



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

## **LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

**EN LA LEY DE BASES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y  
PRESTACIÓN DE SERVICIOS. REVISIÓN DE SUS PRINCIPIOS.**

**CAROLINA PAZ RODRÍGUEZ MUÑOZ**

MEMORIA DE PRUEBA

Para optar al grado de  
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales  
Facultad de Derecho, Universidad de Chile

PROFESOR GUÍA

Claudio Moraga Klenner.

Santiago, Chile.

2015

## Índice de Contenidos

<b>Capítulo I: La Contratación Pública: Marco de desarrollo de la actividad estatal.....</b>	<b>p.8</b>
1. Acto Administrativo.....	p.8
2. Contrato Administrativo.....	p.9
2.1. Concepto.....	p.9
2.2. Elementos del contrato administrativo.....	p.11
2.2.1. La competencia y la capacidad.....	p.12
2.2.2. El objeto o contenido.....	p.14
2.2.3. La causa. La causa administrativa o motivo.....	p.14
2.3. Características del contrato administrativo.....	p.15
1) Bilateralidad.....	p.15
2) Formalismo.....	p.15
3) Existencia de un interés público.....	p.15
4) Desigualdad de las partes.....	p.16
5) Cláusulas exorbitantes.....	p.16
a-. Poder de dirección, fiscalización y control.....	p.17
b-. Poder de modificación del contrato.....	p.17
c-. Poder sancionatorio.....	p.18
d-. La sustitución del contratante.....	p.19

e-. El poder de dar término anticipado y unilateral del contrato.....	p.19
6) Marco legal especial de naturaleza pública.....	p.21
7) Su objeto puede ser una cosa que se encuentra fuera del comercio humano.....	p.22
8) Derecho a mantener el equilibrio económico financiero.....	p.22
3. Las bases positivas de la contratación administrativa.....	p.23
3.1. La Constitución.....	p.23
3.2. La ley N°18575 de Bases Generales de la Administración del Estado.....	p.24
3.3. La ley N°18880 de Bases de Procedimientos Administrativos.....	p.25
3.4. Las leyes orgánicas de cada órgano de la Administración del Estado.....	p.26
3.5. La ley N°19886 de Bases de contratación administrativa y prestación de servicios.....	p.26
4. Perfeccionamiento del contrato administrativo.....	p.27
5. La extinción del contrato administrativo.....	p.29
5.1. Causas normales de terminación del contrato administrativo.....	p.29
5.2. Causas anormales de terminación del contrato administrativo.....	p.30
6. La eficacia del contrato administrativo.....	p.31
6.1. El caso fortuito o fuerza mayor y su aplicación en el contrato administrativo.....	p.31
6.2. Teoría de la imprevisión en el contrato administrativo.....	p.32
<b>Capítulo II: El sistema de contratación y compras públicas a partir de la ley N°19886</b> .....	p.34
1. Antecedentes.....	p.34

1.1. Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle. Comisión Nacional de ética Pública. Informe sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción. Año 1994.....	p.34
1.2. Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar. Acuerdo político legislativo para la modernización del Estado, la transparencia y la promoción del crecimiento.....	p.41
2. La ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, N°19886, y su Reglamento, D.S. 250, del Ministerio de Hacienda.....	p.43
2.1. Ámbito de aplicación.....	p.45
2.1.1. Elemento orgánico o subjetivo.....	p.45
2.1.2. Elementos materiales u objetivos.....	p.46
2.2. Exclusiones del sistema.....	p.47
2.2.1. Exclusiones expresas.....	p.47
2.2.2. Exclusiones tácitas.....	p.49
3. Contratos administrativos regulados por la ley N°19886.....	p.49
3.1. Contrato de suministro.....	p.49
3.2. Contrato de prestación de servicio: .....	p.50
a-. Servicios Generales.....	p.50
b-. Servicios Personales.....	p.51
b.1-. Servicios personales propiamente tales.....	p.51
b.2-. Servicios personales especializados.....	p.51
4. Los procedimientos de contratación y compras públicas contemplados en la ley N° N°19.886.....	p.51

4.1. Licitación Pública.....	p.52
4.2. Convenio Marco.....	p.60
4.3. Licitación Privada.....	p.68
4.4. La Contratación Directa.....	p.76
<b>Capítulo III: Revisión de principios informadores del sistema de contratación y compras públicas.....</b>	<b>p.81</b>
1. Análisis General.....	p.82
1.1. Principio de Legalidad o Juridicidad.....	p.83
1.2. Principio de Formalización.....	p.85
1.3. Principio de Publicidad y Transparencia.....	p.88
1.4. Principio de Igualdad.....	p.93
1.5. Principio de Idoneidad del Contratante.....	p.98
1.6. Principio de Mutabilidad del Contrato.....	p.101
1.7. Principio de Preeminencia de la Administración.....	p.103
1.8. Principio de Libre Concurrencia.....	p.106
1.9. Principio de Estricta sujeción a las Bases.....	p.109
1.10. Principio de Objetividad o Imparcialidad.....	p.112
1.11. Principio de Oposición.....	p.114
1.11.1. Tribunales Especiales.....	p.116
1.11.1.1. Tribunal de contratación y compras públicas.....	p.116
1.11.1.2. Tribunal de la libre competencia.....	p.120

1.11.2. Tribunales Ordinarios.....	p.124
1.11.3. Contraloría General de la República.....	p.126
1.12. Principio de Equilibrio Económico.....	p.127
1.13. Principio de Gratuidad.....	p.129
1.14. Principio de Escrituración.....	p.129
1.15. Principio de Probidad.....	p.131
1.16. Principio de Control.....	p.137
1.16.1 Control Administrativo.....	p.140
1.16.1.1. Contraloría General de la República.....	p.141
a-. Dictámenes.....	p.141
b-. Toma de razón.....	p.142
c-.Juicio de cuentas.....	p.145
1.16.1.2. Fiscalía Nacional Económica.....	p.147
1.16.2. Control Judicial.....	p.149
2. Principios propios del Derecho Civil que se aplican a la contratación administrativa.....	p.150
2.1. Principio lex inter partes o pacta sunt servanda.....	p.151
2.2. Principio de Buena Fe.....	p.152
2.3. Principio de Enriquecimiento sin causa.....	p.153
<b>Conclusiones.....</b>	<b>p.156</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>p.164</b>

## RESUMEN

Qué entender por contratación pública como marco de desarrollo de la actividad del Estado. Definición de acto administrativo para arribar a un concepto de contrato administrativo y desarrollo de todos aquellos aspectos considerados fundamentales, como son sus elementos; sus bases positivas; y eficacia.

El actual sistema de contratación y compras públicas a partir de la dictación de la Ley N°19886, del año 2003, y su D.S. N°250 del Ministerio de Hacienda del año 2004. Revisión de antecedentes relevantes que explican la introducción de esta modificación legal dentro del contexto político administrativo y la incorporación de los conceptos de publicidad, transparencia y probidad en el ejercicio de sus funciones. Análisis de la norma propiamente tal, determinando su ámbito de aplicación, sus exclusiones, los contratos administrativos regidos por ésta, como asimismo de los distintos procedimientos administrativos que preparan la contratación, cuales son, el convenio marco, la licitación pública, licitación privada y contratación directa.

Análisis de la aplicación que reciben los principios informantes de las normas aplicables al sistema de contratación y compras públicas vigente; desde la revisión de aquellos principios que encontramos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tienen aplicación universal a todo órgano de la Administración, como aquellos principios que rigen la contratación administrativa en particular, pero de modo general, ya que resultan aplicables a todos los contratos administrativos; para finalmente abordar los principios que regulan en específico los contratos de suministro y prestación de servicios, enunciados en el Mensaje Presidencial del que da cuenta la historia de la ley como principios formativos del proyecto de ley sobre contratación y compras públicas, y posteriormente recogidos por la propia Ley N°19.886 y su Reglamento.

## CAPÍTULO I

### LA CONTRATACIÓN PÚBLICA:

#### EL MARCO DE DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

En el derecho podemos distinguir hechos y actos jurídicos. Los primeros, han sido definidos como “los acontecimientos que conforme con el derecho objetivo producen la adquisición, pérdida o modificación de un derecho subjetivo”<sup>1</sup>, los que pueden ser obra de la naturaleza o del hombre, en este último caso, cuando son manifestaciones de voluntad con intención de producir efectos jurídicos, constituyen un acto jurídico.

En el Derecho Administrativo tenemos que los actos jurídicos de la Administración pueden ser unilaterales o bilaterales, en tanto ésta puede actuar a través de la expresión de su sola voluntad, mediante la dictación de actos administrativos, o bien, en conjunto con otras voluntades, celebrando contratos administrativos, cumpliendo en ambos supuestos con un solo objetivo, cual es, el satisfacer las necesidades públicas con miras al bien común.

#### 1. EL ACTO ADMINISTRATIVO.

El acto administrativo, es una de las formas en que la Administración manifiesta su voluntad y presenta en su esencia, elementos diferenciadores de los actos jurídicos propiamente tales. La profesora Julia Poblete, en su libro *Actos y Contratos Administrativos*, ha sostenido que

---

<sup>1</sup> HURTADO, Avelino León: *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*. 3ª Ed. Editorial Jurídica de Chile, pág. 8.

éstos, se caracterizan por su: **legalidad**, ya que requieren de una habilitación o autorización legal previa; **motivación**, esto es que, los antecedentes de hecho y de derecho fundantes son un elemento de validez de los mismos; **formalidad**, pues debe someterse a las solemnidades previstas en la ley; e **imperio**, ya que pueden imponerse al administrado de modo unilateral y obligatorio.

La LBPA, en su artículo 3° se encargó de definir qué se entiende por acto administrativo, esto, recogiendo el concepto originalmente establecido en el DS N°26, año 2001, del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, expresando que: *“Se entenderá por acto administrativo las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”*.

Sin embargo, el legislador, en el mismo artículo decidió otorgar extensivamente la calidad de acto administrativo a los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones.

## **2. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.**

### **2.1. Concepto de contrato administrativo.**

A falta de definición expresa en la ley de bases, y la existencia de un concepto limitado, aplicable sólo a los contratos de suministro y prestación de servicios en la ley sobre contratación y compras públicas, para saber primeramente qué se entiende por contrato administrativo,

deberíamos remitirnos al derecho privado, específicamente a lo dispuesto por el Código Civil que, en su artículo 1438, dispone que contrato o convención es: *“un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer, o no hacer una cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”*.

Con esta base, y teniendo en consideración las características de la función administrativa y el titular de su ejercicio, es que podemos acercarnos a un concepto más concreto, como una declaración bilateral productora de efectos jurídicos entre dos personas, una de las cuales es un órgano de la Administración del Estado que actúa en ejercicio de la función administrativa.

Para Marienhoff *“es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”*<sup>2</sup>

En tanto, para Enrique Silva Cimma, el contrato administrativo es *“el acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquella, que persigue un fin público, y se somete a las reglas del derecho público”*, concepción que recoge, a diferencia de la anterior definición, el régimen jurídico que lo regula como característica que de lo define como tal.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> MARIENHOFF, Miguel S.: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo IIIA, N°592. Editorial Abeledo –Perrot, Buenos Aires, Argentina, Año 1988, p. 8.

<sup>3</sup> SILVA CIMMA, Enrique: *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes* (1), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 174.

La jurisprudencia de la CGR se ha referido al concepto de contrato administrativo, en el sentido que todo convenio que celebre la administración ha de ser considerado como un contrato de la Administración, como pueden ser, por ejemplo, los acuerdos expropiatorios sobre el monto de la indemnización que tiene derecho a percibir el afectado de ella.

*“Al respecto, es dable agregar que analizando el sentido del inciso primero del artículo 8° bis de la ley N° 18.575 - actual artículo 9°-, reiterada jurisprudencia administrativa de esta Contraloría General, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s 45.278 y 46.532, ambos de 2000 y 7.079 de 2001, ha concluido que la expresión "contratos administrativos" utilizada en la citada disposición legal, tiene un alcance amplio que comprende todos los convenios que celebre la Administración del Estado,..”<sup>4</sup>*

## **2.2. Elementos del contrato administrativo.**

En la contratación administrativa encontramos elementos de la contratación en el derecho civil. Los elementos esenciales para ambos tipos de contratos son los mismos y, en este sentido, es plenamente aplicable el artículo 1445 del Código Civil que señala: *“Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. Que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.*

---

<sup>4</sup> Dictamen N°48.113, de 2007.

### 2.2.1. La competencia y la capacidad.

Los sujetos partes del contrato administrativo, Administración y administrado, deben ser hábiles, aptitud que se encuentra determinada en el primer caso por el concepto de *competencia*, y en el segundo, por el de capacidad.<sup>5</sup>

*“Tanto la "competencia" de la Administración Pública cuando actúa en el campo del derecho privado , como la "capacidad" del administrado o particular cuando actúa en el campo del derecho público, como principio general están reguladas por el derecho que las rige habitual o normalmente: derecho público para la Administración; derecho privado para el administrado o particular”.*<sup>6</sup>

Para determinar la competencia o capacidad legal de la Administración, debemos atender a las atribuciones legales que el ordenamiento jurídico le otorga y conforme a las cuales debe actuar, de modo que si actúa fuera de este ámbito, el acto estará viciado de nulidad.

La doctrina al referirse a la competencia de la Administración distingue distintos niveles, así tenemos que, un órgano competente será aquel que tanto desde el punto de vista “institución”, como del de “persona”, tengan las competencias o capacidades requeridas para la existencia y validez de los actos y contratos administrativos<sup>7</sup>, ya que la Administración actúa a través de

---

<sup>5</sup> MARIENHOFF, Op. Cit., t. II, N°401, p.109.

<sup>6</sup> Ibid., t. IIIA, N°613. p. 45.

<sup>7</sup> MARIENHOFF, Op. Cit., t II, N°401, p.109.

funcionarios públicos que, para poder actuar en su nombre, deberán tener competencia administrativa, por una parte, y capacidad civil, por otra.

*“La capacidad o incapacidad de derecho del agente público (funcionario o empleado), considerado como "persona", rígenese, en principio, por la legislación civil; sobre esta base dicho agente concurre al campo del derecho administrativo y es tomado por éste.”<sup>8</sup>*

A su vez, la capacidad del administrado, por regla general se rige por el derecho privado, aunque para actuar válidamente en el derecho público, puedan exigirse otras condiciones por expresa disposición legal.

*“Las variantes que puedan presentarse en cuanto a condiciones o requisitos para que el administrado pueda actuar en determinados asuntos de derecho administrativo, se presenta, también, en el derecho privado, donde según de qué acto o contrato se trate, así serán las condiciones o requisitos específicos que el individuo debe reunir”<sup>9</sup>*

Por ejemplo, tenemos que el artículo 4º de la Ley N°19.886 dispone que todas las personas naturales y jurídicas podrán contratar con la Administración, cuando cumplan con una serie de requisitos establecidos en el Reglamento de dicha ley. En consecuencia, en este caso tenemos que, además de la capacidad civil, regulada en los artículos 1445, 1446 y 1447 del Código Civil, se deberá cumplir con otros elementos para ser capaz en el ámbito de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

---

<sup>8</sup> Ibid, p. 111. año 1988.

<sup>9</sup> MARIENHOFF, Op. Cit., t. II, N°401, p.112.

### **2.2.2. El objeto o contenido.**

El objeto, según parte de la doctrina corresponde al "contenido" del acto jurídico, debiendo entenderse por tal, lo que éste dispone. Marienhoff señala que el "*contenido consiste en la resolución o medida concreta que mediante el acto adopta la autoridad, siendo ello lo que diferencia un acto de otro acto*"<sup>10</sup>

Reciben aplicación las disposiciones del código civil con respecto al objeto, esto es que, el objeto debe ser comerciable, lícito, determinado o determinable, conforme a las normas del Código Civil, artículos 1460 y siguientes. La Ley no señala otros requisitos al objeto, salvo el disponer que la Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación (artículo 7, inciso final).

### **2.2.3. La Causa. La causa administrativa o motivo.**

Si bien la doctrina se divide en dos posiciones con respecto a la causa administrativa, una subjetivista, para la cual la causa se basa en la voluntad del sujeto, y otra objetivista, en que la causa se constituye por los antecedentes de hecho y de derecho que justifican la dictación del acto o en cuyo mérito se emite el acto; es esta última la que se impone, entendiéndose el concepto de causa como "motivo" para contratar.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> MARIENHOFF, Op. Cit., t II, N°388, p. 94.

<sup>11</sup> MARIENHOFF, Op. Cit., t II, N°403, p.114.

Parte de la doctrina ha sostenido que la causa en la contratación administrativa es la satisfacción de un interés público, sin embargo, esta posición es criticada por ser un concepto de causa genérico y finalista.

No obstante lo anterior, y aunque ello no resulta claro en nuestra norma, ya que en el artículo 1° de la LBCASyPS no se menciona nada con respecto a la finalidad que debe perseguir el contrato parece coincidir, pues al remitirnos al Mensaje de la misma, éste señala que la finalidad de la contratación está constituida por los fines públicos.

En cuanto a los requisitos de la causa resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 1467 del Código Civil, en cuanto ésta debe ser real y lícita.

### **2.3. Características del contrato administrativo.**

**1) Bilateralidad.** A este acto concurren la Administración y un particular, el que puede ser persona natural o jurídica, nacional o extranjera.

**2) Formalismo.** El procedimiento de contratación debe someterse a las formalidades y requisitos establecidos por las normas aplicables.

**3) Existencia de un interés público.** El objeto del contrato administrativo es la satisfacción directa e inmediata de una necesidad colectiva o de interés general.

**4) Desigualdad de partes.** Una de las partes contratantes podrá ser, una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, con domicilio dentro o fuera del territorio de la República; y la otra, será la Administración. La primera podrá ejercer su autonomía de voluntad de modo limitado, debiendo someterse a las normas de Derecho Público que regulan el contrato en concreto, a diferencia de las normas del Derecho Civil que consagran la libertad contractual. En tanto, la Administración gozará de prerrogativas que le permiten sostener algún grado de superioridad ante su contraparte en el contrato., considerándose atribuciones como el ius variandi; la potestad extintiva o poder de poner término anticipado y unilateral al contrato fundado en el interés público; poder de sustitución del contratante; poder de dirección; poder de inspección; poder de control; interpretación unilateral, entre otras.

*“Este régimen diferenciado, que sustenta la teoría del contrato administrativo, coloca al Estado en una posición de supremacía respecto del contratista, a quien normalmente se lo denomina colaborador de la administración o se califica su posición como de subordinación”<sup>12</sup>*

**5) Cláusulas exorbitantes.** Las cláusulas exorbitantes o prerrogativas del poder público tienen reconocimiento en el ordenamiento jurídico chileno y afectarán el contrato que la Administración celebre toda vez que sean consignadas en él de modo explícito, o que exista una norma expresa y previa de ley que así lo permita, o implícito, indistintamente.

---

<sup>12</sup>CAMPOLIETI, Federico: “Los límites del contrato Administrativo”. En: Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados. [En línea], 1ª edición, México, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2007, p.22. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2447>. ISBN 970-32-3935-8

Marienhoff se refiere a estas cláusulas como “*exorbitantes* del derecho común, vale decir, cláusulas que sobrepasan el ámbito de ese derecho, sea porque en éste dichas cláusulas son *inusuales* o porque, incluidas en un contrato de derecho privado, resultarían *ilícitas* por exceder el ámbito de la libertad contractual”<sup>13</sup>. Entre ellas destacan:

**a-. Poder de dirección, fiscalización y control.** La Administración debe velar porque los cometidos que le corresponden según la ley, ya sea, prestador por sí o a través de terceros contratistas, sean otorgados de modo continuo, regular y según lo convenido. Para estos efectos es que resulta ser titular de poderes como el de dirección, que permite establecer la forma y modo en que debe cumplirse el objeto del contrato; de fiscalización, a través del cual se procura el cumplimiento al contrato según lo pactado; y el de control, mediante el cual se busca que la consecución del fin de interés público, materia del contrato, se obtenga conforme al principio de juridicidad.

**b-. Poder de modificación del contrato.** Es una facultad de la Administración el poder modificar unilateralmente un contrato vigente con el objeto que éste mantenga su utilidad pública, “*la inmutabilidad del contrato cede su lugar a la inmutabilidad del fin*”<sup>14</sup>, pudiendo incluso establecer condiciones más gravosas para el contratante particular, cuyo único resguardo será su derecho a ser indemnizado o compensado, por ello es que el poder del *ius variandi* no puede ser ejercido en forma absoluta y sin justificación que así lo habilite, requiere de antecedentes de hecho y de derecho que den cuenta de su procedencia.

---

<sup>13</sup> MARIENHOFF, Op. Cit., t. IIIA, N°598. p. 24.

<sup>14</sup> CAMPOLIETI, Op. Cit., p. 29

*“...por tratarse de un contrato administrativo cuya finalidad directa e inmediata es propender al bien público, la Administración posee ciertas potestades exorbitantes, que difieren de las del derecho común, tales como la facultad de elaborar las bases de licitación, de dirigir e inspeccionar el cumplimiento del contrato y, en ciertos casos, de modificar el mismo, para su mejor ejecución. Asimismo, existen ciertas situaciones en que la autoridad administrativa requiere que se modifique el plan de trabajo y que de ello derive una ampliación del plazo para llevar a término la obra, lo que bajo determinados supuestos da lugar a la indemnización de los perjuicios que al efecto puedan ocasionarse al contratista”<sup>15</sup>*

**c-. Poder sancionatorio.** La Administración con el fin de asegurar el cumplimiento de lo pactado posee un instrumento de coacción en contra del contratante particular, esto es, el poder sancionatorio de una infracción administrativa, sea por vía de acción u omisión.

El poder sancionatorio de la Administración debe actuar dentro del marco del debido proceso, según los principios generalmente aceptados como regidores del ius puniendi del Estado, cuales son: la tipicidad, la conducta sancionable y su sanción deben estar previstas en la ley o en el reglamento con previa habilitación legal establecida en el propio contrato; la legalidad, el poder sancionatorio específico debe estar explícitamente autorizado por la ley; la irretroactividad, el ejercicio de este poder debe realizarse según las normas vigentes; la prescripción, la acción sancionatoria y la sanción administrativa prescriben ; la presunción de inocencia, la Administración tiene la carga de la prueba de la conducta típica administrativamente reprochable.

---

<sup>15</sup> Dictamen N°22.640, de 2009.

*“Este es considerado un verdadero poder disciplinario que no tiene como fin último el castigar injustamente al contratista, sino asegurar la satisfacción concreta de la necesidad pública perseguida”<sup>16</sup>*

Dentro de las sanciones administrativas se encuentran entre otras: **el cobro de garantías**, como la de fiel y oportuno cumplimiento del contrato; **la suspensión del registro de contratistas**, cuando el contratista no diere cumplimiento a su contrato, haya cometido faltas o infracciones graves o reiteradas al Reglamento D.S. 250, o por motivos fundados que así lo aconsejen a juicio de la Administración; **la privación de la concesión de obra pública al propio concesionario**, ya sea por cesión forzosa de los derechos del contrato, etc.

**d- La sustitución del contratante.** La Administración tiene la facultad de *“retomar el servicio a su cargo, por razones de interés general, en los casos expresamente contemplados en el ordenamiento jurídico”*.<sup>17</sup>

**e- El poder de dar término anticipado y unilateral del contrato.** Por regla general, la Administración está facultada para poner término unilateral y anticipado al contrato cuando éste o su marco jurídico así lo establezcan, debiendo cumplir los presupuestos exigidos. Así lo ha sostenido la jurisprudencia:

---

<sup>16</sup> CAMPOLIETI, Loc. Cit.

<sup>17</sup> MORAGA KLENNER, Claudio: “Contratación Administrativa”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 246.

