento de contratación, sólo puede darse dentro periodo de preguntas y respuestas.

La LBPA en su artículo 21 define al interesado como cualquier persona natural o jurídica, que inicie o se apersona un procedimiento administrativo, que invoque un interés individual o colectivo. De la definición se desprende que no es necesario que la persona (natural o jurídica) tenga un derecho indubitado que pueda ser afectado por la decisión que la Administración finalmente adopte, sino que baste que se tenga un interés, así MORAGA señala que "estas personas son interesados dependiendo de la propia actitud que asumen frente

a un procedimiento ya abierto y en curso"<sup>263</sup>. Además este autor plantea que las personas deberán acreditar una afectación directa de sus intereses por la dictación del acto administrativo que pueda dictarse, no bastando una simple consecuencia mediata o indirecta. En el caso de particulares inscritos en el registro de proveedores de la Dirección de Compras, quienes por lo general participan de manera habitual en licitaciones públicas realizadas por el sistema de información del mismo organismo, claramente existe una afectación directa a sus intereses si, por ejemplo, las bases del procedimiento no se sujetan al principio de libre concurrencia de oferentes, teniendo por tanto legitimidad para solicitar su revisión.

De solicitar la invalidación a la Administración, tendrán la legitimación activa tanto los interesados como la misma entidad licitante, como indica el artículo 53 LBPA, esta es, una potestad que puede ser ejercida de oficio o a petición de parte.

En cuanto a su revocación, la evaluación del mérito corresponde a la propia entidad licitante, no obstante que también pueda solicitarse vía recursiva en los plazos expuestos.

#### **3.1.4. Legitimación Pasiva.**

Quien conocerá los recursos administrativos presentados para modificar o dejar sin efecto el llamado a licitación y sus bases será la misma entidad licitante, la que tendrá el deber de analizar los antecedentes y ajustar su actuación a derecho, eliminando las posibles ilegalidades o arbitrariedades que haya cometido.

#### **3.2. Revisión de las Circulares Aclaratorias**

En los procedimientos licitatorios los interesados en contratar con la Administración tienen un periodo establecido en las bases, en el que pueden formular preguntas a la entidad licitante sobre las bases y aspectos técnicos

---

<sup>263</sup> MORAGA. op. cit. (4), p. 381.

que no les parezcan suficientemente claros. Las respuestas a estas preguntas serán publicadas por la entidad licitante por medio de circulares aclaratorias, documentos que pasarán a ser parte de las bases, que deben estar a disposición de todos los participantes de la licitación, de modo que todos ellos puedan conocer las preguntas formuladas a la Administración y las respuestas que ésta entrega. Este periodo de preguntas y aclaraciones constituye uno de los pocos momentos en que participantes y entidad licitante mantienen una comunicación.

### **3.2.1. Causales de impugnación**

Algunas causales de revisión son las siguientes:

#### **a) Formulación de consultas y aclaraciones fuera del plazo establecido en las bases:**

El artículo 27 del RLBCASyPS que establece la posibilidad de que interesados en contratar y la Administración estén en contacto durante la licitación por medio de consultas y aclaraciones, limita esta comunicación a un plazo acotado de tiempo que deben establecer las bases. Cualquier tipo de comunicación, entre proveedores y la entidad licitante fuera de este plazo podrá impugnarse.

#### **b) Formular consultas y entregar aclaraciones al margen del sistema de información de la Dirección de Compras y Contratación Pública:**

El artículo 27 inciso 2° del RLBCASyPS establece que las preguntas que los proveedores formulen deberán efectuarse por medio del Sistema de Información, salvo que las bases permitan su procedencia en soporte papel, lo que en materia de suministro y prestación de servicios es excepcionalísimo. Agrega esta disposición, la prohibición de que proveedores y entidad licitante o

sus funcionarios, puedan comunicarse de cualquier otra forma con ocasión del procedimiento licitatorio<sup>264</sup>.

**c) Que la entidad licitante utilice circulares aclaratorias con otros fines distintos al de responder las consultas de los proveedores:**

El RLBCASyPS establece la instancia de consultas y aclaraciones con dicha finalidad y no con otra, por lo que no corresponde que la entidad licitante utilice esta vía de comunicación con otro propósito. Podrían impugnarse las circulares aclaratorias cada vez que no cumplan con este fin. Por ejemplo, no se podría poner mediante ellas fin al procedimiento<sup>265</sup>, no podría modificar ellas las bases de la licitación<sup>266</sup>, o no podría por ellas permitir que algún oferente adjunte documentos fuera de plazo.

---

<sup>264</sup> Al respecto Contraloría General de la República ha dictaminado de la siguiente forma: "(...) debe señalarse que el artículo 4° de las bases precitadas -relativo a las formalidades del procedimiento de aclaraciones- realiza una remisión al artículo 27 del Decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, Reglamento de la Ley N° 19.886, disposición que exige que las preguntas formuladas por los proveedores deberán efectuarse a través del sistema de información, lo que en la especie no aconteció, porque se aceptó la realización de preguntas de los interesados vía correo electrónico". Dictamen N° 53.125 de 2008.

<sup>265</sup> En sede jurisdiccional el Tribunal de Contratación Pública ha estimado que incurre en actuación ilegal y arbitraria la entidad licitante que concluye un procedimiento licitatorio por medio de una circular aclaratoria, sentenciando que "(...) por su naturaleza, las aclaraciones emanan del ente licitante y mediante ellas se responden las consultas de los interesados, las que luego de ser comunicadas a todos ellos por el medio electrónico, pasan a formar parte de las bases de una propuesta pública, constituyendo fuentes de derechos y obligaciones entre las partes y, por tanto, rigen plenamente las relaciones contractuales, pero, sin embargo, no son el medio legalmente idóneo para poner término anticipado - como se ha hecho en la especie- a un proceso licitatorio en curso, el cual sólo puede finalizar de la manera que establece la Ley N° 19.886, en su Reglamento D.S. N° 250, de 2004, de Haciendo y en su caso, por las normas fijadas en las bases de la propia licitación". TCP Rol 58-2006, Sentencia 24 de Abril de 2007.

<sup>266</sup> El Tribunal de Contratación ha entendido que las aclaraciones no son el medio legal idóneo para modificar las bases de la licitación, no teniendo efecto alguno las modificaciones hechas de esta forma. El Tribunal sentenció a este respecto de la siguiente forma: " Que, es posible concluir que las Bases, tanto Administrativas como Técnicas, aún cuando se pretendió modificarlas por medio de las denominadas —aclaracionesll, jurídicamente no experimentaron variaciones, porque el medio empleado para dicho propósito no fue el autorizado por la ley. En efecto, para que dichos actos tuviesen eficacia, debió haberse dictado las pertinentes resoluciones que modificaran su contenido. Esta facultad que pudo ejercerse para dichos efectos, no podía ser desconocida por la autoridad respectiva de la entidad licitante, porque está contemplada expresamente, en los artículos 20 de la Ley N° 19.886, 19 y 27 del Reglamento de la ley antes citada, y 61 de la Ley N° 19.880, todos los cuales la facultan para modificar el acto administrativo consistente en la resolución que aprobó las Bases.

**d) Que la entidad licitante responda sólo formalmente y no en cuanto al fondo:**

Que se contemple una etapa dentro del procedimiento licitatorio cuyo objeto sea dar claridad a las dudas que los proveedores tengan, conlleva el deber de la entidad licitante de dar respuesta a sus preguntas con la finalidad de que los participantes puedan presentar sus ofertas de la forma más completa posible. Sin embargo, en la práctica ha sucedido que las entidades licitantes en ocasiones sólo responden formalmente sin despejar las dudas de los proveedores, por ejemplo diciendo "remítase a la bases", "remítase a las especificaciones técnicas", "remítase al punto x de las e. t.". Existen casos en que tales respuestas resultan satisfactorias por el hecho de que el particular no ha dado una lectura atenta a los pliegos de condiciones; sin embargo, en otros casos realmente existe oscuridad o ambigüedad en el texto de las bases y la entidad licitante no da una respuesta aclaratoria. Estimamos que ante tales respuestas vagas, podrían impugnarse las circulares aclaratorias.

**3.2.2. Mecanismos de impugnación.**

Sin dudar de la existencia de posibles irregularidades en esta etapa del procedimiento, en licitaciones para la adquisición de bienes muebles y servicios, las circulares aclaratorias resultan difíciles de impugnar vía administrativa por la naturaleza e informalidad que detentan en la realidad práctica, pues podríamos cuestionar incluso que se traten de actos administrativos propiamente tales<sup>267</sup>, pudiendo considerarse como actos de mero trámite a diferencia de los demás actos que conforman la licitación.

En efecto, las respuestas en este tipo de procedimiento de contratación administrativa, por regla general, son publicadas en el Sistema de Información

---

Así, la aclaración N°6 no pudo aplicarse en el caso propuesto, debiendo, en consecuencia, regir plenamente lo establecido en las bases de la licitación en la consideración y resolución de las ofertas y la posterior adjudicación de la propuesta". TCP Rol 61-2008. Sentencia 29 de Mayo 2009.

<sup>267</sup>Entiéndase como acto resolución, en el sentido de aquella doctrina que distingue entre actos administrativos resoluciones y de trámite. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ. op. cit., p.575; GONZÁLEZ PÉREZ. op. cit. (1), p. 200.

como simples respuestas al margen de la pregunta publicada por el proveedor sin revestir formalidad alguna. No existe declaración de voluntad, de juicio o conocimiento manifestada, ni documento en sentido estricto que contenga las aclaraciones, ni una resolución administrativa que las publique. En este estado de las cosas parece lógico pensar que se trata de actos de mero trámite, entendiendo por tales aquellos que "son simple presupuesto de la decisión en que se concreta la función administrativa"<sup>268</sup>.

En este orden de ideas, sólo sería impugnabile aquella circular aclaratoria que revista todas las características de un acto administrativo, que envuelva una manifestación de voluntad, que tenga por intención aclarar el contenido de las bases y resulte de una resolución administrativa emanada de los funcionarios competentes de la entidad licitante.

Por otra parte, no debemos perder de vista que se trata de un procedimiento administrativo electrónico, el cual por obviar todo elemento de presencialidad de sus participantes, se rige por principios propios del derecho informático como el principio de equivalencia de soporte, el que consiste en reconocer iguales efectos al acto o contrato que consta en medios electrónicos a los que tendría si constara en medios tradicionales como el papel<sup>269</sup>, el que ha sido consagrado de manera explícita en la Ley 19.799 sobre Documento Electrónico.

Sin embargo, pensamos que en este punto la disyuntiva escapa a la igualdad de soporte y debe centrarse en los elementos que conforman un acto administrativo. Si existe una circular aclaratoria que reúna los elementos de un acto administrativo, nos inclinamos por su impugnabilidad. En oposición, si resultare que la entidad licitante sólo ha dado una simple respuesta por medio

---

<sup>268</sup> GONZÁLEZ PEREZ. op. cit. (1), p. 200.

<sup>269</sup> DONOSO, Lorena. "Firma electrónica: análisis del estatuto jurídico en Chile", en Tópicos esenciales del Derecho Informático. Centro de Estudios de Derecho Informático, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003, p. 45.

del Sistema de Información, sólo estaremos en presencia de un acto trámite, el que por regla general es inimpugnable.

De proceder la impugnación del acto en comento, en los casos de extemporaneidad de las respuestas, podrá solicitarse su reposición en el plazo de 5 días o solicitar derechamente su invalidación en un plazo prudente, a fin de que deje sin efecto la circular aclaratoria y retrotraiga el procedimiento licitatorio, o excluya al proveedor que ha consultado fuera de plazo por otorgársele una ventaja injustificada.

Respecto de las comunicaciones realizadas al margen de los conductos regulares de comunicación, debe tenerse en cuenta su dificultad para impugnarse vía recursiva administrativa, en razón de la inexistencia de un acto administrativo del que se tenga constancia. En simples comunicaciones de un proveedor y la entidad licitante, en las cuales no existe su constancia en registros formales, claramente se ha efectuado una conducta ilegal; sin embargo, no siempre se tendrá la certeza de la existencia un acto administrativo para dejar sin efecto, o una resolución para reponer o invalidar, y muy probablemente la entidad licitante diría que la reclamación recae en un simple hecho que reviste caracteres de ilegalidad, del que además posiblemente, no se tiene constancia. En estos casos tendríamos actos administrativos verbales.

La concepción clásica del acto administrativo comúnmente nos hace pensar en el acto escriturado y firmado por la autoridad competente, pues la misma LBPA, al establecer los principios que informan los procedimientos administrativos, consagra explícitamente como uno de ellos la escrituración, debiendo constar los actos de la administración en soporte papel o electrónico. Sin embargo, lo cierto es que existen actos de la Administración que no son contenidos en documento ni dispositivo alguno, sino que simplemente son expedidos verbal o gestualmente. Así indicaciones de la autoridad policial o instrucciones de un jefe de servicio pueden darse verbalmente, o acciones

como la dirección del tránsito por parte de un efectivo pueden calificarse como actos administrativos verbales<sup>270</sup>.

El cuestionamiento de estos actos y su calificación de administrativos propiamente tales, viene dado precisamente por la inexistencia de registros y dificultad que conlleva la comprobación de su existencia. En opinión de Claudio MORAGA, estas dificultades probatorias son más bien una cuestión procesal y no sustancial, que en modo alguno constituirían una negación de su impugnabilidad, de modo que al encontrarnos frente a estos actos administrativos, el ordenamiento jurídico entrega todas las defensas posibles al administrado, a fin de reclamar y buscar las responsabilidades y sanciones que puedan corresponder<sup>271</sup>.

No obstante, si se rechazare la doctrina recién expuesta, no hay impedimento para perseguir las responsabilidades administrativas correspondientes de los funcionarios que hayan intervenido en actuaciones que atentan a la publicidad, transparencia y probidad, principios que deben informar todo procedimiento administrativo. Tampoco las circunstancias mencionadas son óbice para solicitar a la entidad licitante, que excluya a los proveedores que han mantenido comunicación fuera de los conductos regulares o, incluso, podría solicitarse que se deje sin efecto la licitación en su integridad.

Por último, en lo que respecta a las demás causales, podrán interponerse los recursos administrativos de reposición y jerárquico en el plazo de 5 días luego de su notificación o podrá solicitarse su invalidación.

### **3.2.3. Legitimación Activa.**

Corresponderá a los interesados participantes de la licitación.

### **3.2.4. Legitimación Pasiva.**

Corresponderá a la entidad licitante resolver las reclamaciones, teniendo para los recursos administrativos de reposición y jerárquico el plazo de

---

<sup>270</sup> MORAGA. op. cit. (2), p. 137.

<sup>271</sup> *Ibíd.*, p. 138.



30 días hábiles, y las demás reclamaciones, como invalidación a petición de parte, de acuerdo a las reglas generales de los procedimientos administrativos.

### **3.3. Revisión de los actos de recepción y apertura de ofertas**

Una de las etapas más relevantes del procedimiento licitatorio es la recepción y apertura de ofertas, momento en que los proveedores formalizarán su intención de contratar con la Administración presentando sus ofertas, las que luego de este momento no podrán ser modificadas. Por su parte, la apertura de las ofertas constituirá el primer examen de las ofertas, el cual podría calificarse como trámite de admisibilidad en el que la entidad licitante verificará que las ofertas cumplan con los requisitos mínimos para que posteriormente sean evaluadas por la comisión evaluadora.

Todas aquellas ofertas que no cumplan con el contenido mínimo, que preceptúa el artículo 20 del RLBCASyPS y que debe ser determinado en las bases, deberán ser excluidas del procedimiento licitatorio. En consecuencia, si se han excluido ofertas que cumplen con las exigencias de las bases, dicho acto puede ser impugnado y al mismo tiempo si hay ofertas que no cumplen con dichos requerimientos y no son excluidas, podrá reclamarse su no exclusión.

#### **3.3.1. Causales de revisión**

Las causales para impugnar el acto por el que se excluyen proveedores de la licitación son infracciones a los principios de estricta sujeción a las bases, de igualdad de los oferentes antes las bases de la licitación y, también, al principio de no formalización. En efecto, si se excluye a un proveedor que ha presentado una oferta que cumple con los requisitos establecidos en las bases, la Administración no actuará de conformidad al pliego de condiciones y, además, no respetará la igualdad de los participantes ante las bases al marginar a un oferente que ha cumplido con ellas. Lo propio sucederá si no se excluye a un participante que no ha cumplido con las bases, no se actuará en conformidad a la "ley del contrato" y, además, se le dará una posición de

privilegio al permitir que participe sin cumplir con los requisitos mínimos que se han establecido.

**a) Exclusión de oferentes que presentan toda la documentación exigida en las bases:**

Todas las ofertas que cumplen con el contenido mínimo establecido en las bases deben ser evaluadas por la comisión evaluadora de la entidad licitante, por lo que si una oferta que está completa es excluida, podrá impugnarse la resolución que la excluye<sup>272</sup>.

**b) Exclusión de oferentes a los que por actuación ilegal y arbitraria se les ha exigido mayores requisitos:**

Para proceder a evaluar las ofertas, la entidad licitante no podrá efectuar exigencias no contempladas en las bases, por lo que cualquier exigencia adicional a las anteriormente contempladas infringe el principio de estricta sujeción a las bases. Un ejemplo de exigencia adicional sería solicitar en las bases acompañar las ofertas con una declaración jurada, y que posteriormente se le exija a un oferente que adjunte una declaración jurada ante notario<sup>273</sup>.

---

<sup>272</sup> En sede jurisdiccional el Tribunal de Contratación Pública ha estimado que constituye una conducta ilegal y arbitraria por parte de la entidad licitante, excluir a un proveedor cuya oferta cumple con todos los requisitos que las bases han establecido, sentenciando de la siguiente forma: " en consecuencia, resulta evidente que el acto que se reprocha a la autoridad recurrida merece el calificativo de ilegal que le atribuye la parte demandante, pues, como se ha explicado, la oferta de la empresa demandante quedó excluida del proceso licitatorio, pese a haber dado cumplimiento a los requisitos establecidos en las bases de licitación que gobernaron el procedimiento licitatorio impugnado, pues toda la documentación e información requerida en el respectivo pliego de condiciones, fue agregada debidamente por la empresa IMACO Ltda., al momento de presentar su propuesta. Por lo tanto, el organismo licitante al rechazar erróneamente la oferta del demandante, vulneró el principio de estricta sujeción a las bases, y, principalmente, el de igualdad de los oferentes, al excluir del proceso a un interesado que había cumplido con todos los requisitos establecidos en las bases de licitación, según se expresó anteriormente". TCP Rol 77-2008. Sentencia 21 de enero 2010.

<sup>273</sup> Conociendo acción de impugnación el Tribunal de Contratación Pública ha declarado como ilegal y arbitraria la exigencia de requisitos no contemplados expresamente en las bases a uno o más de los proveedores, sentenciado de la siguiente forma: "(...) del examen del requisito contenido en el punto 7.1. N° 2 de las Bases Administrativas de la licitación objeto de este juicio, se concluye que en ellas no se contempló la exigencia de que la declaración jurada que en esa oportunidad se requirió a los interesados fuese presentada con las firmas de los declarantes

**c) Exclusión por vicios formales y no sustanciales de las ofertas presentadas:**

Uno de los principios generales de los procedimientos administrativos es el de no formalización, en virtud del cual no podrá excluirse ofertas que adolezcan de un vicio de forma que no afecta la sustancia de la misma<sup>274</sup>.

**d) No exclusión de oferentes que no cumplen con las exigencias mínimas de las bases:**

Constituye una actuación ilegal y arbitraria por parte de la entidad licitante, no excluir aquellas ofertas que no satisfacen el contenido mínimo, en circunstancia de que tiene la obligación impuesta por el legislador de rechazarla<sup>275</sup>.

**e) Ofertas que han sido develadas por completo por la entidad licitante antes del acto de apertura:**

La entidad licitante efectuará la recepción de las ofertas dentro de un periodo determinado en las bases, debiendo no revelar su contenido con

---

autorizadas ante notario. De este modo, aparece de manifiesto que la entidad licitante, al decidir que la empresa demandante quedaba fuera de bases por incumplimiento a lo señalado en el citado punto, según lo expresado en la Resolución N° 3405, de 20 de julio de 2007, no ha respetado las normas contenidas en dichas bases administrativas, pues exigió el cumplimiento de un requisito no contemplado en dicha reglamentación, ni en disposición legal o reglamentaria alguna, y, como consecuencia de ello, ha infringido el precepto legal contenido en el inciso tercero del artículo 10 de la Ley N° 19.886". TCP Rol 41-2007, Sentencia de 25 de septiembre 2007.

<sup>274</sup> Por vía de impugnación jurisdiccional, el Tribunal de Contratación Pública determinó que la actora efectivamente incurrió en infracción de las bases, pero tal infracción había sido meramente formal, por tanto la entidad licitante incurre en ilegalidad al no respetar el principio de la no formalización y de libre concurrencia de los oferentes. TCP Rol 53-2007. Sentencia de 20 de Diciembre 2007.

<sup>275</sup> Vía jurisdiccional, el Tribunal de Contratación Pública ha estimado que las ofertas que no cumplen con las exigencias mínimas deben ser excluidas de la licitación, sentenciando de la siguiente forma: "Finalmente, en relación con este capítulo, ni puedes soslayarse el hecho de que unas de las acciones primarias que ejecuta cualquier entidad licitante al iniciar la consideración de cualquier propuesta, es calificar la boleta de seriedad de la oferta, en la que la boleta de garantía de seriedad de la oferta fue emitida por una entidad bancaria italiana, para garantizar una oferta presentada por una sociedad italiana, , sin que haya formulado ningún reparo y posteriormente, dicha oferta sea excluida, señalándose como motivo de la exclusión, que ésta fue formulada por una persona distinta del afianzado, una sociedad chilena, a quien afectaba una inhabilidad para contratar con el Estado de Chile". TCP Rol 193-2011. Sentencia 9 de Agosto 2013.

anterioridad a la apertura de las mismas. Si se publica el contenido de las ofertas con anterioridad al cierre de la recepción se dejará en una evidente desventaja al proveedor cuya oferta ha sido íntegramente puesta al conocimiento de los demás, de modo que la publicación anticipada de dicha propuesta por la entidad licitante, será susceptible de ser impugnada<sup>276</sup>.

**f) Exclusión carente de fundamento:**

Toda exclusión debe fundarse en lo establecido en las bases y fundamentarse en torno a ellas. Por regla general, todo acto administrativo debe ser fundamentado, siendo causal de impugnación su no fundamentación<sup>277</sup>.

---

<sup>276</sup> El Tribunal de Contratación Pública ha determinado que constituye un actuar ilegal dejar al descubierto la oferta de un proveedor, aunque ésta corresponda a un procedimiento licitatorio anterior dejado sin efecto, puesto que en un nuevo concurso éste proveedor queda en desventaja de los demás competidores. Así sentencia de la siguiente forma: "Que estos sentenciadores estiman que el proceder administrativo del órgano licitante a que se ha hecho referencia en el considerando que precede significa una infracción de los preceptos legales sobre igualdad de los oferentes contemplados en los artículos 6º de la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y 9º de la Ley N°18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, como también el de libre concurrencia de los proponentes, consagrado en el artículo 9º del último cuerpo legal citado. En efecto, el primero de tales preceptos legales dispone que las bases de la licitación respectiva "no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes". Por su parte, la segunda norma ordena, en su inciso segundo, que: "El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.". En el caso sometido a la decisión de este Tribunal, la decisión de la DGAC, tantas veces referida, implicó dejar parte importante de la oferta técnica de ICP Ltda. al descubierto de sus competidores; en especial, en lo relacionado con los precios que ésta había ofertado en la licitación pública anterior respecto de la misma obra licitada, poniendo así a dicha empresa en una grave y evidente desventaja respecto de otros eventuales oferentes para que participara en la nueva propuesta, situación que, indudablemente, afecta ambos citados principios, que constituyen pilares fundamentales en el sistema de las licitaciones públicas que establecen las normas legales aludidas". TCP Rol 49-2007, 7 de mayo 2009.

<sup>277</sup> En una impugnación jurisdiccional, el Tribunal de Contratación Pública ha declarado que resulta ilegal y arbitraria la exclusión de un oferente sin fundamentar dicha decisión, sentenciando de la siguiente forma: "(...) analizando el mérito de los antecedentes expuestos en los considerandos que antecede, no cabe duda que la exclusión por el órgano contratante de la oferta de Diseño y Producción Mugarte Limitada, en la primera etapa de evaluación, aduciendo que no cumplía con los requisitos establecidos en las bases de la licitación, corresponde a una declaración de inadmisibilidad, la que según los términos señalados en el artículo 9º de la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, debió haber sido efectuada por resolución fundada, dictada en su momento por la autoridad, lo que en la especie, no se hizo". TCP Rol 11-2007, Sentencia 14 de Diciembre 2007.

**g) Entidad licitante no respeta el plazo para recibir ofertas:**

Incurrirá en ilegalidad la entidad licitante que cierre la recepción de ofertas con anterioridad al plazo establecido en las bases, plazo que no podrá ser menor a 20 días corridos en caso de contrataciones superiores a 1000 UTM. De ser menores a este monto, no podrán ser menos de 10 días corridos y, de ser menores a 100 UTM, el plazo mínimo no puede ser inferior a 5 días corridos.

Si bien, en procedimientos de contratación realizados por medio del Sistema de Información de la Dirección de Compras y Contratación Pública, la comunicación entidad licitante - interesados tiende a ser casi inmediata al tratarse de un procedimiento administrativo electrónico y que en todo caso se entenderán notificados quienes participen en el procedimiento licitatorio, una vez transcurridas 24 horas desde la publicación del acto en la plataforma electrónica, una alteración intempestiva y sin causa justificada en la fecha de recepción de las ofertas, evidentemente podría causar perjuicio a los particulares. Pues existiendo o no la intención deliberada de perjudicar a uno o más interesados en contratar con la Administración, quienes hayan podido subir a tiempo sus propuestas al Sistema de Información tienen una posición notoriamente más ventajosa con respecto a los demás posibles competidores, lo que constituye una clara infracción al principio de trato igualitario de los oferentes.

**h) Exclusión de participantes que cumplen con los requisitos establecidos en las bases y no se encuentran sujetos a inhabilidades o incapacidades de ningún tipo:**

Parece claro que si el interesado cumple con los requisitos que establecen las bases y no está afecto a inhabilidades que la ley o las bases prescriben, su exclusión es a todas luces ilegal y arbitraria.

**i) La no presentación de garantías o que éstas no cumplan con las exigencias establecidas en las bases:**

El artículo 11 LBCASyPS establece que las entidades licitantes deberán exigir a los interesados, en conformidad al reglamento, las garantías que estime necesarias para asegurar la seriedad de las propuestas o para caucionar el fiel cumplimiento del contrato. De no presentarse las garantías exigidas o no cumplir dicha garantía con los requisitos establecidos en las bases, la Administración debería excluir al particular del procedimiento licitatorio y, de no hacerlo, podrían los demás participantes de la licitación reclamar al respecto<sup>278</sup>.

**3.3.2. Mecanismos de revisión**

Procederán en contra de actos de exclusión ilegales o arbitrarios los recursos de reposición y jerárquico, los que deberán interponerse dentro de 5 días desde su notificación. Podrá también solicitarse su invalidación en un plazo prudente. En los casos que no se haya excluido un proveedor cuya oferta no cumpla con las exigencias mínimas deberá impugnarse el acto administrativo que envía los antecedentes de las ofertas presentadas a la comisión evaluadora para la correspondiente calificación de las propuestas, con el objeto de que excluya a dicho participante y la entidad licitante ajuste su actuación a derecho.

En caso de que no se reclame en esta etapa del procedimiento, podrá de todos modos solicitarse la invalidación del acto correspondiente, tras la evaluación de las ofertas si la no exclusión jugó un rol determinante en la elección de la propuesta ganadora.

---

<sup>278</sup> Contraloría General de la República ha dictaminado al respecto de la siguiente forma: "(...) tratándose de contratos que celebre la Administración en el marco de la Ley N° 19.886, existe, por una parte, el deber legal de los órganos de la Administración del Estado de requerir las cauciones señaladas a todos los oferentes sin distinción y, por otra, la obligación de todos los proponentes, privados o integrantes de la Administración de constituir las garantías requeridas, con independencia de si dicho aspecto fue o no regulado en las bases administrativas o términos de referencia aprobados al efecto". Dictamen N° 25.344 de 2011, en el mismo sentido Dictamen N° 79.858 de 2010.

### **3.3.3. Legitimación Activa**

En caso de exclusiones injustificadas, la tendrá el proveedor excluido. En caso de que la entidad licitante no haya excluido a un oferente debiendo hacerlo, podrá reclamar cualquiera de los proveedores participantes de la licitación.

### **3.3.4. Legitimación Pasiva**

Corresponderá a la entidad licitante, la que deberá resolver las reclamaciones en el plazo de 30 días.

## **3.4. Revisión de las Actas de Evaluación**

Una vez recibidas las ofertas y realizado un examen preliminar de las ofertas, la entidad licitante procederá a evaluar las ofertas que cumplan con lo establecido en la bases, entregando las ofertas a una comisión evaluadora designada por el mismo órgano. Esta comisión asignará un puntaje a cada una de las ofertas en consideración de los criterios y factores establecidos en el pliego de condiciones, recomendando por medio de un acto administrativo comúnmente denominado "acta de evaluación", adjudicar el contrato al proveedor que haya presentado la oferta que ha obtenido la puntuación más alta de acuerdo a la comisión evaluadora.

### **3.4.1. Causales de Impugnación**

Cualquier irregularidad en la evaluación de las ofertas será susceptible de impugnación por parte de los oferentes. Dichos vicios tendrán relación principalmente con infracciones al principio de estricta sujeción a la bases, puesto que la Administración al evaluar las ofertas, deberá observar estrictamente los criterios y ponderaciones que se han establecido en ellas, no pudiendo apartarse, alterar o innovar en cuanto a estos métodos de evaluación.

Algunas causales para impugnar el acta de evaluación son:

**a) Comisión Evaluadora no respeta los criterios de evaluación establecidos en las bases:**

La Administración sólo podrá evaluar las ofertas presentadas en atención a los criterios establecidos en las bases; cualquier desviación de éstos o introducción de nuevos criterios o variantes para asignar puntuación será ilegal o arbitraria<sup>279</sup>.

**b) Comisión Evaluadora sólo atiende al precio de las ofertas:**

Al evaluar las ofertas no sólo puede considerar el aspecto económico, pues el artículo 6º LBCASyPS establece que se deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa, de modo que se seleccione la oferta más conveniente para los intereses de la Administración y no la más barata<sup>280</sup>.

**c) Comisión Evaluadora no asigna el puntaje correspondiente:**

Podrá reclamar ante la entidad licitante el proveedor cuya oferta no ha sido calificada con el puntaje correspondiente, circunstancia que bien podría significar su no elección como contraparte de la Administración.

---

<sup>279</sup> El Tribunal de Contratación Pública ha estimado que resulta una actuación ilegal por parte de la entidad licitante que no respete los criterios establecidos en las bases para evaluar las ofertas, utilizando otros al margen del pliego de condiciones. En este sentido ha dicho: " Que, con el mérito de lo expuesto precedentemente, es posible afirmar que el criterio esgrimido por CENABAST de adjudicar la propuesta a un oferente determinado con miras a diversificar el mercado del producto licitado no se encuentra contemplado ni en las normas que rigieron la licitación, específicamente, en el Capítulo XIV N° 2 de las Bases Administrativas, ni tampoco en las normas reglamentarias citadas en el párrafo precedente, razón que hace que la decisión de la entidad licitante constituya un acto ilegal, si se tiene en cuenta lo previsto en el artículo 10, inciso 3º de la Ley N° 19.886, precepto que contempla específicamente el principio de estricta sujeción a las bases con que deben realizarse los procedimientos administrativos de esta clase, y al cual deben ceñirse los interesados y el organismo licitante". TCP Rol 19-2005. Sentencia 21 de Junio 2007.

<sup>280</sup> Contraloría General de la República respecto a este punto, ha dictaminado de la siguiente forma: "(...) es necesario consignar que resulta improcedente que el acto administrativo en examen adjudique el 80% de los bienes licitados al oferente que, como resultado de la evaluación de las ofertas presentadas en la respectiva propuesta pública, no obtuvo la calificación más alta, considerando como fundamento para hacerlo la circunstancia que haya ofrecido un menor precio respecto del que obtuvo el puntaje más alto". Dictamen N° 17.741 de 2010.



**d) Comisión Evaluadora reordena factores establecidos para conseguir una mejor evaluación para un oferente:**

La Administración está imposibilitada de alterar la ponderación de los factores establecidos en las bases para beneficiar a cierto proveedor. Tal conducta infringe los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes ante las mismas<sup>281</sup>.

**3.4.2. Mecanismos de revisión**

El acta de evaluación podrá ser impugnada mediante los recursos administrativos de reposición y jerárquico en el plazo de 5 días desde su notificación. Podrá solicitarse su invalidación en un plazo prudente, de forma que la retroacción del procedimiento tenga utilidad.

**3.4.3. Legitimación Activa**

Podrá impugnar cualquiera de los oferentes que estime que la entidad licitante no ha evaluado correctamente.

**3.4.4. Legitimación Pasiva**

Corresponderá resolver las reclamaciones presentadas a la entidad licitante en el plazo de 30 días de acuerdo a las reglas generales.

**3.5. Revisión del acto que declara desierta la licitación**

Tras la evaluación de las ofertas, la entidad licitante no está obligada a adjudicar el contrato a uno de los oferentes. En el evento que sus ofertas no resulten convenientes a sus intereses podrá declarar desierta la licitación,

---

<sup>281</sup> La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo una acción de reclamación, ha declarado la ilegalidad de la actuación consistente en reordenar los factores establecidos en las bases, sentenciando de la siguiente forma: "de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 de la ley 19.886, sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, son las bases de licitación las que deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien (...) Esto significa que la ley no entregó a la Comisión de Evaluación la facultad de ordenar (o reordenar) los factores para alcanzar la combinación más exitosa, sino que previó que esto debía establecerse en las Bases, que son las que se comunican al público y que pueden ser objeto de consultas y observaciones por los interesados". TCP Rol 87-2006. CA Santiago Rol 5506-2007.

según lo dispuesto en el artículo 9 LBCASyPS. De todos modos, el acto administrativo que declare la deserción del procedimiento deberá ser fundado.

### **3.5.1. Causales de revisión**

La resolución que declara desierto el procedimiento licitatorio es un acto administrativo que se funda en el mérito, por lo que resulta difícil someter a petición de parte su impugnación, si se sigue aquella doctrina que la vía recursiva sólo procede por ilegalidad de los actos, a menos que el acto no sea debidamente fundado. Las causales de revisión de la declaración de deserción serán, por lo general, relacionadas con la falta de fundamentación del acto administrativo, condición de validez para toda actuación de la Administración<sup>282</sup>. Pero, no sólo por el incumplimiento de este requisito esencial podría someterse a revisión dicho acto; también podría cuestionarse su contenido, sea porque no se ha cumplido el supuesto fáctico de una de las causales para la deserción del procedimiento que establece el artículo 9 LBCASyPS (esto es, cuando no se presenten ofertas o las ofertas presentadas no satisfagan el interés de la entidad licitante), sea porque la Administración invoca una causal no contemplada por la ley<sup>283</sup>.

### **3.5.2. Mecanismos de revisión**

Contra la declaración de licitación desierta procederán los recursos administrativos de reposición y jerárquico en el plazo de 5 días desde su notificación, además de la invalidación del acto en un plazo prudente.