*“Normativa constitucional y legal reconocen a la Administración prerrogativas exorbitantes del derecho común, como poner término anticipado a contrato administrativo en caso de incumplimiento de obligaciones previsto en bases administrativas o contrato”<sup>18</sup>*

*“SÉPTIMO: Que, asentado lo anterior, cabe destacar que la doctrina administrativa ha reconocido la regla general que le asiste a la Administración de dejar sin efecto sus decretos y resoluciones, puesto que se ha considerado justificado privar de efectos a un acto administrativo por razones de interés público o, particularmente, de los intereses del ente emisor del acto.*

*En efecto, ante nuevos escenarios fácticos o necesidades públicas cambiantes, aparece razonable dotar a la Administración de una especial potestad revocatoria que sea de su exclusiva y discrecional competencia, a fin de eliminar los efectos inconvenientes o inoportunos de un acto administrativo.*

*Este principio general de procedencia de la revocación contemplado expresamente en el artículo 61 de la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, tiene como limitaciones el que no puede afectar derechos adquiridos legítimamente. Pero para estar frente a derechos adquiridos, es necesario que el particular tenga la facultad de exigir que su situación sea respetada y que la Administración tenga la obligación de respetarla, de manera tal que si se encuentra autorizada la revocación, no puede hablarse de derechos adquiridos;”*

*“NOVENO: Que, efectivamente, siendo la licitación pública un procedimiento de contratación que concluye con la adjudicación del respectivo contrato, al establecer el artículo 13 de la Ley N° 19.886 que los contratos administrativos pueden modificarse o terminarse anticipadamente bajo determinadas circunstancias que enuncia, permite concluir que el municipio reclamado tenía la potestad para modificar la situación jurídica surgida de la adjudicación acordada en un*

---

<sup>18</sup> Corte Suprema. Tercera Sala. En causa Rol 810-2009, de 23.12. 2011.

*procedimiento de licitación, con miras a satisfacer un interés público descrito en el posterior decreto revocatorio;*

*DÉCIMO: Que, en este orden de ideas, cabe resaltar que precisamente una de las características fundamentales de los contratos administrativos es que puede ponérseles término por la sola voluntad de la Administración, sin que sea necesario el consentimiento de la otra parte, sin perjuicio que se cumplan las condiciones necesarias para adoptar esta determinación;*

*UNDÉCIMO: Que es evidente, como acontece en la especie, que de un contrato de obra pública nacen derechos patrimoniales para el contratista. Sin embargo, no es posible desconocer que se reconoce a la Administración la potestad o poder jurídico de revocar estos actos, lo que no obsta a la indemnización a que el afectado pueda tener derecho”<sup>19</sup>*

**6) Marco legal especial de naturaleza pública.** Cada contrato administrativo tiene un estatuto propio, el que a falta de regulación específica se complementará de modo supletorio con las normas generales de Derecho Público. Pero lo anterior no es en términos estrictos, ya que por remisión puede recurrirse al Derecho Privado, tal y como ocurre con la ley N°19886.

Es así como nos enfrentamos a contratos en que, siendo parte la Administración, están normados exclusivamente por el Derecho Público, o por éste y el Derecho Privado, o exclusivamente por éste último, cuando se trata de contratos en que el Estado actúa como privado. Por ello, es que *“una parte de la doctrina prefiere utilizar la terminología Contrato de la Administración, en vez de Contrato Administrativo, ya que en el primer concepto se puede abarcar*

---

<sup>19</sup> Corte Suprema, Tercera Sala, en causa Rol N° 6379-2009, de 23.06.2011.

*a todos los contratos en que es parte la Administración del Estado independientemente de cuál sea la naturaleza jurídica de las normas legales que lo tipifican y regulan*<sup>20</sup>

**7) Su objeto puede ser una cosa que se encuentra fuera del comercio humano.** La Administración puede disponer de manera válida sobre un objeto que, en el caso de los contratos regidos exclusivamente por el Derecho Privado, podrían acarrear la inexistencia o declaración de nulidad del contrato, por carencia o ilicitud del mismo. Son ejemplos típicos de esta situación las concesiones sobre bienes de dominio público, como playas, caminos, etc.

**8) Derecho a mantener el equilibrio económico-financiero contractual.** El contratista particular, tiene el derecho a velar por la inmutabilidad del equilibrio económico expresado en el contrato que lo vincula con la Administración, cuando éste se pueda ver alterado por hechos imputables o ajenos a ella, como consecuencia, por ejemplo, de la modificación unilateral del contrato, el hecho del príncipe, la imprevisión o la fuerza mayor, entre otros.

---

<sup>20</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit (1) p.77.

### 3. LAS BASES POSITIVAS DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

#### 3.1. La Constitución (CPR).

*“... (E)l texto constitucional no regula de manera orgánica acerca de la contratación administrativa ni sanciona sus principios generales, contiene disposiciones plenamente aplicables a los procesos de contratación que lleva a cabo la Administración del Estado”.*<sup>21</sup>

La doctrina ha sostenido que la actuación administrativa podría calificarse como “típica”, ya que sólo puede realizarse dentro del marco que la ley permite, así se habla del sometimiento de la Administración a una “tipicidad”: organizacional, competencial, procedimental, teleológica y presupuestaria.<sup>22</sup>

El contrato administrativo será entonces, el resultado de una serie de actos administrativos que conforman un procedimiento específicamente fijado en la ley como resultado de un mandato constitucional que establece una reserva legal sobre aquellas materias que fijan las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración (artículo 63 N°18). Manifestación de ello son las leyes N°19575, N°19880 y la N°19886.

---

<sup>21</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1) pp. 101 y 102.

<sup>22</sup> CORDERO VEGA, Luis: “La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo”, p.5, 2005.

No obstante lo anterior, diversos preceptos constitucionales son el criterio rector en las normas de la contratación pública, los cuales reciben aplicación directa en virtud del principio de eficacia normativa inmediata de la Constitución (artículo 6º inciso 2º CPR). Así, dentro de los principios y garantías fundamentales que rigen la actividad del Estado en toda su dimensión encontramos, por ejemplo, servicialidad estatal (artículo 1º inciso 4º); juridicidad (artículos 6 y 7); probidad y publicidad (artículo 8º incisos 1º y 2º); igualdad ante la ley (artículo 19 N°2 CPR); legalidad presupuestaria (artículos 7 en relación con artículos 32 N° 20, 63 N° 7, 67, y 100); control (capítulos VIII y X, referidos al Tribunal Constitucional y a la Contraloría General de la República); participación en funciones y empleos públicos (artículo 19 N°17); derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19 N°21); entre otros.

Es en virtud del principio de servicialidad estatal que la Administración debe promover el bien común y buscar la satisfacción de necesidades públicas, convirtiéndose en un fundamento de la contratación administrativa. Así, con el fin de dar cumplimiento a los fines públicos que les corresponda, los órganos del Estado pueden actuar en conjunto con particulares mediante la celebración de contratos administrativos.

### **3.2. Ley N°18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE).**

La ley orgánica constitucional de bases de la administración del Estado en su artículo 9º se refiere a los sistemas de contratación administrativa, consagrándose la propuesta o licitación pública como la regla general, y la licitación privada y el trato directo, como excepcionales. Además de establecer los principios de libre concurrencia y de igualdad ante las bases administrativas.

*“Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo” (Artículo 9 Ley N° 18.575).*

### **3.3. Ley N°19.880 de Bases de Procedimientos Administrativos (LBPA).**

Esta es una ley que *“regula los principios y criterios generales a que deberán ajustarse los procedimientos administrativos de los organismos de la Administración”<sup>23</sup>*, por lo que respecto de los procedimientos administrativos especiales, como son los de contratación administrativa, regirá, pero supletoriamente en todo lo no regulado por normas específicas. En ésta hay una referencia expresa a la etapa previa a la perfección del contrato administrativo, a las garantías que deben otorgarse y a las facultades de la Administración.

*“...Ahora bien, no puede desconocerse que con ocasión de los contratos públicos se emiten actos administrativos, como actos trámites que pueden dar lugar a un procedimiento, a través de los cuales la autoridad manifiesta tanto su voluntad de contratar, como de adoptar diversas decisiones conexas, a cuyo respecto cabe aplicar reglas adjetivas –sobre la forma y oportunidad en que debe exteriorizarse, como las de la ley 19.880, por el carácter general, básico y supletorio de su normativa– y sustantivas, respecto de la competencia y fines del Servicio, al tenor de sus reglas propias (...). Así también, cabe manifestar que si como consecuencia de tales contratos se produce*

---

<sup>23</sup> POBLETE V., Julia: *Actos y Contratos Administrativos*, 3ª edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2007, p. 29.

*un procedimiento administrativo propiamente tal, con actos trámites y actos finales, solo en lo no regido por la ley 19.886, aludida, rigen las de la ley 19.880...”.<sup>24</sup>*

#### **3.4. Leyes orgánicas de cada órgano de la Administración del Estado.**

*“(E)n la ley orgánica de cada servicio se encuentra la facultad para que el jefe del servicio celebre todos los actos y contratos necesarios para la consecución de sus fines”.<sup>25</sup>*

#### **3.5. Ley N°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (LBCASyPS).**

Es una ley de bases que versa sobre contratación administrativa, tratando específicamente los contratos de suministro y prestación de servicios, y en consecuencia, es aquella cuya aplicación primará por sobre otras que regulen los contratos administrativos en general. Su implementación entregada a la potestad reglamentaria de ejecución dio origen al D.S. 250 del Ministerio de Hacienda del año 2004 (RLBCASyPS).

*“... las leyes 19.880 y 19.886 constituyen textos legales de bases, esto es, contienen las reglas y principios directrices mínimos, fundamentales y obligatorios que rigen a los sectores de la*

---

<sup>24</sup> Dictamen N° 32.424, del año 2005:

<sup>25</sup> POBLETE V., Op. Cit.,p.77.

*administración del Estado, ya en relación con los procedimientos administrativos, ya con la celebración de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios...”<sup>26</sup>*

Sin embargo, y ésta es una observación común, esta norma no se basta a sí misma, asumiéndose por expresa disposición que se debe recurrir supletoriamente a otras normas de Derecho Público, y en su defecto, a las de Derecho Privado. Así por ejemplo, ocurrirá cuando se busque alguna alusión a las etapas previas a la concursal o a las posteriores a la contractual, porque ambos períodos no están contemplados en el texto de la ley ni en su reglamento.

#### **4. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.**

La adjudicación del contrato administrativo es el acto administrativo final del procedimiento por el cual la Administración ha preparado su voluntad de contraer un vínculo contractual. Lo que sigue, es el perfeccionamiento del contrato.

Por expresa disposición del artículo 41 de la ley N° 19.880, se ordena que los actos administrativos terminales, como lo es la adjudicación de un contrato, deben ser fundados, debiendo, la autoridad que los dicta, expresar los razonamientos y antecedentes de acuerdo con los que ha adoptado su decisión.

---

<sup>26</sup> Dictamen N° 24.152 del año 2005.

Las determinaciones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos, entendiéndose por estos las decisiones formales en las cuales se contienen las declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública (artículo 3 Ley N°19880.)

*“El perfeccionamiento del contrato administrativo dependerá de la forma que prescriba la ley en cada caso particular o, en su defecto, de la decisión que adopte el ente licitante en cada oportunidad”<sup>27</sup>*

Con respecto a los contratos de suministro, el artículo 65 inciso 1° del DS 250/2004 del Ministerio de Hacienda, prescribe: *“El contrato definitivo será suscrito entre la Entidad Licitante y el Adjudicatario dentro del plazo establecido en las Bases, debiendo publicarse en el Sistema de Información.”*

Sin embargo, la sola celebración del contrato administrativo no es habilitante suficiente para su ejecución, pues para su validez, requiere de su aprobación a través de un acto administrativo. En ese sentido, la CGR se ha pronunciado: *“...de acuerdo a los artículos 10 de la ley N° 10.336 y 9.2.2 de la Resolución 1.600, de 2008, de esta Contraloría General, el trámite de toma de razón debe efectuarse antes de la ejecución del contrato y éste debe ser aprobado por acto administrativo para que la voluntad del servicio tenga validez jurídica.”<sup>28</sup>*

---

<sup>27</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1) p.197.

<sup>28</sup> Dictamen N°72.874, de 2011.

En el caso de las municipalidades se manifiesta en la obligatoriedad de dictar un decreto alcaldicio aprobatorio del contrato: “...las municipalidades se encuentran obligadas a dictar los correspondientes decretos que aprueben los contratos que suscriban con particulares que resulten adjudicados en los procesos licitatorios que lleven a cabo, no siendo suficiente la emisión de la resolución que autoriza la adjudicación y ordena la suscripción de la respectiva convención”.<sup>29</sup>

## **5. EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.**

### **5.1. Causas normales de terminación del contrato administrativo.**

**a) Cumplimiento del objeto.** El contrato por regla general termina con el cumplimiento del objeto del mismo, en conformidad a los términos contratados y a entera satisfacción de los contratantes, sin embargo, ello no significa que se extinga la responsabilidad contractual administrativa o civil sobreviniente.

**b) Vencimiento del plazo.**

**c) Resciliación.** El contrato puede terminar por mutuo acuerdo de las partes, debiendo constar expresamente el acuerdo resciliatorio, el cual ha de ser formalizado o aprobado por un decreto o resolución fundada de la autoridad administrativa correspondiente, según proceda.

**d) Renuncia.** La renuncia debe mirar exclusivamente al interés particular del renunciante, debiendo, a priori, estar permitida su procedencia en el estatuto jurídico que rige el contrato, a contrario sensu, la Administración deberá aceptar expresamente la renuncia del contratante, con el

---

<sup>29</sup> Dictamen N°75327, de 2013.

fin de no generar responsabilidades para el contratante como consecuencia de una renuncia unilateral no permitida o no aceptada que pueda configurar un incumplimiento de contrato.

## **5.2. Causas anormales de terminación del contrato administrativo.**

**a) Revocación.** *“Por la decisión unilateral de la administración de poner término a un contrato vigente, aduciendo razones de interés público o general que sobrevienen durante su vigencia, en los casos que su propio texto o la ley del ramo lo acepta e indemnizando debidamente al contratista que se ve afectado por ella”<sup>30</sup>*

**b) Muerte o incapacidad sobreviniente.**

**c) Caducidad o resolución.** El incumplimiento contractual del contratante privado podrá ser causal de resolución del contrato administrativo, ello fundado en la protección del interés general que se ve afectado, no obstante proceder, si existieren, otro tipo de sanciones. Para la doctrina no cualquier clase de incumplimiento puede o debe derivar en la caducidad, teniendo que aplicarse sólo *“ante el incumplimiento grave de las obligaciones del contratante imputable al mismo y que interrumpe el curso o desarrollo de un contrato que se encuentra recientemente perfeccionado o en plena ejecución”*. La determinación de importancia o gravedad del incumplimiento estaría entregada al arbitrio de la Administración.

**d) Nulidad.** El contrato administrativo puede dejar de tener efecto vía nulidad de Derecho Público o de Derecho Civil.

---

<sup>30</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1), p. 269.

## 6. LA EFICACIA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.

### 6.1. El caso fortuito o fuerza mayor y su aplicación en el contrato administrativo.

Cuando hablamos de contratos administrativos, sabemos que su fin último es la satisfacción de un interés público, y en atención a ello, es que el cumplimiento de éstos debe ser de modo continuo e ininterrumpido, no pudiendo o no debiendo verse afectados por circunstancias sobrevinientes, siendo de riesgo y ventura del contratista la ejecución del contrato en dichas condiciones.

No obstante ello, lo anterior tiene un límite: el abuso de la Administración al imponer una exigibilidad más allá del justo equilibrio que debe existir en un contrato bilateral y conmutativo, lo que atenta directamente a la buena fe que debe guardarse tanto al celebrar como al cumplir un contrato, pues nadie está obligado a soportar lo imposible en total detrimento de su situación contractual.

*“...Afirmamos que el ordenamiento jurídico público administrativo no acepta una injustificada y desequilibrada distribución de riesgos entre el privado y la Administración”<sup>31</sup>*

---

<sup>31</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1), p. 206.

En consecuencia, una excepción a la regla de preeminencia del contrato se configura al concurrir el caso fortuito o fuerza mayor, entendiendo como tal lo que la ley define como “... *el imprevisto a que no es posible resistir ...*” (Artículo 45 Código Civil).

Este eximente de responsabilidad recibirá aplicación toda vez que los efectos de éstas no hayan sido asumidos expresamente en el contrato, o bien, no se pactare su distribución como cargas para ambas partes contratantes.

## **6.2. Teoría de la imprevisión en el contrato administrativo.**

Es posible sostener que en la contratación administrativa, la teoría de la imprevisión cumple con resguardar el interés del Estado al prevenir el encarecimiento del valor de las contrataciones que realiza la Administración en cuanto protege a aquel contratante que no asume expresa y explícitamente la responsabilidad por hechos imprevisibles que graven su obligación contractual; ya que en dicha hipótesis, éste, de no mediar la teoría de la imprevisión debería estimar previamente, a la hora de presentar su oferta, el valor de tener que aceptar el eventual encarecimiento del cumplimiento del contrato por un hecho imprevisible.

Su objeto es conservar el contrato administrativo, ajustándolo a las nuevas circunstancias sobrevinientes, evitando su extinción o su estado gravoso.

Su fundamento es el Principio Rebus Sic Stantibus, esto es, que las partes se obligan en consideración a las circunstancias existentes al momento de su celebración, y en consecuencia, ante la alteración de ellas, el contrato debe ser revisado, con el fin de *“procurar el cumplimiento del objeto y fin público de modo continuo e ininterrumpido y asegurar el motivo final directo que indujo a contratar: el lucro”*<sup>32</sup>

Los supuestos de esta teoría son:

- 1) Existencia de un contrato administrativo.
- 2) Ocurrencia de un evento ajeno e imprevisible a la voluntad de las partes.
- 3) Posibilidad de cumplimiento del contrato.
- 4) Aumento grave de la onerosidad del contrato y de la prestación debida.
- 5) Buena fe del contratante. Que el contratista no haya interrumpido la ejecución de la obra o prestación de servicio a causa de la mayor onerosidad del contrato.

---

<sup>32</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1), p. 213.

## **CAPÍTULO II**

### **EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS A PARTIR DE LA LEY N°19886.**

En nuestro ordenamiento jurídico el sistema de contratación pública ha reconocido tres procedimientos administrativos para preparar la contratación, cuales son: la licitación pública, la licitación privada y el trato directo. Con la dictación de la ley N°19.886, que regula los contratos de suministro y prestación de servicios, se agregó un nuevo mecanismo, el convenio marco.

A partir de este punto es que nos detendremos a analizar la contratación administrativa, ahora con esta nueva norma, considerando que recoge los principios informadores generalmente aplicables a todo procedimiento de este tipo, como son: escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad; y que adiciona otros, positivizando principios jurisprudenciales y doctrinarios, reforzando el concepto de buenas prácticas que deben darse en la actividad del Estado.

#### **1. Antecedentes.**

**1.1. Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle. Comisión Nacional de Ética Pública. Informe sobre la Probidad Pública y la Prevención de la Corrupción. Año 1994.**

En el gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, se dictó el decreto N°423 del Ministerio del Interior, publicado en el Diario Oficial con fecha 18 de abril del año 1994, mediante el cual se creó la Comisión Nacional de Ética Pública (CNEP), entidad que, según lo dispuesto en el artículo 1 del citado decreto sería *“una instancia de estudio y elaboración de propuestas de políticas públicas e iniciativas legales que, contribuyendo a perfeccionar la democracia, refuercen los procedimientos e instituciones que cautelan el cumplimiento de los deberes legales y éticos en la actividad pública”*.

Por expresa disposición del decreto, entre los múltiples objetos de estudio de la Comisión estaba la regulación de los contratos y licitaciones estatales. El artículo 2 letra d) dispuso: *“Serán objetivos de la Comisión:*

*d) Evaluar la reglamentación vigente en materia de contratos y licitaciones del Estado, con objeto de proponer eventuales perfeccionamientos y reformas destinados a garantizar la transparencia de los procedimientos”*.

Los ejes principales del estudio realizado por la Comisión estuvieron dados por los conceptos de Probidad Pública y Corrupción, ambas ideas matrices que, a juicio de la CNEP, se relacionan directamente con el Sistema de Adquisiciones del Estado: *“La experiencia internacional indica que en esta actividad se generan fuertes tendencias a la corrupción y que, cuando ellas se hacen efectivas, constituyen una fuente de destrucción de la probidad pública”*.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> CNEP: Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad y la prevención de la corrupción, p.211. [En línea]. Recuperado en: <[www.proacceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf](http://www.proacceso.cl/files/Informe%20CNEP%201994.pdf)> Consultado el 25 de septiembre del 2014.

En el capítulo IV del Informe, bajo el título “Contratos y Licitaciones”, se procedió a diagnosticar la reglamentación del sistema de adquisiciones estatales vigente, así tenemos que, la primera conclusión sostenida al respecto es que ella se caracteriza por ser “*desigual y confusa*”<sup>34</sup>, lo que está dado principalmente por el tratamiento inorgánico de dicha legislación. Además, a este primer punto, se agrega: la carencia de mecanismos de publicidad y transparencia en el sistema de adquisiciones públicas; la existencia de márgenes injustificables de discrecionalidad de la Administración en este ámbito; y la consecuente debilidad e insuficiencia en el control posterior a la contratación. El diagnóstico más negativo lo efectúa respecto al sistema de adquisiciones municipal, al afirmar “*la inexistencia de principios y normas comunes mínimas que uniformen el sistema de adquisiciones*”<sup>35</sup>.

Se releva la necesidad de contar como criterio básico de funcionamiento del sistema, la aplicación uniforme de principios como: la transparencia, la publicidad y el control.

La Comisión propone una serie de medidas para asegurar la objetividad, transparencia y eficiencia de los procedimientos de contratación pública, como son:

**1° Dictación de una Ley Marco sobre Contratos y Licitaciones del Estado (Recomendación N°27).**

A estimación de la CNEP, ante la constatación de que la normativa sobre esta materia, es de carácter disperso y dispar, tanto en contenido como en jerarquía, recomienda la sistematización de las mismas, a través de la dictación de una ley marco que de unidad, homogeneidad y coherencia a la legislación aplicable a la materia.

---

<sup>34</sup> CNEP, Op. Cit., p.234.

<sup>35</sup> Ibid, p. 236.

La ley marco sobre contratos y licitaciones del Estado debería garantizar los principios de transparencia y de objetividad, manifestándose en diversos aspectos de la contratación pública, como son la decisión fundada de celebrar un contrato público relativo a bienes y servicios, como regla general; la preparación y publicación de las bases administrativas; el proceso de adjudicación, privilegiando el factor precio, con el fin de evitar la discrecionalidad en la adjudicación y prevenir irregularidades; el cumplimiento contractual, con el fin de garantizar su sujeción a lo prevenido en el contrato o licitación; y el sistema de sanciones por incumplimiento de contrato, a través de multas y garantías, según se trate.

A su vez, se señalan qué materias deben ser normadas por la ley marco en comento, señalándose:

*“i) Racionalización y homologación de los volúmenes de gasto que configuran los límites para la contratación directa, la licitación privada y la licitación pública;*

*ii) Determinación de los casos en que procede el sistema de precalificación y el de registro de contratistas, y regulación de ambas;*

*iii) Revisar el funcionamiento y competencias de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, y proponer las reformas necesarias;*

*iv) Establecer sistemas de licitación y contratación que, en la etapa de precalificación o evaluación técnica, sean capaces de procesar todas aquellas variables distintas del precio, de modo que en la adjudicación, éste sea el elemento definitivo;*

*v) Regular la introducción del sistema de Adjudicación Electrónica de Propuestas del Estado (ADELPRES). La ley debe señalar, entre otros aspectos, los elementos básicos de su funcionamiento, las adquisiciones que debieran cursarse por su intermedio, y la regulación de los procesos de homologación de sus productos;*

*vi) Establecer mecanismos de registro y publicidad de las contrataciones y licitaciones del Estado. El conocimiento ciudadano de los precios o montos involucrados en las contrataciones y licitaciones públicas, en la medida que permite efectuar comparaciones, facilita el control social y hace más transparente y competitivo el sistema.*<sup>36</sup>

## **2° Dictación de Reglamentos de Adquisiciones para las Municipalidades (Recomendación N°28).**

La Comisión estima pertinente impregnar de mayor objetividad el sistema de adquisición municipal, sea sometiéndola en forma total o parcial a la normativa que disponga la ley marco propuesta en el número anterior, o bien, estableciendo un régimen particular, pero que garantice la predeterminación, transparencia y objetividad en dicho proceso.

Se recomienda modificar la Ley Orgánica de Municipalidades en cuanto, a imponer al concejo la obligación de dictar un reglamento de adquisiciones.

## **3° Instalación de un Sistema de adjudicación electrónica de propuestas del Estado (Recomendación N°29).**

El requerimiento básico es la homologación o indiferencia en calidad técnica de bienes y servicios demandados por el Estado, así se asegura la transparencia, objetividad y eficiencia del sistema, en base a que el único factor relevante para la adjudicación sea el precio.

---

<sup>36</sup> CNEP, Loc. Cit.

Una de las principales virtudes de este sistema, es que facilita el control y escrutinio público tanto de compradores, proveedores y ciudadanía en general.

Se recomienda la externalización de este servicio de adjudicación electrónica, para lo cual debe procederse a la correspondiente licitación.

Así es, como a partir de los consejos de la Comisión, se genera el proyecto de ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, por Mensaje Presidencial de fecha 27 de octubre del año 1999<sup>37</sup>, el cual dio cuenta de las distintas instancias de estudio que llevaron a cabo el proceso de la reforma propuesta, destacando:

1° La Comisión Nacional de Ética Pública, del año 1995. Organismo que estimó necesario dictar una ley marco sobre contratos y licitaciones del Estado, que *"asegure la transparencia, objetividad, imparcialidad, certidumbre del cumplimiento contractual y detallada publicidad (especialmente de volúmenes y precios comparados) de todos los procesos de adjudicaciones de compra de bienes y servicios por parte del Estado; y que, simultáneamente, dé unidad, homogeneidad y coherencia a la legislación sobre el tema"*<sup>38</sup>. Como instrumento privilegiado para garantizar la transparencia y objetividad de determinadas contrataciones públicas, la Comisión propuso crear un sistema de adjudicación electrónica de propuestas estatales.

---

<sup>37</sup> Mensaje Presidencial 9-341 del año 1999. [En línea]. Recuperado en: <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19886/HL19886.pdf>> Consultado el 25 de septiembre del 2014.

<sup>38</sup> CNEP, Op. Cit., p. 211.

2° El Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República, del año 1996. Instancia que recomendó la *"creación de un marco legal común para la Administración del Estado respecto a contratos y licitaciones, que admita su adaptabilidad por la vía reglamentaria para acoger la diversidad de los diferentes servicios"*<sup>39</sup>. Se sugirió, asimismo, establecer expresamente que el régimen de Licitación Pública fuera la regla general en materia de contrataciones, *"a efectos de asegurar la transparencia en el uso de los recursos públicos, sustentando las contrataciones en principios básicos de ética pública que promuevan y favorezcan la transparencia y publicidad, la libre concurrencia y competencia de oferentes, la sujeción estricta a las bases establecidas para cada procedimiento, de parte de todos los involucrados y la igualdad de trato para todos los participantes"*<sup>40</sup>. Otros aspectos a considerar son la definición de criterios objetivos y generales para determinar la procedencia de la licitación pública, la licitación privada o el trato directo, y la creación de un mecanismo para hacer públicas las personas con quienes contrata la Administración, mediante un registro informativo de fácil acceso, administrado y controlado por una institución competente y autónoma, pública o privada.

Se insistió, por último, en la importancia de implementar un sistema de adjudicación electrónica de propuestas del Estado.

3° El Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública. Plan estratégico 1997-2000, enmarcado dentro de las acciones de "Transparencia y Probidad de la Gestión Pública". En 1998 sancionó un Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones que contemplaba la creación de una normativa marco.

---

<sup>24</sup> y <sup>25</sup> Historia de la LBCASyPS, 2003, p. 10. Fuente: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19886/HL19886.pdf>

4° La Comisión Presidencial de Nuevas Tecnologías de la Información. Concluye que en el período de 1999-2000, debe desarrollarse un sistema electrónico de compras y contrataciones del sector público.

## **1.2. Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar. Acuerdo Político-Legislativo para la Modernización del Estado, la Transparencia y la Promoción del Crecimiento. Año 2003.**

En el gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar, con fecha 30 de enero del año 2003, se entregó el Acuerdo de Modernización del Estado, documento que entre otros contenidos, recogió la necesidad de reforma en el ámbito de la contratación y las compras públicas, en el siguiente sentido:

*“I Agenda de Modernización del Estado.*

### *c) Gestión Financiera*

*14. Compras públicas: Acelerar la tramitación del proyecto de ley destinado a unificar el sistema de compras de bienes y servicios por parte del Estado, fortaleciendo a la licitación pública como el procedimiento general para las compras del Estado, y desarrollando el uso de medios electrónicos para informar y realizar adquisiciones.*

*15. Licitación de proyectos de inversión: Sistematizar y uniformar los procesos de adjudicación de contratos de inversión en el sector público, estableciendo la licitación pública como el mecanismo*

*general para la adjudicación de dichos contratos, e incluyendo normas que aseguren la igualdad de oportunidades en los procesos de licitación.”<sup>41</sup>*

Además, se reformó el artículo octavo de la Constitución Política de la República que consagró los Principios de Probidad y de Transparencia en la función pública, principios concordantes con el interés por modernizar la contratación administrativa, por ser ésta una de las principales formas de desempeño de la misma.

*“El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional” (artículo 8 de la CPR).*

---

<sup>41</sup> VERDUGO, Ma. Teresa: Una visión proactiva: La agenda modernizadora del Estado chileno. Reproducción de acuerdos político-legislativos para la modernización del Estado, la transparencia y la promoción del crecimiento. Año 2003. Revista Enfoques N°2,. Año 2004. P17 [En línea] Recuperado en: <[http://www.ucecentral.cl/prontus\\_ucentral2012/site/artic/20131229/asocfile/20131229014955/articulo2r2.pdf](http://www.ucecentral.cl/prontus_ucentral2012/site/artic/20131229/asocfile/20131229014955/articulo2r2.pdf)>

## **2. LA LEY DE BASES SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE SUMINISTRO Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS, N°19.886, Y SU REGLAMENTO, DS N°250 DEL MINISTERIO DE HACIENDA.**

A once años del reemplazo en nuestra institucionalidad pública de la Dirección de Aprovechamiento del Estado (DAE) por la Dirección de Contratación y Compras Públicas (DCCP), a partir de la Ley N°19.886 (LBCASyPS) sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, publicada el día 30 de julio del año 2003, y su respectivo Reglamento (RLBCASyPS) , DS N°250 del Ministerio de Hacienda, publicado el día 24 de septiembre del año 2004, podemos sostener que se ha consolidado un sistema de contratación y abastecimiento en la administración pública chilena.

A diferencia de la antigua DAE que, como lo señala el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), era “una entidad compradora, almacenadora y distribuidora de bienes para el Estado”<sup>42</sup>, la DCCP es “una entidad facilitadora o un medio de intermediación entre entidades compradoras y aquellos interesados en venderle al Estado”, cuestión que significó la creación de un marco normativo e institucional que consagrara las bases de este cambio de paradigma.

La Ley de Compras y Contratación Pública y su respectivo Reglamento, son las bases de esta innovación al sistema de contratos del sector público nacional. Hasta antes de su entrada en vigencia, el mecanismo de contratos y adquisiciones públicas era esencialmente discrecional, costoso, poco transparente e ineficiente, siendo comunes vicios como la colusión, corrupción,

---

<sup>42</sup> CHILE: Evaluación del Sistema Nacional de Contratación y Compras Públicas, año 2008, p. 19. [En línea] Recuperado en: <<http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35144211>> Consultado el 25 de septiembre del 2014.

soborno, clientelismo, nepotismo, fraude, malversación de fondos públicos, conflicto de intereses en el servicio público y empleos públicos, abuso y manipulación de información, tratamiento discriminatorio en el proceso de contratación pública, gastos inadecuados en los recursos, entre otros. La oscuridad existente a la hora de definir el qué, el cómo y a quién se adjudicaba en una licitación era la regla general.

A lo anterior, se sumaba el hecho que principios que hoy consideramos como inherentes y esenciales en el desempeño de la función pública y a la ejecución del gasto público, como la publicidad y la transparencia, no eran generalmente aplicados. Los principios de eficiencia y eficacia pasaron a ser parte de la práctica administrativa, y el satisfacer los requerimientos de la Administración optimizando la gestión de todos los recursos disponibles para ello, también.

La relevancia de contar con un sistema de estas características, ha tenido reconocimiento a nivel local e internacional, tanto es así que, por ejemplo, un organismo como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ha suscrito un acuerdo con el Estado de Chile para el efecto de licitar proyectos que sean financiados por fondos de esta entidad a través de la plataforma de mercado público, pues Chile, según su apreciación, cumple con las prácticas internacionalmente aceptadas en materia de compras y contratación pública<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup>Recuperado en: <<http://www.minhda.cl/el-ministerio/subsecretaria/noticias/Chile-es-el-primer-pais-latinoamericano.html>>. Publicación en sitio web del Ministerio de Hacienda con fecha 28.01. 2011. <http://www.hacienda.gov.cl/sala-de-prensa/noticias/historico/chilecompra-se-transforma-en-el-primer.html>

## **2.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

El artículo 1° de la LBCAS y PS establece el ámbito de aplicación de la norma al señalar que: *“Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación”.*

Así, podemos sostener que la LBCASyPS tiene un ámbito de aplicación que exige la concurrencia de un elemento orgánico o subjetivo, y de otros, materiales u objetivos.

### **2.1.1. Elemento Orgánico o Subjetivo: La Administración del Estado.**

El artículo 1° inciso 2° de la LBCASyPS precisa qué debe entenderse por Administración del Estado, especificando que: *“Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley”.*

Así, remitiéndonos al artículo 1° inciso 2° de la Ley 18.575 encontramos que establece lo siguiente: *“La Administración del Estado estará constituida por 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, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley.”*

En consecuencia, la LBCASyPS regirá para todos aquellos contratos en que, concurriendo los elementos materiales u objetivos, celebren los siguientes órganos de la Administración del Estado:

**a-** Ministerios.

**b-** Intendencias.

**c-** Gobernaciones.

**d-** Órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, como :

- La Contraloría General de la República.

- El Banco Central.

- Las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

- Los Gobiernos Regionales.

- Las Municipalidades.

### **2.1.2. Elementos Materiales u Objetivos.**

**1°** El carácter oneroso del contrato.

**2°** Que el contrato tenga por objeto el suministro de bienes muebles.

**3°** Que la finalidad del contrato sea el desarrollo de funciones por parte de la Administración del Estado.

## **2.2. Exclusiones del Sistema.**

### **2.2.1. Exclusiones Expresas.**

La LBCASyPS establece tanto en el artículo 1° inciso segundo, como en el artículo 3°, diversas exclusiones del sistema de contratación y compras públicas.

El artículo 1° excluye indirectamente a los contratos celebrados por las empresas públicas creadas por ley, dado que lo que el texto de la norma señala es que éstas no se entenderán por Administración del Estado, por lo que carecen del elemento subjetivo que debe concurrir para la aplicación de la ley.

*“Para los efectos de esta ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la Ley N° 18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley”.*

El artículo 3° señala una serie de exclusiones, a saber:

- a)** Las contrataciones de personal de la Administración del Estado reguladas por estatutos administrativos y contratos a honorarios que celebren con personas naturales para que presten servicios a los organismos públicos.
- b)** Los convenios que celebren entre sí los organismos públicos enumerados en el artículo 2 inciso 1° del DL N° 1263, 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. Además de:

**e.1.** Los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines.

**e.2.** Los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la Ley N° 19.865 sobre Financiamiento Urbano Compartido.

Sin embargo, esta exclusión del sistema es parcial, dado que igualmente estos contratos quedarán sujetos al Título V de la Ley 19886 que trata sobre el Tribunal de Contratación Pública.

**f)**

**f.1.** Los contratos que versen sobre material de guerra

**f.2.** Los contratos celebrados en virtud de la Ley que crea el Consejo de Defensa Nacional (N° 7.144) y la Ley Reservada del Cobre (N°13.196), como sus modificaciones.

**f.3.** Los contratos celebrados para la adquisición por parte de las FFAA de vehículos de uso militar o policial, equipos y sistemas de información de tecnología avanzada y emergente.

**f.4.** Los contratos sobre bienes y servicios necesarios para prevenir riesgos excepcionales a la seguridad nacional o a la seguridad pública, calificados por DS del Ministerio de Defensa Nacional a proposición del Comandante en Jefe que corresponda, del General Director de Carabineros o del director de Investigaciones.

### **2.2.2. Exclusiones Tácitas.**

Por oposición a los elementos objetivos que se exigen para que tenga aplicación la Ley 19.886, se excluyen todos aquellos contratos celebrados por la Administración del Estado que tengan una o más de las siguientes condiciones: ser de carácter gratuito, tener por objeto el suministro de bienes inmuebles, o cuya finalidad sea diversa a la del desarrollo de sus funciones.

## **3. Contratos administrativos regulados por la Ley N°19.886.**

### **3.1 Contrato de Suministro.**

Consagrado en el artículo 2° de la LBCASyPS, el contrato de suministro se define como aquel que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles.

A su vez, se comprenden dentro de esta categoría, por expreso mandato de la ley, 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;
- 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.

Se caracteriza por ser un contrato bilateral, oneroso y conmutativo.

### **3.2. Contrato de prestación de servicios.**

La definición la encontramos en el N° 10 del artículo 2 del RLBCASyPS. El contrato de prestación de servicios es aquel mediante el cual las entidades de la Administración del Estado encomiendan a una persona natural o jurídica la ejecución de tareas, actividades o la elaboración de productos intangibles o, cuando el valor de los bienes que pudiere contener sean inferiores al cincuenta por ciento del valor total o estimado del contrato. El RLBCASyPS en su artículo 106 se refiere a la clasificación de los servicios que pueden ser contratados por la Administración, otorgándole responsabilidad a ésta en su determinación, según las características que determine previamente, así se distinguen:

#### **a) Servicios Generales.**

Son *“aquellos que no requieren de un desarrollo intelectual intensivo en su ejecución, de carácter estándar, rutinario o de común conocimiento”* (artículo 2 N°11 RLBCSyPS). Ej. Servicio de Aseo.

## **b) Servicios Personales.**

Son *"aquellos que en su ejecución demandan un intensivo desarrollo intelectual"* (artículo 2 N°12 del RLBCSyPS), correspondiendo a la entidad pública la clasificación de ellos como personales o especializados (artículo 106 RLBCSyPS), debiendo para ello en la resolución que apruebe las bases de licitación o que autorice el trato directo, según se trate, expresar:

1° Los motivos que justifican la clasificación de un servicio como especializado, y

2° Las razones por las cuales esas funciones no puedan ser realizadas por personal de la propia entidad.

### **b.1. Servicios Personales Propiamente Tales.**

**b.2. Servicios Personales Especializados.** "Aquéllos para cuya realización se requiere una preparación especial, en una determinada ciencia, arte o actividad, de manera que quien los provea o preste, sea experto, tenga conocimientos, o habilidades muy específicas" (artículo 105 N°2 del RLBCASyPS).Ej. Asesorías legales.

Estos servicios especializados están sujetos a un procedimiento de contratación especial establecido en el artículo 107 del RLBCSyPS..

## **4. Procedimientos de contratación y compras públicas contemplados en la LBCASyPS.**

Los procedimientos administrativos de contratación y compras públicas están establecidos en el artículo 5 de la ley, y es ésta la que entrega las reglas de descarte que los organismos públicos deben seguir en la etapa de determinación del mecanismo de contratación, fijando el siguiente orden de procedencia:

1° Convenio Marco.

2° Licitación Pública.

3° Licitación Privada.

4° Trato Directo.

De lo anterior, podría estimarse que la regla general en la contratación administrativa la constituiría la licitación pública, ya que la ley y el reglamento, en sus artículos 8 y 10, respectivamente, enumeran taxativamente hipótesis en que se autoriza la licitación privada o el trato directo, contemplándolos como casos excepcionales.

## 4.1 LA LICITACIÓN PÚBLICA.

### 4.1.1. Concepto.

La **Licitación o Propuesta Pública** se define, según la LBCAS y PS, como: *“Procedimiento administrativo 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.”* (Artículo 7° inciso segundo de la Ley 19.886 y artículo 2 N°21 del Reglamento DS 250).

Es un procedimiento de selección previo al contrato administrativo, formado por un conjunto de actos administrativos, no siendo en sí mismo un acto administrativo, sino un mecanismo de contratación.

#### **4.1.2. Procedencia.**

El artículo 9 del RLBCASyPS dispone que la licitación pública tendrá aplicación en los siguientes casos:

- 1) Caso en que no corresponda aplicar la contratación por convenio marco.
- 2) Caso en que las contrataciones superen las 1000UTM, salvo excepciones de artículos 8 de la LBCASyPS y 10 del r RLBCASyPS.

#### **4.1.3. Procedimiento.**

##### **A. Fase facultativa.**

**Consultas al mercado** (artículo 13Bis RLBCASyPS). Éstas, **son** procesos formales de consultas o reuniones con proveedores con el objeto de obtener información acerca de los bienes o servicios y que se requiera para la confección de las bases de licitación. Las entidades licitantes podrán hacer uso de esta facultad con anterioridad a la elaboración de las bases, mediante llamados públicos y abiertos, convocados a través del Sistema de Información o avisos en diarios de circulación internacional, nacional o regional, según corresponda.

## **B. Fases obligatorias.**

### **B1. De aplicación particular o excepcional.**

**Análisis técnico y económico.** El recientemente incorporado artículo 13Ter del RLBCASyPS establece dos casos en que hay obligatoriedad de realizar un análisis técnico y económico previo a la elaboración de las bases de licitación, esto, con el fin de obtener y analizar información necesaria para ello, lo que parece ser conducente hacia una mayor eficacia y eficiencia en la determinación de requerimientos. Para ello, la entidad licitante podrá usar el mecanismo que estime pertinente, quedando esta decisión en el ámbito de su discrecionalidad, ya que el reglamento sólo sugiere el uso de “consultas al mercado” (Art. 13 Bis). Los casos son:

a) Licitación en que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad. La norma no define qué debe entenderse como tal, por lo que corresponderá al órgano público licitante estimar la concurrencia de dicha característica.

b) Licitación superior a 5000UTM.

### **B2. De aplicación general.1° Elaboración de bases de licitación: bases administrativas y técnicas.**

Las Bases son *“Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones, establecidos por la Entidad Licitante, que describen los bienes y servicios a contratar y regulan el Proceso de Compras y el contrato definitivo”* (artículo 2 N°3 del RLBCASyPS).

El órgano licitante es el encargado de elaborar las bases de licitación, tanto las administrativas, que son aquellas referentes a procedimientos, plazos, criterios de evaluación,

cláusulas contractuales; como las técnicas, que son las relativas a las características y/o especificaciones del bien o servicio a contratar. En ellas, por mandato legal, se deben establecer “*las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros*” (artículo 6 Ley y 3º del RLBCASyPS).

El RLBCASyPS regula su contenido mínimo (artículo 22), por lo que en ellas puede establecerse cualquier materia adicional que no contravenga la ley, su reglamento y los principios de la contratación administrativa en general; la relevancia está en que este contenido será el “*estatuto jurídico y técnico del contrato*”<sup>44</sup> conforme al cual surgirán derechos y deberes para la Administración y participantes.

Las bases y sus modificaciones deben ser aprobadas por resolución o decreto que está sujeto al trámite de toma de razón de la CGR.

**2º Convocatoria pública para participar.** El llamado público a participar se hará a través de los “*medios o sistemas de acceso público que mantenga la Dirección de Compras y Contratación*” (artículo 7 letra a), inciso 2º LBCASyPS), lo que en la práctica se concreta con la publicación del proceso de licitación en el sistema de información: <[www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl)>.

Con el objeto de asegurar la mayor concurrencia de participantes posibles se contempla la idea de un *plazo prudencial* entre el llamado y el cierre de recepción de ofertas, cuya

---

<sup>44</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1), p.164.

determinación, en un principio, queda entregada a la discrecionalidad del órgano licitante. Sin embargo, el propio RLBCASyPS contempla plazos especiales según el monto de las contrataciones (artículo 25).

**3° Período de consultas y aclaraciones por escrito en plataforma electrónica.** Sólo si las bases así lo establecen, existirá un plazo y modalidad para que los oferentes realicen consultas a la entidad licitante, la que responderá en la forma prevista en ellas, y, a su vez, en concordancia con los principios de igualdad de trato de los oferentes y de publicidad y transparencia, pondrá en conocimiento de todos los participantes dichas preguntas y respuestas.

**4° Recepción y apertura de ofertas.** Por regla general, la recepción de las ofertas se hará a través de formularios disponibles en el sistema de información, debiendo acompañar todos los documentos y antecedentes solicitados en formato electrónico, salvo aquellos que se encuentren a disposición de la autoridad, en virtud del principio de economía procedimental, como pueden ser los que existen en el registro de proveedores.

A la presentación de las oferta deberá acompañarse una garantía de seriedad de la oferta si las bases así lo requieren; éstas regularán su monto, plazo de vigencia y modalidad. Tratándose de contrataciones inferiores a las 1000UTM la exigencia de este tipo de garantía es discrecionalidad de la Administración. En caso de ofertas declaradas inadmisibles o que posteriormente sean desestimadas les será devuelta en el plazo que establezcan las bases o el RLBCASyPS en su defecto (artículo 43).

La apertura de las ofertas se realizará según lo que prescriban las bases: si se trate de una licitación en una etapa, en dos etapas, o con etapa de precalificación técnica. En la primera, la apertura de ambas ofertas será a la vez; en la segunda, se procede a la apertura de la oferta técnica y sólo si se califica en ésta, se continuará con la económica.

Una vez que las ofertas resultan “*admitidas*” no pueden ser modificadas o revocadas. Dentro de las 24 horas siguientes a la apertura de las ofertas los participantes podrán realizar observaciones a éstas.

**5° Evaluación de las ofertas.** La evaluación de las ofertas se hará según criterios de evaluación fijados en las bases de licitación. Éstos contemplarán parámetros técnicos y económicos, compuestos a su vez por factores o subfactores a ponderar, según los cuales se asignará un puntaje que permita calificar lo más objetivamente posible las ofertas admitidas; debiendo incluir mecanismos de resolución de empates inclusive. Es en esta etapa del proceso que actuará la Comisión Evaluadora. Si las bases así lo establecen, se permitirá a los ofertantes, a solicitud del licitante, corregir aquellas omisiones o errores formales en que hubiesen incurrido, debiendo en este caso asignarse un puntaje menor por esta circunstancia.

**6° Adjudicación del contrato o licitación desierta.** La Adjudicación “*es el 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*” (artículo 2 N°1 del RLBCASyPS). Mediante este acto se concreta la voluntad de la Administración de celebrar el contrato licitado con un determinado oferente, el cual pasa a tener la calidad de *adjudicatario*, el cual no puede ser otro

sino aquel que cumpla con el puntaje necesario para ser calificado como la “*oferta más conveniente*” (artículo 41 inciso 3° del RLBCASyPS).

La resolución o decreto que contenga la adjudicación del contrato o la declaración de licitación desierta serán actos administrativos fundados de los cuales la CGR debe tomar razón.

#### **4.1.4. Ventajas de contratar vía licitación pública.**

*“En todo caso, es de reconocerse que la diferencia entre la propuesta o licitación pública y las otras modalidades de contratación está en la mayor moralidad en la actuación administrativa que entrega la primera, puesto que publicita las políticas de contratación que ejecutan distintos órganos administrativos, disminuyen los favoritismos y permite un mayor control del proceso de formación de voluntad contractual”.*<sup>45</sup>

**1) Transparencia y Publicidad.** La licitación pública permite que la información de todo el proceso concursal esté completamente disponible y accesible para toda persona, permitiendo así que el gasto que decida ejecutar la Administración esté sujeto al escrutinio público, lo que conlleva a que necesariamente la acción del Estado se apegue a los propósitos que la ley le impone en relación al interés público, al poder conocer de los actos que ejecuta la Administración, junto con sus fundamentos.

---

<sup>45</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1), p.107.

**2) Control.** El mayor acceso a la información facilita la fiscalización de cada etapa del proceso licitatorio, reduciendo las áreas que podrían ser permeables a la corrupción u otros vicios que afectarían a la integridad del sistema.

**3) Objetividad.** Como consecuencia de la transparencia, publicidad y control existentes en la licitación pública, se requiere que la Administración actúe de modo objetivo e imparcial frente a los particulares interesados en participar del proceso, debiendo garantizarse el trato igualitario y no discriminatorio de los mismos, apegándose estrictamente a lo que la ley y las bases de licitación prescriben. En este caso, a diferencia de lo que ocurre con la licitación privada o la contratación directa, la discrecionalidad de la Administración, se manifiesta en su grado más mínimo.