---

<sup>282</sup> La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo una acción de reclamación, respecto a una declaración de deserción del procedimiento licitatorio ha dicho que: el "Decreto Alcaldicio N° 1.196, de 25 de julio de 2007, resulta ilegal y arbitrario, toda vez que, por un lado, infringe el numeral 10° de las Bases Generales y los artículos 9° y 10° de la Ley N° 19.886, al rechazar las propuestas fuera de la oportunidad prevista para ello, declarando desierto el proceso y, por otro, al hacer suyo, sin ningún fundamento". CA. Santiago, Rol N° 328-2009.

<sup>283</sup> Contraloría General de la República ha dictado al respecto de la siguiente forma: "(...) tampoco resulta admisible, de conformidad a lo establecido en la Ley N° 19.886, declarar desierta la propuesta como se indica, pues según lo previsto en su artículo 9° -en lo pertinente- el órgano contratante "declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses", circunstancias que no ocurren en el especie". Dictamen N° 15.074 de 2006.

### **3.5.3. Legitimación activa**

Corresponderá a los proveedores afectados por el acto y también a la propia entidad licitante si tiene intención de dejar sin efecto el acto en comento.

### **3.5.4. Legitimación Pasiva**

Corresponde resolver a la misma entidad licitante en el plazo de 30 días hábiles tratándose de recursos administrativos de reposición y jerárquico y de acuerdo a las reglas generales de los procedimientos administrativos tratándose de otras reclamaciones.

## **3.6. Revisión del Acto de Adjudicación**

La adjudicación es el acto administrativo por el cual la Administración hace elección formal de su contratante particular, otorgándole al proveedor adjudicado un derecho subjetivo consistente en poder celebrar el contrato de suministro o prestación de servicios con la entidad licitante. El acto de adjudicación constituye el acto terminal del procedimiento licitatorio, por lo que su impugnabilidad está fuera de toda duda y, por esta razón, resulta también ser el acto administrativo que estadísticamente recibe más reclamaciones, dado que podría resultar la última oportunidad para impugnar actuaciones ilegales o arbitrarias contra la adjudicación propiamente tal o contra actos anteriores.

### **3.6.1. Causales de impugnación**

Las causales de impugnación del acto adjudicatorio son amplias, por cuanto constituye la última oportunidad de los particulares de reclamar por ilegalidades o arbitrariedades ocurridas en la licitación y, por el hecho que en muchas ocasiones existe la imposibilidad de impugnar la evaluación de las ofertas, ya sea porque no ha vencido el plazo para la interposición de los recursos administrativos o porque la evaluación de las ofertas y la adjudicación han sido publicadas en una misma resolución. Por lo que la impugnación del acto de adjudicación, también será la última oportunidad de reclamar contra vicios que pudieran afectar actos previos del procedimiento licitatorio, como las actas de evaluación.

No obstante la aplicación de causales de impugnación de actos anteriores, la adjudicación también podría ser revisada por vicios propios como los siguientes:

**a) Entidad licitante rechaza arbitrariamente la evaluación de la Comisión Evaluadora:**

La facultad de adjudicar de la entidad licitante es una potestad de carácter discrecional; no está en la obligación de adjudicar si las ofertas presentadas no cumplen con su expectativa o no son lo suficientemente convenientes, pudiendo declarar desierta la licitación. Lo anterior no quiere decir que pueda rechazar la recomendación de adjudicación de la Comisión Evaluadora sin a lo menos fundamentar su decisión<sup>284</sup>.

**b) Entidad licitante adjudica oferta por error en la apreciación de antecedentes:**

Será susceptible de impugnar aquel acto de adjudicación que elija como contratante a un proveedor por una mala lectura de los antecedentes, como en lugar de elegir al proveedor mejor evaluado, se elige al segundo<sup>285</sup>.

---

<sup>284</sup> Conociendo acción de impugnación, el Tribunal de Contratación Pública estimó que incurre en ilegalidad y arbitrariedad al no considerar el informe de calificaciones que había confeccionado la Comisión Técnica de Evaluación, en el cual la oferta de la demandante aparecía como la más conveniente, adjudicándose el contrato licitado al participante que obtuvo el tercer lugar. La entidad licitante fundamentó el acto impugnado en un informe elaborado por una autoridad ajena a la comisión evaluadora, el que recomendó adjudicar el contrato a un oferente distinto que el determinado por la Comisión Técnica de Evaluación. Por estos hechos la entidad licitante incurrió en infracción del principio de estricta sujeción a la bases. TCP Rol 120-2009. Sentencia 27 de Mayo 2010.

<sup>285</sup> El Tribunal de Contratación Pública ha estimado que resulta ilegal la adjudicación errónea a un participante, por no observar cuidado en la revisión de los antecedentes presentados, sentenciando de la siguiente forma: "Que, de acuerdo con lo precedentemente razonado se puede concluir que, la decisión adoptada por el Intendente de la Región Metropolitana, expresada en la Resolución N° 219, de 10 de diciembre de 2009, mediante la cual adjudica la propuesta a la empresa "Constructora Altius S.A.", acogiendo la proposición de la Comisión Evaluadora, contenida en el informe de 4 de diciembre de 2009, adolece de ilegalidad y arbitrariedad, toda vez que la citada Comisión, al practicar el examen de la oferta de la demandante, incurrió en un manifiesto error en cuanto a la calificación del profesional experto en Prevención de Riesgos, infringiendo con ello las normas de las bases de licitación, trasgresión que fue reproducida en la Resolución adjudicatoria, y que determinó que la empresa

### **c) Entidad licitante adjudica el contrato sin fundamentar su resolución**

Es deber de la Administración fundamentar todos los actos de su emisión. La adjudicación no es la excepción<sup>286</sup>.

#### **3.6.2. Mecanismos de impugnación**

El acto de adjudicación podrá ser sometido a revisión por recursos de reposición y jerárquico interpuesto en el plazo 5 días desde su notificación. Asimismo, podrá solicitarse su invalidación en un plazo acotado desde su notificación.

La posibilidad de invalidar, tratándose del acto de adjudicación, debe ser cuidadosamente examinada. En el tercer capítulo de este trabajo, se ha tratado de manera detallada los límites de la potestad invalidatoria de la Administración, en los que de acuerdo a cierta doctrina amparada en la jurisprudencia de Contraloría General de la República, se encuentran los derechos adquiridos legítimamente por los particulares. Precisamente, el principal efecto de la adjudicación es conferir a un proveedor un derecho subjetivo, el cual es el derecho a celebrar el contrato administrativo que se licita con la Administración, de modo que en estos casos nos encontraríamos ante la imposibilidad de dejar sin efecto el acto de adjudicación.

Sin embargo, en nuestra opinión esta postura es del todo errónea, en cuanto la Administración está en el deber de ajustar su actuación a derecho en virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, de forma que, de incurrir en actuaciones ilegales y arbitrarias, está en el imperativo de restablecer,

---

"RD Constructora S.A." ocupase el segundo lugar, no obstante que su oferta era de menor valor". TCP Rol 3-2010. Sentencia 24 de Agosto 2010.

<sup>286</sup> El Tribunal de Contratación Pública ha sostenido que adolece de ilegalidad el acto adjudicatorio que no ha sido debidamente fundamentado, sentenciado de la siguiente forma: " Que en este caso, según lo razonado en los consideraciones anteriores, resulta claro que el acto que se reprocha a la autoridad recurrida merece el calificativo de ilegal, ya que – como se ha explicado –, la Resolución Adjudicatoria dictada por el Administrador de la Municipalidad de Peñalolén, carece de los fundamentos necesarios que debe contener un acto administrativo de esta especie, conforme a lo dispuesto en el artículo 10° de la Ley N° 19.886 y 41, inciso segundo, del Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda". TCP Rol 52-2008. Sentencia 15 de Mayo 2009.

incluso de oficio, el imperio del derecho. Por otro lado, la LOCBGAE en su artículo 10 ha establecido el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración, principio que ha sido reiterado en el artículo 15 de la LBPA, estableciendo que siempre serán procedentes los recursos administrativos de reposición y jerárquico. Además, debemos agregar que al ser la adjudicación el acto terminal del procedimiento licitatorio con mayor razón debe ser susceptible de revisión, en consideración que significará un examen final y definitivo de la sujeción a derecho de la licitación. Por último, cabe recordar que los únicos límites a los que está sometida la Administración para invalidar sus actos, son la garantía procesal de audiencia previa con el particular interesado y el plazo de 2 años desde la notificación del acto para hacer efectivo el acto de contra imperio.

En consecuencia, el acto de adjudicación siempre puede ser impugnado vía administrativa, cualquiera sea la causal invocada. Sin embargo, debemos precisar una excepción a la revisión administrativa a petición de parte, la cual se configura en aquellos casos que la Administración de oficio invalide erróneamente una adjudicación. En esta hipótesis el proveedor inicialmente adjudicado no podrá reponer ante la misma entidad licitante ni su superior jerárquico, puesto que el ejercicio de la invalidación constituye el cierre de la vía administrativa de acuerdo al inciso 3° del artículo 53 LBPA. Ese interesado sólo podrá recurrir a la vía jurisdiccional.

### **3.6.3. Legitimación Activa**

Corresponderá a los oferentes afectados por el acto de adjudicación.

### **3.6.4. Legitimación Pasiva.**

Corresponde a la entidad licitante, la que deberá resolver en el plazo de 30 días hábiles los recursos administrativos de reposición y jerárquico y las demás reclamaciones de acuerdo a las reglas generales de los procedimientos administrativos.

## **CAPÍTULO V. EVENTUALES VENTAJAS QUE PRESENTA LA VÍA ADMINISTRATIVA DE IMPUGNACIÓN FRENTE A LA VÍA JURISDICCIONAL: UNA MIRADA COMPARATIVA**

Hemos tratado hasta ahora la revisión de los actos administrativos tanto en LBPA, como su aplicación en los procedimientos licitatorios de la LBCASyPS y los reclamos del portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl). Todos estos mecanismos de impugnación vía administrativa se contraponen a la vía de revisión jurisdiccional, la cual en materia de compras públicas se materializa en la acción de impugnación que conoce el Tribunal de Contratación Pública.

La acción de impugnación ha sido establecida en el artículo 24 de la LBCASyPS, prescribiendo que “El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”. Esta acción fue creada para impugnar los actos administrativos de las entidades licitantes durante el procedimiento licitatorio entre la aprobación de las bases o pliego de condiciones de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive. Así lo indica el inciso 2° de la citada disposición.

Si existe una acción jurisdiccional, es decir que se presenta ante una judicatura que aparece como un tercero imparcial en el conflicto que se suscite

entre oferentes y la entidad licitante, es imperioso preguntarse por qué un oferente en lugar de recurrir a un tribunal de derecho, como lo es el Tribunal de Contratación Pública, recurriría a su contraparte (la entidad licitante) en un procedimiento administrativo para que dirima una controversia en que la recurrida actuaría como juez y parte, dejando casi de manifiesto una presunta parcialidad en el asunto. Es más, por qué un oferente afectado por una resolución del órgano licitante debería recurrir a ella, sabiendo que previamente ha resuelto en su contra. Ambos cuestionamientos aparecen comúnmente en la doctrina como argumentos para sostener la inutilidad práctica de la vía administrativa en cuanto a la revisión de sus propios actos, pues como diría GARCÍA DE ENTERRÍA, no se puede obligar a nadie a sacar agua de un pozo seco.

Por otra parte, a diferencia de otras legislaciones, en el ordenamiento jurídico chileno, no es necesario agotar la vía administrativa para recurrir a la vía jurisdiccional. Existe consenso en la doctrina nacional que el artículo 54 de la LBPA sólo consagraría el carácter potestativo o facultativo de la vía administrativa<sup>287</sup>, quedando al arbitrio del particular optar por la impugnación del acto en sede administrativa o judicial según mejor le parezca.

Entonces, ante este aparente desalentador panorama de la revisión de los actos administrativos por la misma Administración activa, ya sea por la falta de expectativas de conseguir una resolución favorable ante un reclamo o por no ser necesario acudir previamente a recursos administrativos para interponer una acción jurisdiccional, en nuestro caso ante el Tribunal de Contratación Pública ¿Por qué el particular u oferente afectado por una resolución en el procedimiento licitatorio debería hacer uso de la vía administrativa? La respuesta no es sencilla, y posiblemente persuadir al lector acerca de la

---

<sup>287</sup> Así, BETANCOURT SOLAR afirma que no existe una obligación impuesta al interesado de impugnar el acto pretendidamente ilegal o arbitrario ante la Administración previo interponer acción jurisdiccional, sino que solamente existe la imposibilidad de requerir la revisión del acto coetáneamente ante la Administración y el Tribunal correspondiente. En mismo sentido los profesores Bermúdez y Ferrada. BETANCOURT SOLAR. Op.cit. p. 10.



conveniencia de esta vía, es una tarea aún más compleja. Sin embargo, más allá de nuestros juicios previos resulta necesario poner a prueba y contraponer las alternativas que dispone el particular para impugnar las resoluciones que aparezcan contrarias a sus intereses durante los procedimientos licitatorios.

En las siguientes líneas intentaremos demostrar la utilidad de la vía administrativa en la revisión de las actuaciones de la entidad licitante durante los procedimientos licitatorios en torno a cuatro ejes, basados en ventajas comparativas ante la revisión jurisdiccional, de los cuales es posible concluir que la vía administrativa no sólo se presenta como una alternativa de impugnación, sino que aparece como una opción que por razones prácticas podría incluso ser aún más ventajosa que la vía jurisdiccional.

### **1. Las Competencias de la Entidad Licitante ante las Competencias del Tribunal de Contratación Pública**

La primera de las ventajas que proponemos dice relación con las competencias que detenta el órgano de la Administración en su rol de entidad licitante, el cual con el objeto de abastecerse de suministros y de servicios para el cumplimiento de su función pública, tiene las facultades de elaborar las bases o pliego de condiciones, llamar a los particulares a concurso público, recibir las ofertas que estos le hicieren, declarar desierta la licitación en caso de que las ofertas no satisfagan sus intereses, evaluar las ofertas recibidas y, en último término, adjudicar el contrato a la oferta más conveniente al servicio público en consideración de los criterios establecidos en las bases.

El Tribunal de Contratación Pública, por su parte, como órgano jurisdiccional fue creado por la LBCASyPS para efectos de resolver conflictos suscitados durante la licitación a través del conocimiento de la acción de impugnación establecida en el artículo 24 de la ley. De acuerdo a la disposición citada, la acción tiene la aptitud de impugnar cualquier actuación de la entidad licitante que ocurra entre la aprobación de las bases de la licitación y el acto de adjudicación. Sin embargo, es preciso poner atención sobre el alcance que

tienen las competencias del Tribunal sobre los actos de la entidad licitante, los efectos de sus sentencias y otros aspectos esenciales de la judicatura en cuestión.

## **1.2. El Tribunal de Contratación Pública**

El Tribunal de Contratación Pública tiene su origen en la LBCASyPS, la que junto con regular el procedimiento mediante el cual los órganos de la Administración del Estado adquieren bienes y servicios, crea un tribunal especial para resolver conflictos que se susciten con ocasión de la aplicación de la presente ley, específicamente durante los procedimientos licitatorios.

El legislador, en el artículo 22, Título V de la ley, dispuso su creación, estableciendo que tendrá como asiento la comuna de Santiago y fallará conforme a derecho, siendo un órgano judicial, especial e independiente del Poder Judicial, no obstante, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Como señala Felipe OLMOS, la mencionada disposición sólo reproduce a nivel legal el artículo 82 de la Constitución Política, conforme a la cual la Corte Suprema ejerce el gobierno judicial sobre todos los tribunales de la nación, sólo excluidos aquellos órganos jurisdiccionales cuya organización y competencia se encuentran en la misma Carta Fundamental, como lo son el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los Tribunales Electorales Regionales<sup>288</sup>.

El Tribunal de Contratación, es un órgano colegiado, integrado por tres jueces titulares y tres jueces suplentes, designados por el Presidente de la República de ternas elaboradas por la Corte Suprema. Sus miembros se mantienen en el cargo por cinco años, y sus miembros deben elegir un

---

<sup>288</sup> OLMOS CARRASCO, Felipe. "Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública", en "Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes N° 19.880 y N° 19.886", Coordinado por BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA ARROYO, José Luis. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 452-453.

Presidente el cual tendrá dicha calidad por un periodo de 2 años, pudiendo ser reelegido.

El Tribunal, de acuerdo al artículo 23 de la ley, designará mediante concurso público un abogado, a contrata, de su exclusiva confianza y subordinación, quien tendrá el carácter de ministro de fe del Tribunal y desempeñará las demás funciones que éste le encomiende. La ley además encarga a la Dirección de Compras y Contratación Pública, que provea al Tribunal la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.

### **1.2.1. La Competencia del Tribunal de Contratación**

En cuanto a su competencia, el proyecto original de ley enviado por el ejecutivo a las cámaras del Congreso, ni siquiera contemplaba la existencia de un tribunal de contratación administrativa, pues el mismo Ejecutivo con fecha de 3 de Mayo de 2001, formuló una indicación en la que propuso la creación de un Tribunal de Contratación Pública, fijando su competencia para conocer “las reclamaciones que interponga cualquier persona que sea lesionada en sus derechos, cometidos por los organismos públicos regidos por esta ley, en las materias que le sean propias”. Sin embargo, tal indicación no estuvo exenta de críticas y el máximo tribunal de nuestro país, la Corte Suprema, mediante oficio observó al respecto que la competencia restringida que se le atribuía en la indicación no justificaba su creación.

Por indicación del Segundo Informe de Constitución, se propuso un artículo 25 de acuerdo al cual, “Cualquier persona que participe en los procedimientos de contratación, podrá interponer un recurso de reclamación ante el Tribunal de Contratación Pública, en contra de los actos ilegales o arbitrarios cometidos por los organismos públicos regidos por esta ley”.

De manera posterior, se acotó el rango de competencia del Tribunal, restringiendo la aplicación de este recurso de reclamación sólo a los procedimientos licitatorios, estableciendo que la judicatura sería “competente

para conocer de los recursos de reclamación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”.

Una vez restringido el ámbito de la competencia del tribunal al procedimiento de contratación administrativa, el legislador quiso ser más preciso aún, limitando las atribuciones del Tribunal a los actos u omisiones ilegales o arbitrarios, “que tengan lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambas inclusive”.

Durante la tramitación el legislador añadió la limitación de que “con todo el recurso no procederá cuando el acto impugnado haya sido objeto de toma de razón por la Contraloría General de la República”. Misma parte de la disposición, sufrió otra indicación, quedando de la siguiente forma: “por otra parte la Contraloría General de la República se inhibirá de pronunciarse respecto del acto u omisión sometido a su consideración, que esté siendo conocido por el recurso de reclamación (acción de impugnación) regulado por este título, hasta que se resuelva la controversia planteada en última instancia por resolución pasada por autoridad de cosa juzgada”.

No obstante hechas estas indicaciones, un nuevo oficio de la Corte Suprema dirigido a la Cámara revisora, observó que no se puede limitar la competencia del órgano jurisdiccional que se crea al hecho de que la Contraloría General de la República, haya tomado o no razón del acto administrativo, en circunstancias que ese pronunciamiento sólo se refiere a la legalidad del respectivo decreto o resolución y no a su posible arbitrariedad como ocurre con el recurso por vía jurisdiccional. Por otra parte, propone en este informe del máximo Tribunal, que la vía administrativa de impugnación debería agotarse antes de recurrir a la jurisdiccional.

Finalmente el legislador, decidió excluir esta última parte del precepto, quedando la disposición de la siguiente forma:

“Artículo 24.- El Tribunal será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.”

En definitiva, el Tribunal tiene competencia para conocer de los actos u omisiones ilegales o arbitrarios con ocasión de los procedimientos licitatorios que se produzcan entre la aprobación de las bases y el acto de adjudicación.

Sobre la ilegalidad podrían darse dos visiones. La primera considera la ilegalidad como una infracción a la ley en sentido estricto, no considerándose ilegalidades la no sujeción a cuerpos normativos de menor jerarquía como lo sería un reglamento. Por otro lado, hay quienes que entienden la ilegalidad en un sentido amplio, equiparándola a la infracción de cualquier norma jurídica, independiente de su rango, criterio acorde a lo dispuesto por el artículo 6° y 7° de la Constitución Política, de modo que la ilegalidad también abarcaría la infracción a reglamentos.

Lo más congruente, anota OLMOS, sería inclinarse por esta segunda visión. Los artículos 24 y 1° transitorio de la ley, los que establecen que el libelo impugnatorio debe contener la identificación de las normas legales o reglamentarias que le sirven de fundamento y la obligación al Presidente de la República para que dicte un reglamento de ejecución, por lo que constituye ilegalidad tanto la infracción a la ley como a su reglamento RLBCASyPS<sup>289</sup>. No debe olvidarse, además, el principio de estricta sujeción a las bases, el que obliga tanto a la entidad licitante como a los proveedores que participen de la licitación, someter su acción a las bases del procedimiento, por lo que naturalmente también hay ilegalidad en la infracción de ellas.

---

<sup>289</sup>OLMOS.op. cit., p. 465.

En cuanto a la arbitrariedad, como señala el autor recién citado, en la práctica los litigantes prefieren apoyar sus acciones en la ilegalidad del que adolece el procedimiento y no en la arbitrariedad, por el hecho de que el primero representa un canon de ilegitimidad más objetivo, pese que en algunos casos ha podido concebirse arbitrariedad sin el concurso de la ilegalidad<sup>290</sup>.

Respecto a la naturaleza de la competencia del Tribunal, el profesor Ramiro MENDOZA, observa que su competencia se extiende desde la aprobación de las bases de licitación hasta la adjudicación, careciendo el Tribunal de atribuciones para pronunciarse respecto de situaciones no comprendidas dentro de los mencionados hitos del procedimiento de contratación, tanto de compras públicas, asesorías e incluso contratos de obras públicas. Dicho lo anterior, sostiene que, por tanto, es una competencia de carácter precontractual, considerando que el contrato se entenderá celebrado con posterioridad al acto de adjudicación<sup>291-292</sup>. El Tribunal de Contratación

---

<sup>290</sup> *Ibíd.*, pp. 466-467. OLMOS menciona a pie de página el fallo "Cerdea Vásquez con Ilustre Municipalidad de Curicó" TCP Rol N° 3-2006, caso en el que el demandante imputó ilegalidad en el actuar de la entidad licitante al no señalarse en las bases de la licitación una fórmula exacta para evaluar las ofertas presentadas y arbitrariedad en cuanto no se evaluó de igual manera los parámetros definidos por las bases administrativas, de modo que se atenta contra el artículo 6 de la Ley N° 19.886, en cuanto al plazo para la ejecución del proyecto se ponderó de acuerdo a un criterio arbitrario que perjudicó su oferta que habría sido la de menor plazo. En la especie la acción fue desestimada, pero no entraremos en el análisis de sus fundamentos, sino que sólo queremos destacar el hecho de que aún cuando se invoca la arbitrariedad siempre se hace en compañía de un fundamento de ilegalidad.

<sup>291</sup> MENDOZA ZUÑIGA, Ramiro, LARA ARROYO, José Luis. "La Contratación Administrativa y la Ley 19.886: Aspectos a considerar en un recuento jurisprudencial". En Revista de Derecho de la Universidad FinisTerra, Año IX n°9, Santiago, 2005.p. 112.

<sup>292</sup> Cabe observar que si la competencia del Tribunal de Contratación Pública se circunscribe a la ilegalidad o arbitrariedad de los actos administrativos comprendidos entre la aprobación de las bases y la adjudicación inclusive, su competencia sólo recae en procedimientos licitatorios. En este sentido OLMOS anota que "Es evidente que la redacción del inciso segundo (artículo 24) excluye la contratación directa de los procedimientos administrativos de que conoce el Tribunal. Lo anterior porque en el trato directo, no hay aprobación de bases ni acto de adjudicación, ya que ambos actos administrativos son propios de los procesos licitatorios, motivo por el cual la misma norma utiliza la frase "de la respectiva licitación". OLMOS. op. cit. p. 470.

Pública también ha entendido que cualquier controversia que tenga lugar con posterioridad a la adjudicación del contrato está fuera de su competencia<sup>293</sup>.

Asimismo, la competencia del Tribunal de Contratación Pública se extiende más allá del ámbito de aplicación de la LBCASyPS, al abarcar el artículo 24 los actos ilegales o arbitrarios que tengan ocasión en el periodo comprendido entre la dictación de las bases de la licitación y el acto de adjudicación, ambos inclusive<sup>294</sup>.

Así, existen algunas materias que el legislador excluyó de manera expresa de la aplicación de la ley en su artículo 3° que, sin embargo, como anota el profesor MORAGA, deben agregarse a las competencias del Tribunal “ciertas controversias precontractuales que pueden ocurrir en contratos que no se tipifican ni como de suministro ni como de prestación de servicios, pero que también caen dentro de las competencias del tribunal”<sup>295</sup>. Estas controversias versan específicamente sobre contratos de ejecución y de concesión de obras públicas; contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización; y contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley 19.865 que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido. Todos contratos enumerados en la letra e) del mencionado artículo 3 de la LBCASyPS, que por aplicación de lo prescrito en la misma disposición “a las

---

<sup>293</sup> El Tribunal de Contratación Pública, a este respecto ha dicho que: “(...) no corresponde a este Tribunal conocer y juzgar tal proceder, puesto que el claro tenor de la disposición Legal citada al comienzo limita y restringe el conocimiento de la cuestión planteada a los actos u omisiones arbitrarios ilegales anteriores a la adjudicación de la propuesta, cuyo no es el caso”. TCP Rol 16-2006.

<sup>294</sup> Contraloría General de la República al referirse a la competencia del Tribunal de Contratación Pública, en el sentido que ésta incluye no sólo los procedimientos de contratación de suministro y prestación de servicios, sino que también de otros contratos tratándose de los actos administrativos que tengan lugar entre la aprobación de las bases y el acto de adjudicación. Así ha dictaminado: “(...) en consecuencia, debe entenderse que si bien la asesoría de la especie no se encuentra sometida para su concreción al procedimiento contemplado en la señalada Ley sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, todos aquellos actos u omisiones que se estimen ilegales o arbitrarios, verificados dentro del periodo que se ha señalado, son de competencia del Tribunal de Contratación Pública”. Dictamen N° 53.802 de 2005.

<sup>295</sup> MORAGA. op. cit. (3), p. 290.

contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria”. En este mismo sentido Contraloría General de la República ha dictaminado<sup>296</sup>.

### **1.2.2. El Alcance concreto de las Competencias del Tribunal y el efecto de sus sentencias**

Queda claro de acuerdo al tenor literal de la ley y lo expuesto, que la competencia del tribunal está circunscrita al procedimiento licitatorio entre los actos de aprobación de las bases y la adjudicación, siendo en conclusión su competencia puramente precontractual.

Sin embargo, no queda claro qué tipo de medidas podría tomar el tribunal frente a una actuación ilegal o arbitraria de la entidad licitante, cuáles son las facultades del tribunal en cuanto se solicita su intervención y de qué forma podría verse alterado el procedimiento licitatorio.

El artículo 26 de la LBCASyPS dispone que “En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”. De la simple lectura de la norma se podría concluir que el tribunal posee amplias facultades o prerrogativas al momento de sentenciar, puesto que el tribunal en principio podría tomar todas las medidas necesarias para subsanar los vicios de legalidad que adolezca el procedimiento.

Sin embargo, el mismo legislador al momento de repartir competencias entre el Tribunal de Contratación Pública y la Entidad Licitante, cercena en buena parte las facultades del primero, por lo menos en términos prácticos y así

---

<sup>296</sup> “(...)corresponde al Tribunal de Contratación Pública conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de las contrataciones públicas, de suministro de bienes muebles y prestación de servicios, aún en las excluidas de la aplicación del ordenamiento en cuestión, es decir de las de ejecución y concesión de obras públicas en general y de las que contraten los Servicios de Vivienda y Urbanización, así como respecto de los convenios destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas con participación de terceros suscritos de conformidad a Ley n°19.865, conclusión que se encuentra avalada por la historia del establecimiento de la ley”. Dictamen N° 28.353 de 2005.



ha quedado de manifiesto en la jurisprudencia de la propia magistratura como veremos a continuación.

### **1.2.3 Competencia en cuanto a la adjudicación**

El acto del procedimiento licitatorio que es objeto de impugnación de manera más frecuente es la adjudicación del contrato, el acto que pone fin a la licitación. Teniendo en cuenta esto cabe preguntarse cuáles son las facultades del Tribunal ante la petición de un oferente afectado que solicita que se readjudique la licitación en su favor.

El artículo 10 inciso 1° de la LBCASyPS, ha establecido que “El contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente”. Es decir, el legislador ha entregado a la entidad licitante de manera exclusiva la facultad de adjudicar los contratos administrativos. Mediante esta disposición se excluye a cualquier otro órgano de adjudicar contratos. Por tanto, el Tribunal de Contratación carece de toda prerrogativa al respecto.

En efecto, la propia jurisprudencia del tribunal ha entendido que el legislador ha excluido esta competencia de la esfera de sus atribuciones, resolviendo en reiteradas ocasiones ante demandas que solicitan la adjudicación del contrato al actor, que no posee competencias para adjudicar contratos<sup>297</sup>.

En definitiva, el Tribunal de Contratación carece de toda competencia para adjudicar los contratos de la Administración, pues tanto la ley y la jurisprudencia uniforme del Tribunal reconocen que la prerrogativa en cuestión

---

<sup>297</sup> La magistratura en comento ha fallado al respecto de la siguiente forma: “(...) no es posible considerar la petición del demandante en orden a que el Tribunal haga expresa declaración, en cuanto a que la propuesta pública, que dio origen a este juicio, debió serle adjudicada, teniendo en consideración que este órgano jurisdiccional carece de competencia para ello”. TCP Rol 13 - 2010; en el mismo sentido en otra sentencia ha dicho que: “(...) la Ley no ha otorgado competencia al Tribunal de Contratación Pública para adjudicar contratos de bienes o servicios que se licitan o declarar desiertas dichas propuestas porque se trata de atribuciones exclusivas del organismo licitante, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 9° y 10° de la Ley N° 19.886”. TCP Rol 07-2005.

corresponde de manera exclusiva a la entidad licitante. Dicho esto, podríamos considerar a esta como una primera desventaja de la vía jurisdiccional de impugnación, puesto que el servicio público reclamado tiene la atribución excluyente de adjudicar los contratos en procedimientos de contratación administrativa.

#### **1.2.4. Competencias en cuanto a la suspensión del procedimiento**

Los procedimientos licitatorios en materia administrativa tienen su razón de ser en el cumplimiento y satisfacción de necesidades públicas, las que deben ser atendidas por los órganos competentes de manera oportuna; de lo contrario, podría incurrir en responsabilidad ante los ciudadanos por la llamada falta de servicio.

En este panorama, en que la entidad licitante deberá adquirir bienes y servicios en periodos de tiempo acotados para cumplir con la función administrativa, es imperioso que los procedimientos de compra sean expeditos, sin mayores contratiempos y dilaciones.

Esta necesidad de celeridad, muchas veces se ve en conflicto con los intereses de los particulares en procedimientos de impugnación, por la razón de que mientras el oferente afectado por una resolución de la entidad licitante reclama, el procedimiento licitatorio sigue su curso natural. Es por eso que la adopción de medidas cautelares como la suspensión del procedimiento, es de vital importancia para resguardar el interés de los particulares. En este sentido, LARA ARROYO y GARCÍA HUIDOBRO sostienen que "si no se decreta ésta durante el tiempo que medie entre la interposición de la acción y su resolución, es muy probable que la entidad licitante proceda a adjudicar la licitación, perdiendo todo efecto la presentación de la acción y deviniendo en completamente inútil el resultado del proceso"<sup>298</sup>.

---

<sup>298</sup> LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio. "Aspectos críticos de la solución de controversias en la contratación administrativa bajo la Ley N° 19.886: El caso del Tribunal de Contratación Pública", en "Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes N° 19.880 y N° 19.886",

El artículo 25 de la LBCASyPS, en su inciso 2°, establece que “El tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación”.

Por su parte, la LBPA consagra en su artículo 57 la misma prerrogativa para los órganos de la Administración, estableciendo que “La interposición de los recursos administrativos no suspenden la ejecución del acto impugnado”. Agrega su inciso 2° que, “con todo la autoridad llamada a resolver el recurso, a petición fundada del interesado, podrá suspender la ejecución cuando el incumplimiento del acto recurrido pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviera, en caso de acogerse el recurso”.

De las disposiciones transcritas, se desprende que la facultad de suspender el procedimiento administrativo objeto de la impugnación es una atribución que posee tanto la entidad licitante en la vía administrativa de impugnación, como el Tribunal de Contratación ante la acción jurisdiccional, por lo que es evidente concluir que en cuanto a este punto la vía administrativa no presenta ventaja alguna ante las competencias otorgadas al Tribunal. Sin embargo, tampoco podría considerarse como un punto a favor del Tribunal. Si bien la suspensión del procedimiento, es un instrumento que los abogados utilizan de manera muy frecuente, solicitándola generalmente en un otrosí de la demanda, el Tribunal ha sido reacio a decretarla.

De acuerdo a cifras entregadas por el propio Tribunal de Contratación, entre los años 2010 y 2012, de las 552 causas ingresadas en este periodo, sólo en 26 de ellas la magistratura accedió a decretar la suspensión del procedimiento<sup>299</sup>. Como se desprende de estas cifras, el Tribunal ve con reticencia la posibilidad de suspender el procedimiento, decretándola sólo en casos calificados.

---

Coordinado por BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA ARROYO, José Luis. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 430-431.

<sup>299</sup> Cuenta Pública 2012, Tribunal de Contratación Pública, p. 4.

Pese a la tendencia de negar la suspensión del procedimiento licitatorio, han existido casos de suspensión que han alcanzado notoriedad pública por su relevancia. Nos referimos a los casos del Servicio de Registro Civil en 2010, y al caso de la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas en 2011.

El año 2010 el Servicio de Registro Civil fue demandado ante el Tribunal de Contratación Pública, por conductas ilegales y arbitrarias en el procedimiento licitatorio denominado “Contratación de servicios destinados al Sistema de Identificación, documentos de identidad y viaje y servicios relacionados”. En dicho procedimiento uno de los oferentes, SAGEM SÉCURITÉ S.A., ahora MORPHO S.A., solicitó que se dejaran sin efecto varios actos de la licitación, entre ellos, el acta de evaluación técnica, el acta de evaluación económica, y el mismo acto de adjudicación. La demandante sostuvo que la actuación que motivó la acción, consistía en el ejercicio ilegal y arbitrario de las funciones evaluadoras por personas que carecían de competencias y ajenas a las establecidas en las bases para dichos efectos, además de modificarse criterios de evaluación al momento de evaluar las ofertas y la omisión de no declarar inadmisibles la oferta del particular que finalmente resultó adjudicatario, quien no garantizó la oferta en la oportunidad correspondiente.

Junto con la invalidación de los actos mencionados, el oferente solicitó la suspensión del procedimiento licitatorio, medida que fue dispuesta por el Tribunal al proveer la demanda<sup>300</sup>.

Con fecha 17 de agosto del mismo año, el Tribunal resolvió mantener dicha medida. El presente caso es de carácter excepcionalísimo, y así se

---

<sup>300</sup> En esta oportunidad el tribunal se manifestó de la siguiente forma: “Atendido el mérito de los antecedentes, y lo dispuesto en el artículo 25 inciso 2º, en relación con lo establecido en el artículo 24 inciso 2º, ambos de la Ley N° 19.886, se resuelve: Ha lugar a la suspensión de procedimiento administrativo, por un plazo de 20 días corridos, debiendo, en consecuencia, el Servicio de Registro Civil e Identificación, abstenerse de ejecutar o celebrar cualquier acto administrativo o contrato, según sea el caso, dirigido a la prosecución del proceso licitatorio, ID N°594-56-LP08, denominado “Proyecto del Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación”. TCP Rol 85-2010. Resolución 27 de Julio de 2010.

desprende del razonamiento expuesto por el Tribunal en su sentencia definitiva<sup>301</sup>.

Otro caso en que el Tribunal decretó la suspensión del procedimiento y alcanzó notoriedad pública, fue el proceso entablado contra la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB), por varios proveedores que en causas separadas impugnaron diversos actos de un concurso público que licitaba raciones alimenticias para niños y jóvenes estudiantes de establecimientos educacionales públicos.

En un primer momento ante las demandas de VERFRUTTI S.A. y Sociedad Alimenticia O'Higgins Ltda., el Tribunal rechazó las solicitudes de suspensión del procedimiento administrativo.

En ambas causas la decisión del Tribunal tuvo un voto de minoría que sostenía la necesidad de que la licitación se suspendiera. No obstante esta primera negativa, los demandantes repusieron la resolución y el Tribunal accedió a esta petición<sup>302</sup>.

En este caso el Tribunal decretó la suspensión de la licitación; sin embargo, claramente fue más cauteloso en cuanto a su declaración rechazándola en un primer momento, pues como indicó la entidad licitante en el informe requerido por el Tribunal al proveer la demanda, la suspensión del procedimiento administrativo eventualmente "privaría de alimentación a millones de estudiantes".

---

<sup>301</sup> El fundamento del tribunal para mantener la suspensión del procedimiento licitatorio, está dado en el siguiente considerando: "Que la licitación materia de la litis se inició en el mes noviembre del año 2007 y concluyó administrativamente en el mes de julio del año 2010, lo que da cuenta, por una parte, de la complejidad de un proceso altamente tecnificado que requirió de una atención profesional y administrativa especial para su implementación, control y posterior evaluación del Servicio de Registro Civil e Identificación y, por otra, un esfuerzo profesional y técnico significativo de los oferentes para formular sus propuestas, todo ello con un costo económico importante para todos los involucrados, tal como lo han señalado los propios participantes, destinado a satisfacer un fin público del más alto interés, como es dotar a los chilenos de instrumentos idóneos, modernos y durables de identificación y de viaje, por lo que resulta necesario dar término adecuado a dicho proceso". TCP Rol 85-2010. Sentencia definitiva.

<sup>302</sup> TCP Rol 177-2011. Resolución de 11 de Noviembre 2011. En el mismo sentido TCP Rol 178-2011.

Aun conociendo de casos en que el Tribunal de Contratación Pública accede a decretar la suspensión del procedimiento administrativo, no se debe perder de vista que la regla general es que la magistratura en cuestión decline ante estas peticiones. En la mayor parte de las causas, el Tribunal luego de dar por evacuado el informe oficiado a la entidad licitante sobre los hechos que son objeto de la impugnación, resuelve la petición de suspensión rechazándola.

Lo que subyace a la escasa acogida de la suspensión del procedimiento en materia de compras públicas, es la idea de que la función pública debe cumplirse de manera expedita y eficiente. La entidad licitante obra por mandato constitucional y legal en el interés de la colectividad para satisfacer necesidades públicas. En efecto, el cumplimiento de estos fines que afectan a un número indeterminado de personas, no puede paralizarse por la simple pretensión de un particular que negocia con la Administración. Por ejemplo, no podría suspenderse un procedimiento licitatorio que tenga por objeto la compra de insumos hospitalarios o de medicamentos, puesto que se ve envuelto un bien jurídico superior como lo es la salud pública y no podría postergarse el bienestar de la ciudadanía por la resolución de un asunto contencioso entre la Administración y un privado. Por legítima que sea la pretensión del proveedor, no puede anteponerse su conveniencia en desmedro del interés general.

A modo de conclusión y volviendo al planteamiento inicial de este apartado, la acción de impugnación no representa ventaja alguna frente a la vía administrativa de revisión en cuanto a la suspensión del procedimiento licitatorio. Pues, ante la petición del afectado de suspender el procedimiento para asegurar el cumplimiento de sus peticiones principales, la vía jurisdiccional no le otorga garantía alguna de que así sea. Peor aún, estadísticamente es difícil que el Tribunal tome la providencia de suspender la licitación, puesto que la suspensión queda en la práctica reservada para casos calificados, en los que la cuantía y relevancia social de la operación es de tal envergadura que obliga al Tribunal a someter la controversia a un análisis más detenido.

### **1.2.5. Las medidas para restablecer el imperio del derecho y la declaración de nulidad por parte del Tribunal de Contratación Pública**

El artículo 26 dispone que el Tribunal de Contratación “tomará las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho”. Conviene precisar cuáles son en concreto estas medidas.

El mismo Tribunal a través de sus sentencias ha sostenido que existe cierta similitud en cuanto al contenido y facultades sobre el juzgamiento que otorgan el artículo 20 de la Constitución Política, al conocer la acción de protección, y el artículo 26 de la LBCASyPS, al conocer de la acción de impugnación en procedimientos licitatorios. En efecto, el artículo 20 de la CPR dispone que la Corte de Apelaciones respectiva debe tomar "las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado". El constituyente no estableció un catálogo de medidas que podría determinar el juzgador para terminar con los actos u omisiones que priven, perturben o amenacen los derechos fundamentales que ampara dicha acción, sino que optó por un criterio flexible en virtud del cual puedan adoptarse las medidas correspondientes según el caso en concreto. De este modo el Tribunal de Contratación Pública ha estimado que sus facultades para restablecer el imperio del derecho no se limitan a la declaración de nulidad de los actos que se impugnan.

Sin embargo, como hemos visto el Tribunal carece de competencias para adjudicar o readjudicar un contrato de suministro o prestación de servicios, por lo que podríamos decir que el Tribunal no tiene facultades dispositivas sobre el procedimiento ni podría ordenar a la entidad licitante tomar una determinada actitud en cuanto al procedimiento administrativo. La competencia del Tribunal, al contrario, se restringe a la declaración de ilegalidad y arbitrariedad de los actos que se impugnan y a la orden de retrotraer el procedimiento, lo que no es otra cosa que la declaración de nulidad de los actos que adolecen de algún vicio. Por flexible que parezca el texto del artículo 26, en los hechos el Tribunal no está facultado para adoptar otras medidas.

En consecuencia, la forma en que el Tribunal de Contratación Pública restablece el imperio del derecho es mediante la declaración de nulidad del acto impugnado, retrotrayendo en virtud de dicha declaración el procedimiento licitatorio a la etapa anterior del acto impugnado, debiendo la entidad licitante en estos casos volver sobre sus actos y realizarlos nuevamente en conformidad a la ley. Así lo muestra de manera uniforme la jurisprudencia de esta magistratura.

En el procedimiento licitatorio convocado por la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (CENABAST), el cual tenía por objeto la compra de 127.000 unidades del producto farmacéutico que contuviese los principios activos Imipenem y Cilastina Sódica, ambos en una concentración de 500 mg y un dispositivo de transferencia. Uno de los oferentes, Laboratorio Chile S.A. presentó acción de impugnación contra la resolución que adjudicó la propuesta pública a un oferente cuya oferta no cumplía con todos los requisitos establecidos en las bases, lo que a su juicio constituía una clara infracción al principio de estricta sujeción a la bases. El Tribunal, en definitiva, dejó sin efecto la resolución que adjudicó la licitación y ordenó retrotraer la tramitación administrativa del proceso licitatorio al estado de evaluación de las ofertas<sup>303</sup>. Posteriormente la sentencia fue confirmada por el Tribunal de alzada<sup>304</sup>.

En el procedimiento licitatorio denominado “Implementación de programa de capacitación de semilla de ostión del norte desde la reserva La Rinconada, con fines de repoblación de áreas de manejo y explotación de recursos bentónicos”, la empresa Consultora Regional Abimar Limitada demanda a la Subsecretaría de Pesca y Agricultura (SUBPESCA) para que se deje sin efecto el Acta de Evaluación de las ofertas por infringir el principio de estricta sujeción a la bases, por el hecho de no respetar las puntuaciones y

---

<sup>303</sup> TCP Rol 28-2008.

<sup>304</sup> CA Santiago Rol 2271-2010, Microjuris: MJJ27852.



criterios establecidos en ellas, alterando en definitiva la ponderación de las calificaciones de las ofertas técnicas y económicas, adjudicándose el contrato a otro oferente. El Tribunal de Contratación estimó que efectivamente el acta de evaluación se encontraba viciada por los motivos alegados, declarando su nulidad y la del acto de adjudicación que le siguió, retrotrayendo el procedimiento licitatorio hasta la etapa de evaluación de las ofertas<sup>305</sup>.

Por otra parte, la Corte Suprema conociendo un recurso de casación, por el cual la Municipalidad de San Miguel alegó errores de derecho en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel que conoció recurso de reclamación ante la sentencia del Tribunal de Contratación, por la cual resolvió dejar sin efecto el acto de adjudicación y ordenó a la entidad licitante adjudicar a otro oferente la licitación, dispuso que “realizar una nueva adjudicación importa necesariamente evaluar las propuestas de los oferentes que se presentaron a la licitación, por cuanto esa es la única forma de poder determinar si las ofertas se ajustan a las bases administrativas, y entre las que lo hacen, cuál de ellas es la mejor”<sup>306</sup>, quedando de manifiesto que para volver a adjudicar es necesario que la licitación se retrotraiga hasta un estado anterior, siendo el efecto natural de la declaración de nulidad y, además, que la facultad de adjudicar es exclusiva de la entidad licitante, siendo por tanto necesaria una nueva evaluación del mismo servicio público para volver a adjudicar el contrato.

Queda claro, entonces, que la forma en que el Tribunal de Contratación Pública restablece el imperio del derecho es dejando sin efecto el acto viciado del procedimiento y retrotrayendo la licitación al estado inmediatamente anterior. Sin embargo, esta potestad anulatoria que posee el Tribunal, en la práctica se ve restringida notablemente por la naturaleza del procedimiento y las circunstancias que lo rodean, limitando las facultades del Tribunal a simples declaraciones de ilegalidad.

---

<sup>305</sup>TCP Rol 169-2013.

<sup>306</sup> CS. Rol 5348-2007, Microjuris: MJJ19640.

De acuerdo a cifras entregadas por el propio Tribunal de Contratación Pública, en un 56% de los casos en que se acogió la demanda, junto con establecer la ilegalidad y/o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, el Tribunal ordenó medidas para restablecer el imperio del derecho, es decir la declaración de ilegalidad o arbitrariedad del acto, declarando su nulidad y la retroacción de la licitación al estado anterior a aquél en que se produjo el vicio. Por el contrario, en un 44% sólo declaró la ilegalidad y/o arbitrariedad, limitándose a reconocer al actor el derecho a perseguir la indemnización de perjuicios en la sede respectiva<sup>307</sup>.

No es menor que el 44% de las sentencias que acogen las demandas de impugnación en procedimientos licitatorios sólo tengan como resultado el reconocimiento del vicio de legalidad que originó la impugnación. El oferente que hace uso de la acción de impugnación no tiene como móvil la declaración de ilegalidad del acto administrativo. Lo que realmente le interesa es que el Tribunal como componedor del conflicto tome las medidas necesarias para subsanar el vicio y, en definitiva, tener la posibilidad de que se le adjudique el contrato de la licitación. Accionar el aparataje jurisdiccional con el sólo fin de obtener una declaración de ilegalidad sin más, parece un completo sin sentido.

### **1.3. Jurisprudencia del Tribunal en relación al mero reconocimiento de ilegalidad de los actos de la Entidad Licitante**

Al tener en consideración que en más del 40% de las demandas que son acogidas el Tribunal sólo ha reconocido la ilegalidad de los actos de la Administración sin tomar otras providencias, es conveniente exponer la abundante jurisprudencia en este sentido y cuáles son las razones para que esta magistratura falle de esta forma.

El Tribunal de Contratación Pública, para negarse a declarar la nulidad de actos administrativos viciados en el marco de procedimientos licitatorios, ha

---

<sup>307</sup> Cuenta Pública 2012 Tribunal de Contratación Pública, p.8.

dado justificaciones de diversa índole, tanto jurídicas como relacionadas con la realidad administrativa. En cuanto a las primeras, el Tribunal en concordancia con la doctrina de Contraloría General de la República y parte de los autores, ha invocado el respeto por los derechos adquiridos por particulares de buena fe para no dejar sin efecto actos administrativos contrarios a derecho, de modo que ha argumentado que la nulidad de derecho público no puede proceder en desmedro de derechos que particulares han adquirido legítimamente dentro de un procedimiento licitatorio, concluyendo que ante licitaciones que ya han concluido por su adjudicación, se está ante situaciones jurídicamente consolidadas que han sido amparadas por la garantía constitucional establecida en el artículo 19 n°24, que protege el dominio sobre todo tipo de bienes.

Creemos que esta doctrina es equívoca. Tal como criticamos en su oportunidad al referirnos a los derechos adquiridos por terceros de buena fe como límite a la potestad invalidatoria de la Administración, mismo reproche hacemos tratándose de la nulidad de derecho público en manos de esta magistratura. La nulidad es una institución de orden público que tiene como objeto resguardar la legalidad y dejar sin efecto los actos que adolezcan de un vicio originario, institución que no detenta más límite que su prescripción. No puede pretenderse que existan situaciones jurídicas consolidadas a partir de derechos adquiridos en virtud de actos ilegales. Pues del propio texto constitucional, misma norma que utiliza la doctrina privatista para defender los derechos adquiridos, queda claro que el ordenamiento jurídico sólo protege el dominio que ha sido adquirido de forma legítima y en conformidad a la ley.

En cuanto al segundo tipo de argumentos que da el Tribunal de Contratación Pública para no declarar la nulidad de actos ilegales y arbitrarios tienen relación con razones fácticas, de realidad administrativa y de utilidad en pos del interés general. En efecto esta magistratura invoca el interés público envuelto en los contratos celebrados por la Administración, los cuales todos en menor o mayor medida, directa o indirectamente, están destinados a la

satisfacción de necesidades públicas. En función de aquello, el Tribunal ha sostenido que dejar sin efecto contratos administrativos a fin de volver sobre actos viciados de la licitación resulta inconveniente, pues si la necesidad pública está satisfecha, la declaración de nulidad traería consecuencias más perniciosas que los efectos producidos por el acto ilegal o arbitrario.

En definitiva, el Tribunal de Contratación, ya sea por la protección de los derechos adquiridos por el adjudicatario de la licitación o la inconveniencia para el cumplimiento de la función administrativa, no declara la nulidad del o los actos impugnados en tres hipótesis: 1) cuando la entidad licitante ha invalidado el acto impugnado; 2) cuando el contrato con el adjudicatario ya ha sido celebrado y sus prestaciones están en ejecución; y 3) cuando las obligaciones del contrato ya han sido íntegramente cumplidas.

#### **1.3.1. La entidad licitante, con posterioridad a la demanda de impugnación ha dejado sin efecto de oficio el acto viciado.**

Así lo muestra la sentencia de 17 de septiembre de 2009, en la que el Tribunal dirimió sobre un conflicto suscitado entre la Dirección Regional de Atacama del Servicios Nacional del Turismo con la Sociedad de Turismo NCS Chile. La controversia tuvo lugar a propósito de una licitación en que la entidad requería un servicio de atención de tour de familiarización para medios de prensa internacionales en la región de Atacama. Aquí la entidad licitante exigió a través de las Bases una garantía consistente en una boleta bancaria nominativa de un determinado monto con vigencia por 60 días. La demandante presentó acción de impugnación ante el Tribunal por haberse adjudicado el contrato de prestación de servicios a una oferente que no cumplió con esta exigencia. El Tribunal al fallar sobre el particular reconoció la ilegalidad invocada por la demandante, sin embargo, no tomó mayores providencias en consideración que la licitante invalidó el acto adjudicación y la totalidad del

procedimiento al constatar que la licitación adolecía de un vicio de legalidad. Así consta en los considerandos 5° y 6° de la sentencia<sup>308</sup>.

En el mismo sentido, la sentencia de fecha 19 de mayo de 2009, en la que el Tribunal resuelve una causa entre el Hospital Regional de Concepción y la empresa Oftomed Ltda.. El Hospital, habría llamado a una licitación que tenía por objeto el suministro de insumos para tratamientos oftalmológicos. La empresa oferente acciona impugnando a la entidad licitante por haber incurrido en actuaciones arbitrarias e ilegales toda vez que dentro de las exigencias requería el comodato por parte de los oferentes de equipamiento de una determinada marca lo que en definitiva ponía en evidente ventaja al oferente que era proveedor de dicha marca de una manera indirecta y, en los hechos, realizaba una compra directa a la misma bajo la apariencia de una licitación pública, afectando además el principio de igualdad de los oferentes. El Tribunal declaró la ilegalidad de la actuación del Hospital. Sin embargo, no tomó otras medidas en atención que con anterioridad la licitante ya había dejado sin efecto

---

<sup>308</sup>5° Que de la lectura de los considerandos quinto y sexto de la Resolución Exenta N°071, aparece que se dejó sin efecto el acto administrativo impugnado, precisamente por haberse adjudicado a un oferente cuya boleta de garantía de seriedad de la oferta no cumplía con el requisito de vigencia establecido en las bases de la propuesta impugnada, lo que se corrobora con la copia de dicho documento que rola a fojas 71 y además, con la expresa aceptación por el organismo público demandado, de la veracidad de los hechos que fundamentan la demanda, en su informe de fojas 66. En conformidad a lo expuesto, es posible concluir que la demandada al decidir la licitación mediante la Resolución Exenta N°54, de 29 de mayo de 2009, a que se ha hecho referencia, incurrió en una manifiesta ilegalidad, al contravenir, en la forma que ha quedado expresada, el principio de estricta sujeción a las bases de la licitación, contemplado en el artículo 10° de la Ley N°19.886.

6° Que, sin embargo, como ha reflexionado este Tribunal en otra sentencia, (Rol 19-2009), cabe agregar, respecto a las medidas que se adoptarán para restablecer el imperio del derecho, ante la ilegalidad en que incurrió la autoridad licitante, al dictar la resolución adjudicatoria, que no pueden referirse a los efectos de la misma, toda vez que como consta en autos, tanto el acto administrativo materia de la acción de impugnación como el propio proceso licitatorio en que recayó, han sido invalidados con posterioridad a la iniciación de este juicio por la misma autoridad pública que lo dictó, resultando por tanto, improcedente, retrotraer el proceso licitatorio al estado anterior a la etapa de evaluación técnica, como lo pide la parte demandante. TCP Rol40-2009. Legal Publishing: CL/JUR/6787/2009.

los actos viciados, lo que consta en los considerandos 15° y 16° de la sentencia<sup>309</sup>.

En estos casos la intervención del Tribunal se limita a declarar la ilegalidad de los actos de la entidad licitante por la imposibilidad de decretar otras medidas. En ambas sentencias citadas, la entidad licitante, teniendo conciencia de su evidente actuar ilegal y arbitrario, invalidó las resoluciones impugnadas haciendo ejercicio de su potestad invalidatoria consagrada en el artículo 53 de la LBPA, según el cual los órganos administrativos deben invalidar sus actos de oficio o a petición de parte que presenten vicios de ilegalidad. La intervención del Tribunal, como se aprecia, es prácticamente inútil, sin perjuicio de la posibilidad que la acción y la correspondiente notificación de la demanda de impugnación puedan haber influido en la decisión de las entidades licitantes a invalidar sus actos. Sin embargo, esta es una mera suposición.

Por otro lado, que la entidad licitante haya invalidado los actos administrativos viciados, hace pensar que una reclamación por vía administrativa habría sido acogida, es decir, si los oferentes afectados que accionaron ante el Tribunal de Contratación hubieran impetrado en un primer momento un recurso administrativo habrían tenido una resolución favorable y además de una forma mucho más expedita.

---

<sup>309</sup> "15° Que, sin embargo, cabe agregar que respecto a la acción de impugnación interpuesta, las medidas que se adoptarán para restablecer el imperio del derecho, ante la ilegalidad y arbitrariedad en que se incurrió por parte de la autoridad de la entidad licitante, al dictar la resolución que aprobó las Bases impugnadas, no pueden referirse a los efectos de la misma, toda vez, como se ha establecido en los considerandos precedentes, dicha decisión fue dejada sin efecto por la propia autoridad administrativa.

16° Que, no obstante lo anterior y teniendo en consideración el precepto contenido en el artículo 26 de la Ley N° 19.886, no cabe más que reconocer la ilegalidad y arbitrariedad en que incurrió la entidad demandada. Por lo que, si la parte demandante estima que con ocasión de la actuación administrativa de un órgano del Estado, calificada jurisdiccionalmente de ilegal y arbitraria, ha sufrido perjuicios, podrá entablar, ante el tribunal que sea competente, las acciones indemnizatorias que crea corresponderle: y además, recabar de las autoridades que ejercen el control jerárquico sobre el órgano administrativo que adoptó la decisión que se ha calificado como ilegal y arbitraria, tomen las medidas correccionales que procedan y las que sean conducentes a sus particulares intereses". TCP Rol 19-2009.

### **1.3.2. El contrato administrativo ya ha sido celebrado y el adjudicatario ya ha cumplido parte de las obligaciones convenidas.**

Una vez que el contrato ha sido adjudicado a uno de los oferentes y el particular ha comenzado a cumplir con sus obligaciones, el Tribunal de Contratación Pública sostiene que existe una situación jurídica consolidada, en la que el particular adjudicatario ha adquirido derechos y obligaciones que han ingresado a su patrimonio y, por tanto, merece la protección que la Constitución Política otorga por medio de su artículo 19 N° 24. Por otra parte, en su jurisprudencia ha razonado que dejar sin efecto los actos que se impugnan, una vez adjudicados los contratos y estando en plena ejecución, por una cuestión fáctica es del todo inconveniente retrotraer las cosas a un estado anterior si se trata de satisfacción de necesidades públicas, por lo que esa magistratura opta por dar firmeza a estas situaciones jurídicas una vez que los contratos licitados han entrado en su etapa de ejecución.

Así, el Tribunal de Contratación Pública, en el procedimiento licitatorio denominado "Normalización Alumbrado Público, Freirina", convocado por la Ilustre Municipalidad de Freirina, uno de los oferentes, la empresa Servicios Eléctricos del Norte Limitada, presenta acción de impugnación contra la entidad licitante por no excluir a su competidor, cuya oferta, en el ítem "valor agregado" ofreció bienes que no tenían relación con las especificaciones establecidas en las bases, adjudicando en definitiva a su competidor el contrato de prestación de servicios, lo que a su juicio constituyó una manifiesta infracción al principio de estricta sujeción a las bases. El Tribunal estimó que el actuar de la entidad licitante efectivamente merece la calificación de ilegal y arbitrario, no obstante se niega a declarar su nulidad por la razón de que el adjudicatario detenta una situación jurídica consolidada al estar en ejecución las prestaciones establecidas en el contrato<sup>310</sup>.

---

<sup>310</sup> Podemos resumir el razonamiento del Tribunal de Contratación Pública en los siguientes considerandos: "19° Que en este caso, según lo razonado en los consideraciones anteriores, resulta evidente que el acto que se reprocha a la autoridad recurrida merece el calificativo de

Con fecha 9 de noviembre de 2012, el Tribunal de Contratación Pública dictó sentencia sobre una causa entre la Subsecretaría de Energía y la Universidad Mayor, por una acción de impugnación en el marco del procedimiento licitatorio "Plan de Desarrollo Estratégico para la Energía Geotérmica en Chile al 2050". La Universidad Mayor habría solicitado que se declaren ilegales y arbitrarios los actos de evaluación y propuesta de adjudicación, así como también la adjudicación del contrato y la no exclusión del adjudicatario en el momento correspondiente. El Tribunal acogió la

---

ilegal, ya que – como se ha explicado –, la I. Municipalidad de Freirina aceptó la oferta de la empresa EMELAT Ltda., en circunstancias que dicho oferente objetivamente no cumplió con los requisitos contemplados en las Bases de Licitación, al ofertar más allá de lo establecido en las mismas. En consecuencia, la oferta de la empresa EMELAT Ltda., no debió ser sometida a valoración, ni menos habersele adjudicado el contrato de "Normalización del alumbrado público, para la comuna de Freirina" puesto que tal proceder configura una abierta contravención a las bases administrativas, y al principio de estricta sujeción a las bases, consagrado en el artículo 10° inciso 3° de la ley 19.886.

23° Que, tal como consta de los instrumentos agregados a fojas 187 y siguientes, documentos no objetados, se encuentra acreditado en esta causa que en el procedimiento administrativo que es materia de la demanda, se adjudicó la licitación a la Empresa Eléctrica de Atacama S.A. (EMELAT S.A.), tercero ajeno al juicio, y que habiéndose perfeccionado dicho acto se han originado derechos y obligaciones recíprocos y situaciones jurídicamente consolidadas, en particular las derivadas del contrato suscrito entre las partes, para la ejecución de la obra requerida. Por lo demás, según los mismos antecedentes acompañados a fojas 187 y siguientes, el proyecto relativo a la "Normalización Alumbrado Público, Freirina", materia de dicho contrato, se encuentra ejecutado en un 60%.

24° Que, aparte de lo anteriormente razonado, también es posible afirmar que tratándose de situaciones reguladas por el Derecho Público, no resulta posible la aplicación lisa y llana de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contratos de orden privado. En efecto, en el caso que nos preocupa, es un órgano de la Administración del Estado el que ha intervenido como parte en el contrato licitado, y es éste conjuntamente con su contratante quien resultaría afectado por la declaración de nulidad del acto administrativo de aceptación y los actos posteriores, inclusive la adjudicación que resolvió la licitación. De modo que, siendo así, es obvio que es el interés público el que aparece directamente comprometido y obligado en el acto, en función de cumplir dicho organismo con la necesidad de satisfacer una necesidad pública.

25° Que, lo anterior no significa eximir de responsabilidad a los órganos de la Administración del Estado y a los agentes que han concurrido a la ejecución del acto administrativo que ha merecido simplemente la calificación de ilegal, puesto que, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, y conforme a lo que previenen las demás disposiciones legales que dentro de nuestro ordenamiento jurídico regulan estas materias, aquellos interesados que con ocasión del agravio han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal que sea competente, las acciones indemnizatorias que crean corresponderles; y además, recabar a las autoridades que ejercen control jerárquico o jurisdiccional sobre los mismos, adopten las medidas correccionales que procedan y las que sean conducentes a sus particulares intereses". TCP Rol 66-2007.



demanda, estimando que la entidad licitante incurrió en ilegalidad y arbitrariedad al no someterse la Comisión Evaluadora a lo establecido en las bases de la licitación; no obstante, se negó a dejar sin efecto los actos impugnados por el hecho de que a la fecha de dictarse la sentencia, el contrato de prestación de servicios ya estaba casi concluido<sup>311</sup>.

---

<sup>311</sup> "32.- Que, no obstante lo expuesto en los razonamientos precedentes, respecto de la evaluación realizada por la Comisión Evaluadora a la propuesta técnica del consorcio adjudicado contenida en el documento denominado "Acta de Evaluación y Propuesta de Adjudicación", cabe concluir que, incurrió en ilegalidad; ya que realizó el proceso de evaluación de las ofertas, no ajustándose con lo establecido en las Bases Técnicas y Administrativas de la licitación impugnada, que exigían no evaluarla técnicamente y más aún, dejarla fuera de bases, para el caso de omisión de los requisitos técnicos exigidos por el punto 9 de las Bases Técnicas en que incurrió el consorcio adjudicado, infringiendo con ello el principio de estricta sujeción a las Bases consagrado en el artículo 10 inciso 3° de la Ley N° 19.886 y lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto Supremo de Hacienda N° 250 de 2004, que aprobó el Reglamento de ese cuerpo legal, que establece que, la entidad licitante en el proceso de evaluación de las ofertas, rechazará aquellas que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en las Bases.

A mayor abundamiento, también incurrió en una conducta transgresora de las Bases de licitación, al permitir la intervención de personas y órganos ajenos a dicha Comisión en el proceso de evaluación de las ofertas. Además, transgredió el principio de igualdad de los concurrentes establecido en el artículo 6° de la Ley N° 19.886 y en el artículo 20 del Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda N° 250 de 2004, al evaluar la propuesta técnica del consorcio adjudicado y asignarle un puntaje máximo de 100 puntos al criterio "Propuesta de Consultoría", siendo que no podía aplicar puntuación alguna a una propuesta que no debía ser evaluada, por haber omitido requisitos de las Bases Técnicas, por lo que al proceder a evaluarla y asignarle ese puntaje, quedó en situación de privilegio y ventaja frente a sus oponentes, cuyas propuestas habían cumplido estrictamente con todos los requisitos técnicos exigidos por las Bases de licitación.

38.- Que, además, en la situación que aquí nos preocupa, no caben dudas respecto a que la declaración de nulidad lesionaría derechos adquiridos legítimamente por el adjudicatario, de todos modos, amparados en su ejercicio por una garantía constitucional expresa, como es la contenida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, quien resulta ser un tercero que no ha sido parte en el juicio, respecto de quién, además, no se ha demostrado que de algún modo haya intervenido en el acto ni contribuido a causar la ilegalidad declarada, ni que haya existido mala fe en su obrar relacionado con la propuesta pública que se la adjudicó.

39.- Que, en este sentido y para los efectos de lo que se decidirá en la parte resolutive, cabe dejar constancia que el servicio licitado se encuentra adjudicado al consorcio POCH - PHILIPPI, según lo dispuso la Resolución Exenta N° 0906 de 16 de diciembre de 2011, y el contrato a suscribir entre las partes, de acuerdo con lo establecido en el numeral 13 denominado "Vigencia del Contrato" de las Bases Administrativas, tendrá un plazo máximo de ejecución y vigencia de 255 días corridos, a contar de la fecha de la total tramitación del acto administrativo que lo aprueba. No obstante lo anterior y por razones de buen servicio, la ejecución del estudio podrá iniciarse desde la fecha de suscripción del contrato, la que deberá realizarse dentro del plazo máximo de 30 días contados desde la adjudicación; esto es, desde el 16 de Diciembre de 2011, fecha de dictación del acto adjudicatorio, según lo establece el numeral 11.3 de las Bases

En otra sentencia, con fecha de 11 de octubre de 2012, se demandó a la Subsecretaría de Prevención del Delito del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por parte de la empresa Cas-Chile S.A., por un procedimiento licitatorio en que se requería la adquisición de un software y su correspondiente implementación para recursos humanos y sistema de remuneraciones, impugnándose la resolución de Acta de Adjudicación, la cual contenía la evaluación, y el propio acto de adjudicación por estimar que la entidad licitante incurrió en una conducta ilegal y arbitraria al manipular los datos del precio de las ofertas, haciendo parecer más conveniente la propuesta económica de otro oferente. El Tribunal acogió la demanda reconociendo que actuación de la licitante estaba viciada, sin embargo sólo se bastó en declarar su arbitrariedad e ilegalidad<sup>312</sup>.

Con fecha de 26 de junio de 2012, el Tribunal de Contratación Pública resolvió la acción de impugnación presentada por la empresa Constructora Jorge Orellana Lavanderos y Cía. Ltda. contra la Ilustre Municipalidad de Santiago, con ocasión de la licitación Pública denominada "Consolidación estructural y arquitectónica post terremoto Liceo A-17 Internado Nacional Barros

---

Administrativas, razón por la cual, el estudio contratado a la fecha, se encuentra casi totalmente ejecutado". TCP ROL 270-2011.

<sup>312</sup> "24.- Que, en este sentido y para los efectos de lo que se decidirá en la parte resolutive, cabe dejar constancia que el servicio licitado se encuentra adjudicado a la empresa CGE CONSULTORES S.A., según lo dispuso la Resolución Exenta N°267 de 21 de noviembre de 2011, con un plazo de ejecución de 13 meses, contados desde que se encuentre totalmente tramitado el acto administrativo que apruebe el contrato. No obstante lo anterior y por razones de buen servicio, la entidad licitante demandada podrá solicitar el inicio de los servicios contratados a contar de la fecha del contrato, razón por la cual los trabajos contratados a la fecha se encuentran casi totalmente ejecutados.

25.- Que, adicional a lo razonado, es posible afirmar que tratándose de situaciones reguladas por el Derecho Público, no resulta posible la aplicación lisa y llana de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contratos de orden privado. En el caso de autos, es un órgano de la Administración del Estado el que ha intervenido como parte en el contrato licitado y es éste conjuntamente con su contratante quien resultaría afectado por la declaración de nulidad del acto administrativo de aceptación y los actos posteriores, incluido en ello la adjudicación que resolvió la licitación. Es obvio entonces, que es el interés público el que aparece directamente comprometido y obligado en el acto, en función de cumplir dicho organismo con la finalidad de satisfacer una necesidad pública". TCP Rol 251-2011. Legal Publishing: CL/JUR/3034/2012.

Arana INBA- Segunda etapa Sectores A2-B-C-C1-D-E-F", por la que solicitó que se dejara sin efecto el acto de adjudicación que otorgó el contrato licitado a otro oferente, infringiendo el principio de igualdad al dar una ventaja arbitraria a su competidor y, a su vez, se vulneraron los principios de eficiencia y eficacia que deben observar los órganos de la Administración, además del principio de estricta sujeción a las bases de la licitación por considerar criterios de evaluación ajenos a ellas. El Tribunal consideró que los actos impugnados adolecían de ilegalidad y arbitrariedad acogiendo la demanda. Sin embargo, se abstuvo de declarar la nulidad y consecuente retroacción de la licitación por el hecho de que la obra objeto del contrato ya tenía un nivel de avance considerable al momento de dictarse la sentencia<sup>313</sup>.

La Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado en el mismo sentido que el Tribunal de Contratación Pública a propósito de recursos de reclamación contra sentencias de este último.

La Corte, acogiendo parcialmente un recurso de reclamación contra una sentencia de primera instancia del Tribunal de Contratación Pública, con fecha de 24 de Noviembre de 2009, a propósito de una controversia suscitada entre la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud y la empresa AGA S.A., en la que el Tribunal de Contratación declaró la ilegalidad y arbitrariedad del actuar de la licitante al permitir que un oferente completara su

---

<sup>313</sup> "31° Que, consecuentemente, con lo razonado la acción de impugnación deducida habrá de acogerse, fundada en la calificación de ilegalidad y arbitrariedad del acto de adjudicación contenido en la Resolución N° 2430, antes señalada, carácter que se extiende a la evaluación de las ofertas que culminó con la dictación de dicho acto administrativo.

35° Que, además, en la situación que aquí nos preocupa, no caben dudas respecto a que la declaración de nulidad lesionaría derechos adquiridos legítimamente por el adjudicatario, de todos modos, amparados en su ejercicio por una garantía constitucional expresa, como es la contenida en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República, quien resulta ser un tercero que no ha sido parte en el juicio, respecto de quién, además, no se ha demostrado que de algún modo haya intervenido en el acto ni contribuido a causar la ilegalidad declarada, ni que haya existido mala fe en su obrar relacionado con la propuesta pública que se la adjudicó.

36° Que en este sentido y para los efectos de lo que se decidirá en la parte resolutive, cabe dejar constancia que la obra pública licitada se encuentra adjudicada a la empresa Constructora Pío V Limitada, según lo dispuso la Resolución N° 2340, de 12 de octubre de 2011, con un plazo de ejecución de 280 días, a contar del día de entrega del terreno, razón por la cual los trabajos se encuentra bastante avanzados". TCP Rol 200-2011.

oferta y, además, adjudicar el contrato objeto de la licitación al mismo oferente que se le permitió completar su oferta. Junto con declarar la ilegalidad incurrida por la licitante, declaró nulo el acto adjudicatorio y ordenó retrotraer la licitación al estado anterior.