**4) Fomenta la participación y la competencia.** La licitación pública incentiva la participación de particulares, primero, por el llamado abierto o convocatoria pública, ya que existe un emplazamiento general, dirigido a cualquier interesado en contratar con el Estado; segundo, por encontrarse prohibida la colocación de barreras de entrada en las bases de licitación, lo que implica que en éstas sólo deben establecerse requerimientos objetivos que no impliquen discriminación arbitraria o a priori, más allá de las características técnicas que deban cumplirse por el interés público a satisfacer; tercero, garantiza el acceso a un proceso público y transparente, lo que es un incentivo en sí mismo; y como consecuencia de lo anterior, surge la mayor competencia entre los participantes, así tenemos que, ante más ofertas, deben mejorarse cuantitativa y cualitativamente las condiciones ofrecidas para poder acceder así a la adjudicación de una licitación.

## **4.2. EL CONVENIO MARCO.**

### **4.2.1. Concepto.**

El **Convenio Marco** es un mecanismo de compra y contratación pública ejecutado por la Dirección de Compras mediante un proceso de licitación pública, con el fin de generar un catálogo electrónico de bienes y servicios, a través del cual, los organismos de la Administración acceden directamente a su suministro por los proveedores adjudicados del convenio marco respectivo, con la sola formalidad de generar una orden de compra en el sistema de información, debiendo sujetarse a las condiciones de compra ya establecidas en las bases de licitación predeterminadas por la Dirección.

### **4.2.2. Procedencia.**

Este mecanismo es la primera opción de compra y contratación que tienen y que deben ejecutar los organismos públicos sujetos a la LBCASyPS, por expresa disposición de ésta: “...*Cada entidad estará obligada a consultar el Catálogo antes de proceder a llamar a Licitación Pública, Licitación Privada o Trato Directo*” (Artículo 14 inciso 5 RLBCASyPS).

Por regla general, la utilización del convenio marco es obligatoria para toda la Administración del Estado, sin embargo, se establece una excepción, esta será facultativa para las Municipalidades, para las Fuerzas Armadas y para las de Orden y Seguridad Pública (Artículo 30 incisos 3° y 4° de la LBCASyPS).

Sin embargo, existen dos hipótesis bajo las cuales, los órganos públicos sujetos a la obligatoriedad de uso de convenio marco se eximen de ello:

**a) Inexistencia de un convenio marco con el bien o servicio requerido.**

La inexistencia de un convenio marco para el bien o servicio requerido, faculta a la entidad pública para que realice su proceso de contratación a través de los otros mecanismos existentes en la Ley 19.886. Ahora bien, en este caso, el reglamento entrega la posibilidad de solicitar a la Dirección de Compras que evalúe los antecedentes y así determinar la oportunidad y conveniencia de generar un convenio marco que cubra la necesidad indicada por el organismo.

No obstante, los Convenio Marco vigentes incorporan dentro de sus Bases de Licitación la posibilidad que los proveedores incorporen nuevos productos al catálogo electrónico, bajo la condición que ellos pertenezcan a la misma categoría y tipo de producto adjudicado.

**b) La condición más ventajosa.**

La condición más ventajosa se refiere al hecho que la entidad pública dentro del proceso de contratación o compra obtenga mejores términos que los contemplados en los convenios marco vigentes, los cuales pueden manifestarse no sólo en menores precios, sino que, en cualquier otro factor que sea determinante para el órgano en cuestión al momento de definir el requerimiento.

El RLBCASyPS y la Contraloría General de la República han establecido formalidades para invocar la existencia de condiciones más ventajosas, así tenemos que debe cumplirse con:

**1° Justificar** la condición más ventajosa en base a tres criterios:

a) Objetividad. El beneficio debe ser real y no aparente.

b) Demostrabilidad. Deben existir instrumentos que acrediten o respalden la obtención de condiciones más favorables.

c) Sustanciabilidad. Debe ser relevante.

2° Informar a Dirección de Compras la concurrencia de la situación que genera la condición más ventajosa.<sup>46</sup>

3° Realizar cualquier otro mecanismo de compra o contratación contemplado por la ley, según las circunstancias del caso específico, esto es, Licitación Pública, Licitación Privada o Trato Directo.

4° Conservar los antecedentes que justifican la condición más ventajosa para revisión y control posterior de la autoridad competente.

*“...La Ley N° 19.886 establece, en síntesis, que los convenios marco vigentes se traducirán en un catálogo y si el mismo contiene el bien y/o servicio requerido, las entidades afectas a dicha ley deberán adquirirlo emitiendo directamente al contratista respectivo una orden de compra, salvo que obtenga directamente condiciones más ventajosas en los términos referidos en el artículo 15 del reglamento de la referida ley.*

*Corresponde que en cumplimiento de la normativa citada, la autoridad administrativa informe a la Dirección de Compras, sobre la decisión de compra de servicios que se encuentran en el catálogo, por fuera de éste, así como también acerca de los fundamentos que respaldan dicha resolución...”<sup>47</sup>*

---

<sup>46</sup> LBCASyPS, artículo 30, segunda parte del inciso 2°: “...Con esta información, la Dirección deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos”.

<sup>47</sup> Dictamen N° 61.124, de 2008.

*“...De conformidad con lo previsto en el artículo 15 del mismo reglamento, las condiciones más ventajosas deberán referirse a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales para la entidad, tales como, plazo de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes y servicios, o bien, mejor relación costo beneficio del bien o servicio a adquirir y se podrán verificar a través de diversos mecanismos diferentes a la utilización del Sistema de Información, como por ejemplo, procesos de consulta a la industria, publicidad, listas de precios o catálogos públicos, entre otros. En este caso, deberá efectuar sus procesos de compra conforme a las reglas establecidas en la ley N° 19.886 y este reglamento, así como mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior.*

*Dicha disposición precisa que, en el evento que la entidad obtenga condiciones más ventajosas respecto de un bien o servicio contenido en el catálogo, deberá informarlo a la Dirección de Compras, a través del canal que ésta disponga.*

*De lo expuesto es dable colegir, en lo que interesa, que las “condiciones más ventajosas” no se reducen exclusivamente a la obtención de un menor precio, sino que, entre otras posibilidades, abarcan una combinación entre el precio y la calidad del bien o servicio que se pretende adquirir.*

*Seguidamente, es menester expresar que, existiendo en el catálogo de un convenio marco el bien o servicio que se pretende adquirir, debe utilizarse dicho mecanismo de contratación, salvo que se den los supuestos antes mencionados, evento en el cual el proceso de compras deberá efectuarse a través de una licitación pública o privada, o por trato directo, según corresponda, debiendo aplicarse, para la procedencia de la licitación privada o el trato directo, las causales que taxativamente contempla la ley N° 19.886 y su reglamento.*

*Como se puede apreciar, la habilitación para excluirse de un convenio marco no constituye, por sí misma, una causal de trato directo o licitación privada, debiendo concurrir entonces, además de las aludidas condiciones más ventajosas, alguna de las causales que la ley N° 19.886 y el reglamento*

*contemplan para determinar la procedencia de dichos mecanismos excepcionales de contratación...*<sup>48</sup>

#### **4.2.3. Procedimiento.**

El convenio marco es un mecanismo de compra a través del sistema de información que es producto de una licitación pública donde el ente licitante, por mandato legal, es la Dirección de Contratación y Compras Pública, Chilecompra. Por tanto, en este punto, me remitiré a lo expresado en cuanto al procedimiento aplicable a la licitación pública.

#### **4.2.4. Ventajas de la contratación vía Convenio Marco.**

##### **1) Eficiencia.**

**a- Economía en la gestión de recursos.** La economía en la gestión de recursos en este caso en particular se presenta para la Administración en su conjunto, más allá del ahorro que para cada organismo sujeto a esta modalidad de compra pueda significar, esto se manifiesta principalmente en tres aspectos: tiempo, precio y recursos humanos, ello debido a que no se requiere de la realización de un proceso de licitación particular.

**b- Planificación.** Favorece la labor de proyectar el presupuesto a través del Plan Anual de Compras al tener disponible el conocimiento de todos y cada uno de los bienes y servicios requeridos durante dicho período, lo que permite proyectar con certeza futuras contrataciones.

---

<sup>48</sup> Dictamen N°44.043, de 2010.

## **2) Eficacia.**

El hecho que el convenio marco contenga un amplio catálogo de productos que constantemente se actualiza, en atención a las diferentes necesidades del sector público sometido a este sistema de compras, ya sea a partir de peticiones específicas, o bien, a través de lo expresado en el plan anual de compras que cada organismo debe confeccionar, es que el nivel de eficacia en la búsqueda de satisfacer el requerimiento de determinados bienes se vea cumplida, pues existe una retroalimentación permanente de información entre compradores y proveedores del sistema. El objetivo, que es el obtener los bienes requeridos, se logra con una menor aplicación de recursos humanos, financieros y administrativos.

Eventualmente, podrán existir **Acuerdos Complementarios**, entendiendo como tales, aquellas convenciones que se celebran entre el organismo público comprador y el proveedor vendedor, en las que se adicionan condiciones de contratación a las ya consideradas en el convenio marco, ajustándolas a las necesidades particulares del contrato o compra en cuestión, pero sin modificar su esencia, pues subsiste un deber de apego a lo estipulado en el convenio marco, como consecuencia del principio de estricta sujeción a las bases.

## **3) No requiere la dictación de un acto administrativo que apruebe contratación y autorice el gasto.**

*“...Asimismo, se debe agregar que el artículo 14 del citado texto reglamentario, dispone, en lo pertinente, que si el catálogo contiene el bien y/o servicio requerido, la entidad deberá adquirirlo emitiendo directamente al contratista respectivo una orden de compra, salvo que obtenga directamente condiciones más ventajosas en los términos que indica.*

*Como es dable advertir del tenor de los preceptos citados, la normativa legal y reglamentaria que regula la materia no contempla, al momento de requerir un bien o servicio a través del Catálogo de Convenios Marco, la exigencia de dictar un acto administrativo que apruebe la contratación y autorice el gasto que se realice por esa vía, distinto o complementario a la orden de compra que la respectiva entidad debe emitir directamente al contratista.*

*Por lo tanto, cabe concluir que no es necesario que la Defensoría Penal Pública dicte un acto administrativo en la situación planteada...”<sup>49</sup>*

#### **4) Protección a actores del sistema.**

##### **a-. Protección a organismos públicos.**

La Dirección de Compras debe incorporar obligatoriamente como causal de término anticipado de un Convenio Marco que, el o los contratistas incumplan sus obligaciones con cualquier entidad adquirente (Artículo 19 inciso 4 Reglamento).

El sistema contempla la existencia de sanciones en contra de proveedores que no ajusten su comportamiento a lo establecido en las bases de licitación que generó el convenio marco, distinguiéndose entre sanciones y multas, esto, según el procedimiento de aplicación de las mismas y quién es el autorizado a ello.

Las multas se contemplan en las bases de licitación y son aplicadas directamente por la entidad compradora, según lo establezca el convenio marco, pues es este instrumento el que regula las causales, montos, etc. de su procedencia.

---

<sup>49</sup> Dictamen N°49.119, de 2009.

Las sanciones son aplicadas por la DCCP, previa resolución fundada, a requerimiento expreso y formal a través de un oficio de la entidad compradora dirigido al Director de la DCCP, debiendo contener una copia de la orden de compra, las razones que fundamenten la solicitud y la petición expresa de la aplicación de sanción contemplada en el convenio marco respectivo.

Según los términos establecidos en la cláusula sobre multas y sanciones contempladas en los diversos convenio marco vigentes, la DCCP para aplicar una determinada sanción debe darse aplicación al principio de proporcionalidad de la sanción, además de considerar: la magnitud de la falta cometida, la cantidad de órdenes de compra emitidas al proveedor, el monto transado en la orden de compra que da origen a la sanción, el impacto del bien o servicio contratado en la gestión del requirente.

Las sanciones actualmente existentes en los diversos convenios marco vigentes varían desde la amonestación, pasando por el cobro de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, hasta la suspensión o eliminación del catálogo electrónico, o incluso, el término anticipado del convenio marco en cuestión.<sup>50</sup>

#### **b-. Protección a los proveedores. Rechazo de órdenes de compra. Causales.**

Por regla general, sobre los proveedores adjudicados en un convenio marco recae la obligación de cumplir con todas las órdenes de compras emitidas para sí, sin opción de cuestionamiento, objeción o petición de garantía previa, condición que por sí sola podría

---

<sup>50</sup> Consultar cláusulas de multas y sanciones en convenios marco vigentes. Recuperado en: <[http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com\\_content&view=article&id=951&Itemid=697](http://www.chilecompra.cl/index.php?option=com_content&view=article&id=951&Itemid=697)> Consultado el 25 de septiembre del 2014.

considerarse como abusiva, sin embargo, excepcionalmente, y sólo por causas que el reglamento establece en forma taxativa, podrá excusarse de darles curso, bajo los siguientes supuestos:

**a-** La existencia de una deuda vencida de la entidad que emite la orden de compra con el proveedor destinatario de la misma.

**b-** Que el valor de la orden de compra sea inferior al mínimo declarado por el proveedor en su oferta.

**c-** Que la orden de compra no cumpla con condiciones especiales establecidas en cada convenio marco.

**d-** La existencia de deuda que se encuentre informada en la lista de reclamos pendientes disponible en el sistema de información.

### **4.3 LA LICITACIÓN PRIVADA.**

#### **4.3.1. Concepto.**

La **Licitación o Propuesta Privada** se define como: "*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*" (artículo 7 inciso cuarto de la LBCASyPS y artículo 2 N° 20 del RLBCASyPS).

#### **4.3.2. Procedencia.**

Por tratarse de un procedimiento de carácter excepcional deben verificarse una serie de circunstancias que permitan su aplicación como mecanismo de formación de voluntad contractual de la Administración, como son:

**1°** Resolución fundada previa que autorice la procedencia de la licitación privada.

El RLBCASyPS, en su artículo 44 habla de “necesidad de resolución fundada y publicación”. La resolución debe dictarla el jefe de la entidad pública que realizará la licitación, y ser publicadada en el sistema de información dentro del plazo de 24 horas desde que ha sido dictada.

**2°** Causal legal que justifique la licitación privada como mecanismo de contratación. Las causales legales están enumeradas en los artículos 8 de la LBCASyPS y 10 del RLBCASyPS.

**1)** Caso de licitación desierta por ausencia de interesados.

**2)** Caso de nuevos contratos a celebrar para la realización o terminación de contratos ya existentes que hayan debido resolverse o terminarse anticipadamente y cuyo remanente no supere las 1000 UTM.

**3)** Casos de emergencia, urgencia o imprevisto, así calificados por resolución fundada.

**4)** Caso de único proveedor del bien o servicio.

**5)** Caso en que el contrato sea de prestación de servicios fuera del territorio nacional y el prestador sea una persona jurídica extranjera.

- 6) Caso en que los servicios a contratar sea de naturaleza confidencial o cuya difusión afecten la seguridad o interés nacional, así determinado por decreto supremo.
- 7) Caso en que por naturaleza de la negociación sea indispensable acudir al trato o contratación directa, según circunstancias o características que señale el Reglamento.
- 8) Caso de contrato igual o inferior a límite que fije el Reglamento, esto es, 10 UTM.

Al revisar los numerales, consideramos que existe un riesgo o incentivo para que los órganos públicos no utilicen la licitación pública para contratar, ya que éstas entregan un margen de indeterminación o indefinición legal o reglamentaria en su configuración o tipología que sea vinculante para la Administración, dejando a la total discrecionalidad del ente licitante la evaluación de antecedentes para estimar su procedencia, permitiéndole a éste que pueda llegar a “crear” un caso que se adecue a alguna hipótesis que configurarían las causales y que lo habiliten evitar la licitación pública, mediante lo que podría considerarse un uso abusivo de su derecho/deber de “justificar fundadamente” su decisión.

*“En este orden de ideas, la regla general de contratación es la licitación pública, sin perjuicio de que existan situaciones determinadas en que corresponda recurrir a licitación privada o trato directo. En este último caso, debe ser el propio servicio quien califique y adopte la decisión fundada de proceder bajo esa figura, a través de la debida ponderación de las circunstancias de hecho y las disposiciones jurídicas pertinentes. Dado el carácter excepcional de esta modalidad, se requiere*

*una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia (aplica criterio contenido en el dictamen N° 44.816, de 2012).”<sup>51</sup>*

Así, si revisamos algunas causales, tenemos que:

- Ante la causal del artículo 10 N° 3 RLBCASyPS , referida a casos de emergencia, urgencia o imprevisto, cabe preguntarse ¿Qué configura una urgencia, emergencia o imprevisto? El numeral entrega la facultad de dicha calificación al jefe superior del órgano licitante, sin perjuicio de la única limitación que le impone para ello cuando se trata de casos de sismo y catástrofe: las disposiciones especiales en la legislación pertinente. De ello, resulta que existan casos como el siguiente, en que la autoridad considera que el haber dado término anticipado al contrato constituye un imprevisto, a pesar que esta posibilidad estaba contemplada en las bases de licitación según las cuales se adjudicó el contrato: *“Más aún, la referida Subsecretaría insiste en considerar que el término anticipado de los contratos suscritos con la Sociedad Ingeniería y Climatización Limitada (Teknosol), constituyó un imprevisto imposible de prever, que le permitió acudir al trato directo con otra empresa del rubro, del que dan cuenta los documentos en estudio.*

*Pues bien, de los antecedentes tenidos a la vista y descritos por la propia autoridad en el oficio de reingreso de las resoluciones en examen, se colige que su decisión unilateral de ‘poner término anticipado a los contratos’ en base a una reevaluación de los antecedentes de la oferta primitivamente adjudicada a Teknosol, corresponde a una medida de la Administración que llevaba consigo la posibilidad cierta de que dichos acuerdos de voluntades pudieran ser cuestionados.*

---

<sup>51</sup> Dictamen N° 5.432, del 2015.

*Así, no es posible argumentar una imprevisibilidad derivada de un actuar voluntario de la Administración para justificar, en este caso, la medida excepcional de contratación que se dispone.*<sup>52</sup>

- Tratándose de la causal del artículo 10 N°7 en su letra f) RLBCASyPS, esto es, *“Cuando por la magnitud e importancia que implica la contratación se hace indispensable recurrir a un proveedor determinado en razón de la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de los bienes o servicios requeridos, y siempre que se estime fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza”*, nos enfrentamos nuevamente a características que no resultan ser lo suficientemente objetivas: la confianza, seguridad y experiencia de un proveedor, las que serán evaluadas a razón de parámetros que debiesen ser objetivos, pero cuya apreciación final, dependerá de la subjetividad con que la aprecie el órgano público licitante o contratante. Al menos así lo podemos apreciar según lo dictaminado por la CGR cuando le ha correspondido pronunciarse sobre la utilización del trato directo para contratar un servicio de sala cuna: *“dichas circunstancias deben ser acreditadas debidamente por la entidad contratante en razón de su propia experiencia y antecedentes que le permitan llegar a tal convicción, lo que no necesariamente se condice con la seguridad que le pueda merecer un determinado establecimiento a la trabajadora beneficiaria.*

*Siendo ello así, el SENAME deberá ponderar la procedencia de recurrir al trato directo, debiendo fundamentar las condiciones que concurran en cada caso y acreditarlas fehacientemente, sin que nada obste a que la opinión de la madre trabajadora sea uno de los elementos que se tome en*

---

<sup>52</sup> Dictamen N° 8.751, del 2015.

*consideración para convenir bajo la modalidad señalada, atendida la especial naturaleza del servicio contratado.”<sup>53</sup>*

- En la causal del artículo 10 N°7 letra n) RLBCASyPS, que contempla aquellas contrataciones que se traten sobre adquisiciones inferiores a 10 UTM y que privilegien “*materias de alto impacto social*” tenemos que corresponderá al órgano público justificar el cumplimiento de dichos objetivos como la concurrencia de esas características, con la sola exigencia formal de expresarlo en la resolución fundada respectiva. Así las cosas, ante la falta de una estricta definición acerca de qué son las materias de alto impacto social, y la sola existencia de elementos orientadores sobre qué debemos entender como tales, que son aquellas materias relacionadas con: el desarrollo inclusivo, el impulso a las empresas de menos tamaño, la descentralización y el desarrollo local, las que privilegien la protección del medio ambiente, la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social; tenemos que se abre una gama de combinaciones posibles para la Administración en cuanto a posibilidades de respaldar su contratación a través de licitación privada o trato directo, todo dependerá de su capacidad para argumentar a favor de su decisión.

Lo dicho, es sin perjuicio de las sanciones que pueda implicar una acción u omisión como la descrita, ya que por la reciente incorporación del inciso final de artículo 10, se establece de modo expreso que la contratación indebidamente fundada en alguna de las causales que éste señala, conllevarán las responsabilidades administrativas vigentes, de modo que el órgano público al momento de decidirse por este mecanismo deberá ponderar si realmente se justifica su

---

<sup>53</sup> Dictamen N° 77.874, de 2014.

procedencia y si cuenta con los antecedentes necesarios sobre los cuales fundar la causal invocada.

Sin embargo, y a pesar de lo señalado, encontramos que la contra excepción está dada por el mismo Reglamento al señalar que: *“No obstante lo anterior, en todos los casos enumerados anteriormente podrá realizarse la contratación a través de licitación pública si así lo estimare la entidad licitante”* (Artículo 10 inciso penúltimo del RLBCASyPS), lo que nos devuelve a la regla general que significa la contratación mediante licitación pública.

**3°** Acreditación de circunstancias concurrentes que configuren la causa legal habilitante para la procedencia licitación privada.

Este requisito guarda relación inmediata con el control del proceso de contratación, ya sea el efectuado por la Contraloría General de la República o demás entes que examinen este proceder.

*“Esta Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la resolución singularizada en el epígrafe, que aprueba el trato directo celebrado entre esa institución y la empresa Eulen Chile S.A., por cuanto no se ajusta a derecho.*

*Ello por cuanto, el acto administrativo en análisis invoca como causal de contratación directa la contemplada en el artículo 10, N° 7, letra I), del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, la cual no se encuentra fundada, pues esta Entidad de Control ha manifestado que no basta con la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias, sino que, dado su carácter excepcional, se requiere una demostración efectiva y documentada de los motivos que la*

*justifican, lo que no se advierte en el documento en estudio ni en los antecedentes acompañados (aplica criterio contenido en el dictamen N° 89.541, de 2014).<sup>54</sup>*

#### **4.3.3. Procedimiento.**

El artículo 48 del Reglamento dispone que *“Las normas aplicables a la Licitación Pública se aplicarán a la Licitación Privada, en todo aquello que atendida la naturaleza de la Licitación Privada sea procedente”*, en consecuencia, se aplica un procedimiento similar al de la licitación pública, por lo que nos remitimos a lo tratado a su respecto, salvo que en la licitación privada nos encontramos con que:

1° Las bases de licitación, en el caso de la licitación privada que se lleva a cabo como resultado de haberse realizado una licitación pública que haya sido declarada desierta, no se confeccionan especialmente bases de licitación para su realización, porque rigen las mismas que en la licitación pública original, y

2° La concurrencia a participar es limitada, ya que media una invitación cerrada. En este caso, a diferencia de lo que ocurre en la Licitación Pública, no hay un llamado público a participar, sino que una *“Invitación”*. El requisito esencial exigido por la ley, es que la invitación debe realizarse a un mínimo de tres proveedores. El Reglamento se refiere sólo a un mínimo de invitaciones y no a un mínimo de ofertas, por lo que se cumplirá con este requisito habiendo extendido la invitación a tres proveedores, aunque a posteriori, se presente un menor número de ofertas (artículo 45).

#### **4.3.4. Desventaja de la licitación privada.**

---

<sup>54</sup> Dictamen N° 72.530, del 2015.

La principal desventaja radica en el hecho que la propia ley autorice a que la entidad licitante pueda elegir e invitar a aquéllos proveedores respecto de los cuales “*espera*” recibir respuestas, e inclusive, permite privilegiar a los que estén inscritos en el Registro de Proveedores, lo que se opone a una serie de principios sobre los cuales descansa el sistema de compras y contratación pública, afectándose la transparencia, la objetividad, la libre concurrencia, la igualdad entre oferentes, etc.