El proveedor agraviado accionó mediante recurso de reclamación, solicitando al tribunal de alzada que revocara la sentencia de primera instancia y, en subsidio, de no prosperar su petición principal, pidió que se revocara la parte de la sentencia que ordenó retrotraer la tramitación administrativa del proceso licitatorio al estado anterior. La Corte de Apelaciones rechazó la petición principal; sin embargo, accedió a la petición subsidiaria, estableciendo que el procedimiento licitatorio no puede retrotraerse en consideración a los derechos adquiridos por el particular adjudicatario y el estado de ejecución del correspondiente contrato<sup>314</sup>.

### **1.3.3. El contrato ya ha sido completamente ejecutado, siendo satisfecha la necesidad pública**

Una tercera causa por la cual el Tribunal sólo declara la arbitrariedad o ilegalidad de los actos impugnados sin declarar su nulidad ni retrotraer el

---

<sup>314</sup>La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió en los siguientes términos: “SÉPTIMO: Que habida consideración de lo señalado en el motivo anterior y tal como lo ha expresado reiteradamente la jurisprudencia del propio Tribunal de Contratación Pública, la declaración judicial de nulidad del acto impugnado, no siempre logra la finalidad perseguida por el legislador, cual es la de restaurar la juridicidad quebrantada, sino puede producir efectos fácticos contrarios a tal propósito. Así, el efecto retroactivo que normalmente originaría tal declaración, podría lesionar derechos adquiridos por el adjudicatario, quien resulta ser un tercero que no ha sido parte en este pleito. Que además, el efecto retroactivo de la decisión judicial de nulidad, no sólo ha perdido oportunidad, sino también carecería de causa, pues la necesidad del organismo público CENABAST consistente en la contratación de un servicio de asistencia ventilatoria, se encuentra en gran medida, satisfecha, sin olvidar que el contrato en el que recae el presente juicio, vence el mes de diciembre de 2009 próximo. También resulta posible afirmar que tratándose de materias reguladas por el Derecho Público, no es factible la aplicación pura y simple de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contratos de orden privado, pues, en el caso de autos, es un órgano de la Administración del Estado quien ha intervenido como parte en la contratación de los servicios requeridos en la licitación de que se trata y son sus usuarios, los que resultarían afectados por la declaración de nulidad del acto administrativo impugnado. De modo que, siendo así, es obvio que es el interés público el que aparece directamente comprometido, representado por la obligación del organismo público de satisfacer una necesidad pública en el ámbito de la salud”. CA. Santiago **Rol:** 2554-2009. Legal Publishing: CL/JUR/8288/2009.

procedimiento, está muy relacionada con la anterior, y se refiere a la imposibilidad absoluta de retrotraer el procedimiento por haber estado el contrato administrativo cumplido al momento de fallarse la causa.

Así lo muestra una sentencia de 21 de junio de 2007, en que el Tribunal resuelve una controversia suscitada entre la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (CENABAST) y la empresa Bestpharma S.A., a propósito de un procedimiento licitatorio que tenía por objeto el suministro del medicamento Hidroclorotiazida CM 50 mg., en el cual a juicio del particular el acto de adjudicación se dictó de manera ilegal y arbitraria, puesto que la entidad licitante infringió las bases al dirimir un empate en la puntuación entre la reclamante, el adjudicatario y un tercer oferente, de una forma no contemplada en las mismas. En efecto la entidad licitante justificó su decisión con un criterio no establecido en las bases de la licitación, lo que en definitiva su actuación vicia el acto que se impugna en la demanda. El Tribunal reconoce la arbitrariedad e ilegalidad del decreto de adjudicación; sin embargo, se abstiene de decretar otras medidas en consideración a que la necesidad pública que motiva el procedimiento licitatorio, ya ha sido satisfecha<sup>315</sup>.

---

<sup>315</sup> El razonamiento del Tribunal de Contratación Pública puede resumirse en los siguientes considerandos: "16º Que, en silencio de la ley, las providencias que en este procedimiento pueden adoptarse para conseguir el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, corresponden a aquéllas que este órgano jurisdiccional determine de acuerdo a sus propias y exclusivas atribuciones. No obstante, para conseguir tal finalidad debe atenderse, entre la multiplicidad de particulares situaciones que puedan producirse, al contenido del acto u omisión impugnado y grado de desarrollo de sus efectos, a la naturaleza y magnitud de la eventual lesión causada al interés privado de quien ha accionado por esta vía, a la posibilidad fáctica y a la conveniencia de retrotraer el estado de las cosas al que se encontraba antes de ejecutarse la acción o incurrir en la omisión materia del reproche, y, también, a los propios efectos de la sentencia que declara su ilegalidad o arbitrariedad, cuidando que éstos no perjudiquen el interés público, comprometido en la mayor parte de los actos administrativos que en materia de licitaciones deben realizar los órganos de la administración para satisfacer necesidades de carácter público.

17º Que, con lo informado a fojas 319, por el Director de la institución demandada, CENABAST, se encuentra acreditado en esta causa que en el procedimiento administrativo de licitación denominado ID N° 621-541-LP05 respecto del medicamento Hidroclorotiazida CM 50 mg., que es materia de la demanda, su suministro fue adjudicado al Laboratorio Maver Ltda., tercero ajeno al juicio, con el cual el órgano licitante celebró el "Contrato de Adquisición de Fármacos", aprobado por Resolución Exenta N° 2.213, de 30 de noviembre de 2005, habiéndose originado respecto de los contratantes derechos y deberes recíprocos, jurídicamente consolidados,

Con fecha 20 de noviembre de 2008, el Tribunal de Contratación Pública, sentenció una causa entre la empresa Sociedad Productora de Eventos Ser Producciones Creativas Ltda. y la Presidencia de la República, por una licitación pública convocada por ésta última denominada "Fiesta de Navidad 2007", en la que se presentó acción de impugnación contra el acta de evaluación de las ofertas y el acto de adjudicación, alegando que la Comisión Evaluadora utilizó criterios inexistentes y arbitrarios al calificar las propuestas. El Tribunal acoge la demanda sentenciando que la entidad licitante ha incurrido en una actuación ilegal y arbitraria al no actuar con apego a lo establecido en las bases del procedimiento; no obstante, no declara la nulidad de los actos que la actora impugna por el hecho de que el contrato licitado ya ha sido ejecutado con casi un año de antelación<sup>316</sup>.

---

encontrándose cumplidas en su integridad las obligaciones de entrega del medicamento emanadas del referido acto jurídico, es decir, íntegramente satisfechas y consumadas las necesidades de suministro que motivaron la propuesta.

23º Que la preeminencia del interés público en relación a los derechos privados individuales, es un principio reconocido tanto por la doctrina como por la normativa de derecho público, en materia de contratación administrativa. En este caso, sin embargo, la supremacía del primero ha surgido como una limitación necesaria a la facultad jurisdiccional de este tribunal para constreñir los efectos propios de la anulación de un acto administrativo, omitiendo deliberadamente una declaración de retroactividad que, además de ser inoportuna, provocaría perjuicio al interés público, inseguridad jurídica y, a lo menos, perturbación en el ejercicio de derechos de terceros dotados de amparo constitucional". TCP Rol 19-2005. Legal Publishing CL/JUR/3227/2007.

<sup>316</sup> El razonamiento del Tribunal de Contratación Pública se puede resumir en los siguientes considerandos: 15º Que, así las cosas, los hechos descritos permiten establecer que, asimismo, se ha vulnerado el principio de igualdad de los participantes, establecido de modo genérico en el artículo 6º de la Ley N° 19.886, y que tiene por finalidad garantizar la actuación imparcial de la Administración en todo el proceso licitatorio, para lo cual se requiere establecer en las Bases de licitación requisitos impersonales y de aplicación general, sin admitir excepción alguna que tienda a favorecer o privilegiar a determinado licitante, con ocasión de la formulación de las bases, estableciendo diferencias arbitrarias entre los proponentes. Lo anterior se extiende, del mismo modo, al proceso de recepción y/o evaluación de las propuestas, no pudiendo cometerse actos que favorezcan a determinados oferentes en detrimento de los intereses de los demás, como ha ocurrido en la especie.

17º Que, cabe agregar que la decisión del Director Administrativo de la Presidencia de la República de adjudicar la propuesta a la empresa Multimúsica S.A. no constituye un pronunciamiento fundado, según lo exige el inciso 1º del artículo 10º de la Ley N° 19.886, dado que su texto no contiene razonamiento alguno que permita establecer los motivos por los cuales acogió la proposición de la Comisión, sin efectuar ningún análisis al respecto, omisión que se explica por la circunstancia de que todos los documentos fueron emitidos el mismo día 3 de octubre de 2007. En efecto, según consta en el Acta de fojas 48, se dio término a la reunión a

En sentencia pronunciada con fecha 24 de septiembre 2009, el Tribunal de Contratación Pública se pronunció sobre la controversia suscitada entre el Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano y la empresa INGELOG Consultores Sistemas S.A., con ocasión del procedimiento licitatorio denominado "Servicio de Operación de Estaciones de Prepago del Transporte Público, Transantiago, Agrupaciones N°s 1 y 2", cuya finalidad era mejorar el sistema de atención de los usuarios del Transantiago para lo cual la empresa contratada debe interactuar con el público mediante la operación y control del uso de tarjetas BIP en las estaciones de prepago, impidiendo la evasión del pago del transporte público. Se demandó a la entidad licitante impugnando el acta de evaluación y el acto de adjudicación por evaluar las ofertas presentadas con desapego a lo establecido en las bases infringiendo abiertamente el principio de estricta sujeción a las mismas. El Tribunal acogió la demanda, sentenciando que efectivamente la entidad licitante no actuó de acuerdo a lo establecido en las bases; sin embargo, no declaró la nulidad de los actos impugnados por encontrarse satisfecha la necesidad pública al momento de fallarse la controversia<sup>317</sup>.

---

las 15.00 horas, mientras que la Resolución de adjudicación N° 4182, de fojas 71, fue subida al portal electrónico de Chilecompra a las 20:45:45 del mismo día.

20° Que, tal como consta de la Resolución N° 4182, de 3 de octubre de 2007, agregada a fojas 71 y siguientes, documento no objetado, se encuentra acreditado en esta causa que en el procedimiento administrativo que es materia de la demanda, se adjudicó la licitación a la empresa Multimúsica S.A., tercero ajeno al juicio, y que habiéndose perfeccionado dicho acto, se han originado derechos y obligaciones recíprocos y situaciones jurídicamente consolidadas, en particular, las derivadas del contrato suscrito entre las partes con fecha 5 de octubre de 2007, para proveer el servicio requerido. Por lo demás, según los antecedentes acompañados a fojas 398 y siguientes, la necesidad pública que se pretendía satisfacer con la contratación del servicio de producción general del evento denominado "Fiesta de Navidad 2007", organizado por la Presidencia de la República, se encuentra totalmente cumplida y que, del mismo modo, el precio convenido por dichos servicios se encuentra íntegramente pagado". TCP Rol 60-2007.

<sup>317</sup> El razonamiento del Tribunal de Contratación Pública se puede resumir en los siguientes considerandos: "12° Que, como se ha dicho, la autoridad administrativa que dictó la Resoluciones adjudicatorias N°s 7642 y 7643, ambas de 27 de diciembre de 2007, hizo suyas las evaluaciones practicadas, las que analizadas en el considerando noveno de esta sentencia, han sido calificadas de erróneas y arbitrarias. De manera que, al actuar de esa forma, el Director del SERVIU Metropolitano, ha quebrantado también el principio de estricta sujeción a las Bases, consagrado en el artículo 10° de la Ley N° 19.886, lo que trae como consecuencia que ambas resoluciones deban ser calificadas como arbitrarias e ilegales, lo que se manifiesta,

Con fecha 3 de junio de 2010, el Tribunal de Contratación dictó sentencia sobre un juicio que tuvo como partes al Hospital Doctor Hernán Henríquez Aravena de Temuco y la empresa Aerocardal Limitada, a propósito de la impugnación de actos en un procedimiento licitatorio que tenía como objeto la prestación de un servicio de ambulancia aérea para el centro hospitalario. La empresa alegó que se le excluyó de la evaluación de ofertas, por la razón de que, a juicio de la entidad licitante, no presentó la acreditación correspondiente en cuanto a la calidad técnica de su personal, tanto de pilotos como personal médico, por lo que impugnó la resolución de evaluación de las ofertas y el posterior acto de adjudicación. El Tribunal acogió la demanda sólo en cuanto a la declaración de ilegalidad sin tomar otras medidas, por la razón de que el contrato a la fecha de la sentencia se encontraba totalmente ejecutado<sup>318</sup>.

---

al haber acogido, por una parte, determinaciones carentes de racionalidad y reproducirlas en los actos administrativos que dictó, y por otra, al haber infringido la disposición legal antes citada.

13° Que, consta de las citadas Resoluciones, que los contratos de servicios adjudicados consideraron un plazo de duración que se extendió desde el 2 de enero al 30 de abril, ambas fechas del año 2008. En consecuencia, atendido a este factor que implica la prestación de un servicio temporal, por un periodo ya transcurrido, no es posible decidir retrotraer el procedimiento licitatorio a la etapa de evaluación de las ofertas, como lo solicita la empresa demandante, motivo por el cual habrá de estarse a lo que se expresará en los considerandos siguientes:

15° Que, aparte de lo anteriormente expuesto, también es posible afirmar que, tratándose de situaciones reguladas por el Derecho Público, no resulta posible la aplicación lisa y llana de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contratos de orden privado. En efecto, en el caso sublite ha sido un órgano de la Administración del Estado el que ha intervenido como parte en los contratos de servicio, y aparece de manifiesto que la necesidad pública que se pretendía satisfacer estuvo referida a un periodo ya vencido con mucha antelación a la fecha de este dictamen". TCP Rol 3-2008.

<sup>318</sup> El razonamiento del Tribunal de Contratación Pública se puede resumir en los siguientes considerandos: "12° Que, considerando que el plazo del contrato expiraba el día 30 de noviembre de 2009 o, hasta completarlos doce traslados adjudicados; puede deducirse que dicho contrato, a la fecha, se encontraría cumplido; por lo que no es posible retrotraer el procedimiento licitatorio a la etapa de evaluación de las ofertas, como lo solicita la empresa demandante, motivo por el cual habrá de estarse a lo que se expresará en los considerandos siguientes.

14° Que, aparte de lo anteriormente expuesto, también es posible afirmar que, tratándose de situaciones reguladas por el Derecho Público, no resulta posible la aplicación lisa y llana de las normas que rigen los efectos de la declaración de nulidad de los actos y contratos del orden privado. En efecto, en el caso sublite ha sido un órgano de la Administración del Estado, el que ha intervenido como parte en los contratos de servicios, ya parece de manifiesto que la



Con fecha 22 de junio de 2010, el Tribunal de Contratación dictó sentencia en una causa entre la Ilustre Municipalidad de Peñaflor y la empresa Constructora Osear Núñez y Compañía Limitada, en la cual impugna el acta de evaluación y el acto de adjudicación de una licitación que tenía por objeto la reparación de una calzada de la Avenida 21 de Mayo de la mencionada comuna, por atentar al principio de estricta sujeción a las bases. El Tribunal, pese a reconocer la arbitrariedad e ilegalidad de los actos, no decreta su nulidad por la imposibilidad de retrotraer el procedimiento toda vez que los plazos establecidos en el contrato se encontraban cumplidos<sup>319</sup>.

Tanto el Tribunal de Contratación Pública como la Corte de Apelaciones de Santiago se limitan a reconocer la arbitrariedad o ilegalidad de los actos impugnados sin decretar la nulidad y consecuente retroactividad del proceso al estado inmediatamente anterior por haber estado satisfecha la necesidad pública que motiva el procedimiento licitatorio, lo que es consecuencia de la dificultad práctica de retrotraer la licitación a un estado anterior y, por otro lado, la consideración de los derechos adquiridos "legítimamente" por los adjudicatarios.

La dificultad práctica de retrotraer la licitación a un estado anterior tiene su causa en la inconveniencia que tendría para la Administración dejar sin efecto un contrato con un proveedor que ha sido "válidamente" celebrado y mediante este contrato de suministro o prestación de servicios se da satisfacción a las necesidades públicas que el servicio tiene como fin cumplir.

---

necesidad pública que se pretendía satisfacer estuvo referida a un período ya vencido o bien, en vías de terminar a la fecha de esta sentencia". TCP Rol 92-2009. Legal Publishing: CL/JUR/11608/2010.

<sup>319</sup> El razonamiento del Tribunal se puede resumir en el siguiente considerando: "13° Que, si se considera el hecho que, por los antecedentes señalados en el considerando precedente, el plazo del contrato comenzó a regir, a más tardar el día 10 de febrero de 2010, dicho plazo de días corridos habría expirado el 31 de mayo recién pasado. En consecuencia, atendido que el plazo de ejecución de la obra objeto del contrato se encontraría expirado a esta fecha, no es posible decidir retrotraer el procedimiento licitatorio a la etapa de evaluación de las ofertas, como procede, motivo por el cual habrá de estarse a lo que se expresará en los considerandos siguientes". TCP Rol13-2010. Legal Publishing: CL/JUR/11604/2010.

Es decir, si el Tribunal de Contratación ordenare a la entidad licitante retrotraer la licitación a un estado anterior, podría incurrir en responsabilidad contractual al dejar sin efecto unilateralmente el contrato de suministro vigente y por otro lado, dejaría de cumplir la necesidad pública si el contrato se encuentra en estado de ejecución.

Como se observa, las consecuencias de una declaración de nulidad de lo obrado en casos en que los contratos ya han sido ejecutados y las necesidades públicas ya han sido satisfechas, podrían ser inconvenientes para la Administración, pues más allá de limitaciones de orden jurídico competencial, el Tribunal estima que tiene límites prácticos que obedecen también a las circunstancias actuales (al momento de fallar) del negocio objeto de la licitación.

Por su parte, los derechos adquiridos, tal como sucede en vía administrativa, se han entendido como una limitación para declarar la nulidad de los actos administrativos contrarios a derecho por parte del Tribunal de Contratación Pública. Como ya se ha expuesto en este trabajo, la LBPA al regular la revocación de los actos administrativos ha establecido expresamente límites a esta potestad, entre las cuales se menciona a los derechos adquiridos legítimamente por los particulares, límite que erróneamente tanto la jurisprudencia como parte de los autores nacionales hacen extensivo a la potestad invalidatoria, doctrina a la que también ha adherido la magistratura en comento.

Los razonamientos del Tribunal de Contratación Pública a nuestro juicio son cuestionables, denotan una incompreensión de la nulidad como institución, otorgan una desmesurada protección al contratante particular y fundamenta su reticencia a retrotraer los procedimientos licitatorios en una óptica de interés general más utilitarista que jurídica.

Existe una incompreensión de la nulidad desde que el Tribunal sujeta su aplicación a la pretendida inconveniencia que invoca. Por oscuro y nebuloso que pueda parecer el desenlace práctico del efecto retroactivo de la nulidad, no

debe olvidarse cuál es el objeto de esta institución, el cual no es otro que salvaguardar la legalidad en el ordenamiento jurídico, lo que en Derecho Público adquiere especial relevancia en atención a los principios esenciales que la rigen, como el principio de supremacía constitucional (artículo 6 CPR) y el principio de legalidad (artículo 7 CPR). Desatender al imperativo jurídico que representa lo anterior para la autoridad, en este caso un Tribunal de la República, no es menos que una declaración manifiesta consistente en la negativa a aplicar el derecho. Contrario a lo que ha dictaminado esta magistratura, no hay argumento jurídico que justifique la no aplicación de la nulidad de los actos que conforman una licitación pública. En efecto, el Tribunal dice que la nulidad y sus efectos no pueden aplicarse lisa y llanamente puesto que ha sido la Administración quien ha licitado un contrato para satisfacer una necesidad pública, no obstante ¿Esa es la mejor forma de proteger la función administrativa? Creemos que no.

Una de las finalidades que motivaron al legislador para determinar que la regla general en los contratos celebrados por la Administración sea la licitación pública, además de la transparencia en que se desarrolla, es que la Administración encuentre las condiciones más ventajosas para contratar, de modo que a través de la confección de las bases del procedimiento licitatorio se establezcan las condiciones, criterios y variables necesarias para elegir la oferta más conveniente para la realización del interés general. Si por ilegalidades dentro de este procedimiento se elige como adjudicatario a un oferente que no ha presentado la oferta más conveniente para los intereses de la Administración, la mejor forma de subsanar esta mala elección es por medio de la aplicación de la nulidad, la que retrotraerá la licitación al punto que la entidad licitante pueda hacer una elección correcta y de ese modo se estaría protegiendo en verdad el interés general. Así, como es la forma de resguardar el interés general, es un deber para la autoridad llamada a ejercer jurisdicción

declarar la nulidad, tal como lo es para la Administración invalidar los actos de su emisión que atenten contra el derecho.

En cuanto a la protección de los derechos de terceros involucrados que invoca el Tribunal para no aplicar la nulidad, creemos que es un límite auto impuesto por esta magistratura que no tiene razón de ser, por lo menos en términos jurídicos. Seguimos al profesor José Miguel VALDIVIA, quien sostiene que "si en derecho administrativo el principio fuera tal como preconiza el Tribunal, llevarlo a la práctica supondría que nunca podrían anularse los actos administrativo ilegales que han sido ejecutados generando efectos de derecho en favor de terceros, o que su nulidad sería una declaración puramente lírica, desprovista de consecuencias útiles"<sup>320</sup>. Si lo que interesa al Tribunal es no atropellar los derechos del adjudicatario que se ha convertido en contratista de la Administración, la nulidad en caso alguno lo dejaría en desamparo. El efecto retroactivo de la nulidad implica que si el contrato se ha puesto en ejecución, necesariamente deben tener lugar restituciones mutuas, de modo que con la declaración de nulidad no se dejará en una desventaja patrimonial al contratante particular, que como dice el Tribunal es un tercero ajeno al juicio de impugnación. De acuerdo a VALDIVIA, la aplicación de las restituciones recíprocas impide que el contratante de mala fe sea compensado, pues si a sabiendas conoce el vicio de nulidad no podría restituirse lo que ha pagado y asimismo estaría vedado de obtener indemnización alguna dada la ilegitimidad de su posición<sup>321</sup>.

Como resultado, en todos aquellos casos que el Tribunal de Contratación se niega a declarar la nulidad y, en consecuencia, no retrotrae el procedimiento licitatorio, reconociendo en un considerando final de su sentencia el derecho a perseguir las responsabilidades administrativas correspondientes y

---

<sup>320</sup> VALDIVIA, José Miguel. "La conservación del contrato anulable en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública", en "La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno" IX Jornadas de Derecho Administrativo, coordinado por FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013, p. 460.

<sup>321</sup> *Ibid.*, pp. 461-462

el derecho a reclamar en la sede respectiva la indemnización por los perjuicios que el particular estime que ha sufrido. El Tribunal reconoce este derecho en los siguiente términos:

"Que, lo anterior no significa eximir de responsabilidad a los órganos de la Administración del Estado y a los agentes que han concurrido a la ejecución del acto administrativo que ha merecido simplemente la calificación de arbitrario o ilegal, puesto que, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, y conforme a lo que previenen las demás disposiciones legales que dentro de nuestro ordenamiento jurídico regulan estas materias, aquellos interesados que con ocasión del agravio han sufrido perjuicios podrán entablar, ante el tribunal que sea competente, las acciones indemnizatorias que crean corresponderles; y además, recabar a las autoridades que ejercen control jerárquico o jurisdiccional sobre los mismos, adopten las medidas correccionales que procedan y las que sean conducentes a sus particulares intereses"<sup>322</sup>.

De modo que el demandante al concluir el juicio de impugnación para dejar sin efecto el acto ilegal o arbitrario que lo ha perjudicado, en una gran cantidad de casos, sólo obtiene una declaración de ilegalidad, que claramente no satisface sus pretensiones y la posibilidad de perseguir las responsabilidades administrativas del caso (derecho que siempre tuvo) además del derecho a perseguir una indemnización de perjuicios ante la entidad licitante, en otro juicio y ante otro Tribunal.

#### **1.4. La consecuencia práctica de un reconocimiento a perseguir indemnización de perjuicios en virtud de la sentencia del Tribunal de Contratación Pública que declara la ilegalidad y arbitrariedad de los actos impugnados**

Como se extrae de la jurisprudencia expuesta, en los casos que el Tribunal de Contratación Pública declara la ilegalidad y arbitrariedad de los

---

<sup>322</sup> Considerando final que el Tribunal de Contratación Pública replica en idénticos términos en todos los fallos citados en este acápite.

actos impugnados y se niega a dejarlos sin efecto, reconoce el derecho al demandante a perseguir las indemnizaciones de perjuicio ante el tribunal correspondiente.

Esta indemnización de perjuicios aparece entonces como un premio de consuelo ante la negativa de retrotraerse el procedimiento. Sin embargo, es prudente y necesario preguntarse ¿Es siempre procedente esta indemnización de perjuicios? Debemos dar de plano una respuesta negativa a esta interrogante por el simple hecho de que las sentencias que dicta el Tribunal de Contratación Pública no tienen mérito de título ejecutivo<sup>323</sup>, por lo que la comentada indemnización de perjuicios no se podría perseguir mediante de dicha sentencia.

De acuerdo al artículo 434 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 530 del mismo cuerpo normativo, es título ejecutivo la sentencia firme, sea definitiva o interlocutoria que contenga la obligación de dar, hacer o no hacer. La sentencia que reconoce al oferente demandante el derecho a perseguir indemnización de perjuicios contra la entidad licitante no

---

<sup>323</sup> Título ejecutivo es un documento que da cuenta de un derecho indubitable, al cual la ley le atribuye el mérito necesario para exigir el cumplimiento forzado de la obligación contenida en él, así los títulos están taxativamente enumerados en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, y en leyes especiales. Estos documentos para ser tales deben reunir ciertos requisitos:

a) Debe ser un título perfecto: Este requisito quiere decir que el título es autosuficiente para que la ejecución se inicie y no requiere de una gestión adicional para preparar la vía ejecutiva.

b) Debe contener una obligación líquida, determinada o convertible: Este requisito es fundamental, ya que para que pueda exigirse ejecutivamente el cumplimiento de una obligación de dar, es menester que su objeto sea líquido, esto es, que se encuentre perfectamente determinado en su especie, o en su género y cantidad.

c) La obligación debe ser actualmente exigible: el artículo 437 CPC prescribe que “Para que proceda la ejecución, se requiere además que la obligación sea actualmente exigible”, siendo exigible cuando no está sujeta a ninguna modalidad que suspenda su nacimiento o ejercicio, ósea, cuando no está sujeta a condición, plazo o modo. La exigibilidad debe ser actual, es decir, debe estar presente al momento de entablarse la demanda ejecutiva.

d) Acción ejecutiva no prescrita: el artículo 442 CPC “El tribunal denegará la acción si el título presentado tiene más de dos años, contados desde que la obligación se hizo exigible; salvo que se compruebe la subsistencia de la acción ejecutiva por alguno de los medios que sirven para deducir esta acción en conformidad al artículo 434”.

Los títulos ejecutivos, solamente pueden ser creados por ley. Uno de ellos es la sentencia firme, ya sea ésta definitiva o interlocutoria, así lo señala el artículo 434 n°1 del CPC.

contiene obligación alguna de dar, hacer o no hacer. En efecto sólo recuerda al particular que, sin perjuicio de que la magistratura en comento no puede declarar la nulidad de los actos que impugna, en virtud de la ilegalidad declarada puede demandar una indemnización de perjuicios. Sólo tendría mérito ejecutivo la sentencia que establezca la obligación a la entidad licitante de pagar cierta cantidad de dinero a la reclamante. Sin embargo, está fuera de las atribuciones del Tribunal de Contratación Pública determinar y ordenar indemnizaciones.

Por otro lado, la jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema, al conocer recursos de casación en el fondo y forma sobre esta materia, es tajante al negar un derecho indemnizatorio al demandante que ha obtenido una declaración de ilegalidad y o arbitrariedad a su favor ante el Tribunal de Contratación Pública. En efecto, la línea argumentativa de nuestro máximo Tribunal se ha centrado en dos puntos. El primero de ellos cuestiona las atribuciones del Tribunal de Contratación Pública, el cual como hemos dicho carece de facultades para establecer indemnización alguna, de forma que la Corte Suprema ha dicho en varias ocasiones, que el sólo hecho de reconocer un derecho indemnizatorio al oferente que impugna, constituye una extralimitación en las competencias de esta magistratura.

En segundo lugar, la Corte Suprema, refiriéndose al perjuicio mismo que haría merecedor al particular de un resarcimiento por parte de la entidad licitante, ha sostenido que no es tal, dado que la posibilidad de haberse convertido en adjudicatario de la licitación es una mera expectativa y que el daño como requisito esencial de la responsabilidad extracontractual debe ser acreditado, ya sea se solicite indemnización por lucro cesante o daño emergente.

A este respecto la Corte Suprema ha fallado de la siguiente forma.

"(...) no es posible encontrar una relación de causalidad respecto al lucro cesante, concluyendo que lo único que tenía la actora eran meras expectativas, incluso luego de la declaración del Tribunal de Contratación Pública siguió con esas meras expectativas, no existiendo antecedente ni de hecho ni jurídico que permita sostener que corresponde adjudicarle la licitación pública; ni además que corresponda dar lugar a la indemnización señalada en la demanda por lucro cesante"<sup>324</sup>.

"(...) la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública a propósito de la licitación de que se trata es insuficiente por sí sola para reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado por los daños que reclama, en especial porque el oferente tiene una mera expectativa (y no un derecho adquirido como ha sostenido el actor) de adjudicarse el contrato, posibilidad que para concretarse depende, entre otros factores, de que la Administración califique su oferta como la más conveniente al interés público. En ese sentido los falladores recalcan que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto y no eventual, de lo que se colige, tal como lo consignan expresamente, que el afectado ha debido acreditar la responsabilidad del servicio demandado, la naturaleza de los daños que reclama y la relación causal respectiva"<sup>325</sup>.

De la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, se extrae que una indemnización de perjuicios a causa de una declaración de ilegalidad y/o arbitrariedad de la entidad licitante, sólo tendría lugar en el caso que en los antecedentes de la licitación y en la misma sentencia del Tribunal de Contratación Pública, conste que la demandante, de no haberse incurrido en la mencionada ilegalidad, hubiera sido el adjudicatario del contrato y sólo en el caso que logre acreditar los perjuicios y el nexo causal entre la ilegalidad de la

---

<sup>324</sup>CS. Rol16.582-2014. Legal Publishing: CL/JUR/6341/2014.

<sup>325</sup>CS. Rol11.364-2014. Legal Publishing: CL/JUR/6211/2014.



entidad licitante y los daños ocasionados. Sin embargo, de la lectura de las sentencias del Tribunal de Contratación, es infrecuente que se declare que el demandante debió ser el adjudicatario, sino que simplemente se limita a constatar la ilegalidad incurrida. Tal hipótesis estaría implícita en casos que sólo dos participantes pasen a ser calificados por la Comisión Evaluadora y uno de ellos sea el demandante, situación que no es la regla general en virtud de la libre concurrencia de oferentes.

### **1.5. Conclusiones en cuanto a las Competencias del Tribunal de Contratación Pública en contraste con la vía administrativa de revisión**

Observamos que el Tribunal de Contratación Pública se ve fuertemente limitado, por un lado, por el estrecho ámbito competencial que le ha otorgado el legislador, ya sea por su competencia temporal dentro del procedimiento, la que se da entre la aprobación de las bases y la adjudicación; sea por su falta de competencias para adjudicar o readjudicar un contrato de suministro o prestación de servicios; o por su negativa a declarar la nulidad de los actos ilegales o arbitrarios de la entidad licitante por razones prácticas o jurídicas.

En este panorama vemos la vía jurisdiccional de impugnación como una alternativa de revisión ineficaz en una considerable cantidad de casos, pues los particulares querrán accionar ante el Tribunal asumiendo todas las complejidades que significa someterse a juicio y la expectativa de tener posibilidades reales de ganar. Sin embargo, el Tribunal se limitará a reconocer la arbitrariedad e ilegalidad de los actos de la entidad licitante sin obtener el reclamante más que un derecho para perseguir las indemnizaciones correspondientes ante la justicia ordinaria. En concreto, tenemos un sin número de sentencias en que el derecho se ha aplicado de manera correcta hasta la negativa de declarar la nulidad, teniendo en consecuencia mismo número de sentencias en que los particulares no ven cumplidas sus pretensiones, obteniendo como resultado una simple declaración de ilegalidad, que sólo tiene el mérito para emprender un nuevo juicio con el objeto de perseguir la

responsabilidad de la Administración, lo que implica nuevos costos y nuevas dificultades.

Dicho esto, no apreciamos una ventaja clara y absoluta para el particular en someterse a la decisión de un tercero imparcial, en cuanto dice relación con las competencias del Tribunal de Contratación Pública. La entidad licitante, conociendo un recurso administrativo, podría adjudicar el contrato en virtud de esta reclamación, podría suspender el procedimiento licitatorio a petición de parte y podría resolver las reclamaciones tomando todas las providencias que estén dentro de la esfera de su competencia, las cuales son amplias considerando que tiene la facultad de adjudicar, invalidar, retrotraer y declarar desierta la licitación, todo en sede administrativa y sin incurrir en mayores costos y dificultades.

## **2. Los Plazos de resolución de la vía administrativa contra los plazos de resolución de la vía jurisdiccional**

Al momento de tomar una estrategia jurídica ante un determinado conflicto, se deben tener en cuenta las distintas acciones que se disponen, las ventajas y desventajas que presentan unas y otras, los costos, las posibilidades de obtener éxito en unas y otras y, también, se debe considerar un factor que no es menos importante, el tiempo que podría demorar cada una de las alternativas disponibles.

En materia de contratación pública el factor tiempo cobra la mayor importancia. En un procedimiento licitatorio en que cada una de sus etapas está sujeta a un plazo establecido en las bases, los oferentes afectados por alguna resolución de la entidad licitante deben tener en cuenta cual es la alternativa de revisión más conveniente y cual podría demorar menos tiempo. Pues, mientras que la entidad licitante resuelve un recurso administrativo o mientras el Tribunal de Contratación Pública tramita una acción de impugnación, muchas veces los procedimientos licitatorios no se suspenden y continúan su marcha de acuerdo

a los plazos establecidos, por lo que es trascendental tener en cuenta cuál es el medio de revisión que muestra mayor celeridad.

El oferente deberá considerar el tiempo en cuanto a los plazos para presentar impugnaciones ya sea mediante recursos administrativos o una acción jurisdiccional, los cuales, como ya nos hemos referido, son acotados y por otro lado tendrá que meditar el tiempo que podría demorar la tramitación y resolución de cada una de estas alternativas.

En las siguientes líneas desarrollaremos este tópico, exponiendo los plazos establecidos por el legislador para la resolución de las impugnaciones de actos administrativos en licitaciones públicas, tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional, y los plazos que estos medios tardan en la práctica en resolver para, finalmente, concluir cuál de las dos vía aparece como más conveniente.

### **2.1.Plazos legales de Interposición**

Los plazos establecidos por el legislador para impugnar actos de la Administración en procedimientos licitatorios son de carácter breve y fatales, lo que dice relación con la celeridad en que se desarrollan las licitaciones y la seguridad jurídica que deben contar los oferentes que se adjudiquen el contrato de la licitación.