#### **4.4. LA CONTRATACIÓN DIRECTA.**

##### **4.4.1. Concepto.**

El **Trato o Contratación Directa** se define como: “*Procedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación o Propuesta Pública y para la Privada.*” (Artículo 7 inciso quinto de la LBCASyPS , y artículo 2 N°31 del RLBCASyPS).

##### **4.4.2. Procedencia.**

Por tratarse de un mecanismo de contratación pública de carácter extraordinario, se exige la concurrencia de ciertas condiciones que justifiquen su procedencia excepcional:

1° Resolución fundada previa que autorice la procedencia de la contratación directa.

*“Esta Entidad de Control ha dado curso al documento del rubro, mediante el cual se delega en el Comandante de la División Logística la facultad para contratar a través de trato directo la adquisición de gas a granel que indica, por encontrarse ajustado a derecho.*

*Sin embargo, cumple con hacer presente que el ejercicio de la atribución conferida deberá ajustarse a la normativa vigente que rige la materia, de manera que las circunstancias que hicieren procedente dicha modalidad de contratación deberán presentarse al momento de dictarse los respectivos actos administrativos aprobatorios, en los cuales habrán de justificarse las correspondientes causales, cuya concurrencia será ponderada por esta Entidad de Fiscalización con ocasión del control preventivo de legalidad a que estos últimos estuvieren sometidos.”<sup>55</sup>*

2° Causa legal que justifique la contratación directa como mecanismo de contratación.

Rigen las mismas causales legales que las contempladas para la procedencia de la licitación privada y que están enumeradas en los artículos 8 y 10, de la Ley y el Reglamento respectivamente.

3° Acreditación de circunstancias concurrentes que configuren la causa legal habilitante para la procedencia del trato directo.

---

<sup>55</sup> Dictamen N° 70.096, del 2015.

*“...Al efecto, es menester tener presente que, cualquiera que sea la causal en que se sustente un eventual trato directo, al momento de invocarla no basta la sola referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que lo fundamentan, sino que, dado el carácter excepcional de esta modalidad, se requiere una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican su procedencia, debiendo acreditarse de manera suficiente la concurrencia simultánea de todos los elementos que configuran la hipótesis contemplada en la normativa cuya aplicación se pretende (aplica criterio contenido en los dictámenes N<sup>os</sup> 27.015, de 2008; 24.685 y 48.093, de 2010)...”<sup>56</sup>*

A propósito de una reconsideración sobre informe de investigación especial del municipio de la comuna de Algarrobo ante la CGR, se manifiesta que: *“Dicho informe objetó, en primer término, que la contratación de los servicios en comento haya sido mediante trato directo, sin justificar los supuestos que la harían procedente.*

*La autoridad edilicia recurrente solicita que se dé por subsanado dicho cuestionamiento, argumentando que ello se debió a que se estaba ante un proveedor único, lo que quedaría de manifiesto al considerar que la empresa de la especie cursó una invitación para que el municipio participara en el aludido seminario, cuyas condiciones fueron establecidas por esa compañía, constituyendo una oferta que no podía ser igualada....*

*.....En este contexto, los artículos 8°, letra d), de la citada ley N° 19.886, y 10, N° 4), del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la misma, contemplan entre las causales que hacen procedente las contrataciones directas, el hecho de existir un proveedor del bien o servicio, precisando el primero de los preceptos mencionados, en lo pertinente, que se deberá acreditar la concurrencia de tal circunstancia, y que las resoluciones fundadas que autoricen esa modalidad tendrán que publicarse en el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública, en el plazo que allí se indica.*

---

<sup>56</sup> Dictamen N°420, de 2010.

*Ahora bien, en la especie, de los antecedentes tenidos a la vista se observa que mediante el decreto alcaldicio N° 2.946, de 2013, el municipio indicó como causal para proceder a la contratación directa de los servicios de la empresa Chile Gestión SPA, aquella establecida en la letra g) del artículo 8° de la ley N° 19.886, esto es, “cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley”, la que posteriormente fue modificada a través del decreto municipal N° 778, de 2015, disponiéndose que, en definitiva, esa modalidad tenía justificación en la existencia de un proveedor único.*

*En este sentido, cabe manifestar que el argumento de la autoridad recurrente en orden a que dicha causal se debe entender acreditada por el hecho de haber sido una invitación formulada por Chile Gestión SPA, no resulta suficiente, toda vez que, por una parte, aquella no tenía un carácter vinculante, por lo que el municipio podría no haberla aceptado y, por otra, nada impedía a la entidad edilicia llamar a una licitación pública para contratar los servicios de que se trata, estableciendo las condiciones que estimase pertinentes.<sup>57</sup>*

#### **4.4.3. Procedimiento.**

1° Dictación de una resolución fundada que autorice la procedencia de este mecanismo de compra y contratación.

2° Publicación de la resolución en el sistema de información dentro de un plazo de 24 horas desde su dictación.

3° Invitación a cotizar. La cotización, según definición que el propio Reglamento entrega, “es un requerimiento de información respecto de precios, especificaciones y detalles del bien o servicio”

---

<sup>57</sup> Dictamen N° 71.688, del 2015.

(Artículo 2 N°35 del RLBCASyPS). Por regla general, la ley exige la realización de un mínimo de tres cotizaciones, las cuales deben provenir de diferentes proveedores, salvo casos expresamente exceptuados por ley (Números 3, 4, 6 y 7 del artículo 10 de la LBCASyPS).

**4°** Adjudicación a través de la respectiva emisión de orden de compra que hace las veces de resolución de adjudicación.

**5°** Suscripción del contrato si lo hubiere.

En todo lo demás, regirá lo dispuesto por el artículo 52 de la LBCASyPS que dispone: *“Las normas aplicables a la Licitación Pública y a la Licitación Privada se aplicarán al Trato Directo o Contratación Directa, en todo aquello que atendida la naturaleza del Trato o contratación directa sea procedente”*.

### **CAPITULO III: LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN Y COMPRAS PÚBLICAS: REVISIÓN SEGÚN SUS PRINCIPIOS INFORMADORES.**

“... el principio determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho”<sup>58</sup>.

El derecho administrativo está compuesto por un conjunto de normas y principios, estos últimos, generales y abstractos, son los que “inspiran las normas y, a su vez, informan su contenido”<sup>59</sup>.

En este capítulo realizaremos un análisis del sistema de contratación y compras públicas desde el punto de vista de los principios informadores, con el fin de entender su fundamento, según sea la invocación y aplicación que reciben éstos en la normativa vigente, ello, a razón de sus diversas funciones: primero, como *fundamento del sistema jurídico*; segundo, como *instrumento orientador o interpretativo de las normas*; tercero, como *herramienta integradora del ordenamiento*; y cuarto, como *garantías en favor de los administrados*.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> GORDILLO, Agustín: Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo I Parte General, F.D.A., Buenos Aires, 2013, p. 28. Disponible en: <http://www.gordillo.com/tomo1.html>

<sup>59</sup> IBANEGA, Miriam Mabel: El principio del informalismo en el derecho administrativo. Revista de la facultad de derecho PUCP, N°67, 2011, p.168.

Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3006>

<sup>60</sup> CASSAGNE, Juan Carlos: “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p.44-46. Disponible en: [https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0525/1/material\\_docente/bajar?id\\_material=251466](https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0525/1/material_docente/bajar?id_material=251466).

## 1. ANÁLISIS GENERAL. PRINCIPIOS.

La Administración se encuentra sujeta en toda su dimensión a normas y principios generales aplicables a todo y cada uno de sus actos, y éstos últimos son los que encontramos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y que por lo tanto, tienen aplicación universal a todo órgano de la Administración.

*“La Administración del Estado deberá observar los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio del procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativas y participación ciudadana en la gestión pública, y garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes”* (Artículo 3 inciso 2 LOCBGAE).

Habiendo definido este marco, es posible avanzar un paso más, y hacer referencia a aquellos principios que rigen la contratación administrativa en particular, pero de modo general, ya que resultan aplicables a todos los contratos administrativos, porque *“el procedimiento administrativo es en su esencia un procedimiento administrativo que, como tal, debe observar, los principios establecidos en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo”*<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> MORAGA KLENNER, Claudio: *“Los contratos de la administración como instrumentos para el desarrollo de la nación”*, pág. 239. [En línea] Recuperado en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2447/13.pdf>> Consultado el: 25 de septiembre del 2014.

Y finalmente, revisar los principios que regulan en específico los contratos de suministro y prestación de servicios, enunciados en el Mensaje Presidencial del que da cuenta la historia de la ley como principios formativos del proyecto de ley sobre contratación y compras públicas, y posteriormente recogidos por la propia Ley 19.886 y su Reglamento, como son: el principio de legalidad, formalismo, publicidad y transparencia, igualdad, idoneidad del contratante, mutabilidad del contrato, preeminencia de la administración, y el de control, entre otros.

### **1.1. Principio de Legalidad o de juridicidad.**

Su fundamento lo encontramos tanto a nivel constitucional, al disponerse 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"* (Artículo 6 inciso 1° CPR) , como a nivel legal: *"Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes..."* (Artículo 2 de la Ley N°18575).

Este principio no representa más que el sometimiento de los poderes públicos a la ley, entendiendo ésta más allá de su sentido formal, pues se refiere al ordenamiento jurídico en su conjunto. La Administración debe sujetar el ejercicio de sus potestades a la ley y el derecho.

*"La Administración no tiene libertad para contratar, sino en los casos y bajo las formas claramente dispuestas por la ley"*<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Historia de la Ley N°19886. Mensaje Presidencial, Capítulo VIII, p. 12. [En línea]. Recuperado en: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19886/HL19886.pdf> Consultado el 25 de septiembre del 2014.

Es así como en la contratación pública, la Administración no tiene discrecionalidad para elegir libremente el mecanismo para ello, debiendo someterse a los procedimientos previamente establecidos en la ley (licitación pública, licitación privada, trato directo). Cuestión que se manifiesta en las siguientes disposiciones:

*"Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley.*

*El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.*

*La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la Ley 19.653 naturaleza de la negociación Art. 1º N° 6 corresponda acudir al trato directo"* (artículo 9 de la Ley N°18575).

*"La administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa"* (artículo 5 inciso 1º de la LBCASyPS)

El principio de legalidad admite ser analizado desde dos perspectivas, una, como límite de actuación, en tanto los agentes públicos están sometidos en todas sus actuaciones al ordenamiento jurídico, sin que existan espacios exentos de su aplicación; y otra, como requisito para ejercer potestades, ya que los órganos administrativos deben estar expresamente habilitados por el ordenamiento de la correspondiente facultad, atribución o potestad en forma previa a su actuación (artículo 7 CPR).

## **1.2. Principio de Formalización.**

La celebración de contratos por parte de la Administración requiere del cumplimiento de procedimientos y formalidades tanto por los órganos del Estado, como por particulares, cuyo incumplimiento podría afectar la existencia y validez del contrato, pues, según dispone el artículo 7 de la CPR, los actos de los órganos del Estado deben realizarse “en la forma que prescribe la ley”, lo que tiene una doble dimensión jurídica, cual es la forma-procedimiento, que corresponde generalmente a los procesos concursales, y la forma-externalidad, que se identifica con el tipo de contrato y su perfeccionamiento según cada caso.

En cuanto a la forma procedimiento, los procedimientos de contratación se encuentran totalmente regulados en su forma en la ley y su reglamento, estableciéndose requisitos específicos para cada uno de ellos (Párrafo 1, Capítulo III de la LBCASyPS). Lo mismo podemos apreciar en las Bases Administrativas, porque estas contienen las etapas, plazos, criterios y modalidades de evaluación, cláusulas del contrato administrativo, entre otras formas a las cuales deben someterse los participantes del proceso concursal.

Asimismo, una de sus manifestaciones la podemos ver en la exigencia legal a los organismos públicos de elaborar un Manual de Procedimientos de Adquisiciones, instrumento que constituye un antecedente regulatorio de los procesos de compras de la entidad titular que contempla formas de proceder que le resultan vinculantes a la hora de iniciar un proceso de compras públicas, ya que en éste se deben contemplar la planificación de compras, selección de procedimientos de compra, formulación de bases y términos de referencia, criterios y mecanismos de evaluación, gestión de contratos, recepción de bienes y servicios, procedimientos de pago,

política de inventarios, uso del sistema de información, procedimiento de custodia, mantención y vigencia de garantías, entre otras (artículo 4 del RLBCASyPS).

A su vez, respecto de la forma externalidad, tenemos que el contenido y suscripción del contrato de suministro y servicio está estrictamente establecido, debiendo contemplar la individualización del contratista, características del bien contratado, el precio, el plazo, garantías, causales de término y demás cláusulas establecidas en las Bases (artículo 64 del RLBCASyPS).

*“El perfeccionamiento del contrato administrativo dependerá de la forma que prescriba la ley en cada caso particular o, en su defecto, de la decisión que adopte el ente licitante en cada oportunidad”<sup>63</sup>*

Con respecto a los contratos de suministro, el artículo 65 inciso 1° del RLBCASyPS, prescribe: *“El contrato definitivo será suscrito entre la Entidad Licitante y el Adjudicatario dentro del plazo establecido en las Bases, debiendo publicarse en el Sistema de Información.”*

Sin embargo, la sola celebración del contrato administrativo no es habilitante suficiente para su ejecución, pues para su validez, requiere de su aprobación a través de un acto administrativo. En ese sentido, la CGR se ha pronunciado: *“...de acuerdo a los artículos 10 de la ley N° 10.336 y 9.2.2 de la Resolución 1.600, de 2008, de esta Contraloría General, el trámite de*

---

<sup>63</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1), p.197.

*toma de razón debe efectuarse antes de la ejecución del contrato y éste debe ser aprobado por acto administrativo para que la voluntad del servicio tenga validez jurídica.*<sup>64</sup>

En el caso de las municipalidades se manifiesta en la obligatoriedad de dictar un decreto alcaldicio aprobatorio del contrato: *“...las municipalidades se encuentran obligadas a dictar los correspondientes decretos que aprueben los contratos que suscriban con particulares que resulten adjudicados en los procesos licitatorios que lleven a cabo, no siendo suficiente la emisión de la resolución que autoriza la adjudicación y ordena la suscripción de la respectiva convención”*.<sup>65</sup>

No obstante lo anterior, el principio de formalismo se puede ver atenuado en la medida que sólo resulten exigibles las formalidades que sean estrictamente necesarias para entregar suficiente testimonio de lo actuado proporcionando la correspondiente certeza jurídica del proceso, y prescindiendo de todas aquellas que no resulten esenciales. Lo que se manifiesta en normas como: *“Se prohíbe a los funcionarios exigir en la tramitación de un asunto documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes”* (Artículo 84 e) del Estatuto Administrativo).

Es dable sostener lo anterior, por la aplicación que recibe la LBPA, ya que establece el principio de no formalización (artículo 4° y 13), el que supletoriamente podría regir los contratos de suministro y prestación de servicios contratos, a pesar que la LBCASyPS establece procedimientos formalizados.<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Dictamen N°72.874, de 2011.

<sup>65</sup> Dictamen N°75.327, de 2013.

<sup>66</sup> CORDERO VEGA, Luis: *El Procedimiento Administrativo*, Lexis Nexis, año 2003, p.60.

Sin embargo, *“...Es posible aseverar que cualquier duda o controversia que se plantee en un procedimiento administrativo sobre exigencias o actuaciones formales, tiene que interpretarse a favor del administrado, y de la agilidad del procedimiento y de la oportuna decisión terminal, ya que este informalismo, como bien afirma Comadira, no es inexigibilidad de forma, sino que relativización de ellas en beneficio inmediato de los administrados”*.<sup>67</sup>

### **1.3. Principios de Publicidad y Transparencia.**

La transparencia y la publicidad han sido considerados como principios estructurales de la gestión contractual de la Administración del Estado, siendo uno requisito de otro para su existencia.

La transparencia administrativa es aquella en que se permite y promueve el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella, según lo dispuesto en el artículo 13 inciso 2° de la LOCBGAE.

Es en ese sentido que la transparencia admite dos dimensiones de ejercicio: la *activa*, que se entiende como la acción positiva del Estado de poner información a disposición permanente del público sin mediar requerimiento formal, y la *pasiva*, que consiste en la entrega de información a las personas que la soliciten a la Administración Pública.

---

<sup>67</sup> MORAGA KLENNER., Op. Cit. (2). p. 240.

*“El carácter ‘transparente’ de las funciones constituye un principio anexo a la integridad y a la responsabilidad. En ausencia de disposiciones, mecanismos e instrumentos que hagan exigible la transparencia, la probidad pública no puede ser sometida al escrutinio ciudadano y, en consecuencia, su mera enunciación es letra muerta”.*<sup>68</sup>

Referido a su vez a la transparencia el CNEP sostiene: *“... (S)u aplicación debe estar garantizada por la ‘publicidad’ del patrimonio y los intereses de agentes públicos y la simplicidad y publicidad de los procedimientos de la gestión y los actos estatales.”*<sup>69</sup>

A las reparticiones encargadas del control interno de la Administración corresponderá el velar por la observancia de este principio, más allá de las facultades que le correspondan a la CGR y al Consejo para la Transparencia (Artículo 9 de la Ley N°20.285, del año 2008).

En otro aspecto del mismo fin perseguido por la transparencia, nos encontramos con el Principio de Publicidad. Originalmente, éste sólo tenía rango legal, encontrándose recogido en la Ley N°18.575, sin embargo, con la reforma constitucional introducida con la Ley N°20.050, de fecha 26 de agosto del año 2005, se consagró a nivel constitucional, extendiendo su obligatoriedad a todo el Estado, y ya no sólo a los órganos de la Administración Pública.

---

<sup>68</sup> CNEP, Op. Cit., p. 206.

<sup>69</sup> CNEP, Loc. Cit.

Así es como el artículo 8 de la CPR en su inciso 2° establece que: *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen...”*

Establecida la regla general de la publicidad de los actos, resoluciones, fundamentos y procedimientos que la Administración, también se normó la excepción a ésta, como son las compras calificadas como secretas, reservadas o confidenciales en conformidad a la ley (artículos 20 de la Ley y 61 del reglamento). El **secreto** o la **reserva** debe ser establecida mediante una ley de quórum calificado, siendo sólo procedente cuando la publicidad pueda afectar:

1° El debido cumplimiento de las funciones por el órgano respectivo, debiendo expresarse el tipo de entorpecimiento.

2° Los derechos de terceros.

3° El interés nacional.

4° La seguridad de la nación.

En resumen, *“...Se trata de subrayar cómo la sociedad quiere que sea la Administración (hoy, todos los órganos del Estado) de principios del siglo XXI: No sólo debe servir, sino que debe demostrar cómo sirve, lo cual exige que sea abierta a la información, a la participación y al control democrático, con un funcionamiento transparente que la transforme en una verdadera casa de cristal”*.<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> BARRA, Nancy: *“Probidad Administrativa”*, Editorial Lexis Nexis, 2004, p. 114.

De este modo, el ciudadano, amparado en los principios de transparencia y publicidad, puede ejercer su derecho de acceso a la información respecto de la contratación administrativa, ya que éste comprende el acceso a actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos, acuerdos y a toda información elaborada con presupuesto público (artículo 10 Ley N°20.285).

Con la LBCASyPS se introducen dos innovaciones que pueden ser consideradas manifestaciones de los principios de transparencia y publicidad, pues con ella se crea un sistema electrónico de información e intermediación público y gratuito de contrataciones y compras de la Administración, que hoy conocemos como la plataforma “Mercado Público”<sup>71</sup>, el que fue concebido con el fin de dar amplia difusión a los procedimientos de licitación del Estado chileno<sup>72</sup>, es así como la ley, en su artículo 18 ordena a la Administración cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes y servicios a través de este sistema electrónico; y un registro de contratistas, actualmente, “Chile Proveedores”<sup>73</sup>, el que es un registro público en que se inscriben las personas interesadas en contratar con el Estado y que no tienen inhabilidades que se lo impidan.

Es común a todos los órganos de la Administración publicar en el sistema toda la información básica relativa a sus contrataciones en el modo que establezca el Reglamento (artículo 20 de la LBCASyPS). Es así como en los procedimientos establecidos en la ley existe el deber de publicar: las bases de licitación; la resolución que adjudica; el texto del contrato definitivo y la orden de compra respectiva. A su vez, dependiendo del tipo de procedimiento, se publicará: el llamado o convocatoria en la licitación pública y la invitación a participar en la licitación privada; la resolución

---

<sup>71</sup> Ver: <<https://www.mercadopublico.cl/Portal/login.aspx>>

<sup>72</sup> Historia de la Ley N° 19886. p. 11 y 15. [En línea] Recuperado en: <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19886](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19886)> Consultado el 25 de septiembre del año 2014.

<sup>73</sup> Ver: <<http://www.chileproveedores.cl/chprovdnn/>>

fundada que autoriza su procedencia, tanto en la licitación privada como la contratación directa; las ofertas, tratándose de las ambas licitaciones y las cotizaciones recibidas, en el caso de la contratación directa (artículo 57 del RLBCASyPS). Además, se publicarán el plan anual de compras (artículo 12 LBCASyPS y cualquier otro documento que la entidad licitante determine, teniendo en consideración lo establecido por la ley de compras y su reglamento;

Tanta es la relevancia del principio de publicidad que la ley dispone que los organismos públicos que no se rigen por la LBCASyPS excepcionalmente se deberán ceñir a los artículos 18, 19 y 20 de la misma en cuanto a la obligación de suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras, según determine el RLBCASyPS (artículo 21).

*“En cuanto a las normas de publicidad aplicables a las contrataciones a honorarios de personas naturales, esto es, celebradas de conformidad con la citada ley N° 18.883, es dable señalar que el inciso primero del artículo 20 de la ley N° 19.886, prevé que “Los órganos de la Administración deberán publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública, la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que establezca el reglamento”.*

*A su turno, el artículo 21 del mismo cuerpo legal dispone que “Los órganos del sector público no regidos por esta ley, con excepción de las empresas públicas creadas por ley, deberán someterse a las normas de los artículos 18, 19 y 20 de esta ley para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento”, antecedentes que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 del aludido cuerpo legal, deberán estar disponibles gratuitamente para todo el público a través del Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración. De esta manera, entonces, se advierte que, por una parte, las disposiciones recién aludidas son obligatorias para todos los órganos de la Administración, e incluso para los órganos del sector*

*público no regidos por esta ley, con las solas excepciones previstas en ella y, por otra, que los preceptos aludidos ordenan otorgar la publicidad referida en relación con todas las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras, que dichos organismos dispongan, sin que corresponda excluir, para estos efectos, los acuerdos de voluntades individualizados en el artículo 3° de ley N° 19.886, toda vez que el inciso final de este precepto, indica que los contratos indicados en ese artículo se regirán por sus propias normas especiales, "sin perjuicio de lo establecido en el inciso final del artículo 20 de la presente ley".*

*En el mismo sentido, el artículo 57, letra f), del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la ley N° 19.886, dispone que en los procesos de compras "excluidos de la Ley de Compras o efectuados por órganos del sector público no regidos por dicha Ley, en virtud de lo establecido en sus artículos 3 y 21, con excepción de las empresas públicas creadas por ley", será necesario publicar, a lo menos,*

*Los antecedentes que enumera.*

*A propósito de lo anterior, esta Entidad de Control ha informado en los dictámenes N°s 18.267, de 2007 y 12.679 y 34.033, ambos de 2005, entre otros, que todas las entidades de que tratan los mencionados artículos 20 y 21 de la ley N° 19.886, deben suministrar la información básica sobre los convenios a honorarios celebrados con personas naturales.<sup>74</sup>*

#### **1.4. Principio de Igualdad.**

El principio de igualdad en la contratación administrativa se debe entender específicamente como el derecho a igual trato de los oferentes en los procesos concursales, lo que podemos

---

<sup>74</sup> Dictamen CGR N°43.065 11.09.2008.

interpretar como una derivación de la igualdad de trato ante los servicios públicos, la que a su vez, es resultado de la igualdad ante la ley consagrada en la Constitución.<sup>75</sup>

En virtud de este principio, la Administración no puede ni debe discriminar a eventuales contratantes debiendo someterlos a todos ellos a iguales condiciones de participación a lo largo del proceso de contratación, es así como, ante diversos sujetos que se encuentren en idénticos supuestos de hecho y cumpliendo los requerimientos para contratar con el Estado, no puede actuar discrecionalmente a favor de alguno de ellos, debiendo garantizar su imparcialidad.

Consiste en *"garantizar la actuación imparcial del servicio frente a todos los oponentes, para lo cual es imprescindible que las bases establezcan requisitos impersonales y de aplicación general, siendo competencia de la autoridad velar para que ambos principios sean respetados."*<sup>76</sup>

A propósito de la determinación de las condiciones de la licitación, se dispone que éstas no podrán afectar el trato igualitario a los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos (artículo 6 de la ley y 20 inciso 4° del RLBCASyPS).

Sin embargo, recientemente, con el DL N°1410 del Ministerio de Hacienda que reforma el RLBCASyPS, se ha incluido dentro de lo que la normativa ha regulado como contenido adicional de

---

<sup>75</sup> MARIENHOFF, Op. Cit.t. II. N°315, p.26.

<sup>76</sup> Dictamen N°75.983 del año 2010.

las bases, un nuevo criterio de evaluación y ponderación de las ofertas, que podría estar en contradicción con el principio de igualdad, las denominadas “materias de alto impacto social” (artículo 23 N°3). Si bien no se entrega una definición, se señala que debemos entender como tales aquellas relacionadas con: el cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente; la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social y con otras materias relacionadas con el desarrollo inclusivo; el impulso a las empresas de menor tamaño; la descentralización; y, el desarrollo local, entre otras.

A partir de esta modificación, lo que observamos es que se consagraría una discriminación positiva a favor de determinados oferentes que cuentan con ciertas características que van más allá de las propias del bien o servicio a contratar, cuyos márgenes de definición sobre qué resulta admisible de considerar dentro de la enunciación no taxativa que entrega como orientación el Reglamento quedan entregados al arbitrio y discrecionalidad del licitante, ya que, por ejemplo, las personas en situación de discapacidad cuentan con un registro público que acredita dicha condición, pero la condición de vulnerabilidad social, ¿cuál es el índice o certificado que el órgano público admitirá para su calificación?; en otro caso, tenemos que por empresas de menor tamaño pueden ser pequeñas y medianas empresas, ¿acaso estas últimas quedarán excluidas y sólo se considerarán las primeras?; y si abordamos la situación de la descentralización y el desarrollo local, ¿deberíamos presumir que se privilegiarán los oferentes que se encuentren ubicadas en regiones distintas a la metropolitana o en su defecto, en regiones extremas, o bien, empresas comunales por sobre las demás?, etc.

Así, el órgano público licitante estaría expresamente autorizado a considerar criterios de evaluación de ofertas que van más allá de lo económico y técnico, y otorgar las ponderaciones que estime en sus bases de licitación a aquel oferente que cumpla con alguna de estas materias de alto impacto social, teniendo como única limitación el hecho que este criterio no puede ser el único que determine la oferta más conveniente.

Asimismo, y en otra manifestación de este principio, tenemos que, por ejemplo, tratándose de la garantía de seriedad de la oferta se dispone que la entidad licitante deberá solicitar la misma garantía a todos los oferentes sin establecer diferencias entre ellos (artículo 31 inciso final del RLBCASyPS).

*“Este principio se traduce en que frente a diferentes sujetos que se encuentren en idénticos supuestos de hecho, incluidos los requisitos para poder contratar, la administración no puede discriminar en razón de ninguno de ellos.*

*En efecto, la administración debe decidir su contratación atendido el contenido de la propuesta más conveniente para el Estado, y no asignar a un sujeto particular como único mecanismo de selección.*

*En virtud de este principio, cualquier persona es un contratante potencial del Estado.*

*En síntesis, el principio exige que desde el comienzo del procedimiento de licitación hasta la formalización del contrato, todos los oferentes se encuentran en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.*

*Ello exige a la administración un apego estricto a las bases y un conocimiento claro de los oferentes y del público en general, del cómo, cuándo y dónde la administración decidirá la contratación y contratante.”<sup>77</sup>*

La misma igualdad debe concurrir cuando el licitante decida solicitar a los oferentes el salvar omisiones o errores formales durante el proceso de evaluación, toda vez que la corrección de los mismos no puede configurar una situación de privilegio sobre los demás participantes (artículo 40 del RLBCASyPS).

*“No se ajusta al principio de igualdad de los oferentes que respecto de una oferta se haya estimado que uno de los requisitos solicitados en las bases y cuya presentación dicha oferta omitió, se encontraba cumplido por contar la Entidad Licitante con ese antecedente, producto de contratos suscritos con dicho oferente en el pasado. Ello pone al oferente en una posición privilegiada respecto del resto de los proponentes, quienes acompañaron en la oportunidad prevista en las bases el legajo completo de la documentación requerida, a través del portal Chilecompra.”<sup>78</sup>*

El principio de igualdad entre los oferentes está directamente ligado al de estricta sujeción a las bases de licitación, de modo tal que si en éstas se requieren determinados requisitos y condiciones para ser adjudicado, ellos no pueden ser modificados a favor de un oferente en específico, sino que deben aplicarse indistintamente.

---

<sup>77</sup> Historia de la ley N°19886, Mensaje Presidencial, p. 13. [En línea]. Recuperado en: <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19886](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19886)>. Consultado el 25 de septiembre del 2014.

<sup>78</sup> Dictámenes N°298 y N°15492, de 2008.

*“Si las bases de licitación establecen como aspecto a considerar en la evaluación técnica, la metodología y plan de trabajo, el oferente adjudicado lo será en consideración a dicha programación, entre otros factores, los que no pueden ser alterados con posterioridad sin afectar el principio de igualdad de los proponentes.”<sup>79</sup>*

### **1.5. Principio de Idoneidad del contratante.**

El principio está referido a la idoneidad profesional, técnica y financiera, esto es, que sea poseedor de una comprobada competencia para participar en un proceso concursal y a posteriori poder contratar con el Estado, ello en relación al cumplimiento de los requisitos que la ley establece (artículo 4 de la LBCASyPS).

El Estado debe velar porque sus contratantes cumplan con los requisitos de idoneidad profesional, técnica y financiera, debiendo establecerlo así en sus respectivas bases de licitación. El RLBCASyPS dispone que para la acreditación de dichas condiciones o requisitos, se atenderá a los antecedentes disponibles en el Registro de Proveedores (artículo 29 [requisitos para ofertar], artículo 66 [requisitos para contratar], artículo 81 [objeto del registro de proveedores], artículo 94 [antecedentes de la ficha de de proveedores]), y artículo 96 Bis [información relativa al comportamiento contractual de los proveedores inscritos]).

---

<sup>79</sup> Dictamen N°2920, del año 2008.

Así tenemos que, en el Registro de Proveedores se inscriben todas las personas idóneas para contratar con el Estado, en otras palabras, las que no tengan inhabilidad para contratar con él, salvo el caso de aquellas a las cuales les afecte alguna inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente, situación en que la inscripción será dejada sin efecto (artículo 93 del RLBCASyPS ).

Las causales de inhabilidad para inscribirse en el Registro de Proveedores, y por lo tanto, para contratar con el Estado, las enumera el artículo 92 del RLBCASyPS , cuales son:

- 1) Haber sido condenado por delito de cohecho.
- 2) Registrar deudas tributarias sin existir convenio de pago vigente que sean:
  - Mayores a 500 UTM por más de un año, o
  - Mayores a 200 UTM e inferior a 500 UTM por dos años.
- 3) Registrar deudas previsionales o de salud por más de 12 meses correspondientes a trabajadores dependientes.
- 4) Por presentar documentos falsos ante el Registro Nacional de Proveedores, así declarado por sentencia judicial ejecutoriada.
- 5) Haber sido declarado en quiebra por sentencia judicial ejecutoriada.
- 6) Haber sido eliminado o suspendido del Registro por resolución fundada de la Dirección de Compras.
- 7) Haber sido condenado por prácticas antisindicales o por infracción a los derechos fundamentales del trabajador.

Sin embargo, como la Administración no es infalible, y a pesar que el proponente y posterior contratante cumpla con todos los requisitos de idoneidad que la Ley y Reglamento establecen, ésta debe protegerse y prevenir eventuales incumplimientos futuros, debiendo contemplar la exigibilidad para el contratante de constituir las garantías de seriedad de la oferta y de fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, como asimismo, determinar la procedencia de cauciones pertinentes, como las que se otorgarán por anticipos (artículo 11 de Ley y artículos 70 a 73 del Reglamento).

*“Si bien es cierto que cualquier ciudadano o persona, nacional o extranjera, puede contratar con la Administración, ésta debe garantizar y velar porque los sujetos que contraten con ella, sean dignos de confianza y tengan la experiencia necesaria.*

*En efecto, los contratantes de la Administración no son sólo sujetos que realicen una actividad económica lícita, son ante todo colaboradores directos o indirectos de la Administración. Cuando la Administración suscribe un contrato de suministro, cualquiera sea la naturaleza de los bienes incorporados, no sólo realiza una compra o arrendamiento de bienes; también adquiere insumos al Estado para su funcionamiento, insumos que finalmente tendrán impactos en la calidad de servicios que preste la Administración. Lo mismo sucede respecto de las asesorías que el Estado contrata, regularmente asociadas a la entrega de conocimiento o información. Estas sirven como fundamento técnico o generan alternativas de evaluación para una decisión final de la Administración.*

*Por ello, no cualquier persona puede ser contratante de la Administración, sino sólo aquellos que cumplan con los requisitos de idoneidad profesional, técnica y financiera, que permitan garantizar el normal funcionamiento de los servicios públicos.*<sup>80</sup>

## **1.6. Principio de Mutabilidad del Contrato.**

La contratación administrativa está ligada ineludiblemente a la naturaleza pública de los fines que pretende satisfacer, por lo que los contratos que celebre la Administración deben permitir su adecuación a los cambios que dichas necesidades puedan experimentar durante su ejecución, es decir, el *ius variandi* en este caso guarda directa relación con el interés público comprometido.

*“La contratación pública de la Administración, como se ha señalado, regularmente va asociada a la naturaleza de las prestaciones públicas en ella involucradas. De ahí entonces, que los contratos que celebre la Administración puedan verse alterados por las necesidades a los cuales ellos van asociados.*

*La mutabilidad del contrato ofrece una doble vertiente. De una parte, es la consecuencia del *ius variandi* que se reconoce a la Administración; de otra, resulta de la admisión de una serie de teorías encaminadas a explicar, en beneficio del contratista, la adaptación del contrato a circunstancias sobrevinientes.*

*Sin embargo, la mutabilidad del contrato, que se justifica en el interés público involucrado, debe compatibilizarse con el derecho del contratista de la Administración a que sus derechos sean debidamente garantizados. Por ello, el proyecto garantiza patrimonialmente al contratante frente a*

---

<sup>80</sup> Historia de la Ley N°19886, Mensaje Presidencial p. 13. [En línea] Recuperado en: <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19886](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19886)> Consultado el 25 de septiembre del año 2014.

*la mutabilidad del contrato, sea a través del alza del precio, sea a través de la indemnización correspondiente*".<sup>81</sup>

La LBCASyPS, en su artículo 13, establece un listado de causales de modificación y término anticipado del contrato, el que no es taxativo, pues en la letra e) del mismo, se indica que podrán modificarse o terminar por las demás causas que se establezcan en las respectivas bases de licitación o en el contrato, permitiendo a la Administración el determinar sus propias causales.

En concordancia con ello, el RLBCASyPS establece que la modificación del contrato, tratándose de las causales establecidas en el artículo 77, N°1, resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes, y N°6, coincidente con la del artículo 13 letra e) de la LBCASyPS, esto es, las demás que se establezcan en las bases de la licitación y el contrato; requerirán para su procedencia estar previstas en las bases. Asimismo, se explicita una limitación a la facultad de modificar el contrato, una que, antes de la modificación introducida por el DL N°1410 del Ministerio de Hacienda, igualmente debía ser considerada por la Administración, cual es que con la modificación del contrato no podrá alterarse la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes. A lo anterior, se agrega una especial restricción a la facultad de mutar el contrato cuando ésta se refiere a la alteración de su monto: éste no podrá aumentarse más allá de un 30 % del monto originalmente pactado.

La resolución o decreto que modifique o ponga término anticipado al contrato debe ser fundada y publicada en el sistema de información (artículo 79 del RLBCASyPS).

---

<sup>81</sup> Historia de la Ley N°19886, Mensaje Presidencial p. 14. [En línea]. Recuperado en: <[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19886](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19886)> Consultado el 25 de septiembre del año 2014.

Lo anterior, es sin perjuicio del derecho que le cabe al contratante de ser indemnizado o compensado. El RLBCASyPS autoriza a la Administración a contemplar en las bases, cláusulas de indemnización y compensación en caso de proceder una modificación contractual o un término anticipado del contrato (artículo 78).

### **1.7. Principio de Preeminencia de la Administración.**

La Administración al celebrar un contrato administrativo con un privado no se encuentra en una situación de igualdad frente a su contratante, pues a diferencia de éste, que busca satisfacer un interés privado y particular, el Estado vela por proveer un interés público y general; debido a ello, es que la Administración cuenta con una serie de potestades para asegurar el cumplimiento de las obligaciones contractuales como: dirección, control y sanción, interpretación, modificación y término unilateral del contrato.

*“La Administración, cuando contrata, no se encuentra en una situación de igualdad frente a su contratante. Mientras éste satisface su interés particular, la administración satisface el interés general. Las resultas de un contrato en su ejecución son de suma importancia para la administración, razón por la que la mutabilidad del contrato deriva de un conjunto de potestades de las cuales es titular la administración y que dinamizan la contratación.*

*La administración tiene la facultad para contratar y dirigir la ejecución del contrato; tiene poder también, para modificar el contrato si durante su ejecución se dan hechos que así lo justifiquen, compensando debidamente al contratante; y tiene la atribución de interpretar los contratos, sin perjuicio de las competencias que tienen los tribunales de justicia al respecto”.*

A propósito de un requerimiento de declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se ha referido a este principio como elemento caracterizador del contrato administrativo, expresando:

*“OCTAVO: Que, dentro de esa óptica, los contratos regulados por la Ley N° 19.886 se insertan dentro de los contratos administrativos que se caracterizan, entre otros factores, porque una parte es necesariamente una persona jurídica de Derecho Público (organismos constitucionalmente autónomos, servicios centralizados o descentralizados). Se trata, asimismo, de contratos regidos por normas de Derecho Público que consagran el principio de preeminencia de la Administración, la cual puede imponer su quebrantamiento legítimamente en virtud de su poder exorbitante de ius variandi cuando los intereses superiores que representa así lo justifiquen. Ello se debe a que se trata de contratos en los que existe desigualdad de fines entre los contratantes pues el particular, usualmente, persigue un fin también particular mientras que la Administración procura una finalidad que obedece a fines de interés público (Barra Gallardo, Nancy, y Celis Danzinger, Gabriel. “Contratación administrativa bajo la Ley de Compras”. 3ª. Edición actualizada. Editorial Abeledo Perrot, Santiago, 2011, pp. 3 y 4);”<sup>82</sup>*

La profesora Natalia Chiu destaca como la Administración, mediante resolución o decreto fundados, ejerce su preponderancia sobre los cocontratantes particulares al poder determinar subjetivamente la concurrencia de los siguientes estados: incumplimiento grave de las obligaciones contraídas, el estado de notoria insolvencia del contratante o la condición de interés público o la seguridad nacional.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Sentencia Tribunal Constitucional en causa **Rol N° 2133-11-INA**, 04 de julio del 2013. Recuperado en: <<http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=2796>> Consultado el 25 de septiembre del 2014.

<sup>83</sup> MUÑOZ CHIU, Natalia: Contratación Administrativa, Revista de Derecho CDE N°12- diciembre de 2004, p.2. Recuperado en: <[www.cde.cl](http://www.cde.cl)> Consultado el: 25 de septiembre del 2014.

Dentro de este marco podemos citar algunas causales que autorizan la procedencia de la licitación privada o de la contratación directa cuya determinación está entregada a la discrecionalidad y preeminencia de la Administración, como son: casos de urgencia, emergencia o imprevisto; servicios confidenciales o que pudieren afectar la seguridad o el interés nacional; afectación a la seguridad o integridad personal de las autoridades, etc.

En resumen la preeminencia de la Administración se traduce en su capacidad para *“decidir ejecutoriamente sobre la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo y forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza”*.<sup>84</sup>

Una manifestación de lo que podemos considerar una atenuante de la preeminencia de la Administración, es el artículo 79Ter del RLBCASyPS, norma referida a la procedencia de sanciones a proveedores en caso de incumplimientos, porque se exige que las medidas sancionatorias deben estar establecidas en las bases y en el contrato, y en caso de tratarse de aplicación de multas, debe fijarse un tope máximo. Así, tenemos que el órgano público contratante puede aplicar cuantas sanciones según lo permitan las bases y contrato, no pudiendo imponer otras diferentes a las contempladas en estos instrumentos.

---

<sup>84</sup> MUÑOZ CHIU, Op. Cit.

Sin embargo, este mismo artículo, en su inciso 2°, parece volver al principio de la preeminencia de la administración en su plenitud, al señalar que “las medidas que se establezcan deberán proporcionales a la gravedad del incumplimiento”, y es entonces que parece legítimo preguntarse ¿qué debemos considerar como “incumplimiento grave”?, ¿debemos aplicar las reglas de interpretación de los contratos?, o simplemente ¿atenernos a lo que la Administración decida entender como tal al momento de elaborar las bases de licitación? Pero ¿qué pasa si sólo se contemplan incumplimientos en general, sin calificación de gravedad mediante?, ¿se trata de un asunto que deberán decidir los tribunales competentes en caso de existir controversia al respecto?

A priori, sostenemos que la calificación jurídica de incumplimiento grave del contrato o de las bases de licitación es una determinación que se encuentra dentro del ámbito de discrecionalidad que goza la Administración.

### **1.8. Principio de Libre Concurrencia.**

*“La concurrencia libre del participantes supone que la Administración no ponga más restricciones o limitaciones que las expresamente dispuestas en la ley...”<sup>85</sup>*

El principio de libre concurrencia de los oferentes ante el llamado administrativo, significa que toda persona que esté interesado en participar en el proceso licitatorio puede hacerlo, lo que está expresamente establecido en la ley: *“En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas...”* (Artículo 7 inciso 3° de la LBCASyPS).

---

<sup>85</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1) p. 108.

La autoridad administrativa al establecer los requerimientos que deberán cumplir los oferentes para formar parte del proceso concursal, han de tener el carácter de no excluyentes a priori, de modo que incentive la participación y competencia entre los mismos.

El cumplimiento de este principio sólo limita la capacidad de la Administración en cuanto a determinar de manera clara y específica las características del bien o servicio a proveerse sin poder realizar exigencias subjetivas y arbitrarias respecto del eventual participante de la licitación. En resumen, las barreras de entrada, deben ser mínimas.

Una manifestación de este principio, la encontramos incluso antes de iniciarse un proceso de licitación en las llamadas “Consultas al Mercado” que puede realizar una entidad licitante para obtener información sobre bienes o servicios con el objeto de elaborar las bases del proceso. Éstas deben ser hechas mediante llamados públicos y abiertos en el sistema de información posibilitando la participación de todo interesado (artículo 13 bis del RLBCASyPS ).

Asimismo, tratándose de la garantía de seriedad de la oferta, se ha dispuesto que las bases de licitación *“no podrán establecer restricciones respecto a un instrumento en particular”*, de manera que los oferentes podrán presentar cualquiera que, como ordena el RLBCASyPS, asegure su cobro *“de manera rápida y efectiva”*, cumpliendo los demás requisitos que éste exige, lo que podemos considerar como incentivo a la concurrencia de participantes al proceso, ya que estimamos que si se exige una garantía en esta etapa, es con el fin de convocar a los verdaderos interesados, pero no como una barrera de entrada (artículo 31 inciso 4°).

*“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.”<sup>86</sup>*

*“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.”<sup>87</sup>*

*“No se ajusta a derecho la norma de las bases de licitación que permite a la Comisión Evaluadora no considerar la oferta de aquel proponente que no conteste, dentro de plazo que le fije al efecto, las consultas o aclaraciones que le formule, pues si bien el decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, admite contactos entre los oferentes y la Entidad Licitante durante la evaluación, no permite a ésta dejar de considerar la oferta respectiva, en una hipótesis como la señalada.”<sup>88</sup>*

*“Se objeta cláusula de las bases de licitación que señala que no podrán participar en la licitación quienes tengan conflictos de intereses con el Ministerio, toda vez que las únicas inhabilidades para contratar con el Estado se encuentran contempladas en el artículo 4° de la ley N° 19.886.”<sup>89</sup>*

*“Exigir que los proponentes deban estar inscritos en el registro de contratistas y proveedores al formular su oferta vulnera lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 16 de la aludida ley N° 19.886 y 66 de su reglamento, los que facultan a los organismos públicos contratantes para requerir a los proveedores su inscripción en el registro de contratistas y proveedores a cargo de la Dirección de*

---

<sup>86</sup> Dictamen N°7300, de 2008.

<sup>87</sup> Dictamen N°14552, de 2008.

<sup>88</sup> Dictamen N°18525, de 2008.

<sup>89</sup> Dictamen N° 19534, de 2008.

Compras y Contratación Pública, una vez adjudicado el certamen, a fin de suscribir el pertinente contrato”.<sup>90</sup>

### **1.9. Principio de Estricta Sujeción a las Bases.**

Los procedimientos administrativos de licitación deben realizarse con estricto apego o sujeción a las bases, administrativas y técnicas, lo que rige tanto para la Administración como para el administrado participante (artículo 10, inciso 3° LBCASyPS ).

En este sentido la CGR ha señalado que: *“las cláusulas de las bases administrativas deben observarse de modo irrestricto y constituyen la fuente principal de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los oponentes, de manera que su transgresión desvirtúa todo el procedimiento”*<sup>91</sup>.

La obligatoriedad de las bases ha de interpretarse en un sentido estricto, tanto es así que, de existir contradicción entre lo dispuesto en ellas y el ulterior contrato, éstas primarán sobre él.

*“En caso de producirse alguna discrepancia entre lo estipulado en el contrato y las bases de la licitación, debe estarse a lo que se establezca en estas últimas, ya que tienen preeminencia sobre aquél, por cuanto en ellas se especifica cuál es el objeto de la contratación y las condiciones del proceso de selección del contratante, además de establecerse las cláusulas y estipulaciones*

---

<sup>90</sup> Dictamen N° 15925, de 2008.

<sup>91</sup> Dictamen N° 75.983, de 2010.

*contractuales, razón por la cual su incumplimiento implica, asimismo, una vulneración del principio de igualdad de los licitantes.*"<sup>92</sup>

*"Se objeta cláusula que señala que la licitación y el contrato que de ella emane se regirán por las normas contenidas en los documentos que indica, entre los cuales se menciona "Otros antecedentes documentados que solicite a los oferentes el Ministerio de Relaciones Exteriores", toda vez que los procesos licitatorios y los contratos que al efecto se celebren se rigen por las bases administrativas y técnicas respectivas, las consultas y aclaraciones de las mismas y la oferta, sin que sea dable que dicha Secretaría de Estado amplíe dichos documentos a otros adicionales."*<sup>93</sup>

Asimismo no son procedentes aquellas cláusulas de las bases de licitación que dispongan directa o indirectamente la posibilidad que la Administración pueda modificarlas sin cumplir con el acto administrativo que así lo apruebe y éste sea debidamente comunicado a todos los oferentes a través de la correspondiente publicación en el sistema.

*"Se objeta cláusula "consultas y aclaraciones" de bases de licitación que dispone las respuestas que el Ministerio entregue "prevalecerán por sobre el punto consultado de las bases de licitación y serán publicadas en el Portal ...", toda vez que ello implica admitir la posibilidad de que, a través del mecanismo de consultas, se introduzcan modificaciones a las bases sin que, por otra parte, se establezca que estas últimas deban ser aprobadas por el pertinente acto administrativo."*<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Dictamen N°11788, de 2008.

<sup>93</sup> Dictamen N°19534, de 2008.

<sup>94</sup> Dictamen N°17539, de 2008.