Para interponer el recurso administrativo de reposición, los particulares tienen un plazo de 5 días desde la notificación del acto que se pretende impugnar, según establece el artículo 59 de la LBPA. De acuerdo a este mismo artículo el particular podrá interponer de manera subsidiaria un recurso jerárquico, que rechazándose el recurso principal de reposición se elevará de inmediato el expediente al superior jerárquico.

El particular también puede interponer un recurso jerárquico de manera autónoma para lo cual, posee el mismo plazo de 5 días desde la notificación del acto objeto del recurso.

Podría interponerse un recurso extraordinario de revisión, aunque como ya se ha expuesto en este trabajo, en materia de compras públicas tiene escasa utilidad práctica por la dificultad que concurren todos los presupuestos que la ley exige para su procedencia (artículo 60 LBPA), y además que en el plazo de un año desde que el acto se encuentre firme difícilmente será invalidado.

Por su parte, la acción de impugnación para solicitar la revisión del acto que se pretende ilegal o arbitrario ante el Tribunal de Contratación Pública, de acuerdo al artículo 24 inciso 4° de la ley LBCASyPS, “La demanda deberá deducirse dentro del plazo fatal de diez días hábiles, contado desde el momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquél”.

En términos de garantía para el particular, el plazo de 10 días para deducir acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación aparece más conveniente frente a los 5 días para deducir recurso administrativo. Sin embargo, esta ventaja sólo es aparente, puesto que en el plazo de 10 días, al ser más largo podría devenir en la pérdida de oportunidad para invalidar el acto e incluso la posterior imposibilidad de retrotraer el procedimiento, de acuerdo a la doctrina adoptada por el Tribunal.

## **2.2. Plazos Legales para resolver las reclamaciones**

La LBPA fijó en su artículo 59 inciso 5°, un plazo no superior 30 días para resolver tanto los recursos de reposición como jerárquico, plazo que será contado desde su interposición y dentro del cual se incluye todo el procedimiento de impugnación.

Respecto de la demanda de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, la cuestión sobre el plazo para resolver el conflicto y dictar la correspondiente sentencia, se hace más compleja. El artículo 25 de LBCASyPS en su inciso final establece que “La sentencia definitiva deberá dictarse en el plazo de diez días hábiles, contado desde la fecha de la resolución que cita a las partes a oír sentencia”. Sin embargo el Tribunal para

estar en condiciones de dictar una sentencia definitiva tendrá que haber pasado por toda la tramitación del proceso jurisdiccional de impugnación, lo que incluye un emplazamiento a la entidad licitante para que informe sobre los hechos denunciados, la resolución de incidentes y excepciones, y un término probatorio en que las partes podrán acreditar sus alegaciones.

En efecto, el artículo 25 en su inciso 1° establece que la entidad licitante deberá remitir informe al Tribunal sobre los hechos que constituyen la impugnación, estableciendo que “Acogida a tramitación la impugnación, el Tribunal oficiará al organismo público respectivo, acompañando el texto íntegro de la demanda interpuesta, para que, en el plazo fatal de diez días hábiles, contado desde la recepción del oficio, informe sobre la materia objeto de impugnación y las demás sobre las que le consulte el Tribunal”.

Una vez transcurrido el plazo fatal de diez días hábiles para que la entidad licitante informe al Tribunal, haya informado o no dicho órgano, el Tribunal examinará los antecedentes y de acuerdo a este examen establecerá si existen o no controversias sobre hechos substanciales y pertinentes y en esta hipótesis recibirá la causa a prueba, fijando en la misma resolución los hechos a probar, así lo establece el inciso 3° del artículo 25.

El término probatorio decretado por el Tribunal, será de diez días desde su notificación, el cual es de carácter común y en su transcurso deberán rendirse todas las pruebas que se soliciten. De existir prueba testimonial, la lista de testigos deberá presentarse en los primeros dos días del término probatorio. Toda la prueba será recepcionada por un integrante del Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 25.

El inciso 6° del artículo 25 agrega que el Tribunal de oficio podrá decretar medidas para mejor resolver establecidas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil a partir de que reciba la causa a prueba, las cuales deberán cumplirse dentro del plazo de diez días hábiles desde la resolución que

las decreta, sin perjuicio de que deberán ser cumplidas con anterioridad a la dictación de la sentencia.

Debe además agregarse a todos estos plazos que el Tribunal deberá pronunciarse sobre todos los incidentes que se susciten en la tramitación de la impugnación, los que, de acuerdo al artículo 25 LBCASyPS, no suspenden el proceso; sin embargo, de igual forma dilatan su consecución.

Sólo una vez finalizado el término probatorio, el Tribunal podrá llamar a la partes a oír sentencia, debiendo dictarla en el plazo de diez días hábiles desde la anterior citación.

Considerando que las impugnaciones presentadas ante el Tribunal de Contratación Pública inician un juicio, es decir, un proceso en el cual dos partes en oposición se someten a la decisión de un tercero imparcial, éstas demoran más en ser resueltas que las impugnaciones hechas vía administrativa. Por lo que, en principio, en cuanto a tiempo en que las reclamaciones serán resueltas, la vía administrativa parece ser más conveniente para el oferente afectado. Sin embargo, es interesante examinar cómo se dan estos plazos en la práctica y, en definitiva, cuánto realmente demoran los procedimientos de revisión.

### **2.3. Los plazos de resolución de impugnaciones en la práctica**

De acuerdo a datos entregados por el Tribunal de Contratación Pública, pone el periodo comprendido entre el 28 de septiembre de 2010 y el 31 de octubre de 2012, el promedio de duración de la tramitación de las causas fue de 9 meses, contado desde que la demanda fue presentada al Tribunal hasta la fecha de la dictación de sentencia definitiva<sup>326</sup>.

El Tribunal observa respecto a las causas que justifican el tiempo que demora la tramitación de los procedimientos de impugnación, que aquello depende en gran medida de la actividad o, en muchos casos, la inactividad de las partes en el proceso, lo que es natural considerando que estamos hablando de un juicio en que las resoluciones que recaigan sobre cualquier cuestión

---

<sup>326</sup> Cuenta Pública Tribunal de Contratación Pública, 2012, p. 10.

deben ser notificadas. A este respecto el Tribunal ha aclarado que la etapa que más dilata la tramitación del proceso es la resolución que recibe la causa a prueba la que debe ser notificada mediante cédula a todas las partes que intervengan en el juicio<sup>327</sup>.

En la Cuenta Pública, el Tribunal destaca que la demora de la tramitación de las causas ante esa magistratura es bastante baja en comparación con lo que demoraran los juicios ordinarios civiles, sede en la cual deberían incoarse estas impugnaciones de no existir el Tribunal de Contratación. Sin duda podría parecer destacable la labor del Tribunal, no ponemos en cuestionamiento su diligencia. Sin embargo, insistimos en que la tramitación de impugnaciones sobre actos administrativos que corresponden a procedimientos licitatorios que se desarrollan con celeridad y en breves periodos de tiempo, deben ser resueltos de la manera más rápida posible. Una sentencia que demora 9 meses en ser dictada sobre un acto administrativo, como la resolución que recaiga sobre la evaluación de ofertas de una licitación, pierde toda eficacia.

Difícil es conocer la realidad en cuanto a los tiempos que demoran los órganos de la Administración en resolver recursos administrativos, por la razón de que cada órgano funciona de distinta manera y estudios estadísticos al respecto hasta el momento no se han realizado, lo que obedece de cierto modo al desinterés de la Administración por dar a conocer este tipo de información y, por otro lado, la existencia de otros medios de impugnación como la acción vía jurisdiccional que venimos hablando y, recientemente, el reclamo del portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl).

Respecto a este último, sin perjuicio de las críticas que hemos hecho, debemos reconocer que es un mecanismo de revisión que conforma la que hemos llamado vía administrativa, y que pese a no tener base constitucional, legal o reglamentaria y, por tanto, de carecer de poder vinculante a los órganos

---

<sup>327</sup>Ibíd., p. 10.

destinatarios de dichos reclamos, en la práctica han tenido cierto éxito, presentándose como una alternativa a considerar por los oferentes afectados en una licitación.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, los reclamos presentados ante el portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl), son recibidos por la Dirección de Compras y reenviados a la entidad licitante, quien tendrá el plazo de 24 horas, prorrogables por el mismo plazo para ser resueltos. Este plazo es de sumo breve, por lo que la ventaja ante el plazo de resolución de la acción jurisdiccional es evidente. No obstante, en la práctica no siempre se respeta dicho plazo, quedando el reclamo pendiente de ser resuelto por varios días, siendo de todas maneras una alternativa más rápida que demandar ante el Tribunal de Contratación y además, de acuerdo a la jurisprudencia de este último, produciendo los mismos efectos que los recursos administrativos reglados de la LBPA<sup>328</sup>.

Podríamos agregar que la virtud de esta herramienta de revisión es la mediación que realiza la Dirección de Compras ante la solicitud del particular, quien se comunica con la entidad licitante por medio de un equipo de mediadores que de cierta forma ejercen una suerte de presión para que el órgano requerido de respuesta al reclamo.

Más allá de que no se respete el plazo establecido, la resolución de estos reclamos es una alternativa mucho más rápida que demandar ante el Tribunal de Contratación, lo que ejemplificaremos a continuación con la resolución de algunos reclamos elegidos de forma aleatoria de las instituciones que presentan más reclamos ante el portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl).

En el reclamo presentado a la Ilustre Municipalidad de Maipú, ID INC-1203396-T7L1, con fecha 22 de agosto 2014, el reclamante solicita que se aclare sobre qué criterio se pondera la nota precio en la tabla de evaluación del

---

<sup>328</sup> El Tribunal ha reconocido en al menos dos ocasiones que los reclamos interpuestos a través del portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl), poseen la misma prerrogativa que detentan los recursos administrativos regulados en la ley 19.880, es decir su interposición suspende el plazo establecido en el artículo 24° de la ley 19.886 para accionar ante el Tribunal de Contratación Pública.



acto de adjudicación, que en su concepto la oferta que ha presentado en cuanto al precio ha presentado una mejor propuesta que la adjudicada y se le ha ponderado con un 60% y sólo es superada en cuanto al plazo de entrega por un día, variante que tiene una menor ponderación y aún así queda en segundo lugar.

La entidad licitante, responde el mismo día en que se presenta el reclamo y lo acoge de la siguiente forma:

"Estimado proveedor, acogido su reclamo, revisado los antecedentes disponibles en las bases de licitación, se informa lo siguiente. La nota correspondiente al precio se calcula con la fórmula: menor precio \* 7.0/precio de la oferta y el resultado obtenido se multiplica por 60%. En cuanto a la nota de plazo de entrega se calcula mediante escala de notas, siendo el menor tiempo la nota 7.0, bajando 1 punto en cada mayor plazo de entrega.

Se debe considerar que la diferencia entre el proveedor re adjudicado INGENIERIA Y COM. ALEJANDRO FAJARDO y el proveedor que le sigue RICARDO URIZAR, en precio es de 2 décimas y en el plazo de entrega es de 1 punto.

Según las bases de licitación, al sumar todos los resultado ponderados, da la nota final y se re adjudica al proveedor que sigue en nota final, independiente de las notas parciales, por ejemplo: precio. Por tal razón se re adjudica al proveedor que obtiene el segundo lugar con nota final 5,9".

El reclamo así, fue resuelto y acogido en menos de 24 horas, lo que demuestra la rapidez de la resolución de este tipo de presentaciones y su utilidad.

En otro reclamo, presentado por la empresa "Punto Zero Clima" a la Ilustre Municipalidad de Providencia con fecha de 22 de noviembre de 2013, ID: INC-1028576-L8Y9, por el que alega no haber sido evaluados por no presentar

toda la documentación requerida, en concreto antecedentes de eficiencia energética, por lo que solicita que se re adjudique la licitación por presentar el mejor precio, su oferta es de igual o mejor calidad y el tiempo de entrega es el mismo de la adjudicada.

Con fecha 25 de noviembre de 2013, el reclamo es redirigido a la entidad licitante y con fecha 26 de noviembre del mismo año es resuelto de la siguiente forma:

"De acuerdo a su consulta y en lo que respecta a la presentación de documentación de eficiencia energética, se analizaron los requerimientos técnicos y la Tabla de Evaluación y se informa que en el PUNTO N°9 de la licitación "Requerimientos técnicos y otras cláusulas" se solicita sello de eficiencia energética según norma chilena oficial NCH3000.of2006. Asimismo en el ítem 2 "Calidad" punto N° 4 de la tabla evaluativa, indica explícitamente "Debe incluir sello de eficiencia energética según NCH 3081OF.2007."a lo cual su empresa no lo incluyó y por tanto, obtiene una menor calificación en este ítem.

De lo anteriormente expuesto, se adjunta la tabla de evaluación rectificada, la que será subida al portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl), no obstante esta nueva evaluación no alteró el resultado de la adjudicación".

Este reclamo una vez recibido por la entidad licitante fue resuelto en 24 horas, pese a que no se consiguió la re adjudicación solicitada, la entidad licitada realizó una nueva evaluación considerando los antecedentes presentados por la reclamante, no obstante no cumplían con lo requerido de modo que fue evaluada con una menor calificación y, por tanto, el resultado del procedimiento no cambió.

De los reclamos presentados ante estas instituciones la mayoría de ellos son desestimados, ya sea porque en general quienes reclaman sólo tienen en consideración como criterio de evaluación la oferta económica o no comprenden de manera correcta otro tipo de criterios de evaluación y en los

casos que se ha incurrido en arbitrariedad e ilegalidad el vicio se tiende a corregir de oficio.

En definitiva, el tiempo de resolución de estos reclamos es mucho más breve que el de una acción jurisdiccional, por lo que podría considerarse una ventaja, pese a que en muchos casos parece legítimo poner en duda la efectividad de este mecanismo de impugnación. Sin embargo, se debe tener presente que el particular nada pierde en dirigirse a la entidad licitante considerando que resolverá su petición en pocos días y en el evento de no ser acogido su requerimiento, podrá dirigirse al Tribunal de Contratación Pública para interponer la acción correspondiente.

#### **2.4. Conclusiones en cuanto a los tiempos de resolución.**

En consecuencia, concluimos que la vía administrativa, ya sea recursiva o por medio del reclamo del portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) en cuanto a plazos de resolución, se presenta como más conveniente que la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública. Mientras que la acción de impugnación podría superar un tiempo de 9 meses, los recursos administrativos no deberían tardar más de un mes en ser resueltos y los reclamos ante [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl), en la mayor cantidad de los casos no demorarán más que unos pocos días.

Podría sostenerse que pese al mayor tiempo que demora en resolver el Tribunal de Contratación, el oferente afectado podría tener mayor confianza en obtener una resolución favorable con un tercero imparcial. Sin embargo, aunque encuentre una sentencia favorable que reconozca los vicios en que ha incurrido la entidad licitante, al momento de fallarse la causa el Tribunal se verá en la imposibilidad jurídica o práctica de adoptar las providencias pertinentes y, por tanto, en una buena cantidad de casos la intervención de esta judicatura será casi infructuosa.

Por último, si se cuestiona la efectividad de la vía administrativa ante las impugnaciones de los particulares, creemos que en nada obsta a que este

quiera dirigirse con posterioridad al Tribunal de Contratación Pública, pues como veremos a continuación, la revisión administrativa de los procedimientos licitatorios no aparece como excluyente frente a la vía jurisdiccional y, por tanto, una vez concluido el procedimiento de revisión administrativa, podría accionarse jurisdiccionalmente contra los actos presuntamente arbitrarios o ilegales.

### **3. La compatibilidad de la vía administrativa y la vía jurisdiccional de impugnación en el procedimiento licitatorio.**

Cuando se contraponen la vía administrativa a la vía jurisdiccional y al plantear que los oferentes afectados tienen un abanico de alternativas para impugnar un acto del procedimiento licitatorio, pareciera que el particular debe tomar partido por sólo una de ellas y su elección lo priva con posterioridad de optar por otro camino. Nada más alejado de la realidad. El particular afectado por un acto en el procedimiento licitatorio podrá impugnar la resolución administrativa que supone viciada, primero, ante la misma entidad licitante por medio de un recurso administrativo o un reclamo ante [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) y, de no obtener una resolución favorable, podría perfectamente accionar contra la licitante ante el Tribunal de Contratación Pública.

La vía administrativa y la vía jurisdiccional no son totalmente excluyentes, es más, podríamos decir que son complementarias. En efecto, el artículo 54 de la LBPA establece en su inciso 1° que “Interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, no podrá el mismo reclamante deducir igual pretensión ante los Tribunales de Justicia, mientras aquélla no haya sido resuelta o no haya transcurrido el plazo para que deba entenderse desestimada”. La citada disposición establece que no se podrá solicitar la revisión de un acto administrativo de forma simultánea ante la Administración activa y ante Tribunales de justicia; sin embargo, el precepto reconoce la posibilidad de que el reclamo pueda primero incoarse ante la

Administración y, una vez resuelto de manera desfavorable para el particular, demandar al órgano de la Administración ante el Tribunal correspondiente.

Este precepto es completamente aplicable en materia de contratación administrativa. En efecto, el oferente que se vea perjudicado por algún acto de la entidad licitante en el procedimiento de compra de bienes o servicios, podrá pedir a la misma licitante la revisión del acto y, en el escenario que esta rechace la reclamación interpuesta, podrá hacer ejercicio de la acción de impugnación del artículo 24 de LBCASyPS y demandar a la entidad licitante para que el Tribunal de Contratación Pública tome las providencias necesarias para restablecer el imperio del Derecho.

Si bien el plazo fatal para la interposición de la demanda ante el Tribunal de Contratación, que de acuerdo al inciso 4° del artículo 24 de LBCASyPS, es de diez días hábiles contados desde el momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquél, la interposición y resolución del recurso administrativo ante la misma entidad licitante no perjudica a la acción jurisdiccional, puesto que en virtud del inciso 2° del artículo 54 de la LBPA, este plazo se interrumpirá y volverá a contarse desde la fecha que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo.

Por otra parte, si el particular que ya ha interpuesto reclamación administrativa ante la entidad licitante y ésta se encuentra pendiente de resolución, el oferente afectado no tiene la obligación de esperar a que el órgano de la Administración resuelva para interponer la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación, y así lo establece el inciso 3° del artículo 54, “Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión”.

Dicho lo anterior, el oferente afectado por un acto del procedimiento licitatorio podrá interponer un recurso administrativo ante la propia entidad licitante y, en el caso de que la resolución no le favorezca, podrá recurrir al Tribunal de Contratación Pública sin mayor problema, puesto que ambas vías no son excluyentes y la interposición de reclamaciones administrativas de acuerdo al artículo 54, interrumpirá el plazo de interposición de la acción de impugnación y, por otra parte, si el oferente ha decidido no esperar la resolución de la entidad licitante podrá interponer la acción jurisdiccional; sin embargo, su ejercicio inhibirá a la Administración del conocimiento de recursos administrativos. En consecuencia, observamos que ambas vías no pueden ejercerse al mismo tiempo, sin embargo no aparecen de modo alguno excluyentes, al contrario una y otra se muestran como complementarias.

#### **4. El Factor Económico: La no necesidad de acudir con un abogado y la baja cuantía de las licitaciones**

El particular que se pretende afectado por un acto administrativo en un procedimiento licitatorio, además de considerar aspectos como el plazo y tiempo de resolución para optar por algún medio de impugnación, sea por la vía jurisdiccional o por la vía administrativa, también debe reparar en el costo que tiene hacer uso de una u otra opción.

Con costos nos referimos específicamente a los honorarios y las costas. En efecto, el artículo 8° del Auto Acordado de la Corte Suprema sobre el Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, establece que “Toda persona que comparezca ante el Tribunal a su propio nombre o como representante de otra, deberá actuar patrocinada por abogado habilitado para ejercer la profesión y ser representada en conformidad con la ley 18.120”. Es decir, para comparecer ante esta magistratura es necesario hacerlo por medio de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

En cambio, para entablar reclamaciones o recursos administrativos ante la propia entidad licitante, no es necesario hacerlo por medio de un abogado.

La LBPA, al referirse a la capacidad para actuar ante la Administración, en su artículo 20 prescribe que “Tendrán capacidad de actuar ante la Administración, además de las personas que gocen de ella o la ejerzan con arreglo a las normas generales, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.” En cuanto a la intervención de los interesados con apoderados, la misma LBPA en su artículo 22 establece que “Los interesados podrán actuar por medio de apoderados, entendiéndose que éstos tienen todas las facultades necesarias para la consecución del acto administrativo, salvo manifestación expresa en contrario”. Agrega su inciso 2° que “El poder deberá constar en escritura pública o documento privado suscrito ante notario. Se requerirá siempre de escritura pública cuando el acto administrativo de que se trate produzca efectos que exijan esa solemnidad.”

De la lectura de ambas disposiciones se concluye que toda persona tiene capacidad para actuar frente a la Administración, incluyendo a menores de edad para ejercer ciertos derechos, por lo que cualquier proveedor tiene la capacidad para actuar por sí solo ante la Administración y, por otra parte, en cuanto a la intervención de los interesados con apoderados, la ley sólo la establece como una posibilidad, pues emplea la voz “podrá”, de lo que se concluye que sólo será una facultad del interesado recurrir a la Administración con abogado y perfectamente podría hacerlo por sí mismo.

En consecuencia, la impugnación de un acto administrativo por vía jurisdiccional, es decir por medio de una acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, requiere la comparecencia de la parte acompañada de un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión y, por consiguiente,

aparece como una vía en principio más costosa que la vía administrativa, por tener que cubrir el proveedor supuestamente afectado los honorarios del abogado que le representa. En contraste, la vía administrativa no impone al interesado la obligación de que intervenga junto a un abogado, sólo es una facultad que la ley dispone en su favor pudiendo actuar por medio de un apoderado si así lo quisiera y sólo en ese caso se vería en la necesidad de pagar honorarios.

No obstante, tener que valorar las consideraciones anteriores y la obligación de accionar con representación de abogado ante el Tribunal de Contratación Pública, es prudente que el proveedor afectado por una resolución de la entidad licitante, antes de tomar la decisión de que acción hará ejercicio, analice previamente la cuantía del procedimiento licitatorio en el que participa. Es decir, si el valor del precio que la Administración pagará por los bienes o servicios que el particular proveerá son de un monto que amerite asumir los riesgos y costos que implica un juicio o, de lo contrario, si la cuantía es menor y no vale la pena iniciar un juicio al respecto pero, quizás, podría iniciar un procedimiento administrativo de impugnación, en el que podría no incurrir en gasto alguno.

De acuerdo a datos entregados por la Dirección de Compras y Contratación Pública, en el año 2012 la participación de las MIPES (Micro y pequeñas empresas) en Mercado Público asciende al 44%, cifra 4 veces mayor que la participación de las MIPES en la economía nacional, porcentaje que llega al 52% en regiones. Por otro lado, la Dirección de Compras informa que en el 91% de las licitaciones el ganador corresponde a una MIPE<sup>329</sup>. Así, de acuerdo a la Dirección de Compras, los proveedores MIPE se adjudicaron 116.207 ofertas en el mercado público durante el primer semestre de 2013, es decir, que cada una de ellas se ha adjudicado al menos 5 licitaciones en promedio<sup>330</sup> y,

---

<sup>329</sup> Cuenta Pública Dirección de Compras y Contratación Pública.

<sup>330</sup> Informe MIPE, proveedores micro y pequeños empresarios en ChileCompra. Dirección de Compras y Contratación Pública, 2013, p. 2.



además, lideran las adjudicaciones en tres de los cinco rubros más importantes del mercado público, consiguiendo el 54,4% de las adjudicaciones de Servicios de Construcción y Mantenimiento, el 71,4% en Salud, Servicios Sanitarios y Alimentación y el 77,9% en Servicios profesionales, administrativos y consultorías de empresas, siendo dominado por grandes empresas sólo los rubros de medicamentos y productos farmacéuticos y de equipos, accesorios y suministros médicos<sup>331</sup>.

De estos datos podemos extraer que buena parte de las licitaciones realizadas a través del portal Mercado Público, son de baja cuantía, pues si el 90% de las licitaciones son adjudicadas a MIPes, es posible deducir que los contratos administrativos que se licitan a través de esta plataforma son por regla general de baja envergadura y, en muchos de ellos, no valdrá la pena iniciar un juicio de impugnación.

En estos casos, en que por razones de tipo económicas la afectación de un derecho o interés no amerita incurrir en mayores gastos, como lo sería la iniciación de un juicio, puede ser una alternativa conveniente la interposición de una reclamación administrativa mediante un recurso, el que podrá presentarse sin necesidad de abogado patrocinante y, además, sin riesgo de ser condenado en costas.

---

<sup>331</sup> *Ibíd.*, p. 3.

## **CAPÍTULO VI: ASPECTOS CRÍTICOS DE LA VÍA ADMINISTRATIVA DE REVISIÓN DE LAS LICITACIONES PÚBLICAS DE CONTRATOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIONES DE SERVICIOS**

En el anterior capítulo analizamos algunas ventajas que presenta la vía administrativa de revisión de los actos preparatorios en materia de contratación pública, en base a problemáticas que presenta la vía jurisdiccional y, en concreto, la tramitación ante el Tribunal de Contratación Pública, identificando como posibles ventajas las competencias de las entidades licitantes, los plazos de resolución de las reclamaciones, la complementariedad de la vía administrativa y jurisdiccional y algunos aspectos económicos que aparecen como favorables accionando ante la misma Administración.

No obstante valorar las ventajas que podría presentar la vía administrativa, debemos reconocer que al igual que la vía jurisdiccional, también es posible observar algunos aspectos críticos que en ocasiones ponen en jaque toda ventaja teórica de la vía administrativa de revisión. En concreto nos referimos a la no fatalidad de los plazos para la Administración y la problemática del silencio administrativo en el derecho chileno, la dificultad de impugnar el acto de adjudicación una vez celebrado el contrato y, además, de la escasa consideración dogmática y práctica de esta vía.

En este último capítulo se abordarán tópicos ya enunciados y, además, se intentará dar una visión acerca de la aplicación que tiene en la práctica la vía administrativa de revisión en materia de compras públicas.

### **1.¿Los plazos para la Administración son fatales?**

Hasta ahora sabemos que los días para interponer recursos administrativos por parte de los administrados son fatales, de modo que si no se respetan estos plazos, precluye la oportunidad procesal para hacer valer su derecho a la acción en sede administrativa. Así, el administrado tendrá cinco días para interponer un recurso de reposición o jerárquico, un año para un recurso extraordinario de revisión y dos años para solicitar la invalidación. Por su parte, las entidades licitantes para resolver los recursos administrativos, tienen un plazo no mayor a 30 días de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 59 LBPA. Sin embargo, queda pendiente analizar de qué naturaleza es este plazo.

La LBPA cumpliendo el propósito de su proyecto originario, regula en términos generales los plazos de los procedimientos administrativos, en sus artículos 23 a 27.

El primero de ellos, establece la obligatoriedad de los plazos para la Administración, disponiendo que los plazos establecidos en la misma LBPA y otras leyes obligan tanto a autoridades, funcionarios e incluso a los mismos interesados. En cuanto a los funcionarios, la ley manda que aquellos que reciban requerimientos deberán hacerlos llegar a la oficina correspondiente dentro de 24 horas; deberán dictar las providencias de mero trámite dentro de 48 horas contado desde la recepción de la solicitud; deberán evacuarse los informes, dictámenes y actuaciones similares dentro de 10 días desde la petición de la diligencia; y las decisiones definitivas dentro de 20 días, contados desde que el acto se encuentra en estado de resolverse.

En cuanto al cómputo de los plazos, el artículo 25 de la LBPA señala que son de días hábiles, siendo días inhábiles los días sábado, domingo y

festivos. Estos se contarán desde el día siguiente a la notificación o publicación según corresponda. Cuando el último día del plazo sea inhábil, se prorrogará al primer día hábil siguiente. Los plazos podrán ampliar de oficio o a petición de los interesados, siempre que no esté prohibido y dicha ampliación no podrá superar la mitad del plazo ampliado, no pudiendo ampliarse un plazo vencido.

Por último, el artículo 27 dispone que los procedimientos administrativos no podrán exceder de 6 meses desde su iniciación hasta su resolución, salvo mediere caso fortuito o fuerza mayor.

Revisada toda la regulación acerca de los plazos que ofrece la LBPA, nada dice sobre si estos plazos son o no fatales.

El profesor MORAGA, afirma que los plazos para la Administración son obligatorios a propósito del principio conclusivo, el cual informa los procedimientos administrativos de acuerdo al artículo 8 de la LBPA, fundando su obligatoriedad en una garantía de certeza jurídica para el administrado, lo que a la postre le otorga la posibilidad de prever cuál será el tiempo máximo que demorará la Administración en tomar una decisión<sup>332</sup>. No obstante sostener su obligatoriedad no afirma la fatalidad de los plazos para la Administración.

Por su parte, Contraloría General de la República ha negado en reiteradas ocasiones la naturaleza fatal de los plazos para la Administración, afirmando que el legislador ha establecido estos plazos con el único fin de "dar un buen orden administrativo" a los servicios públicos y los procedimientos que sustancien los mismos<sup>333</sup>. Así, los plazos sólo tienen como objeto el establecimiento de un buen orden administrativo para dar cumplimiento a sus

---

<sup>332</sup> MORAGA KLENNER. Op. cit. (1), p. 167.

<sup>333</sup> A este respecto Contraloría General de la República ha dictaminado de la siguiente forma: "(...) los plazos para la Administración no son fatales y que sólo tienen por finalidad la implantación de un buen orden administrativo del Estado, quienes pueden cumplir sus actuaciones en una fecha posterior a la establecida por las leyes y reglamentos". Dictamen N° 857 de 2010. En el mismo sentido, "(...) los términos fijados por el ordenamiento jurídico para que los Órganos de la Administración del Estado o sus agentes desarrollen sus cometidos, no son fatales, por lo que su inobservancia no es causal de invalidación de los actos administrativos, sin perjuicio de las responsabilidades en que puedan incurrir los funcionarios por el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones". Dictamen N° 20.469 de 2012.

funciones y, como consecuencia, del incumplimiento sólo procederían medidas disciplinarias contra los funcionarios correspondientes.

La doctrina sostenida por esta institución fiscalizadora parece atentar contra los principios de celeridad, de conclusión e inexcusabilidad establecidos en la propia LBPA y atentaría contra el mismísimo principio de servicialidad de la Administración establecido en el artículo 1° inciso 4° de la Constitución Política de la República. A nuestro parecer, pierde sentido el establecimiento de plazos para la resolución de procedimientos administrativos si no existe fatalidad de dichos plazos en su resolución, en particular, en procedimientos administrativos de impugnación, en los cuales la certeza jurídica que en principio se quiere dar al administrado se convierte en nada más que una declaración de principios.

Sin embargo, dicho lo anterior y teniendo como premisa máxima en materia administrativa el principio de servicialidad de la Administración para los administrados, existen leyes que regulan la actividad de la Administración que establecen sanciones para aquellos entes de la Administración que no cumplan con los plazos establecidos por la ley.

La misma LBPA en la parte final del inciso 4° del artículo 24, establece que la prolongación injustificada dará origen a responsabilidad administrativa.

La LOCBGAE también ha prescrito en varios de sus artículos deberes y sanciones en cuanto al cumplimiento de la función administrativa.

Su artículo 4° ha establecido que “El Estado será responsable por los daños que causen órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere declarado”. En el mismo sentido su artículo 42 “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

El artículo 5° de la LOCBGAE establece que “Las autoridades y funcionarios deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública”.

Por su parte el artículo 8° de la misma ley ha establecido que “Los órganos de la Administración del Estado actuarán por propia iniciativa en el cumplimiento de sus funciones, o a petición de parte cuando la ley lo exija expresamente o se haga uso del derecho de petición o reclamo, procurando la simplificación y rapidez de los trámites”, agrega su inciso 2° que “Los procedimientos administrativos deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y reglamentos”.

Por último el artículo 11 de la LOCBGAE prescribe que “Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia”, agrega su inciso 2° que “Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos , como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”.

Aunque no refiere al incumplimiento de plazos de procedimientos administrativos impugnativos, es interesante el tratamiento que da al respecto la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Su Título VI de la ley 20.285 sobre “Infracciones y Sanciones” establece en su artículo 46 que “La no entrega oportuna de la información en la forma decretada, una vez que ha sido ordenada por resolución a firme, será sancionada con multa de 20% a 50% de la remuneración correspondiente”, agrega en su inciso 2° que “Si la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, persistiere en su actitud, se le aplicará el duplo de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por un lapso de cinco días”. Como se observa dicha normativa establece duras sanciones ante el incumplimiento de plazos de entrega de información por requerimientos amparados por la citada

ley, lo que demuestra el creciente interés del legislador por la probidad en el aparato estatal y nos hace pensar que ésta podría ser una nueva tendencia en las futuras normas relativas a la Administración, puesto que esta ley es de una data más reciente que las anteriores disposiciones comentadas.

De los artículos citados, se extrae que los órganos de la Administración del Estado deben velar por el cumplimiento de la función pública así como también, la obligación para sus órganos de llevar la tramitación de los procedimientos administrativos y resolver las peticiones a la Administración de forma rápida y expedita, estableciendo un sistema de control jerárquico intra órgano y un régimen de responsabilidad siempre que con ocasión del cumplimiento de los cometidos de la Administración se cause daño a los particulares o se incurra en falta de servicio.

En resumen, más allá de que la ley no se refiera a los plazos establecidos para la Administración como fatales, ha establecido de manera clara su obligatoriedad en atención al principio de servicialidad que informa toda la actividad administrativa, así como el principio de conclusividad e inexcusabilidad que establece la LBPA y que el no cumplimiento de dichos plazos en virtud de lo dispuesto en LOCBGAE y otras leyes administrativas, los órganos de la Administración incurrir en responsabilidad toda vez que ocasionan daños a particulares con la no resolución de los procedimientos de impugnación.

## **2. El silencio Administrativo Negativo y la Suspensión del plazo para interponer acción jurisdiccional**

Uno de los propósitos con que se inició la tramitación de lo que es actualmente la LBPA fue regular el silencio administrativo, tanto positivo como negativo y sus efectos, lo que consta en el mensaje del Ejecutivo al Senado con el que se inicia la tramitación del proyecto.

El silencio administrativo se ha definido en la doctrina como “una ficción que la ley establece en beneficio del interesado, y en virtud de la cual se

considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la Administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos previstos por la ley”<sup>334</sup>.

La ley en definitiva regula esta institución en los artículos 64, 65 y 66, regulando en el primero el silencio administrativo positivo, en el segundo el silencio administrativo negativo y en el tercero los efectos que tiene la institución.

El artículo 64 al referirse al silencio administrativo positivo ha establecido que “Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas”. Agrega el inciso 2º de este artículo que “Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada”. Concluye su inciso 3º estableciendo que el interesado podrá solicitar a la Administración que certifique que su solicitud no ha sido resuelta en el plazo que la ley establece para dichos efectos.

En cuanto al silencio administrativo negativo el artículo 65 establece que “Se entenderá rechazada una solicitud que no sea resuelta dentro del plazo legal cuando ella afecte el patrimonio fiscal. Lo mismo se aplicará en los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando deba pronunciarse sobre impugnaciones o revisiones de actos administrativos o cuando se ejercite por parte de alguna persona el derecho de petición consagrado en el numeral 14 del artículo 19 de la Constitución Política”.

---

<sup>334</sup> GÓNZALEZ NAVARRO, Francisco. “Derecho Administrativo Español. El Acto y el Procedimiento Administrativos”. Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 1997, p.893.