Los requerimientos exigidos a los oferentes deben ser ponderados de acuerdo a los criterios contemplados en las bases técnicas y administrativas, por lo que si un participante cumple con dichos estándares en la forma prefijada en las bases, y en consecuencia debe ser adjudicado, no cabe al ente licitador negarse a ello, de lo contrario estaría cometiendo una ilegalidad porque carecería de fundamento habilite o justifique tal decisión. Así lo ha estimado la Corte de apelaciones de Santiago al considerar: *“Que, consecuentemente, como acertadamente lo ha resuelto el tribunal a quo, si bien es efectivo que correspondía al Concejo Municipal de la comuna de Punta Arenas pronunciarse acerca de la propuesta de adjudicación del Alcalde , tal pronunciamiento debía cumplir con las normas referidas, debiendo estarse siempre a aquellos principios que rigen los procedimientos administrativos de contratación, destacándose el principio de estricta sujeción a las bases de licitación. No pueden los concejales rechazar sin más la propuesta de adjudicación pues ello vulnera todo el sistema de rige la contratación pública: tal rechazo debe estar fundado en hechos objetivos, debiendo actuar dichos funcionarios con imparcialidad y, por cierto, siempre respetando las bases de licitación lo que, en la especie, no ocurrió. Luego tal decisión vició también el Decreto Alcaldicio N°3379 de 25 de septiembre de 2009, dictado por el señor Alcalde de la comuna de Punta Arenas”*.<sup>95</sup>

Así también, no cabe la posibilidad de incorporar ningún instrumento o mecanismo diferente a los establecidos en las bases de licitación para evaluar las ofertas de los participantes y determinar la adjudicación, así lo ha confirmado la Corte suprema, a propósito de su pronunciamiento sobre un recurso de queja , al señalar: *“que el proceso de licitación se debe regir íntegramente por las bases de licitación, de manera que el fundar la resolución en un “Informe de Revisión de Adjudicación”, trámite que no se encuentra contemplado en las bases , existe una clara vulneración al principio de sujeción a éstas, por lo que los razonamientos usados para decidir*

---

<sup>95</sup> Sentencia dictada por Corte de Apelaciones de Santiago (considerando 4°), en causa ingreso rol 4845-2010, del 23.11.2010.

*a quién se adjudica en definitiva el contrato implica la inclusión de nuevos factores de evaluación no previstos en las bases. Por consiguiente, es errónea la resolución de los sentenciadores*<sup>96</sup>

Lo mismo ha hecho la Corte de Apelaciones de Santiago, al pronunciar: “4° (...) *En consecuencia, es inmotivado el acto impugnado y por lo tanto arbitrario e ilegal, si, como sucede en la especie, el único atributo que lo sostiene en su esencia, es que, la evaluación, calificación o ponderación efectuada por la Comisión de Evaluación, ha sido mediante el acto administrativo, calificada observada y objetada por el informe del ente denominado Coordinador de Concesiones de Obras Públicas, totalmente extraño a las normas que se contemplan en las Bases de la Licitación.*”<sup>97</sup>

#### **1.10. Principio de Objetividad (imparcialidad).**

La objetividad constituye un deber en el ejercicio de la función pública de cualquier órgano administrativo, y tiene por finalidad asegurar la imparcialidad de la Administración en su actuar ante el particular o administrado, durante todo el proceso de contratación, especialmente durante la etapa concursal, a través, por ejemplo, de la fijación predeterminada de los parámetros técnicos en relación a los cuales se tomará la decisión de adjudicación, por sobre todo criterio subjetivo que pueda presentarse.

---

<sup>96</sup> Sentencia dictada por Corte Suprema (considerando 7°), en causa rol 8127-2011, del 18.01.2012.

<sup>97</sup> Sentencia dictada por Corte de Apelaciones de Santiago (considerando 4°), en causa ingreso rol 3849-2010, del 07.09.2010

*“Dicho principio en nuestra legislación positiva, impone a dichas entidades la obligación de expresar los hechos y fundamentos legales en aquellos actos administrativos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como en aquellos que resuelvan recursos administrativos (considerando 21°)*

*(L) 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, éstos 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, el 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 (considerando 23°)<sup>98</sup>*

A propósito de los criterios de evaluación, el RLBCASyPS dispone que para seleccionar la mejor oferta deben considerarse “criterios técnicos y económicos para evaluar de la forma más objetiva posible” (artículo 38 inciso 2°). De su redacción puede inferirse que la objetividad es un ideal o un fin, pero cuya dificultad de conseguir la vuelve relativa.

*“Que, sin embargo, como las Bases de Licitación, tal como se señala en la sentencia impugnada, no contiene una pauta clara, precisa y objetiva al que debían someterse los miembros de la Comisión Evaluadora para justipreciar cada uno de los sub rubros de las denominadas “Especificaciones Generales”, en la escala que va de 1 a 7, lo que se tradujo, en definitiva, que no*

---

<sup>98</sup> Sentencia Tribunal de Contratación Pública en causa rol 76-2008, del 18.11.2008.

*podieron aunar criterios para cumplir su cometido en forma similar o comparable, primando la valoración que cada uno efectuó según su especial y particular apreciación y entendimiento, se debe concluir que el Tribunal de Contratación Pública se ajustó a la ley al acoger la demanda por estimar que la conducta de la Comisión Evaluadora fue contraria a lo que dispone el inciso 1 del artículo 6 de la Ley N° 19.886, y, además, arbitraria por no ajustarse en su cometido a razones o procedimientos que establecieran con claridad el sistema de medición de los rubros que determinarían la puntuación final de todos los interesados en la licitación*<sup>99</sup>

#### **1.11. Principio de Oposición.**

El sistema de contratación y compras públicas vigente contempla la posibilidad de los participantes de impugnar el procedimiento a través de los respectivos recursos y reclamaciones, ya sea ante la propia Administración, Tribunales, Contraloría, etc.

*“El acto administrativo es siempre impugnabile por vía administrativa y jurisdiccional, por causa de ilegalidad. Por mandato de los artículos 6 y 7 de la CPR; artículos 2, 10 y 11 LOCBGAE y artículo 64 a) LEA; debe ser la propia Administración la que declare la ilegalidad de sus actos. Lo anterior, no obsta al ejercicio de la función jurisdiccional que cabe desempeñar a los tribunales de justicia, ordinarios o especiales, por vía de acciones conservadoras de derechos fundamentales de las*

---

<sup>99</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago en causa ingreso rol 142-2011, de 14.04.2011

*personas y anulatorias y resarcitorias, según un proceso contencioso –administrativo general o especial”<sup>100</sup>*

#### ANTE LA PROPIA ADMINISTRACIÓN.

El artículo 79 Ter en su inciso 3° establece una garantía a favor del proveedor, la existencia de un procedimiento sancionatorio, disponiendo que: *“las bases y el contrato deberán contemplar un procedimiento para la aplicación de las medidas establecidas para los casos de incumplimientos, que respete los principios de contradictoriedad e impugnabilidad.”*. Las etapas son:

1° Traslado. El órgano público que acuse un incumplimiento de obligaciones establecidas en las bases y contrato debe comunicarlo al proveedor mediante el correspondiente “traslado”.

2° Evacuar traslado. El proveedor tiene la facultad de hacer valer sus respectivos descargos sobre el eventual o supuesto incumplimiento.

3° Resolución fundada. La entidad pública deberá formalizar la medida sancionatoria a aplicar a través de una resolución fundada que deberá publicarse en el sistema de información, debiendo pronunciarse sobre los descargos hechos valer por el proveedor, si así hubiere sido.

4° Recursos. En contra de la resolución emitida por el órgano público, procederán los recursos dispuestos en la Ley N° 19.880, que en su Capítulo IV sobre revisión de los actos administrativos, contempla los recursos de reposición, jerárquico y recurso extraordinario de revisión.

---

<sup>100</sup> MORAGA KLENNER, Claudio: La actividad formal de la Administración del Estado. En: Tratado de derecho administrativo Tomo VII. Coordinador Académico: Rolando Pantoja, 2010. Legal Publishing, Santiago.

### **1.11.1. TRIBUNALES ESPECIALES**

**1.11.1.1. Tribunal de Contratación y Compras Públicas (TCCP).** Creado por la LBCASyPS, su naturaleza jurídica es la de un órgano jurisdiccional especial e independiente de los órganos de la Administración del Estado, sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, pero no forma parte del Poder Judicial. El TCCP conocerá a través de la acción de impugnación o de reclamación, respectivamente, de:

- 1) Los actos u omisiones ilegales o arbitrarios, ocurridos en procedimientos administrativos de licitación en que puedan incurrir los organismos públicos regidos por la Ley N°19.886 y que tengan lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación.
- 2) La decisión de la Dirección de Compras y Contratación Pública de rechazar o aprobar la inscripción de un proveedor en el Registro Electrónico de Contratistas que lleva dicha dirección.<sup>101</sup>

*“4º) Que de lo expuesto en la parte expositiva de la sentencia, aparece claramente que los hechos en que se sustenta el recurso, constituyen materias de carácter técnico que han de ser sometidas a un juicio que permita a las partes rendir las pruebas correspondientes en un contencioso administrativo que pueda agotar debidamente la discusión, y en este sentido, como ha dicho la Excelentísima Corte Suprema, la vía idónea no es la acción constitucional en examen, sino que el procedimiento previsto en la Ley N° 19.886, la cual confirió competencia al Tribunal de Contratación Pública para conocer por medio de la acción de impugnación, de 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 (Causa rol 4095-2010).”<sup>102</sup>*

---

<sup>101</sup> Artículo 16 inciso 6° de la LBCP. Se remite al Título V sobre el Tribunal de Contratación Pública.

<sup>102</sup> Corte Suprema, Tercera Sala, sentencia en causa Rol 4898-2011, de 08.09.2011.

El Tribunal debe pronunciarse sobre la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión que ha sido impugnado; y ordenar, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho. Dentro de los factores que el tribunal ha considerado para determinar las medidas para el restablecimiento del derecho se encuentran:<sup>103</sup>

- 1) Si la licitación se encontraba suspendida por orden del Tribunal.
- 2) La gravedad de la ilegalidad o arbitrariedad.
- 3) Si la licitación se encuentra adjudicada y el adjudicatario está de buena fe, es decir, no ha concurrido en la conducta antijurídica.
- 4) Si el contrato adjudicado está ejecutado o en ejecución y en tal caso su duración.
- 5) La necesidad pública destinada a satisfacerse.
- 6) La preeminencia del interés público por sobre el particular.

Dentro de las medidas que el Tribunal puede disponer, está la de ordenar la suspensión del procedimiento administrativo licitatorio impugnado. El tribunal de contratación pública, según informa su cuenta pública del año 2012, de las 552 causas conocidas por él desde el año 2010 (28 de septiembre), ha aplicado en sólo 26 de ellas la facultad de suspender el procedimiento. Los criterios para declarar la suspensión en estos casos han sido la notoriedad pública, por los intereses sociales y bienes públicos afectados, además del monto económico comprometido.

La competencia del Tribunal precluye una vez adjudicada una licitación, debiendo, en caso de requerirse la intervención de un Tribunal, recurrir a los Tribunales Ordinarios, ejerciendo las acciones que correspondan. Sin embargo, al respecto el propio tribunal ha expresado una crítica a

---

<sup>103</sup> TCCP, Cuenta Pública. año 2012. p.8. [En línea] Recuperado en: <<http://www.tribunaldecontratacionpublica.cl/phocadownload/adjuntos/cuenta%20publica%202012.pdf>> Consultado el: 25 de septiembre del 2014.

la norma vigente, en cuanto a la *“Competencia para resolver los conflictos que se suscitan, entre la adjudicación de la propuesta y la suscripción del contrato y que hoy, a nuestro parecer, no se encuentra claramente definido. Este Tribunal ha determinado categóricamente, que no tiene competencia para conocer de acciones derivadas de la ejecución del contrato celebrado con motivo de la licitación y ha rechazado sistemáticamente por incompetencia, cualquier acción intentada a este respecto. Sin embargo, como se ha señalado, después de la adjudicación y antes de la suscripción del contrato, pueden ocurrir y de hecho es así, una serie de situaciones, tales como la no emisión de la orden de compra por la entidad licitante, la readjudicación a otro oferente por diversos motivos, la invalidación de la resolución adjudicatoria seguida de una nueva convocatoria, la negativa a suscribir el contrato por el cambio de las condiciones establecidas en las bases y la pregunta que surge de inmediato es ¿Es el Tribunal de Contratación Pública competente en estos casos? Según nuestro parecer, el espíritu de la ley fue abarcar todos los actos u omisiones precontractuales, esto es, anteriores a la contratación, pero no previó la hipótesis de actos precontractuales posteriores a la adjudicación.”*<sup>104</sup>

La jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública ha asentado a través de diversos fallos el hecho que la declaración de arbitrariedad o ilegalidad de una acción u omisión de la Administración en sus procesos de adquisición o contratación no producen por sí mismas el efecto anulatorio de éstas, siendo ámbito de su discrecionalidad el definir y ordenar las providencias o medidas que deban concurrir para el restablecimiento del imperio del derecho.

*“Que, para cumplir con plenitud el mandato contemplado en el artículo 26 de la Ley Nº 19.886, resta por determinar en esta sentencia las medidas que deberá disponer el Tribunal para restablecer el imperio del derecho. En relación a esta materia y en silencio de la ley, es dable*

---

<sup>104</sup> TCCP, Op. Cit., p. 12.

**señalar que los arbitrios que en este procedimiento especial pueden adoptarse para conseguir el restablecimiento del orden jurídico quebrantado corresponden a aquéllos que este órgano jurisdiccional determine de acuerdo a sus propias y exclusivas atribuciones.**

*En la perspectiva señalada, la declaración judicial de arbitrariedad e ilegalidad de una acción u omisión no produce por sí misma un efecto anulatorio, ya que es el Tribunal quién ordenará las medidas que sean necesarias para el restablecimiento del orden jurídico.”<sup>105</sup>*

A su vez, este tribunal carecerá de imperio para decidir sobre la procedencia de indemnizaciones u otras sanciones que con motivo de la declaración de ilegalidad o arbitrariedad pudieran estimarse por quienes hubieren sufrido perjuicios con motivo del agravio, correspondiendo dicha facultad a la instancia jurisdiccional o a la autoridad administrativa competente. La competencia del Tribunal de Compras se limita a ser meramente declarativa, por lo que en casos en que se resuelva por éste que, se ha cometido algún acto ilegal o arbitrario dentro de un proceso de licitación y ello diera origen a la facultad de exigir indemnización, ésta deberá ser demandada ante los Tribunales Ordinarios, tal y como se ha señalado en fallos dictados por el Tribunal de Compras.

*“41° Que, en atención a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 19.886, este Tribunal sólo puede declarar la arbitrariedad o ilegalidad de un acto, que acontezca entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, y por tanto, carece de competencia para pronunciarse sobre la procedencia de determinar el pago de indemnizaciones de perjuicios...”<sup>106</sup>*

---

<sup>105</sup> TCCP, sentencia en causa Rol N°92-2011, de 31.01.2012.

<sup>106</sup> TCCP, sentencia de 27.05.2008 Hospital con Cenabast.

“21° 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 la calificación’ de arbitrario o ilegal, puesto que de acuerdo a las disposiciones constitucionales y legales que rigen la actuación de dichas instituciones, en especial las relativas a su responsabilidad administrativa y civil, y, según lo que se expresará en lo resolutivo de este fallo, **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.**

*Por estas consideraciones, disposiciones constitucionales y legales citadas y visto, además, lo previsto en los artículos 1°, 6°, 27 de la Ley N° 19.886, 138, 144, y 170 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, con costas, la demanda de fojas 1, deducida por la sociedad Bestpharma S.A. en contra del organismo Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, solo en cuanto se declara ilegal y arbitraria la Resolución (...), sin perjuicio de otros derechos que a la demandante puedan corresponder para reclamar las indemnizaciones que estime procedentes, en la sede jurisdiccional que la ley establece.”<sup>107</sup>*

**1.11.1.2. Tribunal de la Libre Competencia.** Creado por la Ley N°19.911, publicada en el Diario Oficial el día 14 de noviembre del año 2003, su naturaleza jurídica es la de un órgano jurisdiccional especial e independiente de los órganos de la Administración del Estado, sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia.

---

<sup>107</sup> TCCP, sentencia en causa Rol 20-2005, de 02.03.2007.

**1)** Conocer las situaciones que pudieran constituir infracciones a la Ley N° 19.911 sobre libre competencia.

*“El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia acogió parcialmente la demanda interpuesta por Sonda S.A. (“Sonda”) en contra del Servicio de Registro Civil e Identificación (“Registro Civil”), declarando que este último infringió el inciso primero del artículo 3º del D.L. N° 211, al ejecutar actos de autoridad que restringieron la libre competencia en la licitación N° 594-56-LP08, relativa al “Sistema de Identificación, documentos de identidad y viaje y servicios relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación” (la “Licitación”). En particular, el Tribunal reprochó al Registro Civil la exclusión de Sonda de la Licitación mediante la Resolución Exenta N° 3.492 de 2011, que declaró inadmisibile la propuesta técnica del referido oferente por consideraciones relativas a la acreditación de experiencia en proyectos similares al licitado. A juicio de la decisión de mayoría, dicha exclusión fue discriminatoria y restringió la competencia en la Licitación, pues ésta contemplaba la calificación relativa de las propuestas y constituía un proceso que concluía con la evaluación de las ofertas en mutua comparación”.*<sup>108</sup>

**2)** Conocer, a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso que puedan infringir las disposiciones de la presente ley, sobre hechos, actos o contratos existentes, así como aquéllos que le presenten quienes se propongan ejecutarlos o celebrarlos, para lo cual, en ambos casos, podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos;

Solicitud de informe de EMPORCHA sobre licitación de concesión del Puerto de Chacabuco, de 02 de octubre del año 2012, autos NC 411-12. Mediante resolución publicada en el

---

<sup>108</sup> TDLC: Sentencia de 25.10.2013 en causa Rol C 242-12 - Demanda de Sonda S.A. contra Servicio de Registro Civil e Identificación.

diario Oficial de fecha 16 de octubre del año 2012 el tribunal ordenó: *“Dese inicio al procedimiento contemplado en el artículo 31° del texto en vigor del decreto ley N°211, publicado en el Diario Oficial con fecha 7 de marzo de 2005, respecto de la solicitud de informe de la Empresa Portuaria Chacabuco sobre las condiciones de competencia en las que deberá desarrollarse la licitación pública para la concesión portuaria del puerto de Chacabuco.”.*

**3)** Dictar instrucciones de carácter general de conformidad a la ley, las cuales deberán considerarse por los particulares en los actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieren atentar contra ella.

Al respecto, podemos citar como ejemplo del ejercicio de esta facultad, la dictación del Instructivo N°1/2006, de 08 de junio del año 2006, en que a partir de una solicitud de la Fiscalía Nacional Económica a través de un procedimiento no contencioso se dictaron instrucciones generales para el mercado de recolección de residuos sólidos domiciliarios en que se persigue, con el fin que en futuras licitaciones de estos servicios se contemplaran una serie de medidas que impidieran la integración vertical entre proveedores, condición que atenta abiertamente en contra de la libre competencia.

Los antecedentes del caso eran que en el año 2006 existían tres empresas en el mercado de la recolección de los residuos sólidos, dos de ellas relacionadas entre sí por un controlador común, se presentaba una integración vertical entre empresas recolectoras y los dueños de los vertederos, los que siendo instalaciones que podrían considerarse como esenciales para el funcionamiento de este mercado, otorgaban ventaja competitiva para las empresas vinculadas, generando barreras de entrada, y permitiendo, en consecuencia que las empresas integradas

abusaran de su posición dominante. Con las Instrucciones N°1/2006 se perseguía que las licitaciones que tuvieran como materia dicho mercado fueran objeto de una fiscalización preventiva de la FNE al estar obligados los municipios a remitir las bases de licitación correspondientes.

Este instructivo fue recientemente modificado por las Instrucciones Generales N°3/2013, dictadas con fecha 23 de marzo del año 2013, a partir de una solicitud de la FNE fundada en la reforma legal introducida al artículo 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades por la Ley 20.355 que hace aplicables a las licitaciones convocadas por las Municipalidades relativas a servicios de recolección, transporte y disposición final de residuos sólidos domiciliarios la Ley 19.886 y el D.S. 250 de 2004, dejando subsistentes sólo dos numerales del cuerpo instructivo de origen, aplicables directamente a los proveedores de servicios. Sin embargo, en la resolución de la causa rol 409-12, que da origen a esta modificación, el tribunal reiteró argumentos a favor de la necesidad que exista competencia dentro del proceso administrativo de contratación, independiente del mecanismo escogido, en el siguiente sentido:

*“Vigésimo segundo: Que, a juicio de este Tribunal y desde el punto de vista de la libre competencia, es preferible que las concesiones de servicios de recolección, transporte y/o disposición final de residuos sólidos domiciliarios se realicen por medio de procedimientos concursales competitivos, esto es, reemplazando la competencia en el mercado, por una competencia ex ante o en la licitación, que permita que las condiciones de provisión ex post de los servicios en cuestión se aproximen a las de oferta en un mercado competitivo, tanto en términos de cantidad, calidad y precio. Ello, toda vez que estas concesiones, por un lado, confieren, en forma más o menos explícita, exclusividad para la provisión de tales servicios en territorios determinados y, por otro, dan origen a contratos que involucran montos y plazos de duración que aconsejan el uso de mecanismos de asignación objetivos y transparentes. En este sentido, y por aplicación*

*armónica de la normativa de compras y de libre competencia, los municipios deberán siempre preferir la licitación pública como mecanismo de asignación y utilizar sólo excepcional y fundadamente los otros mecanismos de contratación que subsidiariamente contempla la normativa de compras.”*

4) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas; y

6) Las demás que le señalen las leyes.

#### **1.11.2. TRIBUNALES ORDINARIOS.**

Por regla general, los tribunales ordinarios tendrán competencia en el ámbito de la contratación y las compras públicas en todos aquéllos casos en que no exista una norma que entregue competencia a un tribunal especial, en atención a la etapa del proceso o la naturaleza del asunto. Es así como le corresponderá conocer de los asuntos cuyo origen sea anterior a la elaboración de las bases de licitación y posterior a la adjudicación, ya que el tribunal de contratación y compras públicas sólo puede avocarse al conocimiento de materias que tengan lugar entre las etapas mencionadas.

*“...Cabe destacar que el sistema jurídico administrativo chileno, no ha establecido un mecanismo general de solución de las controversias que acontezcan una vez perfeccionado un contrato administrativo, de manera tal que al no existir un tribunal, ni un procedimiento especial, la*

*competencia se radica en los jueces de letras de mayor cuantía, siendo aplicable el procedimiento y reglas del juicio ordinario civil, respecto de las acciones civiles que eventualmente pudiesen hacer valer los interesados como consecuencia de un incumplimiento;*<sup>109</sup>

En forma paralela, se presenta el caso en que la LBCASyPS otorga expresamente competencia a la Corte de Apelaciones de Santiago para conocer del recurso de reclamación que procede en contra de sentencias de primera instancia dictadas por el Tribunal de Contratación y Compras Públicas (Artículo 27). En este caso, la parte agraviada con la sentencia, podrá, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde su notificación, deducir ante el Tribunal, Recurso de Reclamación, el que será concedido en el solo efecto devolutivo. El recurso será visto en cuenta, sin oír alegatos, salvo que la corte así lo acuerde o que alguna de las partes así lo solicite, en cuyos casos la causa se agregará en forma extraordinaria a la tabla. El tribunal podrá decretar la orden de no innovar por un plazo de hasta treinta días, renovable. La resolución que falle el recurso debe pronunciarse dentro de los diez días hábiles siguientes a aquel en que la causa se haya visto en cuenta o haya quedado en acuerdo. En contra de la resolución que se pronuncie sobre el recurso de reclamación no procederá recurso alguno.

*“... el alcance, la interpretación y la aplicación de las cláusulas de un contrato, en que la Administración sea parte, constituyen un asunto de carácter litigioso, correspondiéndole su*

---

<sup>109</sup> Tribunal de Cuentas, Expediente N°32602, Sentencia N°35877, considerando N° 20, de fecha 20.05.2009.

Recuperado en:<<http://www.contraloria.cl/appinf/TribunaldCuentas/juzga.nsf>> Consultado el 25 de septiembre del 2014.