Como se observa de la lectura de los preceptos citados, la amplitud del silencio administrativo positivo parece ser vasta, poniendo verdadera presión a la Administración para dar respuesta las solicitudes de los administrados. Sin embargo, esta presunta regla general deviene en un mero espejismo del propio análisis de la norma y de su aplicación práctica. En efecto, para aplicarse el silencio positivo se requiere un procedimiento administrativo iniciado a petición de un particular, así acusa la norma al utilizar la voz "solicitud", por lo que no podría operar esta institución en procedimientos iniciados por la Administración. Por otro lado, Contraloría General de la República ha sostenido que respecto al procedimiento como presupuesto de existencia del silencio administrativo, éste debe consistir en una tramitación que exceda de una petición a la Administración y una respuesta con una simple negativa o afirmativa, asimismo tampoco tendría aplicación en cuestiones incidentales, ni en casos que el peticionario no haya cumplido con los requisitos establecidos para la emisión de un acto<sup>335</sup>.

Por otro lado, el artículo 65 al regular el silencio administrativo negativo termina de vaciar el contenido de su artículo precedente, pues existirá silencio negativo en los casos que las resoluciones puedan afectar el patrimonio fiscal, los casos en que la Administración actúe de oficio, cuando resuelva impugnaciones de actos administrativos y cuando se haga ejercicio de la garantía contenida en el artículo 19 n°14 de la Carta Fundamental, es decir el Derecho de Petición. La gran parte de las hipótesis imaginables caen dentro del silencio administrativo negativo, en este sentido seguimos las elocuentes palabras de Eduardo SOTO KLOSS, quien recién publicada la LBPA dijo, "se

---

<sup>335</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. "El Silencio Administrativo en el Derecho Chileno", en "Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes N° 19.880 y N° 19.886", Coordinado por BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA ARROYO, José Luis. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 49-50.

establece una buena norma con la mano y se borra con el codo"<sup>336</sup>, derogando de hecho lo establecido en el artículo 64.

En la misma línea, de manera más reciente, el profesor Gabriel BOCKSANG, concluye que "si en los procedimientos iniciados de oficio se aplica el silencio negativo, si en los procedimientos iniciados a solicitud de persona interesada también se aplica el silencio negativo, y si no hay formas de iniciar un procedimiento, no cabe sino concluir que en todo procedimiento administrativo se aplicará siempre el silencio negativo a falta de acto que resuelva expresamente la cuestión, salvo que exista una norma expresa en contrario, dada la supletoriedad de la Ley N° 19.880"<sup>337</sup>.

En cuanto a la materia que nos concierne, dentro de las hipótesis del silencio administrativo negativo se encuentran las impugnaciones hechas a actos administrativos, es decir, las reclamaciones hechas en procedimientos de impugnación no se entenderán aceptadas por la ausencia de pronunciamiento expreso del respectivo órgano de la Administración. En términos prácticos esto tiene dos consecuencias:

1) que los recursos o reclamaciones administrativas que no hayan sido resueltos en el plazo legal de 30 días por la entidad licitante penden indefinidamente; y

2) que el plazo fatal de 10 días para interponer la acción jurisdiccional ante el Tribunal de Contratación no se reanuda mientras la entidad licitante no resuelva la reclamación o mientras el interesado no certifique que el órgano requerido no ha resuelto la solicitud.

Respecto a la primera de estas consecuencias prácticas, los recursos administrativos puedan estar pendientes de resolución indefinidamente, lo que parece a lo menos grave. En principio, los órganos de la Administración, de

---

<sup>336</sup>SOTO KLOSS. Eduardo. "La Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, ¿"Aleluya" o "Miserere"?", en "Ley N°. 19.880, sobre procedimientos administrativos". Universidad Santo Tomás, Santiago, 2003, p.91

<sup>337</sup> BOCKSANG HOLA, Gabriel. op. cit., pp. 56-57.

acuerdo a lo establecido en la propia LBPA, tienen la obligación de dictar resolución expresa en todos los procedimientos administrativos que se inicien y, por tanto, con una norma que regule el silencio administrativo, de la forma como se ha hecho, deja abierta la posibilidad a la Administración de hacer caso omiso al conocimiento de las impugnaciones que se les presenten, por la razón de que el propio legislador ha establecido una ficción legal, según la cual, si la Administración omite pronunciarse sobre determinado asunto, en este caso sobre la impugnación de un acto administrativo, el particular deberá entender que su petición ha sido rechazada. Poco podrá hacer el particular de encontrarse en esta situación, su única opción será solicitar al mismo órgano de la Administración que se ha negado a resolver su impugnación que certifique que no ha dado respuesta en el plazo legalmente establecido.

Queda de manifiesto la dificultad de conciliar el silencio administrativo negativo con el principio de inexcusabilidad consagrado en el artículo 14 inciso 1° de la LBPA, que señala que “La Administración estará obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla, cualquiera que sea su forma de iniciación”. Ante esta discordancia y eventual incumplimiento de sus funciones por parte de la entidad licitante, reconocemos que poco se puede hacer, como concluye Eduardo SOTO, “uno ve, una vez más, el criterio estatista, de vuelta y redivivo, llenando de prerrogativas y privilegios a la Administración y haciendo siempre tan difícil la vida a los ciudadanos, a cuyo servicio debería estar aquélla, si acatara la Constitución (arts. 1° inc. 4° y 5° inc. 2°)”<sup>338</sup>.

En cuanto a la segunda consecuencia práctica que adelantamos, el plazo para interponer la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública continuará interrumpido hasta que la entidad licitante resuelva la reclamación administrativa o el particular interesado solicite al mismo órgano que conoce su reclamación que certifique que no ha dado respuesta en el plazo

---

<sup>338</sup>Ibíd., p. 91.

establecido en la ley. Pues de acuerdo al inciso 2° parte final del artículo 65 LBPA, se ha establecido que "El certificado se otorgará sin más trámite, entendiéndose que desde la fecha en que ha sido expedido empiezan a correr los plazos para interponer los recursos que procedan". De lo anterior se desprende que el plazo de 10 días fatales podría estar suspendido por un largo periodo de tiempo, lo que de alguna forma favorece al particular, ya que la gestión impugnatoria vía administrativa ha fracasado categóricamente, queda a su disposición la acción jurisdiccional, la que sin embargo a ese momento por el tiempo ya transcurrido podría tener escasa utilidad (considerando la doctrina adoptada por el Tribunal de Contratación Pública).

En el derecho comparado también se han planteado estos cuestionamientos. En España la mayor controversia a este respecto ha sido la que se refiere a la obligación que tiene la Administración de resolver y los efectos que esta obligación genera sobre el derecho al recurso de los interesados<sup>339</sup>. En la legislación hispana, como en Chile, el artículo 42 LRJAP ha establecido la obligación de resolver, estando la jurisprudencia española conteste ante este postulado, sin embargo el mantenimiento de esta obligación trae el problema de la doble posibilidad del administrado, es decir, de recurrir al silencio administrativo una vez se cumpla con el plazo o esperar a que la Administración resuelva de manera expresa. Sin embargo, esto acarrea problemas de seguridad jurídica que afectan tanto a los interesados en el procedimiento administrativo como a terceros, que tratándose de procedimientos de impugnación en licitaciones, corresponden a quienes han adquirido derechos subjetivos o una posición más favorable si aún no ha concluido. No obstante, el ordenamiento jurídico español contempla una norma que viene a solucionar de algún modo esta situación. La Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998 estableció, en su artículo 46.1 un plazo

---

<sup>339</sup>MUÑOS MACHADO, Santiago. "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General". Tomo IV. Editorial Iustel, Madrid, 2011, p. 158.

concreto y relativamente breve para la interposición del recurso contencioso administrativo en los casos que se den los presupuestos del silencio, el cual es de seis meses y se computará a partir del día siguiente a aquél en que de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Lo anterior significa que en el derecho español la situación de incertidumbre, en que el recurso administrativo podría estar pendiente de ser resuelto, tiene un tope máximo de seis meses, lo que de alguna forma salvaguarda la seguridad jurídica. En Chile sólo se ha establecido que los procedimientos administrativos no pueden durar más de seis meses; sin embargo, la norma no establece sanciones o efectos de darse esta hipótesis.

Además, en España existe otra diferencia con la legislación chilena. No obstante los procedimientos de impugnación también están dentro de las hipótesis de silencio administrativo negativo, el artículo 43.2 LRJAP señala que cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa<sup>340</sup>.

La realidad en Chile es otra, el recurso administrativo podría estar pendiente de resolución por tiempo indefinido si el interesado no solicitare certificación del silencio negativo y en ningún caso podría entenderse como estimada una solicitud rechazada en primer momento si no se cumpliera nuevamente con el plazo legal de resolución. Asimismo, mientras no se requiera la certificación del silencio negativo el plazo para accionar frente el Tribunal de Contratación Pública seguirá interrumpido indefinidamente, lo que naturalmente podría atentar a la seguridad jurídica en los procedimientos de compras públicas.

---

<sup>340</sup> *Ibíd.*, p. 154.

### **3. La dificultad de revisar vía administrativa el procedimiento licitatorio si el contrato con el adjudicatario ha sido celebrado**

Por regla general todos los actos que conforman la licitación pública son susceptibles de ser revisados por la Administración activa, mediante los recursos administrativos establecidos en la ley y por el ejercicio de las potestades invalidatoria y revocatoria en los plazos establecidos para tales efectos. Sin embargo, es preciso preguntarse si la Administración puede volver sobre sus actos una vez que el procedimiento licitatorio ha concluido y el contrato ha sido celebrado encontrándose en plena ejecución o, peor incluso si ya ha sido íntegramente cumplido. En estos casos, naturalmente deberá dejarse sin efecto el contrato en cuestión si se pretende la revisión de los actos que condujeron a la Administración a su celebración. Pero ¿puede la Administración como contratante, dar por terminado el contrato a excusa de su falta de validez?

Como se ha expuesto, buena parte de la doctrina sostiene que una de las características esenciales de los contratos celebrados por la Administración es la presencia de poderes exorbitantes que puede ejercer en contra del contratante particular, tales como el poder de dirección, fiscalización y control, la facultad de modificar el contrato o *iusvariandi*, el poder de sancionar al contratista y el poder de terminar unilateralmente el contrato.

Así, la LBCASyPS establece en su artículo 13° que podrán modificarse o terminarse anticipadamente por a) la resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes; b) el incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante; c) el estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato; d) por exigirlo el interés público o la seguridad nacional; y e) por las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación. De modo que las entidades licitantes podrán terminar

unilateralmente el contrato por resolución fundada de configurarse una de las causales establecidas en la ley.

Volviendo a la interrogante planteada en este acápite, no se encuentra la invalidez del contrato como una causal de terminación unilateral por parte de la Administración. El impugnante, que será un tercero a esta relación contractual no reclama a la entidad licitante por causa de un incumplimiento de las obligaciones que se hayan pactado o por el interés general, sino que lo hará en atención a que la licitación pública adoleció de un vicio de legalidad que hace merecedor de nulidad al acto impugnado y, en consecuencia, al contrato mismo. Sin embargo, de acuerdo a la ley no sería posible que la propia Administración caduque el contrato en atención a su validez, a menos que lo establezca como una causal en las bases del contrato.

La ley no habilita a la Administración para pronunciarse sobre la validez de los contratos que celebra, de modo que no podría dar por terminado un contrato ante una reclamación administrativa que invoque la ilegalidad de alguno de los actos de la licitación. Dicho de otro modo, la oportunidad para solicitar a la Administración que vuelva sobre uno de sus actos en un procedimiento licitatorio y tener una real posibilidad de resolución favorable es hasta la celebración del contrato, puesto que con posterioridad la entidad licitante no podrá dejar sin efecto la convención sin invocar una causal de las establecidas por el legislador o de las que haya incluido en las bases de la licitación. Celebrado el contrato, la impugnación de los actos que adolezcan de ilegalidad corresponderá ejercerla vía jurisdiccional, sin perder de vista la reticencia del Tribunal de Contratación Pública para declarar la nulidad de los actos viciados una vez celebrado y puesto en ejecución el contrato.

#### **4. La escasa aplicación de la vía administrativa de impugnación en materia de compras públicas: Un breve estudio acerca de la realidad administrativa**

Hemos analizado las eventuales ventajas de la vía administrativa de revisión de actos administrativos en procedimientos licitatorios y algunos aspectos críticos de la misma. Sin embargo, no nos hemos remitido de manera directa a lo que sucede en la práctica con las impugnaciones administrativas en materia de contratación administrativa.

De antemano dejamos de manifiesto las dificultades de dar un panorama acabado de cómo se dan estas impugnaciones en la práctica, puesto que no existe un organismo que realice algún estudio, estadísticas o recabe información acerca de la interposición, tramitación y resolución de reclamaciones y recursos administrativos. Por esta razón no existe un estudio cuantitativo ni cualitativo acerca del ejercicio en la realidad administrativa de las reclamaciones contenidas en LBPA ni tampoco de su realidad en los procedimientos licitatorios regulados por la LBCASyPS y su reglamento.

##### **4.1. Estudio sobre la operatividad práctica de la vía administrativa de revisión**

Ante esta dificultad de conocer la realidad práctica de la vía administrativa de impugnación, durante la realización de este trabajo se envió bajo el amparo de la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, requerimientos de información en virtud de su artículo 10°, solicitando a 20 organismos de la Administración de distinta naturaleza, regidos por la LBCASyPS, documentos e información referente a recursos administrativos presentados ante resoluciones con ocasión de procedimientos licitatorios de contratos de suministro y prestación de servicios. No es nuestra intención realizar un estudio estadísticos acerca de la realidad administrativa en esta materia, pues tal tarea sólo sería posible solicitando a la totalidad de los servicios que adquieren bienes y servicios por medio de los procedimientos



licitatorios la información correspondiente, sino simplemente dar al lector un panorama general acerca de lo que ocurre con en la práctica con el control administrativo en materia de compras públicas.

En concreto se solicitó:

- Copia de los recursos administrativos (de reposición, jerárquico, especial de revisión, aclaración) presentados durante los últimos 3 años al servicio público como entidad licitante en cualquier etapa del procedimiento licitatorio derivados de la Ley N° 19.886.
- Copia de las resoluciones de estos recursos administrativos por parte de la entidad licitante durante los últimos 3 años.
- Copia de resoluciones de actos de revisión de oficio por parte de la entidad licitante durante procesos licitatorios de suministro y prestación de servicios.

Los resultados de este sondeo fueron los siguientes:

De los 20 órganos requeridos todos contestaron nuestro requerimiento. Sin embargo, debemos observar que no todas las respuestas otorgadas fueron satisfactorias o, por lo menos, aclaratorias de la existencia de la información solicitada.

Los organismos consultados y sus respuestas fueron las siguientes: Defensoría Penal Pública, Municipalidad de la Florida, SEREMI de Agricultura Región Metropolitana, Dirección General de Obras Públicas, Carabineros de Chile, Municipalidad de Estación Central, Contraloría General de la República, Subsecretaría de Defensa, Ejército de Chile, Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas, Junta Nacional de Jardines Infantiles, Municipalidad de Maipú, Policía de Investigaciones, Dirección General de Aguas, Fiscalía Nacional Económica, Hospital Clínico San Borja Arriarán, Gendarmería, Ministerio de Agricultura, Dirección de Compras y Contratación Pública y la Universidad Tecnológica Metropolitana (UTEM).

## **4.2. Análisis de la información recibida**

De los 20 órganos consultados, 2 de ellos negaron dar curso a nuestra solicitud de información pública, pues estimaron que los documentos solicitados son de carácter genérico, que al no contar como servicios públicos, con funcionarios de exclusiva dedicación a ordenar y clasificar todas las resoluciones sobre los procedimientos administrativos, estimaron que la búsqueda de lo solicitado distraería de sus tareas a los agentes de estas entidades licitantes. En ambas negativas se citaron resoluciones del Consejo para la Transparencia, que ha confirmado este tipo de pronunciamientos, en los que los organismos de la Administración se amparan en la causal de secreto o reserva contenida en el artículo 21° n° 1 letra c) de la Ley N° 20.285, el que establece la posibilidad de guardar secreto o reserva "Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente (...)Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales". Las entidades licitantes que respondieron de forma negativa fueron Carabineros de Chile y la Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas.

De los 18 servicios restantes, sólo cuatro de ellos afirmaron haber recibido recursos administrativos en contra de actos que conforman los procedimientos licitatorios de contratos de suministro y prestación de servicios, durante los últimos 3 años. Sorprende la escasa utilización de estos mecanismos de impugnación, pero sorprende más la cantidad de recursos presentados. En los documentos recibidos podemos contabilizar sólo un recurso administrativo por cada uno de estos organismos. Los recursos interpuestos fueron los siguientes: dos de reposición, uno ante Gendarmería y otro ante el Ministerio de Agricultura, el que también conoció recurso jerárquico que fue presentado de manera subsidiaria al de reposición; un recurso de

reconsideración, herramienta de impugnación establecida en el artículo 136 del Código de Aguas que es un homologado del recurso de reposición, ante la Dirección General de Aguas; y una solicitud de invalidación en virtud del artículo 53 LBPA, que el reclamante y la entidad licitante han llamado recurso de invalidación.

Los recursos de reposición y jerárquico fueron desestimados. Como se puede observar en el análisis particular que se realiza de estas presentaciones, carecían de fundamento<sup>341</sup>. Por su parte, el recurso de reconsideración ante la Dirección General de Aguas estaba en tramitación al momento de contestar nuestra solicitud. Por último, el recurso de invalidación fue parcialmente acogido.

De los demás servicios requeridos, cuatro de ellos señalaron no haber sido objeto de recursos administrativos en materia de compras públicas en el periodo indicado, sólo habiendo recibido demandas en virtud de la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública. Estas entidades licitantes, fueron el Hospital Clínico San Borja Arriarán, la Municipalidad de Maipú, la Municipalidad de la Florida y la SEREMI de Agricultura Metropolitana.

No obstante, de no haber consultado al respecto, resulta interesante que varias de las entidades licitantes, al responder sobre si han sido conocedoras de recursos administrativos en la materia, han hecho referencia a los reclamos de [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl).

Entre éstas últimas debemos distinguir dos grupos. El primero de ellos pareciera entender que los reclamos al portal de la Dirección de Compras son recursos administrativos y son el mecanismo idóneo de impugnación al tratarse de ilegalidades y arbitrariedades vía administrativa en procedimientos licitatorios de compras públicas. Así en sus respuestas, al tratarse de impugnaciones vía administrativa, se refieren directamente a este tipo de reclamos, adjuntando listas de este tipo de presentaciones extraídas del sitio [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl). Entre

---

<sup>341</sup> Véase el Anexo de este trabajo.

estas entidades licitantes podemos nombrar la Municipalidad de Estación Central, Contraloría General de la República, Fiscalía Nacional Económica y la Subsecretaría de Defensa.

Otras entidades licitantes, en cambio, reconocen diferencias entre recursos administrativos y los mencionados reclamos. En efecto, al contestar sobre la existencia de recursos administrativos presentados en el periodo de tiempo indicado, contestan que no se han presentado recursos de esta naturaleza en los procedimientos licitatorios realizados como entidad licitante, caso de la Defensoría Penal Pública, que pese a no recibir recursos administrativos, revoca (debió invalidar) una licitación pública en atención a un reclamo de [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) que denuncia una arbitrariedad en la evaluación de las ofertas. La Dirección General de Aguas, también ha reconocido una diferencia entre estas presentaciones, pues por un lado responde de manera expresa que el único recurso administrativo del que ha sido objeto en la materia, ha sido el recurso de reconsideración al que ya nos hemos referido, agregando que, además, ha recibido en el periodo consultado alrededor de 60 reclamos por medio del sistema de información.

Sobre este segundo grupo de servicios públicos es interesante observar, que pese a reconocer que estos reclamos interpuestos en el portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) no se corresponden a los recursos administrativos establecidos por el legislador, han resuelto algunos de ellos de manera favorable, dejando sin efecto los actos reclamados sea en virtud de la potestad invalidatoria del artículo 53 LBPA o de la potestad revocatoria del artículo 61 de la misma ley.

Uno de ellos corresponde a la Resolución Exenta N° 1512 de 24 de mayo de 2012 de la Dirección General de Aguas, que recayó sobre la Resolución Exenta N° 1340 de 2 de mayo de 2012 que adjudicó la licitación pública ID N° 1019-61-LE12, denominada como "Desarrollo e implementación de programas computacionales de sistema de datos GPRS", adjudicada la

empresa Red Global Ltda. En este reclamo el peticionante sostuvo que la Comisión Evaluadora incurrió en errores al calificar las ofertas, solicitando una reevaluación de las mismas y se le adjudicara el contrato. El servicio accedió a esta reevaluación y, en definitiva, acogió el reclamo dejando sin efecto el acto de adjudicación, readjudicando al reclamante la licitación. En este reclamo, si bien no se respetó el plazo establecido por la Dirección de Contratación y Compras Públicas, de un total de 2 días para dar una respuesta, la impugnación de todos modos fue resuelta dentro de 30 días como los demás procedimientos administrativos de carácter impugnativo.

El segundo de estos reclamos vía portal mercadopublico.cl, se impugna el resultado de las actas de evaluación en la licitación "Contratación del servicio de auditoría externa de gestiones de defensa en audiencia de preparación de juicio oral", de la Defensoría Penal Pública, procedimiento que fue publicado en el sistema de información bajo la ID 18-16-LE1. En esta presentación con fecha 22 de agosto de 2014 la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, alegó defectos en la aplicación de los criterios de asignación de puntaje señalados en el acta de evaluación de las ofertas, lo que constituiría una actuación ilegal y arbitraria por parte del servicio público. Con fecha 25 de agosto de 2014, la Resolución Exenta N° 504 resolvió revocar el procedimiento licitatorio (en realidad correspondía invalidar) en atención a que el acto impugnado resultaba necesariamente arbitrario, debido a que en las bases no se contemplaron todas las hipótesis posibles para la asignación de puntajes<sup>342</sup>. El presente reclamo

---

<sup>342</sup> En efecto la reclamante alegaba que al asignar el puntaje correspondiente subfactor f.2, referido al plazo, se le asignó 7,5 puntos, siendo que procedía asignar 15 puntos en conformidad a las bases de la licitación. La tabla contenida en las bases contemplaba tan sólo tres hipótesis:

- a) 0 puntos, para la oferta que propusiese un plazo inferior de 8 semanas o superior de 10, cuyo caso no es el de la oferta de la Universidad de Chile.
- b) 7,5 puntos, sólo cuando el plazo de ejecución completo de la propuesto es de 8 semanas.
- c) 15 puntos, para las propuestas con plazo inferior a 10 semanas y superior a 8 semanas, correspondiendo la única hipótesis en la cual se encuadra la oferta presentada por la reclamante.

La oferta de la reclamante correspondía a 9 semanas, por lo que a asignación de 7,5 puntos resulta inexplicable en atención a que el mismo estaba reservado exclusivamente para aquellas

tampoco respetó del todo el plazo establecido por la Dirección de Compras y Contratación Pública, sin embargo sólo lo excedió en un día, es decir, en un periodo mucho menor de lo que tardaría un procedimiento impugnativo de carácter formal como los establecidos en la LBPA.

Por último, existen entidades licitantes que pese a no ser objeto de reclamaciones revisan de oficio los actos de sus procedimientos de contratación, sea por ilegalidad o en resguardo el interés general y de la función pública, lo que demuestra que si un particular es capaz de demostrar a la Administración que ha incurrido en una ilegalidad es muy posible que su reclamación sea acogida. Entre estas entidades licitantes podemos nombrar a la Policía de Investigaciones, la Universidad Tecnológica Metropolitana, la Dirección de Obras Públicas, la Junta Nacional de Jardines Infantiles, la Dirección de Compras y Contratación Pública y la Defensoría Penal Pública.

#### **4.3. Algunas reflexiones sobre la información recibida y la realidad práctica en el estado actual de las compras públicas**

Analizados estos requerimientos de información pública, podemos llegar a tres conclusiones.

i. La vía administrativa de impugnación, en términos formales, como la constituida por los recursos administrativos establecidos en la ley, tiene escasa aplicación práctica en materia de compras públicas. Pues aunque en 4 de los organismos consultados, se habían presentado recursos de esta naturaleza, sólo había sido uno en cada uno de ellos. Pues podría concluirse que la tasa de reclamaciones en la materia es baja y probablemente lo es, ningún sistema está pensado para que la regla general sea la inconformidad del administrado, la arbitrariedad o la ilegalidad. No obstante, si comparamos la cantidad de reclamos de [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) y la cantidad de recursos administrativos

---

propuestas que tuvieran una duración de 8 semanas "hasta la entrega del informe final", lo que implica que debió asignarse a la reclamante el puntaje máximo de 15 puntos, por no ser superior la propuesta a 10 semanas, ni igual o inferior a 8. Resolución Exenta N° 504 de 25 de agosto de 2014, Defensoría Penal Pública.

presentados la diferencia es considerable. Por ejemplo, la Dirección General de Aguas fue recurrida ante una sola reclamación administrativa, en un periodo de tiempo de 3 años y en el mismo periodo recibió 60 reclamos por medio del portal mercadopublico.cl.

Sin afán de entrar en meras suposiciones, la práctica nos confirma en cierto modo la desconfianza que se tiene respecto a la vía administrativa. Los abogados que asesoran a proveedores no recomiendan la interposición de recursos administrativos debido a la falta de expectativas que mantienen sobre la Administración, prefiriendo iniciar un proceso contencioso administrativo ante el Tribunal de Contratación Pública, que someter la controversia a una entidad que actuará como juez y parte.

Podría plantearse un desconocimiento de los proveedores de esta vía recursiva formal y por esa razón no la incoan. El proveedor no siempre estará debidamente asesorado, como expusimos en el Capítulo V de este trabajo. Gran parte de ellos son pequeñas empresas e incluso podrían ser personas naturales, que no tendrán un conocimiento acabado de las alternativas de impugnación. A su vez, entre los abogados asesores no existe una "cultura" de revisión administrativa en la contratación pública, por lo menos en la etapa precontractual<sup>343</sup>, lo que posiblemente proviene de nuestra formación jurídica y la poca preocupación de los autores en la materia.

Si se revisa la literatura existente a la fecha, mucho se ha escrito sobre la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública; sin embargo poco y nada se ha hecho sobre la vía administrativa de revisión en procedimientos licitatorios de suministro y prestación de servicios.

ii. El reclamo de mercadopublico.cl, ha adquirido gran relevancia en la práctica en los últimos años, a tal que punto que varios organismos de la

---

<sup>343</sup> Al parecer sí resultan comunes las reclamaciones administrativas en la etapa de ejecución de los contratos, es decir en contra de multas que las entidades licitantes decretan frente a incumplimientos contractuales de los proveedores. Pese a que sólo solicitamos reclamos que tuvieran lugar en el procedimiento licitatorio, algunos servicios públicos enviaron de este tipo de presentaciones.

Administración entienden que es éste el conducto ordinario para impugnar los actos que afecten los derechos e intereses de los proveedores.

Hemos discutido en el Capítulo III de este trabajo extensamente acerca de la naturaleza jurídica de este reclamo, el que, en nuestra opinión podría calificarse como mecanismo de consulta o una denuncia administrativa, pero en caso alguno como un medio de impugnación. Sin embargo, mientras los proveedores sigan utilizando este medio para solicitar que se corrijan los actos de los procedimientos licitatorios en los que participan y las entidades licitantes crean o a propósito les otorguen tratamiento jurídico de reclamación administrativa propiamente tal, la vía administrativa formal devendrá en irrelevante en la práctica en cuanto a compras públicas se trate.

Lo anterior bien puede considerarse tanto como algo nefasto o más bien positivo, según como se mire. Nefasto, por cuanto un mecanismo de consulta (o impugnación) sin un sustento legal claro corre con mayor ventaja frente a vías impugnativas legalmente consagradas. Y positivo, por el hecho de que se ha dispuesto una nueva forma de hacer valer los derechos del proveedor ante la Administración, simple y expedita

Siendo sensatos, si la práctica opera en la forma que hemos señalado, el reclamo de [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) corre con gran ventaja a los recursos administrativos generales establecidos en la LBPA, pues si es resuelto en menores plazos, no está sujeto a ninguna formalidad y la entidad licitante está en la creencia de que corresponde a un recurso administrativo, no hay razón para que un proveedor interponga un recursos de reposición o jerárquico.

iii. Las entidades licitantes al incurrir en una ilegalidad o arbitrariedad o, incluso, a fin de prevenirlas, modifican o dejan sin efecto los procedimientos que adolecen de algún vicio o que podrían resultar inconvenientes para el interés general. La Administración, como compradora de bienes y servicios, tiene conciencia de que en sus procedimientos de contratación debe guardar estricto respeto al derecho. Es por eso que está vedada de actuar como un ente



arrogante que no reconoce sus errores, y cada vez que incurra en ellos tiene el imperativo de corregirlos.

Si la Administración en la práctica asume este imperativo ¿Por qué desconfiar tanto de la vía administrativa de revisión? No hay razón alguna para persistir en este viejo escepticismo y la razón es simple. De presentarse una reclamación a la entidad licitante no se estará apelando a su sentido de justicia, ni a su capricho, ni a su benevolencia, sino simplemente se le estará recordando que deberá respetar la juridicidad y en dicha tarea, no deberá realizar otra cosa que examinar de manera objetiva si sus actos se ajustaron o no a derecho. Por esta razón, si como proveedores observamos una actuación ilegal o arbitraria que nos afecte en un procedimiento licitatorio e interponemos un recurso administrativo y dicha reclamación está bien fundada, muy posiblemente ésta será acogida.

## CONCLUSIONES

El control de los actos administrativos en los procedimientos licitatorios de contratos de suministro y prestación de servicios cobra especial relevancia considerando que no sólo los intereses de la Administración están comprometidos, sino que también directamente el interés de particulares que colaboran con la Administración.

Es así como los actos de los procedimientos licitatorios de compras públicas están sujetos a controles, tanto jurisdiccionales como administrativos.

La LBCASyPS establece de manera expresa una acción de impugnación en contra de irregularidades, ya sean actos ilegales o arbitrarios que tengan ocasión entre la aprobación de las bases y la adjudicación y crea un tribunal especial para el conocimiento de estas acciones, el Tribunal de Contratación Pública. El legislador reguló en detalle la revisión jurisdiccional de los actos ilegales y arbitrarios en los procedimientos licitatorios, sin embargo la ley que se comenta no se refirió en modo alguno ni aún de manera implícita a la revisión vía administrativa de estos actos.

Al no establecer la LBCASyPS mecanismos de revisión administrativa, es dable suponer que la LBPA se aplicará supletoriamente, en cuanto a mecanismos de revisión se trate. Contraloría General de la República así lo ha entendido, admitiendo que la LBPA será aplicable a los procedimientos de compra establecidos en la LBCASyPS en todo cuanto esta no regule, lo que ocurre precisamente con herramientas de revisión vía administrativa. Por tanto, los recursos administrativos de la LBPA, así como mecanismos de revisión de oficio o a petición de parte como la invalidación, la aclaración y las herramientas de revisión de exclusiva iniciativa de la Administración como la revocación, tendrán plena aplicación en esta clase de procedimientos administrativos.

Es así, como la vía administrativa de revisión de los actos administrativos de los procedimientos licitatorios de adquisición de bienes y servicios, se presenta como una alternativa útil para los particulares, quienes podrán recurrir por sí mismos ante la entidad licitante respectiva para que vuelva sobre sus propios actos y haga un examen sobre su legalidad y mérito, con la obligación de resolver dichas reclamaciones en virtud de los principios de inexcusabilidad y conclusividad de la LBPA.

Conocida es la resistencia y desconfianza acerca de la vía administrativa de impugnación, pues múltiples son las voces que han dicho que si la Administración ya resolvió en un determinado sentido, no existiría motivo para que fallara en sentido contrario en una instancia que tiene roles de juez y parte. Sin embargo, es sensato reconocer que la Administración es susceptible de errar y, por tanto, perfectamente podría volver sobre sus actos y corregir los defectos de legalidad que presentare su actuación y, en tal caso, no sólo se encuentra en la facultad de hacerlo sino que en la necesidad de hacerlo, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, so pena de incurrir en responsabilidad civil o administrativa.

Por tales razones, reconociendo su potencial utilidad, es posible identificar eventuales ventajas que podría presentar ante la vía jurisdiccional de impugnación.

Una primera dice relación con las competencias de la entidad licitante en contraste con las competencias que tiene el Tribunal de Contratación Pública ante la impugnación de actos del procedimiento licitatorio. Así como la entidad licitante tiene la potestad de invalidar un acto de adjudicación y volver a adjudicarlo, el Tribunal de Contratación sólo podría retrotraer la licitación a una etapa anterior.

Otra eventual ventaja refiere acerca de los tiempos de resolución de una y otra vía. En tanto el Tribunal de Contratación podría tardar más de 9 meses en tramitar y fallar una impugnación, una reclamación administrativa no

debería tardar más de 30 días en resolver dicha impugnación. Teniendo en cuenta que un procedimiento licitatorio en que hay intereses privados envueltos y la seguridad jurídica debe estar debidamente resguardada, la vía que presente mayor celeridad tendrá una buena ventaja sobre la otra.

Una tercera ventaja es que el ejercicio de la vía administrativa de revisión no perjudica la acción jurisdiccional, toda vez que la interposición de un recurso administrativo ante la entidad licitante, interrumpirá el plazo de 10 días establecidos para presentar la acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, por tanto el particular podría impugnar ante la misma Administración el acto que estima ilegal o arbitrario y en el caso de que ésta resuelva de manera desfavorable, podrá intentar la impugnación vía jurisdiccional.

Por último, la cuarta ventaja tiene un carácter económico, la que se manifiesta en que en la vía administrativa el particular podrá comparecer sin intervención de abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, mientras que ante el Tribunal de Contratación Pública sólo podrá actuar con patrocinio de abogado. Por otra parte si el particular acciona ante la misma entidad licitante no incurrirá en mayores gastos, mientras que al iniciar un juicio de impugnación ante el Tribunal de Contratación naturalmente deberá costear la asistencia de un abogado que lo represente y las costas que podría significar que sus pretensiones no prosperen, todas estas consideraciones en atención a los montos de los contratos que se licitan.

No obstante presentar ventajas la vía administrativa de impugnación también presenta algunos aspectos críticos.

El primero de ellos es la no fatalidad de los plazos para la Administración para resolver las peticiones y reclamaciones que se le presentan. Los órganos de la Administración del Estado contarán con 30 días hábiles para resolver estos asuntos. Sin embargo, por regla general no se contemplan sanciones ni apremios a dichos órganos para el cumplimiento de

este mandato legal, salvo las responsabilidades correspondiente por aplicación de los artículos 38 inciso 2º de la Constitución, 4º y 42º de la LOCBGAE, entre otras. Sobre este punto la misma Contraloría General de la República ha sostenido que dichos plazos no son en modo alguno fatales y sólo tienen como fin establecer un “buen orden administrativo”.

El segundo aspecto crítico de la vía administrativa es la regulación del silencio administrativo negativo, en el que dentro de sus hipótesis se encuentran los procedimientos de impugnación. Por tanto, de cumplirse el plazo de 30 días hábiles para resolver las reclamaciones que se presenten, el particular podrá solicitar su certificación y de esa forma se entenderá rechazado el recurso. Sin embargo, si no se solicita la certificación del silencio negativo, el recurso administrativo podría estar pendiente de resolución por tiempo indefinido y el plazo para interponer acción jurisdiccional suspendido por un largo tiempo, lo que podría significar un atentado contra la seguridad jurídica de aquellos particulares que hayan adquirido derechos subjetivos a partir de un procedimiento licitatorio.

El tercer aspecto crítico dice relación con la dificultad que presenta impugnar mediante recursos administrativos los actos de la licitación una vez que el contrato se ha celebrado. Pues aunque la Administración detente poderes exorbitantes, como la terminación unilateral del contrato, dicha terminación debe obedecer a una causal legal o establecida en las bases. En lo que respecta a las causales establecidas en la ley (artículo 13 LBCASyPS), éstas no consideran la falta de validez del contrato para caducarlo, de modo que las bases de la licitación necesariamente deberían considerar esta posibilidad para que la Administración, ya celebrado el contrato, pueda volver sobre los actos del procedimiento de contratación que lo anteceden.

Y como cuarto aspecto crítico (que podría no serlo de acuerdo al juicio que tenga el lector), es la escasa aplicación práctica de los recursos administrativos. Hecho un sondeo en 20 órganos de la Administración que

realizan sus adquisiciones bajo la LBCASyPS, sólo en 4 de ellos fueron presentados recursos administrativos en procedimientos licitatorios en los que tuvieron calidad de entidad licitante, y en muy bajo número. Lo auspicioso de la presentación de estos recursos, en que más allá de su resolución negativa (en su mayoría), los plazos de resolución establecidos en la ley se cumplen cabalmente, por lo que es posible afirmar que los reducidos tiempos de resolución de la vía administrativa son una ventaja real y no sólo teórica ante los tiempos de resolución de la vía jurisdiccional, lo que a nuestro parecer es un hecho no menor, pues en procedimientos licitatorios la celeridad es fundamental y citando a HERZOG, “una rápida decisión es mejor que una decisión correcta, pero tardía”<sup>344</sup>.

No obstante, en la práctica las entidades licitantes de oficio revisan sus procedimientos de compras, en virtud de las potestades invalidatorias y revocatorias que la LBPA ha consagrado, de modo que la Administración ha asumido el imperativo de actuar bajo el imperio del derecho y ante los errores que pueda cometer por medio de sus actos, y también asume su obligación de corregirlos.

Lo anterior parece un esperanzador indicio acerca de la efectividad de la vía administrativa de impugnación. Si las entidades licitantes de oficio revisan sus actos para corregir o evitar el acaecimiento de ilegalidades e inconveniencias ¿Por qué no debería ajustar su actuación a derecho si un particular lo solicita? No hay razón para que no lo haga, mientras las presentaciones de los proveedores estén bien fundamentadas y efectivamente den cuenta de irregularidades dentro del procedimiento licitatorio, las pretensiones invocadas deberían ser acogidas.

Por otro lado la vía administrativa formal de impugnación se ha visto complementada por la aparición del reclamo del portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl),

---

<sup>344</sup>HERZOG, Roman. “Das Dilemma der Demokratien”, en MORAGA KLENNER. Op. Cit. (2), p. 169.

reclamación establecida por la Dirección de Compras y Contratación Pública, el que se ingresa en el mencionado portal web, por causa de irregularidades en el procedimiento licitatorio o por el no pago del contrato, en un plazo indeterminado y que una vez presentado la Dirección de Compras redirigirá a la entidad licitante quien deberá dar respuesta en 24 horas, plazo prorrogable por el mismo periodo de tiempo.

Hemos discutido su naturaleza jurídica, la que no ha sido objeto de análisis por los autores nacionales hasta la fecha, proponiendo dos posibilidades jurídicamente razonables acerca de la misma. En primer lugar, como un mecanismo de consulta que tiene origen en el artículo 41 RLBCASyPS, que establece la obligación de las entidades licitantes de indicar en el acto de adjudicación un medio de consultas, que ante el sostenido incumplimiento de esta norma la Dirección de Compras y Contratación Pública concentró en un único sitio electrónico la interposición de las consultas pertinentes. Y en segundo lugar, como una denuncia administrativa, es decir como una forma de iniciación de oficio de un procedimiento administrativo (artículo 29 LBPA), en este caso de revisión. Dado que las presentaciones de los particulares por este medio no son vinculantes para las entidades licitantes, cada vez que inicien un procedimiento de revisión por esta vía, no lo harán resolviendo un recurso administrativo a petición de un interesado, sino que actuarán de oficio en ejercicio de la potestad invalidatoria o revocatoria, según sea el caso. Pues dicha instancia informal no las habilita para la tramitación de un procedimiento de impugnación.

Negamos que este reclamo corresponda a un recurso administrativo propiamente tal, por carecer de consagración legal expresa o reglamentaria, y que no coincide de manera alguna con el recurso de reposición establecido en el artículo 59 LBPA, puesto que difieren tanto en su plazo de interposición, plazo de resolución y causales, pues una reclamación administrativa en modo

alguno podría impugnar un incumplimiento contractual de la propia Administración.

Sin embargo, en los hechos el reclamo de [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl) ha gozado de aceptación por parte de entidades licitantes y por el mismo Tribunal de Contratación Pública, el que le ha atribuido el mérito de interrumpir el plazo para interponer la acción de impugnación ante el mismo, en virtud del artículo 54 LBPA, tal como si fuera un recurso administrativo establecido en dicha ley.

De este modo, la vía administrativa de impugnación en materia de compras públicas, para bien o para mal, en la práctica está constituida por los recursos administrativos establecidos en la LBPA y el reclamo de [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl), el que pese a no ser una reclamación propiamente tal, se ha convertido en una verdadera alternativa de impugnación de los actos administrativos irregulares que tengan ocasión en procedimientos de contratación de bienes y servicios.

La vía administrativa en procedimientos licitatorios de compras públicas, reconociendo sus puntos críticos, los que no son exclusivos de esta materia, sino que de la generalidad de los procedimientos administrativos, aparece como una alternativa digna de considerar por los proveedores que estimen que han sido afectados de manera ilegal o arbitraria por las entidades licitantes. La rápida resolución que ofrece en contraste con la impugnación jurisdiccional, es un aspecto no menor, además de las competencias de la entidad licitante y la economicidad de estos medios de revisión. Por último, el particular nada perderá en hacer uso de esta vía, puesto que su ejercicio no perjudicará la acción jurisdiccional ya que la acción administrativa interrumpirá el plazo de la acción ante el Tribunal de Contratación.

El incentivo del ejercicio de la vía administrativa por lo demás podría tener un impacto positivo para el sistema judicial, pues su uso contribuiría al desatochamiento del Tribunal de Contratación Pública, que a menos de 10 años de su funcionamiento, sólo con tres jueces titulares que además no tienen



dedicación exclusiva a esta judicatura, ya ha empezado a manifestar falencias por su regulación orgánica.

La utilización de la vía administrativa de impugnación por parte de los proveedores dependerá de forma exclusiva de la información que se les entregue a quienes participan en los procedimientos licitatorios de la plataforma administrada por la Dirección de Compras y Contratación Pública, la cual en un futuro podría tener en consideración informar de manera más juiciosa a éstos sobre las distintas alternativas que disponen para solicitar a las entidades licitantes la revisión de sus actos en procedimientos de compras.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "La evolución de la función de control de la Contraloría General de la República", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 26, 2005.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "El trámite de toma de razón de los actos administrativos", en Revista de Derecho Público, N° 49, enero-junio, 1991.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "La intangibilidad de los actos administrativos" en "Ley N° 19.880, sobre Procedimientos Administrativos", Conferencias Santo Tomás de Aquino, Santiago, 2003.

ARÓSTICA MALDONADO, Iván. "Cómo y con quién contrata la Administración" en "La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho, 75 años de vida institucional". Contraloría General de la República, Santiago, 2002.

AYLWIN AZOCAR, Patricio. "Derecho Administrativo, Teoría del Acto Administrativo y Contencioso Administrativo". Editorial Jurídica, Santiago, 1969. p. 105.

BARRA GALLARDO, Nancy y CELIS DANZINGER, Gabriel. "Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras". Legal Publishing, Santiago, 2008.

BERMUDEZ SOTO, Jorge. "Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos ¿Qué queda de la Nulidad de Derecho Público?", en Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 23, N° 1, 2010.

BETANCOURT SOLAR, Ricardo. "El agotamiento de la vía administrativa previa en el derecho chileno". Revista de Derecho Administrativo, Vol. 3. AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago, 2012.

BOCKSANG HOLA, Gabriel. "El Silencio Administrativo en el Derecho Chileno", en "Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes N° 19.880 y N° 19.886", Coordinado por BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA ARROYO, José Luis. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013.

BOLOÑA KELLY, Germán. "El acto Administrativo". Editorial LexisNexis, Santiago, 2005.

CAMPOLIETI, Federico. "Los límites del contrato administrativo", en "Contratos Administrativos: culturas y sistemas jurídicos comparados", coordinado por FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y SANTIAGO SÁNCHEZ, Javier. Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2007.

CANALES, Patricia. "El derecho de petición en la Constitución de 1980 y en la legislación de España, Estados Unidos y Francia". Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Serie de Estudios, año 13, N° 273.

CASSAGNE, Juan Carlos. "Derecho Administrativo". Tomo II. 7ma Edición. LexisNexisAbeledoPerrot, Buenos Aires, 1998.

CASSAGNE, Juan Carlos. "El Contrato Administrativo". AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1999.

CEA EGAÑA, José Luis. "Derecho Constitucional Chileno". Tomo II. 2da Edición. Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2011.

CELIS DANZINGER, Gabriel. "Curso de Derecho Administrativo". Tomo 1. Ediciones Punto Lex, Santiago, 2010.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. "La Potestad Reglamentaria en el Derecho Público Chileno". Tesis de grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Escuela de Derecho PUCV, 1995.

COSTA CORDELLA, Ezio. "Los Tribunales Administrativos especiales en Chile", en Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 27, N° 1, Julio 2014.

DOMÍNGUEZ, Ramón. "Teoría General del Negocio Jurídico". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

CONCHA MACHUCA, Ricardo. "El desarrollo del régimen jurídico de la nulidad de Derecho Público", en Revista de Derecho (Valdivia), Volumen 26, n° 2, 2013.

DONOSO, Lorena. "Firma electrónica: análisis del estatuto jurídico en Chile", en Tópicos esenciales del Derecho Informático. Centro de Estudios de Derecho Informático, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2003.

DROMI, José Roberto. "Derecho Administrativo". Tomo I y II. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

DROMI, José Roberto. "La Licitación Pública". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980.

DUCCI CLARO, Carlos. "Derecho Civil Parte General". 3era Edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988.

FARINA, Juan María. "Contratos Comerciales Modernos" . 3ª ed. Editorial Astrea, Buenos Aires. 2005.

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. "La Evolución del Sistema Chileno de Control de la Administración del Estado: Desde el Control Político y Administrativo al Control Judicial" en "Estudios de Justicia Administrativa" Editorial LexisNexis, Santiago de Chile, 2008

FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. "Los Procesos Administrativos en el Derecho Chileno", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen XXXVI, Primer Semestre, 2011.

FERNÁNDEZ, Emilio. "Diccionario de Derecho Público". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo. "La acción constitucional de nulidad: Un supremo aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 10, 1986.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. "Curso de Derecho Administrativo I". Duodécima Edición, Thomson Civitas, Madrid, 2004.

GUERRERO VALLE, Gonzalo. "Las acciones patrimoniales derivadas de la nulidad de Derecho Público". En "La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno" IX Jornadas de Derecho Administrativo, coordinado por FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013.

GONZÁLEZ PEREZ, Jesús. "Los Recursos Administrativos". Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "Manual de Procedimiento Administrativo". Civitas, Madrid, 2002.

GÓNZALEZ NAVARRO, Francisco. "Derecho Administrativo Español. El Acto y el Procedimiento Administrativos". Ediciones Universidad de Navarra, Navarra, 1997.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. "La Jurisdicción contencioso administrativa en Alemania". Civitas, Madrid, 1993.

GORDILLO, Agustín. "Teoría General del Derecho Administrativo". Instituto de Estudios de Administración Local, Buenos Aires, 1984.

GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas". Tomo II. Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2013.

HAURIUO, Maurice. "Précis de Droit Administratif et de Droit Public". 2ed. Recueil Sirey, París, 1927. p. 784.

HUIDOBRO SALAS, Ramón. "Tratado de Derecho Administrativo. Derecho y Administración Comunal". Coordinado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Tomo III. Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago de Chile, 2010.

LARA ARROYO, José y GUERRERO VALLE, Gonzalo. "Aspectos Críticos de la Invalidación Administrativa en la Ley 19.880: Análisis en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República a 8 años de su vigencia". Revista de Derecho Escuela de Postgrado, Universidad de Chile, nº 1, Santiago, 2011.

LARA ARROYO, José Luis y GARCÍA HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio. "Aspectos críticos de la solución de controversias en la contratación administrativa bajo la Ley N° 19.886: El caso del Tribunal de Contratación Pública", en "Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes N° 19.880 y N° 19.886", Coordinado por BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA ARROYO, José Luis. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013.

LETELIER WARTENBERG, Raúl. "Un mal día no es eterno: Seis alcances en materia de Invalidación y Nulidad de los actos administrativos". En Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 212, Volumen 2, Año LXX, 2002.

LÓPEZ-ELÍAS, José Pedro. "Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México". Ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 1999.

LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. "Los Contratos Parte General". 5ta Edición. AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago, 2010.

MARIENHOFF, Miguel. "Tratado de Derecho Administrativo". Tomos I y III. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1981.

MENDOZA ZUÑIGA, Ramiro, LARA ARROYO, José Luis. "La Contratación Administrativa y la Ley 19.886: Aspectos a considerar en un recuento jurisprudencial". En Revista de Derecho de la Universidad FinisTerra, Año IX n°9, Santiago, 2005.

MILLAR SILVA, Javier. "La Potestad Invalidatoria en el Derecho Chileno". Tesis para optar al grado académico de Doctor. Universidad de Chile, Santiago, 2011.

MORAGA KLENNER, Claudio. "El Estado en tres momentos", en Revista de Derecho Público Universidad de Chile, N° 77, 2012.

MORAGA KLENNER, Claudio. "Tratado de Derecho Administrativo. La Actividad Formal de la Administración". Tomo VII. Coordinado por PANTOJA BAUZÁ, Rolando. AbeledoPerrot Legal Publishing, Santiago, 2010.

MORAGA KLENNER, Claudio. "Contratación Administrativa". Editorial Jurídica, Santiago, 2007.

MORAGA KLENNER, Claudio. "Procedimiento administrativo chileno", en "Tendencias actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa". Coordinado por ABERASTURY, Pedro. Eudeba Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2012.

MOSQUERA RUIZ, Mario y MATURANA MIQUEL, Cristian. "Los Recursos Procesales". Editorial Jurídica, Santiago, 2010.

MOYA, Rodrigo. "El procedimiento administrativo electrónico en Chile. Planteamiento de consideraciones jurídicas y determinación de bases para su implementación". Tesis para optar al grado de Magister en Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile.

MUÑOS MACHADO, Santiago. "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público en General". Tomo IV. Editorial Iustel, Madrid, 2011.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. "35 años del Recurso de Protección. Notas sobre su alcance, regulación y normativa" en Revista Estudios Constitucionales Universidad de Talca, Año 10, N° 2, 2012

NETTEL BARRERA, Alina del Carmen. "La Jurisdicción contencioso administrativa en el contexto de los Estados Democráticos", en "Justicia Contencioso Administrativa. Congreso Internacional". Coordinado por FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge y OTERO SALAS, Filiberto. Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Autónoma de México, Ciudad de México, 2013.

NÚÑEZ VÁSQUEZ, J. Cristóbal. "Recursos jurisdiccionales y administrativos especiales". Alcázar y Sacaluga Editores, Valparaíso, 1966.

OELCKERS CAMUS, Osvaldo. "La Licitación Pública y la Selección de contratista en el contrato administrativo de obra pública". Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 5, 1981.

OLMOS CARRASCO, Felipe. "Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública", en "Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes N° 19.880 y N° 19.886", Coordinado por BOCKSANG HOLA, Gabriel y LARA ARROYO, José Luis. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Chile: Decisiones Legislativas al año 2001". Universidad de Chile, Santiago, 2001.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "El artículo 38, inciso 2° de la Constitución Política de la República", en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo C, N° 1, Enero - Junio año 2003.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "La propuesta pública: ¿es obligación, en la ley chilena como modalidad general de contratación administrativa?". La semana jurídica, n°44, el 10 al 16 de Septiembre de 2001.

PARADA, Ramón. Derecho Administrativo Parte General. 12ma Edición. Marcial Pons, Madrid, 2000.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "Manual de Derecho Administrativo". 5ta Edición. Editorial Ariel, Barcelona, 1998.

PARRA SANHUEZA, Andrea. "¿Qué entender por contrato administrativo en el ordenamiento jurídico chileno actual?". Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2013.

PIERRY ARRAU, Pedro. "El Recurso de Protección y lo contencioso administrativo", en Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 165, Año 1977.

PIERRY ARRAU, Pedro. "Nulidad en el Derecho Administrativo", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 15, 1994.

PIERRY ARRAU, Pedro. "Control del Acto Administrativo. Recursos Administrativos. Recurso Contencioso Administrativo", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 4, 1980.

POBLETE VINAIXA, Julia. "El carácter prescriptible o imprescriptible de la acción de nulidad de Derecho Público", en "La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno" IX Jornadas de Derecho Administrativo, coordinado por FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013.

POBLETE VINAIXA, Julia. "Actos y Contratos Administrativos". 4ta Edición. Editorial LexisNexis, Santiago, 2008.

PRECHT PIZARRO, Jorge. "Propuesta Pública: Contraloría y Ley de Bases". La semana jurídica n° 47, del 1 al 7 de Octubre de 2001.

RODRÍGUEZ DONOSO, Natalia. "El Sistema de Justicia Administrativa en el Derecho Chileno". Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, 2007.

RUFÍAN LIZANA, Dolores. "Manual de Concesiones de Obras Públicas". Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. "La licitación pública". Acali Editorial, Montevideo, 1978.



SILVA CIMMA, Enrique. "Derecho Administrativo chileno y comparado. El control público". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1994.

SILVA CIMMA, Enrique. "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, Contratos y Bienes". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

SOTO KLOSS, Eduardo. "La nulidad de derecho público: su actualidad", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 18, 1997.

SOTO KLOSS, Eduardo. "La nulidad de derecho público referida a los actos de la Administración", en Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Volumen 14, 1991.

SOTO KLOSS, Eduardo. "Derecho Administrativo, Bases y Fundamentos". Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

SOTO KLOSS, Eduardo. "La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno", en "Doctrinas esenciales. Derecho Constitucional". Revista de Derecho y Jurisprudencia, Edición Bicentenario, 2010.

SOTO KLOSS, Eduardo. "La Ley 19.880, sobre procedimientos administrativos, ¿"Aleluya" o "Miserere"?", en "Ley N°. 19.880, sobre procedimientos administrativos". Universidad Santo Tomás, Santiago, 2003.

VALDIVIA, José Miguel. "La conservación del contrato anulable en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública", en "La Nulidad de los Actos Administrativos en el Derecho Chileno" IX Jornadas de Derecho Administrativo, coordinado por FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Legal Publishing Thomson Reuters, Santiago, 2013.

VARGAS ZINCKE, Osvaldo. "Algunos aspectos de la invalidación en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República". Gaceta Jurídica, N° 178, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 1995.

VERDUGO, Mario, NOGUEIRA, Humberto y PFEFFER, Emilio. "Derecho Constitucional" Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

VERGARA, Alejandro. "El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva". En la Semana Jurídica N° 359, 2007.

ZUÑIGA URBINA, Francisco. "Autonomías Constitucionales e Instituciones Contramayoritarias (A Propósito de las Aporías de la Democracia Constitucional)", en Revista Ius et Praxis, Año 13, N°2, 2007.

## **Jurisprudencia Judicial**

CS, Rol 2209-1998. Westlaw CL/JUR/2254/1999; 15954.

CS, Rol 4429-1998. Westlaw CL/JUR/2964/2000; 17017.

CS, Rol 2282-1998. Westlaw CL/JUR/2256/1999; 15968.

CS, Rol N° 852-2000. Westlaw, CL/JUR/933/2000; 17749.

CS, Rol 5348-2007. Microjuris: MJJ19640.

CS, Rol16.582-2014.Legal Publishing: CL/JUR/6341/2014.

CS, Rol11.364-2014. Legal Publishing: CL/JUR/6211/2014.

CS, Rol 3.132-2005.

CA. Temuco, Rol N° 263-2000.

CA. Santiago,Rol 5506-2007.

CA. Santiago,Rol 328-2009.

CA. Santiago, Rol 6422-2007. Westlaw, CL/JUR/9529/2009; 42521.

CA. Santiago,Rol 2271-2010.Microjuris: MJJ27852

CA. Santiago,Rol2554-2009. Legal Publishing: CL/JUR/8288/2009.

TCP, Rol 25-2005.

TCP, Rol 38-2005.

TCP, Rol 89-2008.

TCP, Rol 29-2005.

TCP, Rol 30-2005.

TCP, Rol 66-2009.

TCP, Rol 24-2005.

TCP, Rol 29-2005.  
TCP, Rol 42-2005.  
TCP, Rol 171-2011.  
TCP, Rol 193-2011.  
TCP, Rol 76-2008.  
TCP, Rol 60-2007.  
TCP, Rol 19-2009.  
TCP, Rol 27-2010.  
TCP, Rol 77-2011.  
TCP, Rol 19-2009.  
TCP, Rol 166-2009.  
TCP, Rol 58-2006.  
TCP, Rol 61-2008.  
TCP, Rol 77-2008.  
TCP, Rol 41-2007.  
TCP, Rol 53-2007.  
TCP, Rol 193-2011.  
TCP, Rol 49-2007.  
TCP, Rol 11-2007.  
TCP, Rol 87-2006.  
TCP, Rol 120-2009.  
TCP, Rol 3-2010.  
TCP, Rol 52-2008.

TCP, Rol 129-2011.  
TCP, Rol 74-2012.  
TCP, Rol 3-2006.  
TCP, Rol 16-2006.  
TCP, Rol 07-2005.  
TCP, Rol 85-2010.  
TCP, Rol 177-2011.  
TCP, Rol 178-2011.  
TCP, Rol 58-2009.  
TCP, Rol 28-2008.  
TCP, Rol 169-2013.  
TCP,Rol40-2009. Legal Publishing: CL/JUR/6787/2009.  
TCP, Rol 66-2007.  
TCP, Rol 270-2011.  
TCP,Rol 251-2011. Legal Publishing: CL/JUR/3034/2012.  
TCP,:Rol 200-2011.  
TCP, Rol 19-2005. Legal Publishing CL/JUR/3227/2007.  
TCP, Rol 60-2007.  
TCP, Rol 3-2008.  
TCP,Rol 92-2009. Legal Publishing: CL/JUR/11608/2010.  
TCP,Rol13-2010. Legal Publishing: CL/JUR/11604/2010.

## **Jurisprudencia Administrativa de Contraloría General de la República.**

Dictamen N° 14.073 de 1959.

Dictamen N° 13.592 de 1971.

Dictamen N° 22.804 de 1971.

Dictamen N° 19.014 de 2007.

Dictamen N° 31.801 de 2013.

Dictamen N° 219.708 de 2012.

Dictamen N° 229420 de 2012.

Dictamen N° 234.732 de 2012.

Dictamen N° 165.655 de 2013.

Dictamen N° 170.719 de 2013.

Dictamen N° 28.477 de 2006.

Dictamen N° 18.166 de 1996.

Dictamen N° 24.049 de 1969.

Dictamen N° 38.825 de 2013.

Dictamen N° 5.550 de 2013.

Dictamen N° 80.286 de 2012.

Dictamen N° 49.390 de 2014.

Dictamen N° 75.501 de 2013.

Dictamen N°8.058 de 2009.

Dictamen N° 17.563 de 2008.

Dictamen N° 4.933 de 2005.

Dictamen N° 51.775 de 2013.

Dictamen N° 12.251 de 1993.  
Dictamen N° 46.532 de 2000.  
Dictamen N° 46.460 de 2000.  
Dictamen N° 14.552 de 2008.  
Dictamen N° 17.886 de 2008.  
Dictamen N° 30.085 de 2013.  
Dictamen N° 19.296 de 2013.  
Dictamen N° 7.300 de 2008.  
Dictamen N° 68.650 de 2013.  
Dictamen N° 46.532 de 2000.  
Dictamen N°17.016 de 2013.  
Dictamen N° 26.151 de 2008.  
Dictamen N° 61.442 de 2012.  
Dictamen N° 10.448 de 2014.  
Dictamen N° 62.237 de 2013.  
Dictamen N° 39.348 de 2007.  
Dictamen N° 33.255 de 2004.  
Dictamen N° 7.390 de 2006.  
Dictamen N° 32.424 de 2004.  
Dictamen N° 71.953 de 2011.  
Dictamen N° 9.099 de 2007.  
Dictamen N° 3.047 de 2012.  
Dictamen N° 48.606 de 2012.

Dictamen N° 40.220 de 2012.

Dictamen N° 53.802 de 2005.

Dictamen N° 28.353 de 2005.

Dictamen N° 857 de 2010.

Dictamen N° 20.469 de 2012.

Dictamen N° 26.212 de 2009.

Dictamen N° 41.106 de 2007.

Dictamen N° 58.743 de 2008.

Dictamen N° 46.288 de 2005.

Dictamen N° 53.125 de 2008.

Dictamen N° 79.858 de 2010.

Dictamen N° 15.074 de 2006.



**ANEXO. Análisis de la documentación recibida a través de la solicitud de información pública en virtud de la Ley N° 20.285, sobre reclamaciones administrativas en materia de compras públicas**

**1) Defensoría Penal Pública**

Ante nuestro requerimiento la Defensora Nacional (s) nos responde que este servicio público no ha sido objeto de recursos de reposición y/o jerárquicos, en materia de compras públicas como tampoco de impugnaciones ante el Tribunal de Contratación Pública durante los últimos tres años, pero señala que ha dictado actos administrativos de contra imperio para dejar sin efecto actos de procedimientos licitatorios para la adquisición de bienes y contratación de servicios en general.

Entre estos actos invalidatorios y revocatorios encontramos los siguientes:

Resolución Exenta N°2647 de 5 de septiembre de 2012

Invalida el acto por el cual declara desierto el procedimiento licitatorio que busca la contratación del servicio "Estudio Defensa Penal de casos de tráfico y microtráfico", procedimiento publicado en el portal mercadopublico.cl bajo el número 1876-16-LE12, procedimiento concursal que de acuerdo al acta de apertura administrativa y de evaluación técnica y económica sólo recibió una oferta presentada por Marcela Plaza Plaza Consultoras EIRL. La oferta de la especie, fue evaluada por una comisión evaluadora integrada por tres funcionarios del organismo, que determinaron que su oferta no cumplía con el requisito de obtener un puntaje mínimo de 75 puntos para ser evaluada económicamente, pudiendo declararse la oferta inadmisibles de acuerdo al artículo 9 LBCSyPS.

No obstante lo anterior y por un error en la calificación jurídica descrita precedentemente, la Resolución Exenta N°2113 de fecha 18 de julio 2012,

declaró desierta la licitación público, siendo lo correcto declarar inadmisibile la oferta presentada por la oferente, por lo que resuelve invalidar la mencionada resolución y por la presente declara inadmisibile la oferta.

#### Resolución Exenta N° 250 de 6 de junio de 2013

Debido a que se detectaron incongruencias en las referencias a localidades y especificaciones técnicas invalida las Resoluciones Exentas N°s242 y 244, ambas de 5 de junio de 2013, actos administrativos que formalizan acuerdo del Consejo de Licitaciones que aprobaron las bases y efectuaron el llamado a licitación correspondiente para el procedimiento de contratación "Servicio de defensa penal pública penitenciaria en los recintos penitenciarios de Coronel, Arauco y Lebu".

#### Resolución Exenta N° 479 de 8 de agosto de 2014

Invalida el acto de adjudicación de una licitación pública que tenía por objeto la contratación de 4 cursos de capacitación para funcionarios del Departamento de Informática y Estadísticas de la Defensoría Nacional. Ante el llamado se recibieron dos ofertas, la de Christian SuilOlivarría y la empresa In Motion S.A, declarándose ésta última como inadmisibile por no cumplir con los requisitos administrativos. Posteriormente la comisión evaluadora respectiva adjudicó al primer oferente el contrato de servicios, por la Resolución Exenta N° 240 de 7 de mayo de 2014.

Se constató que al momento de la apertura de las ofertas no se encontraba inscrito en el Registro Electrónico Oficial de Proveedores del Estado a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, otorgándose un plazo prudencial para subsanar este incumplimiento a los requisitos exigidos por la entidad licitante. El oferente realizó su inscripción, sin embargo resultó

inhábil por registrar una deuda en el Boletín laboral, de modo que cumplido el plazo otorgado y figurando aún como inhábil, invalidó el acto de adjudicación del procedimiento licitatorio, dejándose sin efecto además la orden de compra respectiva.

#### Resolución Exenta N° 504 de 25 de agosto de 2014

Esta resolución revocatoria presenta la particularidad que tiene como origen un reclamo de mercadopublico.cl, por el cual se reclama el resultado de las actas de evaluación en la licitación pública "Contratación del servicio de auditoría externa de gestiones de defensa en audiencia de preparación de juicio oral, procedimiento que fue publicado en el sistema de información bajo la ID 1876-16-LE14.

En este reclamo con fecha 22 de agosto de 2014 la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, formuló reclamación por apreciar un defecto en la aplicación de los criterios de asignación de puntaje señalados en el acta de evaluación de las ofertas, lo que es constitutivo de un acto ilegal y arbitrario. Dice la reclamante, que el acta de evaluación de las ofertas incurre en un error evidente y manifiesto al asignar el puntaje del subfactor f.2, referido al plazo. A esta proponente se le asignó en este subfactor 7,5 puntos, siendo que procedía asignar 15 puntos en conformidad a las bases de la licitación. La asignación de 7,5 puntos resulta inexplicable en atención a que el mismo estaba reservado exclusivamente para aquellas propuestas que tuvieran una duración de 8 semanas "hasta la entrega del informe final", lo que implica que debió asignarse a la reclamante el puntaje máximo de 15 puntos, por no ser superior la propuesta a 10 semanas, ni igual o inferior a 8.

La tabla contenida en las bases contemplaba tan sólo tres hipótesis:

a) 0 puntos, para la oferta que propusiese un plazo inferior de 8 semanas o superior de 10, cuyo caso no es el de la oferta de la Universidad de Chile.

b) 7,5 puntos, sólo cuando el plazo de ejecución completo de la propuesto es de 8 semanas.

c) 15 puntos, para las propuestas con plazo inferior a 10 semanas y superior a 8 semanas, correspondiendo la única hipótesis en la cual se encuadra la oferta presentada por la reclamante.

Esto en definitiva, implica que la comisión evaluadora al asignar un menor valor a la propuesta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile en el subfactor indicado, ha vulnerado grave y sustancialmente el principio de estricta sujeción a las bases, por lo que solicita que se corrija este defecto en el acta de evaluación, se deje sin efecto el acto de adjudicación y en definitiva se le adjudique la licitación que se reclama.

El servicio público reconoció que el plazo ofertado no está contemplado expresamente dentro de la tabla de puntajes consignada, sino que simplemente se le establece como plazo máximo de ejecución en distintos puntos de las bases, aclarando que esto obedece a una omisión involuntaria que fue conocida por la comisión evaluadora, quien estimó que al evaluar que el plazo de 10 semanas ofertado por la reclamante era mayor que las 9 que semanas propuestas por los otros dos oferentes, por lo que entendió que no podía asignarle un puntaje mayor, pero tampoco podía perjudicársele asignándole puntaje 0, razón por lo que se le asignó 7,5 puntos. De modo que reconoce también que esta interpretación estaba fuera de las atribuciones de la comisión evaluadora, razón por la que no es posible salvar esta deficiencia.

Por lo anterior acoge el reclamo parcialmente de la siguiente forma:

"Que por lo anterior, y existiendo un error en el factor de evaluación técnica antes señalado que no contempla el puntaje que se

debe asignar al plazo de 10 semanas de ejecución del proyecto, situación que motivó el reclamo presentado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, es que esta Defensoría Penal procederá acogerlo parcialmente sólo en lo pertinente a dicha circunstancia, disponiendo al efecto la revocación de la Resolución Exenta N° 502, de fecha de 20 de agosto de 2014, que adjudica el servicio de auditoría externa de gestiones de defensa en audiencia de preparación de juicio oral que se pretende contratar como resultado del mencionado proceso licitatorio, a la Pontificia Universidad Católica de Chile (Facultad de Derecho), pues en conformidad a lo establecido en el artículo 61 de la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, la Defensoría Penal Pública se encuentra habilitada para dejar sin efecto la mencionada resolución, en atención a la facultad legal que posee la Autoridad Administrativa para revisar de oficio los actos administrativos que ella hubiere dictado".

De esta forma por Resolución Exenta N° 536 de 28 de agosto de 2014, decidió revocó oficialmente el acto de adjudicación y dejó sin efecto todo el procedimiento licitatorio, fundamentando su decisión en que la omisión que presentaban las bases, es de carácter sustancia e incide notoriamente en el puntaje final de los oferentes pudiendo cualquier interpretación en uno u otro sentido afectar los intereses de los participantes y restarle transparencia al proceso impulsado por la Defensoría Penal Pública.

La resolución de este reclamo viene a confirmar la utilidad y eficacia que el reclamo de mercadopublico.cl ha adquirido en la práctica. Pues su interposición devino finalmente en que el procedimiento licitatorio se dejara íntegramente sin efecto en un plazo muy acotado de tiempo, tan sólo 3 días. Por otro lado nos confirma de que no se trata de un recurso de reposición, y así

lo ha entendido este servicio público, quién ha indicado que durante los últimos tres años no ha conocido recursos de esta naturaleza, y

También podría confirmar que en realidad el reclamo de mercadopublico.cl se trata de un mecanismo de consulta y no de impugnación, puesto que por medio de su resolución, resalta que para dejar sin efecto este acto administrativo utiliza un mecanismo de revisión de oficio y no a petición de parte, pese a que "acoge parcialmente" la reclamación.

Por último no está demás observar que ante una ilegalidad y/o arbitrariedad acaecida en el procedimiento licitatorio, lo que corresponde es invalidar en los términos del artículo 53 LBPA y no revocar, puesto que la revocación procede por cuestión de mérito u conveniencia. En circunstancias que en la especie la comisión evaluadora se extralimitó en sus competencias incurriendo en un actuar ilegal y arbitrario al infringir el principio de estricta sujeción a la bases, debió invalidar el acto viciado, sanción que también puede proceder de oficio.

## **2) Municipalidad de la Florida**

La Administradora de esta municipalidad frente a nuestro requerimiento, ha contestado que durante los últimos tres años no se han presentado recursos administrativos en materia de compras públicas, ni tampoco se han dictado actos de invalidación o revocación de oficio. Señala que sólo se han impugnado actos de procedimientos licitatorios vía jurisdiccional, individualizando cuatro causas que ha conocido y fallado el Tribunal de Contratación Pública:

1. "PlasticOminuim S.A. con Municipalidad de la Florida", Rol N° 160-2013.
2. "Telefónica Empresas Chile S.A. con Municipalidad de la Florida", Rol N° 42-2012.
3. "Elec-Chile S.A. con Municipalidad de la Florida", Rol N° 156-2010.
4. "Servitrans Servicio de Limpieza Urbana S.A. con Municipalidad de la Florida", Rol N° 244-2012.

No es nuestro propósito analizar en este capítulo impugnaciones jurisdiccionales por lo que no entraremos a examinar estos procesos.

### **3) SEREMI de Agricultura Región Metropolitana**

Este servicio público ha informado que en los últimos tres años no se han presentado recursos administrativos en procedimientos licitatorios para la adquisición de bienes y servicios. No se refiere en su contestación a actos de revisión de oficio.

### **4) Dirección General de Obras Públicas**

En respuesta a nuestro requerimiento de información pública, el Director General de Obras Públicas comunicó que no se han presentado recursos administrativos en el periodo solicitado en contra de actos de procedimientos licitatorios de suministro de bienes y servicios. En cuanto a revisiones de oficio, este servicio público ha comunicado que ha invalidado un procedimiento licitatorio en la adquisición de un servicio y además adjuntó a esta documentación, la invalidación un concurso público que no analizaremos por no ser parte de nuestro objeto de estudio.

Resolución Exenta N° 4106 de 10 de octubre de 2013

Por esta resolución se invalida el procedimiento licitatorio denominado "Diagnóstico, análisis y mejor de las funcionalidades y operación del registro de Contratistas y Consultores del MOP", al cual se presentaron ofertas de 7 empresas, de las cuales tres fueron calificadas técnicamente, pues tenían un puntaje igual o superior a 75 puntos, según lo dispone el artículo 11.1 de las bases. Al ser presentada la evaluación final y la propuesta de adjudicación, se advirtió la existencia de inconsistencias en el procedimiento licitatorio que haría inviable su prosecución.

En la especie se advirtió que las bases contienen normas contradictorias en cuanto a los criterios de evaluación de las ofertas, lo que implicó requisitos distintos para el mismo cargo, que la comisión haya reevaluado la oferta técnica de los participantes conociendo la oferta económica, lo que naturalmente podría haber influido en la parcialidad del resultado de la evaluación, irregularidades que afectaron la transparencia y los principios que deben informar toda licitación pública. Por tal razón el servicio como entidad licitante haciendo uso de la potestad invalidatoria que el artículo 53 LBPA le otorga, dejó sin efecto el procedimiento licitatorio, dejando constancia que procedería a llamar a una nueva licitación del servicio licitado con posterioridad.

#### **5) Carabineros de Chile**

Esta institución respondió de manera insatisfactoria a nuestra petición, negando la información requerida por implicar a su juicio que se trataría de un requerimiento de carácter genérico, referido a un elevado número de actos administrativos cuya atención requiere distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales, amparándose de ese modo a la causal de secreto o reserva del artículo 21 N° 1 letra c) de la Ley N° 20.285.

Se decidió no reclamar al Consejo para la Transparencia, por el hecho de que en esta respuesta se citó una resolución de esta institución "Decisión Amparo Rol C739-10", la que señala que ante un gran número de documentación a revisar se debe "estimar afectado el debido cumplimiento de las funciones de Carabineros de Chile, fundado en que el volumen de expedientes cuya revisión involucra la respuesta del reclamante distraería indebidamente a sus funcionarios del cumplimiento regular de sus funciones".

No es objeto de este estudio abordar las críticas que puedan realizarse a esta ley de transparencia, sin embargo en nuestra visión queda claro que no



es posible conocer la realidad administrativa en la materia si los organismos de la Administración del Estado tienen la facultad de excusarse de entregar la información solicitada por calificar de "genéricos" documentos que el administrado no tiene la obligación de conocer, pues por lo mismo se solicitan, por la imposibilidad de conocerlos a través de otra vía.

#### **6) Municipalidad de Estación Central**

Esta institución en respuesta a nuestro requerimiento, hace entrega de una lista de los reclamos de mercadopublico.cl, los que de acuerdo a la institución consultada, desde enero de 2011, se han presentado 146 reclamos, de los que 75 corresponden a irregularidades en el procedimiento licitatorio y 64 han sido presentados por pago no oportuno. Del total de estos reclamos 59 de ellos han sido contestados, 16 están siendo tramitados por alguna gestión interna, 3 no han sido derivados y 63 aún están pendientes de ser contestados.

No contesta este municipio si se han presentado recursos administrativos, lo que hace suponer que entiende que este tipo de reclamos corresponden a los recursos administrativos procedentes en esta materia. Tampoco hace referencia a si se han emitido actos de revisión de oficio sean de invalidación o revocación.

#### **7) Contraloría General de la República**

El organismo contralor respondió a nuestro requerimiento con un informe del Departamento de Abastecimiento, el que al igual que el anterior organismo, envió una lista con los códigos de identificación de los reclamos de mercadopublico.cl presentados a esta institución, los que en los últimos 3 años han sido 20.

Nada dice la respuesta de Contraloría General de la República, sobre el estado de resolución de estos reclamos, ni tampoco se refiere en términos explícitos a nuestro requerimiento, no contestando en concreto si se han

presentado recursos de reposición o jerárquico o si de oficio esta institución, como entidad licitante, ha revisado actos de un procedimiento de compra.

Extraña tan escueta respuesta del órgano encargado de someter la actividad administrativa al derecho.

### **8) Subsecretaría de Defensa**

Esta subsecretaría creado por la Ley N° 20.424 de 2010, ha contestado nuestro requerimiento señalando que desde su creación a la fecha, el único reclamo por un procedimiento licitatorio que ha recibido ha sido el reclamo INC 1128714 S3J7 de 6 de mayo de 2014, el que recaía sobre el acto de adjudicación. Dicha consulta, comunicada a este servicio público, fue desestimada, puesto que se determinó que conforme a la ley la empresa reclamante era inhábil para contratar con la Administración por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 4 de la LBCASyPS y 29 de su reglamento. Con posterioridad a este rechazo de la reclamación interpuesta, la misma empresa interpuso acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, la que actualmente está en tramitación con el Rol N° 105-2014.

### **9) Ejército de Chile**

Esta institución de las fuerzas armadas ha respondido que no tiene sistematizada la información en los términos requeridos, razón por la cual procedería la causal de reserva establecida en el artículo 21 N° 1 letra c) de la Ley N° 20.285. No obstante lo anterior se comunicó que se efectuaron averiguaciones institucionales y se determinó que el único organismo de la institución que presenta antecedentes en virtud de lo solicitado es el Hospital Militar del Norte, al cual se ha presentado una solicitud de invalidación de un procedimiento licitatorio conjunto para el suministro de fármacos para los Hospitales dependientes de las Fuerzas Armadas, cuya resolución que aprueba las bases fue tomada de razón por Contraloría General de la República.

## Resolución Exenta N° 866 de 19 de noviembre de 2012

Por Resolución Exenta N° 720 de 30 de julio de 2012, se adjudicó parcialmente la licitación pública a varios laboratorios por determinadas cantidades y precios, declarando inadmisibles las ofertas de Laboratorio Chile S.A. por no cumplir con los requisitos exigidos en las bases del procedimiento.

El proveedor excluido, presenta con fecha 31 de agosto de 2012, "recurso de invalidación" en contra de la mencionada resolución, argumentando que han existido errores en la evaluación de las ofertas y además la entidad licitante incurre en ilegalidad toda vez que no ha cumplido con la obligación de fundamentar los actos administrativos por los cuales declara inadmisibles la oferta de la reclamante y adjudica la licitación a otros de los proveedores.

Del análisis de la evaluación técnica de los fármacos ofertados por Laboratorio Chile S.A., se concluye que la evaluación se realizó con estricta sujeción a las Bases y de conformidad a los criterios de apreciación allí especificados, salvo para el caso de un fármaco, existiendo una serie de incumplimientos a las bases de licitación respecto a la forma de presentar la oferta, por lo que en cuanto a ellos resuelve que corresponde desestimar su invalidación.

En cuanto al fármaco CICLOSPORINA, cabe indicar que cumplió efectivamente con los requisitos exigidos, en concreto, presentó el estudio de bioequivalencia tanto en el plazo de presentación, como en su contenido y certificaciones respectivas. Por tanto sólo respecto de este fármaco, por haberse detectado una omisión de la entidad licitante, acoge la invalidación deducida por Laboratorio Chile S.A., adjudicándole el suministro de este medicamento.

## **10) Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas**

De la misma forma que Carabineros de Chile, JUNAEB deniega la información pública requerida, invocando el artículo 21 N° 1 letra c) de la Ley N° 20.285.

## **11) Junta Nacional de Jardines Infantiles**

Esta corporación de derecho público, contesta a nuestro requerimiento en un tono distinto a los organismos anteriores, señalando que se ofició a cada una de las direcciones regionales del organismo, enviándose una serie de documentos por medio de sus asesores jurídicos. En definitiva se nos remitió documentación por parte de las Direcciones Regionales de la II, VII, VIII, XV regiones y también de la Región Metropolitana. Sin embargo la mayoría de los documentos entregados no corresponden a lo requerido.

La Dirección Regional de Antofagasta envió un recurso de reposición y jerárquico de manera subsidiaria y su correspondiente resolución, en contra de un acto administrativo que impone multas por concepto de atraso, ante una orden de compra realizada a través del convenio marco OC 1573-195-CM14, correspondiente a teclados y bolsos para notebook. No analizaremos esta reclamación por recaer sobre un acto administrativo ajeno a un procedimiento licitatorio.

La Dirección Regional del Maule remitió una acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, causa Rol N° 192-2012 caratulada "Osvaldo Molina Lepe EIRL con Junta Nacional de Jardines Infantiles Región del Maule".

La Dirección Regional del Bío-Bío hizo envío de una acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública, causa Rol N° 201-2013 caratulada " Concha con Junta Nacional de Jardines Infantiles Región del Maule" y además remitió un acto de revocación y la resolución de un recurso de reposición y jerárquico.

La Dirección Regional Arica y Parinacota por su parte remite la resolución de un recurso de reposición y jerárquico de manera subsidiaria, presentados en contra la resolución que termina unilateralmente el contrato licitado al configurarse una causales de terminación establecidas en las bases, que no examinaremos por impugnarse un acto administrativo dictado con posterioridad a la celebración del contrato.

Por último la Dirección Regional Metropolitana remite la resolución de dos recursos de reposición y de un recurso jerárquico en subsidio de uno de los anteriores. Estos recursos de reposición y jerárquico impugnan la resolución del servicio público de terminar el contrato anticipadamente, al configurarse una de las causales de terminación contempladas en las bases, el que no analizaremos por exceder el procedimiento de contratación.

De lo expuesto, se concluye que el único acto de revisión al procedimiento licitatorio que este servicio público ha entregado es el acto de revocación contenido en la Resolución Exenta N° 1969 de la Dirección Regional del Bío-Bío.

#### Resolución Exenta N° 1969 de 10 de septiembre de 2014

Por medio de esta resolución se revoca el procedimiento licitatorio destinado a la contratación de obras de conservación del Jardín Infantil "Bamby", licitación cuyo llamado tuvo fecha 19 de junio de 2014. Con posterioridad, el 21 de julio de 2014, la Coordinadora Regional del Programa Meta Presidencial, doña Ximena Montero Moreno, comunicó que el Jardín infantil "Bamby" sería incorporado al Programa Presidencial de Expansión de Centros Educativos, con la ampliación de un nivel de Sala Cuna en un segundo nivel. Dicha reforma constituía un compromiso del programa de gobierno de la Presidenta Sra. Michelle Bachelet Jeria.

Así en virtud de la eficiencia y coordinación de los poderes públicos y haciendo uso de la potestad revocatoria que la LBPA le reconoce en su artículo 61, deja sin efecto el llamado a licitación por cuestión de mérito, puesto que la mantención del recinto educacional se realizará a través de un programa gubernamental de ampliación de jardines infantiles y sala cunas, no siendo necesario que la entidad licitante se hiciera cargo de dichas obras.

## **12) Municipalidad de Maipú**

Este municipio en su respuesta se limitó a señalar que no cuenta con la información solicitada, añadiendo que sólo se han presentado acciones de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública.

1. "Banco del Estado con Ilustre Municipalidad de Maipú", causa Rol N° 90-2014.
2. "Audiomarket Producciones SPA con Ilustre Municipalidad de Maipú", causa Rol N° 81-2014.
3. "Epark con Ilustre Municipalidad de Maipú", causal Rol N° 45-2013.

## **13) Policía de Investigaciones**

Esta institución en respuesta a nuestra solicitud de información pública, comenta que no se han presentado recursos administrativos en procedimientos licitatorios de adquisición de bienes y servicios, pero sí señala que de oficio se han revocado varias licitaciones, resoluciones que expondremos a continuación.

Resolución Exenta N° 1756 de 16 de septiembre de 2013

Revoca el llamado a licitación pública ID 5592-28-E213 denominado "Habilitación de Oficinas BIDEMA Valdivia, en atención a que los servicios licitados se encuentran cubiertos por contrato vigente con la institución, resultando perjudicial al interés fiscal la adjudicación de un nuevo contrato.

Resolución Exenta N° 686 de 22 de abril de 2013

Revoca el llamado a licitación pública ID N°2981-110-LE13, denominado "Cambio de Ventanas JENAPU", debido a que por reasignación presupuestaria realizada por la institución, en dicho momento no contaban con los recursos para financiar los servicios licitados.

Resolución Exenta N°2203 de 15 de Noviembre 2013

Revoca el llamado a licitación pública ID N° 2981-283-LP13, denominada "Normalización Eléctrica Brigada de Homicidios", en atención a que el servicio licitado no podrá ser ejecutado por traslado de las dependencias de esta brigada, por lo que su realización resultaría perjudicial para los intereses fiscales la adjudicación de la referida propuesta pública.

Resolución Exenta N° 2403 de 5 de diciembre de 2013

Revoca el llamado a licitación pública ID N° 5190-23-L113, denominado "Centro Vacacional Pelancura-Freidora de Papas", debido a que el bien objeto del contrato fue adquirido mediante otro procedimiento licitatorio, siendo la realización de esta licitación perjudicial para el interés fiscal.

Resolución Exenta N° 1244 de 9 de julio de 2013

Revoca el llamado a licitación pública ID N° 5190-55-LP13, denominada "Jeblen - Tarjetas de Debito o GiftCard", en atención al actual proceso de toma de razón de sus bases administrativas, pendiente ante Contraloría General de la República.

Resolución Exenta N° 1628 de 2 de septiembre de 2013

Revoca el llamado a licitación pública ID N° 2983-10-LE13, denominada "Reposición sistema eléctrico", en atención a la omisión en las bases de la etapa de ejecución del proyecto de sistema eléctrico, en las respectivas especificaciones técnicas.

Resolución Exenta N°09 de 15 de septiembre de 2014 (Jefatura de Sanidad)

Revoca la adjudicación efectuada mediante Resolución N°08 de la Jefatura de Sanidad con fecha 12 de septiembre de 2014, que adjudicó la licitación pública ID N° 3292-13-LE14, denominada "Adquisición del Servicio de alimentación para la Jefatura de Sanidad" a la empresa de Carlos Navarrete Núñez, cuya oferta económica señaló que los precios incluyen IVA, sin embargo en el ingreso de la oferta, no desagregó el impuesto señalado, de modo que excede el presupuesto disponibles para tal servicio de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de las bases administrativas, en relación al artículo 9 LBCASyPS, el que prescribe que las ofertas que no cumplan con las bases administrativas y técnicas deben ser declaradas inadmisibles.

Debemos precisar que en este caso no debió revocarse dicha adjudicación, sino que invalidarse, puesto que la comisión evaluadora incurrió en ilegalidad al no declarar la inadmisibilidad de la oferta adjudicada.

Resolución Exenta N° 582 de 6 de marzo de 2014

Revoca el llamado a licitación ID N° 3325-5-L114, denominada "Repuesto e instalación de dos lunetas traseras", en atención a que su precio no fue definido entre los criterios de evaluación, lo que resulta perjudicial a los intereses fiscales.



Resolución Exenta N°675 de 27 de marzo de 2014

Revoca el llamado a licitación pública ID N° 3275-1-LE14, denominada "Servicio de Aseo para el edificio y las instalaciones del Cuartel San Antonio de la Policía de Investigaciones de Chile", dado que los criterios de evaluación fueron poco objetivos, por cuanto no fue considerado dentro de los mismos el comportamiento anterior de los oferentes que participarían, en el sentido que sus antecedentes puedan demostrar que la adjudicación a estos podría ser perjudicial a los intereses de la institución.

Resolución Exenta N° 194 de 24 de enero 2014

Revoca el llamado a licitación pública ID N° 3281-46-L113, denominada "Transporte de enseres y vehículos para funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile de la III Región Policial de Atacama, dadas las facultades otorgadas por el artículo 61 LBPA, en resguardo de lo intereses fiscales.

En cuanto a este acto de contra imperio consideramos que no está fundamentado.

Resolución Exenta N° 364 de 14 de febrero de 2014

Revoca el llamado a licitación ID N° 2931-10-LE14, denominada "DEINFRA artículos de ferretería", en atención a que existió un error en los archivos subidos al sistema de información, en cuanto a que las bases administrativas publicadas no establecieron la fecha de vigencia de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, lo que eventualmente podría haber dado lugar a confusiones y conflictos en el procedimiento licitatorio.

Resolución Exenta N° 285 de 5 de febrero de 2014

Revoca el llamado a licitación pública ID N° 2981-16-L114, denominada "Reparación Techumbre Prefectura Metropolitana Centro Norte", en atención a que existe contradicción entre el nombre de la licitación y los archivos adjuntos a la misma en el sistema de información, pudiendo provocar eventuales confusiones entre los oferentes y poner en riesgo la efectividad del procedimiento licitatorio.

Resolución Exenta N° 816 de 17 de abril de 2014

Revoca los llamados a licitación ID N° 29814-43-L114, 2981-48-L114, 2981-52-L114, 2981-56-L114 y 2981-61-L114, debido a que los criterios de evaluación contenidos en las bases administrativas de estos procedimientos, adolecen de errores que impiden determinar la mejor oferta.

#### **14) Dirección General de Aguas**

Este órgano dependiente del Ministerio de Obras Públicas, ante nuestro requerimiento de información pública, informó que en los últimos tres años sólo se ha presentado un recurso administrativo especial establecido en el Código de Aguas, denominado de "reconsideración" y que a la fecha de su remisión se encontraba aún en tramitación dentro de los plazos legales establecidos para su resolución. Además de este recurso administrativo, la Dirección General de Aguas hizo envío de varios actos de revisión de oficio, tanto invalidaciones y una revocación.

Resolución Exenta n° 1128 de 11 de abril de 2013

Deja sin efecto la resolución de misma naturaleza n° 519 por la cual se aprobaron las Bases Administrativas y Técnicas; y se designó Comisión de Evaluación de la Prestación de Servicios Personales denominada “Análisis de fitoplancton en muestras de aguas”, la que por razones de ajustes presupuestarios y en atención de que las Bases debieron reestructurarse para modificar la cantidad de muestras a analizar y su plazo de entrega se dejó sin efecto.

Resolución Exenta n°1512 de 24 de mayo de 2012

Este acto de invalidación tiene la particularidad de que ha sido motivada por un reclamo del portal mercadopublico.cl. Dicho reclamo solicitó que se realizara una revaluación de las ofertas por haber incurrido la Comisión Evaluadora en errores, en la licitación pública ID N° 1019-61-LE12 titulada como “Desarrollo e implementación de programas computacionales de sistema de datos GPRS”, la cual en un primer momento fue adjudicada a la empresa Red Global Ltda.

La Comisión luego de haber reevaluado las ofertas presentadas, de acuerdo a los criterios establecidos en las bases técnicas y administrativas, arrojó como resultado que la oferta mejor evaluada debió ser la de la empresa Mauro y Compañía Ltda, por lo que la entidad licitante, en este caso la Dirección General de Aguas, dejó sin efecto la Resolución Exenta n° 1340, de 2 de mayo de 2012 que adjudicó la licitación a la empresa Red Global Limitada y procedió a readjudicar la licitación al oferente Mauro y Compañía Limitada, ordenando que el contrato debe ser suscrito dentro de los 30 días siguientes de la notificación de su adjudicación, bajo la sanción de ponerle término administrativo al mismo, sin derecho a indemnización alguna.

Los demás actos de revisión de oficio que remitió corresponden principalmente a revocaciones por ajustes presupuestarios o por la imposibilidad de cumplirse los contratos administrativos que se licitan en

consideración a la planificación de la Dirección General de Aguas establecidas en las mismas bases.

En cuanto a reclamos presentados ante el portal mercadopublico.cl, la Dirección en cuestión informa que del año 2011 a hasta diciembre de 2013, se registraron hasta 60 impugnaciones, las que en su mayoría son contra resoluciones de evaluación de ofertas y actos de adjudicación.

#### **15) Fiscalía Nacional Económica**

Este servicio público ante nuestra consulta ha entregado una lista de reclamos de mercadopublico.cl, lo que hace suponer que como entidad licitante, entiende estos reclamos como recursos administrativos y que no se sido objeto de conocimiento de los recursos establecidos en la LBPA. Agrega que tampoco ha tenido ocasión de dictar actos de contraimperio de oficio.

#### **16) Hospital Clínico San Borja Arriarán**

Esta institución contesta nuestro requerimiento, señalando que no ha sido objeto de reclamaciones e impugnaciones administrativas en materia de adquisición de suministros de bienes y servicios, recibiendo en el periodo consultado sólo una demanda ante el Tribunal de Contratación Pública (Rol N° 78-2013).

#### **17) Gendarmería**

Gendarmería (Dirección Nacional) contestado a nuestro requerimiento, remitió varias resoluciones a recursos administrativos de reposición y jerárquico, sin embargo la mayoría de éstos si bien, tienen relación con la adquisición de bienes y servicios no corresponden a procedimientos licitatorios, sino que a la aplicación de multas en la ejecución de los contratos licitados, recibiendo en definitiva sólo un recurso de reposición contra resoluciones

dictadas en procedimientos licitatorios, entendiéndose por tales desde la aprobación de las bases hasta la adjudicación.

### Resolución Exenta n°2709 de 28 de marzo de 2013

El recurso presentado con fecha 4 de abril de 2013 impugna la Resolución Exenta n°2709 de 28 de marzo de 2013, en la cual se declara inadmisibles las ofertas presentadas por la empresa Seguridad y Telecomunicaciones S.A., fundándose en que la boleta de garantía no se ajustó a lo solicitado al artículo 10° de las Bases Administrativas Técnicas, por el hecho de no contener el RUT de la Institución y no cumplir con la vigencia solicitada del documento. Además dicha resolución se fundamenta en que los poderes de representación de los mandatarios de la empresa no se encuentran vigentes y en que la oferta no contiene el Anexo Técnico n°1, el cual debe resumir la oferta técnica. La entidad licitante declina en hacer uso de su facultad de solicitar correcciones errores u omisiones formales, por cuanto sostiene que los vicios indicados recaerían en elementos de la esencia de la oferta y por tanto en hacer ejercicio de la mencionada facultad significaría una vulneración del principio de la estricta sujeción a las bases y del principio de igualdad de los oferentes.

La recurrente por su parte sostiene que se corrigió la boleta de garantía de manera oportuna y que presentaba más de 200 días de vigencia. En cuanto a la vigencia de la documentación de representación, alega que no obstante no haberse subido al portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl), los documentos con vigencia de 30 días anteriores, los poderes otorgados por la empresa se encuentran absolutamente vigentes, pues al ser una sociedad anónima abierta que se relaciona de manera constante con instituciones bancarias y está sujeta al control de la Superintendencia de Valores y Seguros, implica que la documentación no puede adolecer de ningún tipo de irregularidad. Por último

indica que la falta del Anexo Técnico n°1 sólo es un defecto formal de la oferta y no afecta en modo alguno la esencia de la misma.

En su resolución con fecha 17 de mayo de 2013, la entidad licitante resuelve que “la decisión objeto de impugnación, se encuentra motivada y ajustada a derecho, no procediendo en consecuencia acoger el recursos de reposición”, a partir de informe contenido en Oficio Ordinario n°735, de 16 de mayo 2013, refiriéndose a los fundamentos de la recurrente de la siguiente forma:

“1) Garantía de seriedad de la oferta: Las dos boletas no se ajustan a lo solicitado en el artículo 10° de las Bases Administrativas, puesto que una de ellas no contiene el R.U.T. de la Institución y ambas no cumplen con el plazo solicitado e informado en la ficha de la licitación publicada en el portal Mercado Público.

2) En cuanto a lo presentación de los documentos de vigencia y representación legal de la oferente: La propia empresa reconoce no acompañar los documentos solicitados en su oferta; por otra parte, efectuada la revisión, estos documentos no se encuentran disponibles en el registro electrónico de Proveedores del Estado (ChileProveedores). Que lo anterior implica un incumplimiento a lo requerido en el art. 14° de las Bases Administrativas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 19°, del mismo cuerpo normativo

3) Falta de Anexo Técnico N°1: Que no le corresponde al oferente interpretar y valorar los documentos exigidos, debiendo cumplir, en tiempo y forma, con los antecedentes solicitados; lo anterior atendida su decisión de participar en la presente licitación y de acuerdo a la declaración de aceptación de las bases que la regulan, mediante la firma del Anexo Administrativo N°2.

4) Respecto al proyecto de “Habilitación Infraestructura para el departamento de Monitoreo Telemático”: El presentar este antecedente

no es de carácter facultativo para el oferente sino que una exigencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 letra d), en relación con el numeral 7 del Anexo Técnico N°6, lo que en consecuencia constituye efectivamente un incumplimiento a las Bases Administrativas y Técnicas.”

El recurso de reposición interpuesto por el oferente si bien fue rechazado, se observa que la entidad licitante actuó de manera ajustada a legalidad y con sujeción a las bases de la licitación. Sólo resta observar que el recurso de reposición fue fallado por la entidad licitante en el plazo de 30 días hábiles, por lo que Gendarmería actuó dentro del plazo legal establecido por la LBPA para la resolución de procedimientos administrativos, lo que es un indicador de que más allá de los aspectos críticos anteriormente expuestos, los plazos de resolución de la vía administrativa son cumplidos.

### **18) Ministerio de Agricultura**

El Ministerio de Agricultura en los últimos 3 años sólo ha recibido un recurso jerárquico proveniente de un recurso de reposición desestimado por la SEREMI del ramo de la región del Bío-bío, el cual analizaremos a continuación.

Resolución Exenta N° 31 de 4 de marzo de 2013

Con fecha 25 de Febrero de 2013, Terranova Viveros presenta recurso de reposición y en subsidio recurso jerárquico en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 de la LBPA, impugnando la Resolución Exenta N° 25 de 19 de Febrero de 2013, modificada por la Resolución N°27, de 21 de Febrero del mismo año, que declararon desierta la licitación pública denominada “Producción de plantas frutales y entrega en destino a damnificados por incendios de enero de 2012, en región del Biobío”, por estimar que debió serle

adjudicada por ser la suya la oferta más conveniente y cumplir con los requisitos exigidos para formularla.

Alega que ambas resoluciones son contradictorias, en cuanto la primera declara desierta la licitación y en la segunda declara las dos ofertas presentadas como inadmisibles, en circunstancias que la Comisión Evaluadora declaró admisible su postulación. Afirma la empresa recurrente que la Comisión Evaluadora no realizó su labor de acuerdo a lo dispuesto en las bases administrativas, pues de acuerdo a la recurrente “corresponde que ella recomiende la adjudicación de la oferta más conveniente para el Servicio, por lo que al evaluarnos con nota 2,5 debió recomendar nuestra adjudicación por ser la nuestra la oferta más conveniente para el Servicio”, agrega que las bases administrativas NO conceden a la comisión las facultades que se arroga y ella debe estarse a las bases administrativas pues éstas son obligatorias tanto para los oferentes como para el Servicio o entidad requirente o mandante. Cuestiona además criterios de la Comisión en cuanto a la evaluación de las especies licitadas y el entendimiento de estas por el oferente.

Con fecha 4 de marzo de 2013, el SEREMI de Agricultura resuelve rechazar el recurso de reposición, señalando en su considerandos 3°, 4° y 5° que:

“3. Que el llamado a licitación pública de la Administración no genera para ella la obligación de contratar. Por el contrario, la licitación pública es un procedimiento de carácter concursal que permite a la Administración cautelar los intereses públicos declarando inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplen con los requisitos establecidos en las bases y, declarar desierta una licitación cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses (...).

4. Que la solicitud de reposición conceptualmente estima que por el sólo hecho de haber sido evaluada su oferta, ella debió ser aceptada, alegación que contradice lo dispuesto por el legislador quien mantiene en



el administrador la facultad para adjudicar. En la presente situación, la ofertad de Viveros Terranova Ltda., obtiene la mitad del puntaje definido en la respectiva pauta de evaluación, por las circunstancias que se detallan en la respectiva acta de la comisión evaluadora.

5. Que Viveros Terranova Ltda., no ha aportado antecedentes que justifiquen la revocación o invalidación del acto administrativo contenido en la Resolución número 25, de 19 de febrero de 2013, modificada por la Resolución número 27, de 21 de febrero de 2013 que declararon desierta la licitación pública denominada “Producción de plantas frutales y entrega en destino a damnificado por incendios de enero de 2012, en región del Biobío.”

Resolución Exenta N° 211 de 29 de abril de 2013

En la resolución del recurso jerárquico que fue interpuesto de manera subsidiaria, con fecha de 29 de abril de 2013 el Ministro de Agricultura como superior jerárquico, desestimó dicha impugnación diciendo que:

“Que la Secretaría Regional Ministerial ha obrado de conformidad a lo preceptuado en el artículo 9 de la ley N° 19.886, que establece: “El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren con los requisitos establecidos en las bases. Declarará desierta una licitación cuando no se presenten ofertas, o bien, cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses. En ambos casos la declaración deberá ser por resolución fundada.” Ya que al declarar desierta la licitación objeto del recurso, mediante la Resolución N°25 de 2013, modificado por la Resolución N°27, de 2013, ambas de la Secretaría Regional Ministerial de Agricultura de la Región del Biobío, en la que se expresa latamente las razones por las cuales la autoridad

adoptó su determinación, queda establecido que las ofertas presentadas no se ajustan o no resultan convenientes para los intereses del servicio”.

Respecto a estos recursos, nuestros comentarios apuntan en los mismos sentidos que lo dicho en cuanto al recurso de reposición presentado a Gendarmería, pues en este caso el recurso de reposición y subsidiariamente jerárquico, carecían de fundamento suficiente para que le órgano de la Administración reconsiderara su decisión en cuanto a declarar la oferta como inadmisibles y la licitación como desierta, puesto que si las ofertas no son satisfactorias atentaría contra el interés público aceptarlas y adjudicarles el contrato administrativo.

En cuanto al plazo, nuevamente observamos que los plazos legales de resolución se cumplen. El recurso de reposición interpuesto con fecha 25 de febrero de 2013, fue resuelto el día 4 de marzo de 2013, tardándose en resolver la entidad licitante tan sólo 7 días. En cuanto al recurso jerárquico el órgano que nos entrega esta información, adjunta documento que envía al superior jerárquico la Resolución Exenta N°31 del 04 de marzo de 2013, que rechaza reposición y acoge a trámite recurso jerárquico la solicitud, el cual consta con fecha de 19 de marzo de 2013, por lo que el recurso jerárquico también ha sido resuelto dentro del plazo legal de 30 días hábiles.

### **19) Dirección de Compras y Contratación Pública**

La Dirección de Compras y Contratación Pública o Chile Compra, como entidad licitante fue uno de los órganos que respondió satisfactoriamente a nuestro requerimiento de información pública. En efecto, la Dirección responde que “Cabe hacer presente que esta Dirección, de conformidad con las disposiciones establecidas en la ley N° 19.880, de Bases sobre Procedimientos Administrativos, al momento de revisar sus actos en la materia que se consulta, ha procedido a modificar sus resoluciones cada vez que ha arribado a la

conclusión de su pertinencia, sin esperar la presentación formal de algún recurso de reposición presentado por algún interesado, bastando en algunos casos la sola presentación de una solicitud que dé cuenta de la situación que le afecta, tal como aconteció en los actos adjudicatorios cuya copia se entrega”.

La dirección de compras, como entidad licitante nos ha hecho entrega de 3 actos de revisión de oficio, los cuales corresponden a 2 invalidaciones y una aclaración.

#### Resolución N°41 de 2011

Modifica la Resolución N° 69 de 2010 de la misma Dirección de Compras, la que adjudica la propuesta pública de Convenio Marco N° 13/2009, ID 2239 – 23 – LP09, para el suministro de impresoras, en el sentido que el proveedor Aminorte S.A., se adjudica la licitación sólo en una de las categorías de la misma. La entidad licitante en este caso fundamenta su decisión en que las bases que rigieron el concurso público contemplaban la obligación para que quienes resultaran adjudicados en la categoría suministros re manufacturados para impresoras de remitir a la entidad, certificación ISO 9001/2000, además de certificado de “Políticas Medio Ambientales”, emitido por alguna empresa avalada por la Comisión Nacional del Medio Ambiente, en cuanto respecta al manejo de residuos. Con posterioridad a la adjudicación, del estudio de los antecedentes y de la misma declaración de su representante, se comprueba que el oferente no cumplía con estas exigencias y por tanto corresponde invalidar de oficio el acto adjudicatorio en la categoría mencionada.

#### Resolución N°44 de 2011

También recae en la Resolución N° 69 de 2010 de la misma Dirección de Compras, la que adjudica la propuesta pública de Convenio Marco N°

13/2009, ID 2239 – 23 – LP09. En este caso la invalidación tiene motivo con que uno de los adjudicatorios presentó un certificado de originalidad de los productos de su oferta los cuales consistían en tonners para impresoras marca HP, dicho ítem de acuerdo a las bases de la licitación consistía en un 20% del total del puntaje. Tras una denuncia del Hospital de Carabineros de Chile, la cual también contrató con el proveedor en cuestión , dio cuenta que los productos no eran originales realizando las respectivas denuncias al Ministerio Público. Por estas razones la Dirección de Compras, dejó sin efecto el acto de adjudicación.

Resolución N° 53 de 2011

Aclara la Resolución N°39 del mismo año que adjudica la Propuesta Pública de Convenio Marco ID 527838-100-LP09, llamada para la contratación de servicios de Desarrollo y Mantenimiento de Software. La aclaración consiste en que por un error de transcripción, según el cual un proveedor, Psicus Estudios, fue evaluado y de acuerdo a su puntuación debió ser adjudicado, otro proveedor ocupaba ese lugar.

## **20) Universidad Tecnológica Metropolitana (UTEM)**

Ante nuestro requerimiento de información pública, la Universidad Tecnológica Metropolitana, nos informó que ante dicha institución no se han interpuesto recursos administrativos que reclamen contra actos dictados en procedimientos licitatorios, seguidos en conformidad a la ley de compras públicas. No obstante la misma institución en su calidad de entidad licitante, hace envío de una resolución que invalida de oficio un acto adjudicatorio, readjudicando el contrato objeto de la licitación a otro oferente.

Resolución Exenta N°0636 de 2013

Deja sin efecto la Resolución Exenta N°018 de 7 de enero de 2013, que adjudicó a Banco Santander Chile, el contrato de servicio de transporte, custodia de valores y provisión de personal temporal para la atención de cajas de la mencionada casa de estudios estatal, fundando dicha resolución que en una revisión de la licitación por parte de la misma entidad licitante arrojó que el adjudicatario contravenía el numeral 10 de las Bases, el cual prohíbe la subcontratación y su Anexo N° 7, que contenía el contrato a suscribir y regulaba la prestación de servicio, en circunstancias que el proveedor señaló en su oferta que el servicio de transporte de valores lo realizaría a través de un tercero y no directamente como establecían las bases. En virtud de lo establecido en el artículo 53 de ley 19.880, invalida el acto de adjudicación y resolvió adjudicar el contrato a la empresa Sociedad de Transporte Intertecno Valores S.A., la cual resultó segunda en la evaluación de ofertas.