*conocimiento y resolución a los propios contratantes, y eventualmente en caso de discrepancia a los Tribunales Ordinarios de Justicia;*<sup>110</sup>

*“Contraviene el principio de impugnabilidad de los actos de la Administración, consagrado en los artículos 10 de la ley N° 18.575 y 15 de la ley N° 19.880, lo establecido en las siguientes cláusulas de bases de licitación pública; “la ...se reserva el derecho a aceptar o rechazar cualquier oferta, o desistirse de la licitación ... sin que la aplicación de esta medida de motivo o reclamación en contra del Ministerio o de cualquiera de los participantes en la evaluación...” y “Toda discrepancia entre distintos documentos del Contrato así como toda diferencia de interpretación de su contenido, será resuelta sin ulterior recurso por la Directora Nacional de Aeropuertos...”*<sup>111</sup>

**1.11.3. Contraloría General de la República. Emisión de dictámenes.** Por definición *“un dictamen consiste en la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo”*<sup>112</sup>. Los dictámenes emitidos por la CGR, de oficio o a petición de parte, versan sobre la correcta aplicación e interpretación de las leyes y reglamentos que rigen el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización y cualquier otro asunto que se relacione con materias de su competencia, como pueden ser la inversión o compromiso de los fondos públicos (artículos 1, 6 y 9 de Ley N°10.336 y artículo 52 de la Ley N°18.695). Para ejemplo de ello, nos remitimos a todos los dictámenes citados en el presente trabajo.

---

<sup>110</sup> Sentencia Tribunal de Cuentas Expediente N°32602, Sentencia N°35877, considerandos N° 19, de fecha 20.05.2009. Recuperado en:<<http://www.contraloria.cl/appinf/TribunaldeCuentas/juzga.nsf>>

<sup>111</sup> Dictamen N°16943, de 2008.

<sup>112</sup> Dictamen N° 39570, de 2000.

La jurisprudencia administrativa generada a partir de los dictámenes emitidos por la CGR es obligatoria para los órganos de la Administración del Estado<sup>113</sup> su fundamento se encuentra en los artículos 6°, 7° y 98 de la Constitución Política, 2° de la ley N° 18.575, y 1°, 5°, 6°, 9°, 16 y 19 de la ley N° 10.336; y dicha obligatoriedad es general, en cuanto a que deben aplicarse a todas aquellas situaciones que se enmarquen dentro del contexto al que éstos se refieran. Siendo estos informes en derecho vinculantes para los organismos sometidos a su fiscalización, su incumplimiento significa una infracción a los deberes funcionarios que conlleva responsabilidad administrativa.<sup>114</sup> Una manifestación de su carácter imperativo es que no se admite su impugnación por vía judicial para evitar los efectos de su aplicación, no obstante, el afectado con el pronunciamiento puede solicitar su reconsideración.<sup>115</sup>

Así tenemos que cualquier persona puede solicitar a este organismo su pronunciamiento a través de un dictamen sobre materias de contratación y compras públicas, con la única limitación que éste no podrá versar sobre asuntos de naturaleza litigiosa o que se encuentren entregados al conocimiento del poder judicial. En ese sentido se ha pronunciado la Corte Suprema.<sup>116</sup>

#### **1.12. Principio de equilibrio económico.**

Este principio surge como una especie de garantía a favor de quien contrata con el Estado frente a la obligación que pesa sobre él de cumplir las modificaciones contractuales que disponga la Administración durante la ejecución del contrato en virtud de sus facultades exorbitantes.

---

<sup>113</sup> Dictamen N°52.428, de 2013.

<sup>114</sup> Dictámenes N°79.145, de 2010 y N° 54.449, de 2012.

<sup>115</sup> Dictamen N° 39.570, de 2000.

<sup>116</sup> Corte Suprema, Tercera Sala, sentencia en causa Rol N° 3281-2009, de 08.09.2011.

Lo que el principio persigue es que si, el equilibrio económico inicial que existe al celebrarse un contrato entre un privado y el Estado resulta afectado por el uso de prerrogativas que vuelven más gravoso el cumplimiento del mismo, el contratista sea compensado o indemnizado para el restablecimiento de la equidad quebrantada a consecuencia de circunstancias ajenas a su voluntad, como pueden ser la imprevisión, la fuerza mayor, el hecho del príncipe<sup>117</sup>, etc.

*“...no procede entender que la multa ha alterado el equilibrio económico financiero del contrato, como sostiene el peticionario, pues ese principio supone que la Administración no puede cambiar unilateralmente la convención haciendo más gravosa la obligación del particular sin una contraprestación, constituyendo una limitación al ejercicio del ius variandi del Estado en los contratos administrativos, situación que no se configura en la especie.*

*Lo anterior por cuanto la Administración no ha realizado modificación alguna a las condiciones del contrato firmado por las partes, por lo que no puede estimarse que por hechos imputables al contratista -como es el atraso en la entrega del suministro- se haya alterado el equilibrio económico financiero del contrato, en atención a que el eventual atraso en la entrega de los bienes se encontraba considerado dentro de las causales para la aplicación de las multas que preveía dicho acuerdo de voluntades.”<sup>118</sup>*

---

<sup>117</sup> RODRÍGUEZ, Libardo: *La teoría del hecho del príncipe en los contratos administrativos*: “En sentido lato, la expresión “hecho del príncipe” se refiere a toda intervención de los poderes públicos, es decir, de cualquier órgano del Estado que afecte de cualquier forma, ya sea de manera directa o indirecta, la ejecución del contrato”. “En cambio, en sentido estricto (...) designa los actos provenientes de la autoridad pública contratante que, sin tener por objeto el contrato, generan efectos sobre el mismo en cuanto a las condiciones de su ejecución”. Pág. 372. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2447/16.pdf>

<sup>118</sup> Dictamen N° 34.523, de 2013.

### **1.13. Principio de Gratuidad.**

La regla general la constituye la gratuidad, ley y reglamento así lo establecen: *“El Sistema de Información será de acceso público y gratuito”<sup>119</sup>*.

Excepcionalmente la propia LBCASyPS autoriza a la Dirección de Compras y Contratación Pública a efectuar cobro por operar los sistemas de información, compra y contratación electrónica que administra.

*“...La Dirección de Compras y Contratación Pública podrá fijar las tarifas semestrales a anuales de incorporación que deberán pagar los contratistas, con el objeto de poder financiar el costo directo de la operación de registro, velando porque las mismas no impidan o limiten el libre e igualitario acceso de los contratistas al registro”* (artículo 16, inciso 2°).

### **1.14. Principio de Escrituración.**

El artículo 5 Ley N° 18.880 *“Los actos administrativos se expresarán por escrito o por medios electrónicos, salvo que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada”*.

---

<sup>119</sup> Artículo 19 inciso 2° de LBCASyPS. Además, ver artículo 28 del RLBCASyPS, referente a la gratuidad de los documentos de la licitación.

La obligación de escriturar las decisiones administrativas se manifiesta, por ejemplo, en que las municipalidades, tras un procedimiento licitatorio en que se adjudica un contrato, además de su posterior celebración, para la validez de éste, es necesario que el alcalde dicte un decreto aprobándolo, dejando constancia de manera escrita y fundada de su decisión, en ese sentido la CGR ha establecido que: *“teniendo presente el principio de escrituración contemplado en el artículo 5° del texto legal citado precedentemente, acorde con el cual el procedimiento administrativo y los actos a los que da origen, se expresarán por escrito o por medios electrónicos - salvo la situación que allí se indica-, es dable entender que los contratos que celebren los municipios con los particulares tienen que aprobarse mediante la correspondiente decisión, debiendo concretarse esta por escrito y publicitarse, a fin de que la comunidad pueda conocer los contenidos y fundamentos de aquella, según lo prevé el artículo 16 del mismo cuerpo normativo.*

*Por lo demás, tratándose en específico de los convenios suscritos por las entidades edilicias, resulta útil tener en consideración que una vez que el alcalde obtenga el acuerdo del concejo para materializarlos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65, letra i), de la aludida ley N° 18.695 -del cual queda constancia en el acta de la sesión respectiva-, compete a esa máxima autoridad, según lo establecido en el artículo 63, letra II), del mismo texto legal, ejercer la atribución, en lo que interesa, de ejecutar los actos y celebrar los contratos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones de la municipalidad.”<sup>120</sup>*

El artículo 3 de la Ley N°19.799 sobre documento electrónico, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma, recoge el principio de escrituración validando los documentos suscritos de manera electrónica, asimilándolos a los realizados en soporte papel, en el siguiente sentido: *“Los actos y contratos otorgados o celebrados por personas naturales o jurídicas, suscritos por medio de firma electrónica, serán válidos de la misma manera y producirán los mismos efectos que los celebrados por escrito y en soporte papel”.*

---

<sup>120</sup> Dictamen N°75.327, de 2013.

La adjudicación del contrato administrativo es el acto administrativo final del procedimiento por el cual la Administración ha preparado su voluntad de contraer un vínculo contractual. Lo que sigue, es el perfeccionamiento del contrato.

Por expresa disposición del artículo 41 de la ley N° 19.880, se ordena que los actos administrativos terminales, como lo es la adjudicación de un contrato, deben ser fundados, debiendo, la autoridad que los dicta, expresar los razonamientos y antecedentes de acuerdo con los que ha adoptado su decisión.

Las determinaciones escritas que adopte la Administración se expresarán por medio de actos administrativos, entendiéndose por estos las decisiones formales en las cuales se contienen las declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública (artículo 3 Ley N°19880).

#### **1.15. Principio de Probidad.**

El principio de probidad administrativa está consagrado a nivel constitucional desde el año 2005, a partir de la reforma constitucional introducida con la Ley N°20050 del MINSEGPRES. Así, la Constitución Política de la República, en su artículo 8 inciso 1° pasó a disponer que *“el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”*.

La ley N°18575, en su artículo 54, inciso 1°, establece el deber que tiene toda autoridad y funcionario público de la Administración, sin distinción alguna, de dar cumplimiento al principio de la probidad administrativa; y en su inciso 2° define el principio, indicando que 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”*.

Adicionalmente al hecho de fijar a modo general el cómo debe ser y entenderse un comportamiento probo dentro de la administración pública, en su artículo 64, determina qué conductas la infringen de modo específico.

*“Artículo 64.- Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:*

- 1. Usar en beneficio propio o de terceros la información reservada o privilegiada a que se tuviere acceso en razón de la función pública que se desempeña;*
- 2. Hacer valer indebidamente la posición funcionaria para influir sobre una persona con el objeto de conseguir un beneficio directo o indirecto para sí o para un tercero;*
- 3. Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros;*
- 4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales;*
- 5. Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier naturaleza. Exceptúanse de esta prohibición los*

*donativos oficiales y protocolares, y aquellos que autoriza la costumbre como manifestaciones de cortesía y buena educación.*

*El millaje u otro beneficio similar que otorguen las líneas aéreas por vuelos nacionales o internacionales a los que viajen como autoridades o funcionarios, y que sean financiados con recursos públicos, no podrán ser utilizados en actividades o viajes particulares;*

*6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta;*

*7. Omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga, y*

*8. Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración”.*

La LBCASyPS, en su artículo 4 inciso 6°, previene sobre una conducta que infringe especialmente el principio de probidad, al prohibir la celebración de contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios entre los órganos de la Administración del Estado y determinadas personas. A su vez, en su inciso 8°, señala que en caso de concurrir dicha contravención, producirá la nulidad<sup>121</sup> de dichos contratos y generarán responsabilidad

---

<sup>121</sup> Dictamen N°849, de 2008, en referencia a la historia del artículo 4 inciso 5° de la ley N°19886, según informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (29.07.2005), “Sin perjuicio de lo anterior y a mayor abundamiento, tal como el mismo informe deja consignado, los efectos del incumplimiento de las prohibiciones de que aquí se trata derivan de la aplicación de los principios generales en la materia, por cuanto los actos que la ley prohíbe son nulos y de ningún valor (artículo 10 del Código Civil),

administrativa para los funcionarios que hayan participado en su celebración, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal.

Muy ligado al principio de probidad administrativa encontramos al **deber de abstención**, directriz que impone un límite a la actuación de los funcionarios públicos, para aquellos casos en que exista alguna razón de implicancia o interés que afecte la imparcialidad del mismo, debiendo abstenerse de participar e informar a su superior jerárquico dicha afección, convirtiéndose en una garantía a favor de su responsabilidad; tanto es así que la propia ley ha considerado que el incumplimiento de este deber constituye una contravención expresa al principio de probidad.<sup>122</sup>

*“Al respecto, la reiterada jurisprudencia administrativa de este Ente Fiscalizador, contenida, entre otros, en los dictámenes N<sup>os</sup> 75.791, de 2011; 25.336, de 2012 y 30.313, de 2013, ha manifestado que la finalidad de la normativa en análisis es impedir que tomen parte en la resolución, examen o estudio de determinados asuntos o materias aquellos funcionarios que puedan verse afectados por un conflicto de interés en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse, aun cuando dicha posibilidad sea sólo potencial, para lo cual deberán cumplir con el referido deber de abstención.”<sup>123</sup>*

---

*y por cuanto la intervención en asuntos como a los que se refiere el inciso cuarto tantas veces aludido, es una conducta que contraviene especialmente el principio de probidad administrativa.”*

<sup>122</sup> Art. 64 Contravienen especialmente el principio de probidad administrativa las siguientes conductas:

... N°6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta;

<sup>123</sup> Dictamen N° 53.466, de 2013.

La Ley N°19880, sobre procedimientos administrativos en su artículo 12 impone el deber de abstenerse de intervenir en el procedimiento y de comunicarlo a su superior jerárquico, cuando la autoridad o funcionario público esté en posición de:

- a) Tener interés personal en el asunto de que se trate, o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.
- b) Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.
- c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta, con alguna de las personas mencionadas anteriormente.
- d) Haber tenido intervención como perito o como testigo, en el procedimiento de que se trate.
- e) Tener relación con el servicio, con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

El recientemente modificado RLBCASyPS cuenta con un nuevo artículo, el 6° Bis, en éste, se impone expresamente el deber de abstención para todas las autoridades, funcionarios públicos, e incluso a aquellos contratados a honorarios pertenecientes a organismos regidos por la LBCASyPS.

*“Artículo 6° bis.- Deber de abstención: Las autoridades y funcionarios, así como los contratados a honorarios en los casos en que excepcionalmente participen en procedimientos de contratación, de*

*los organismos regidos por la ley N° 19.886 y el presente Reglamento, deberán abstenerse de participar en los procedimientos de contratación regulados por dichos cuerpos normativos, cuando exista cualquier circunstancia que les reste imparcialidad, en los términos del artículo 62, N° 6, de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.”.*

De su sola lectura, se observa un error en su redacción de carácter tipográfico o caligráfico que altera su sentido real, ya que se hace referencia al artículo 62 N°6 de la LOCBGAE, siendo que el artículo 62, si bien se encuentra dentro del título de la ley dedicado a la probidad administrativa, éste no cuenta con ningún numeral y además, su contenido versa sobre el reglamento según el cual deben hacerse las declaraciones de intereses de autoridades y funcionarios públicos; por lo que cabe inferir que dicha alusión correspondería al artículo 64 N°6 de dicho cuerpo legal.

*“Art. 64 Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas:*

*N°6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.*

*Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta;”*

La infracción a esta prohibición, además de tener sanción administrativa por infringir el principio de probidad, puede conllevar responsabilidad penal para el empleado público, esto,

cuando ha tenido participación en una *Negociación Incompatible*, entendiéndose como tal: “Tomar parte, por sí o por medio de una tercera persona, en contratos u operaciones en que se debe intervenir en razón del cargo, con el propósito de obtener un provecho personal o de beneficiar al cónyuge, a ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad, a colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y por afinidad hasta el segundo, a padres o a hijos reconocidos, a personas ligadas por adopción o a terceros asociados con el empleado público o con los familiares referidos, o a través de sociedad o de empresas en que el empleado o sus parientes tengan un interés social superior al 10% -si es sociedad anónima-; o ejerzan su administración en cualquier forma, en el caso de las demás formas societarias” (artículo 240 Ley N°19653).

#### **1.16. Principio de Control.**

*“La Administración es medio y no fin... (P)ara que esa Administración sea eficiente y el fin público pueda cumplirse en plenitud, es indispensable tanto que la Administración sea ajustada a derecho cuanto que ella pueda ejecutarse con eficacia. A ello obedece el control y para ello se instituyen los mecanismos de control”*<sup>124</sup>

La Administración tiene un deber de actuación, una obligación de proveer la satisfacción de necesidades públicas comprometiendo el patrimonio e interés público en la ejecución de actos y celebración de contratos a los que concurra con dicho fin, lo que genera una responsabilidad para la Administración, cual es la que su actuación se someta al ordenamiento jurídico, deber que es vigilado por los mecanismos de control. El acto de la Administración que adjudica el contrato y que

---

<sup>124</sup> SILVA CIMMA, Op, Cit.p. 7.

está contenido en una resolución administrativa, se encuentra sometido a un control de legalidad y de mérito, ambos son ejercidos en primera instancia por el mismo órgano que contrata; a un control de juridicidad, que lo efectúa la Contraloría General de la República, a través de la toma de razón de la resolución de adjudicación; a un control jurisdiccional, sea ante un tribunal ordinario o especial; etc.

*“La contratación pública está sometida, como acto de la administración contenido en una resolución, a un control de legalidad y de mérito. Este último, en cuanto la evaluación de la oportunidad y conveniencia corresponde a la administración activa, a través de sus poderes jerárquicos. El control de legalidad, en cambio, es competencia de la Contraloría; se realiza a través de la toma de razón y, en particular, a través del régimen de registro al que cada uno de estos contratos, por mandato del proyecto deberán someterse”.*<sup>125</sup>

A propósito de la aplicación de la Ley N°19886 a las contrataciones realizadas por la oficina nacional de emergencia, se reitera que la circunstancia de urgencia no los habilita para exceptuarse del control de la CGR: *“Además, para el cumplimiento de dicho cometido, se encuentra facultada para celebrar, por trato directo, las contrataciones necesarias para proveer al abastecimiento y auxilio de la población en esas circunstancias, las cuales se encuentran incluidas en la hipótesis señalada en la segunda parte del artículo 8°, letra c), de la ley N° 19.886, ya citado, y, por ende, exceptuadas de la necesidad de concluirse previa convocatoria a una licitación pública, circunstancia que, por cierto, no libera a la referida autoridad del cumplimiento de las demás obligaciones que impone esa ley de bases respecto de aquellos acuerdos de voluntades que, por su naturaleza, se encuentran regulados en ella.*

*Puntualizado lo anterior, cumple hacer presente que la ley N° 19.886 no ha dejado sin efecto, como sostiene la ocurrente, las disposiciones que someten los convenios en examen al control previo de*

---

<sup>125</sup> Historia de la Ley N°19886: Mensaje Presidencial, p. 14 [En línea]. Recuperado en: <<http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19886/HL19886.pdf>> Consultado el: 25 de septiembre de 2014.

*legalidad que lleva a efecto esta Entidad Fiscalizadora, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 8, letra c), la aplicación de dicho cuerpo legal a la materia en estudio, es sin perjuicio de las disposiciones especiales analizadas.*

*En tales condiciones, a dichos efectos continúa en vigencia lo dispuesto por el inciso segundo de la letra d) del aludido artículo 7° del decreto ley N° 369, de 1974, en cuanto previene que las contrataciones celebradas en los términos expuestos "podrán llevarse a efecto de inmediato, sin perjuicio de que se proceda posteriormente a cumplir el trámite de toma de razón de las resoluciones respectivas", el cual debe verificarse, en su caso, de acuerdo con las reglas establecidas en la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Contraloría General, que fija normas sobre exención del aludido trámite, cuya vigencia comenzó a partir del 24 de noviembre de ese año."<sup>126</sup>*

A juicio del profesor Enrique Silva Cimma, el principio de control constituye un elemento básico del Estado de Derecho, y en consecuencia, sería una de las bases de la Administración del Estado, tipificándose como uno de los principios fundamentales del Derecho Público Moderno, ya que la Administración y *"ningún órgano que la personifica, puede dejar de someterse a una revisión que vele porque esa administración y los órganos sometan su actuar a las normas jurídicas vigentes"*<sup>127</sup>

El control tiene diversas formas de manifestarse, pero el origen común se encuentra directamente ligado al principio de legalidad, más aún, al principio de constitucionalidad de la Administración, pues su objetivo es garantizar el respeto al ordenamiento jurídico a través de la

---

<sup>126</sup> Dictamen N°15.977, de año 2009, sobre aplicación de la Ley N°19886 a las compras y contrataciones de la oficina nacional de emergencia del Ministerio del Interior, en caso de sismos y catástrofes.

<sup>127</sup> SILVA CIMMA, Op. Cit., p. 12.

sujeción del actuar de la Administración a la Constitución y las leyes, siendo el control la herramienta que los administrados poseen para protegerse del poder de la Administración.

*“El control consta en un juicio de conformidad a ciertas reglas, que implica, en caso de disconformidad, una medida represiva, preventiva o rectificadora...”<sup>128</sup>*

El profesor Luis Cordero Vega ha señalado que el control tiene tres principios básicos, cuales son: *Generalidad*, lo que podemos entender en dos dimensiones, en sentido positivo es que todo acto de la Administración es susceptible de ser controlado, y en sentido negativo, es que ningún área de la actividad de la Administración está exenta de control; *Expansividad*, en tanto que coexisten una multiplicidad de modalidades y organismos con potestades de control jurídico, cuyos desempeños pueden ser un ámbito de concurrencia o exclusión, en el sentido de qué se controla, cuándo y cómo se ejerce el control; y *Publicidad*, en tanto el objeto sujeto a control y el resultado al que se arribe producto de éste serán públicos<sup>129</sup>.

**1.16.1. Control Administrativo.** El control administrativo no jurisdiccional *“es aquel que se realiza sobre la Administración y por intermedio ya de órganos propiamente internos de la Administración o de entidades externas, que pueden ser dependientes o independientes de aquéllas. Ejercen su fiscalización sin forma de juicio y por la vía del conocimiento de recursos administrativos no contenciosos o de oficio”<sup>130</sup>*

---

<sup>128</sup> CORDERO, Luis: *El Control de la administración del Estado*, 2ª edición, Editorial Legal Publishing Chile, Santiago, 2009, p. 20.

<sup>129</sup> Ibid, p. 23.

<sup>130</sup> SILVA CIMMA, Op. Cit., p.165.

**1.16.1.1. Contraloría General de la República.** La Constitución Política de la República en su artículo 98 establece que son funciones y atribuciones de la Contraloría el ejercicio del control de legalidad de los actos de la Administración, la fiscalización del ingreso y de la inversión de los fondos del fisco, municipalidades y demás organismos y servicios que determinen las leyes, examinar y juzgar las cuentas de las personas que tengan a cargo bienes de esas entidades.

*“Los servicios, instituciones fiscales, semifiscales, organismos autónomos, empresas del Estado y en general todos los servicios públicos creados por la ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República...”* (artículo 16 LOCCGR).

El profesor Enrique Rajevic Mosler, sostiene que el ejercicio de la facultad de control de la CGR, se proyecta en dos ámbitos: “a) *El uso de los recursos públicos*, expresado en la contabilidad general de la Nación. La fiscalización del ingreso e inversión de los fondos públicos y las facultades para requerir información, examinar libros y cuentas, efectuar auditorías e, incluso perseguir responsabilidades administrativas y civiles a través de sumarios y juicios de cuentas. b) *La juridicidad de la actuación administrativa*, examinada a través de la “toma de razón” y la emisión de dictámenes.”<sup>131</sup> En esta ocasión no me referiré sólo a algunas de estas formas de control:

Dictámenes. Cuando la CGR se pronuncia a petición de parte lo hace a través de dictámenes. Estos pronunciamientos pueden versar sobre materias relacionadas con el Estatuto Administrativo, funcionamiento de servicios públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen, como también sobre cualquier otro asunto que

---

<sup>131</sup> Revista de Derecho Público. Volumen 69, año 2007. Tomo 2. Páginas 48-49: “*La urgente reforma del sistema de control administrativo: una exigencia de la probidad*”.

se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas, con la única limitación de no tratarse de un asunto litigioso (artículo 6 Ley N°10.336). Para fin ejemplar, me remito a todos y cada uno de los dictámenes citados en este trabajo.

Toma de razón. La toma de razón es posible definirla como un control de juridicidad, el cual consiste en el análisis que el órgano contralor efectúa sobre los actos administrativos para verificar que se encuentre conforme con el derecho objetivo. Se trata de un control preventivo formal, por lo que la CGR no se pronuncia sobre aspectos de finalidad, mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, y constituye un pronunciamiento exclusivo y excluyente, respecto de la adecuación o conformidad al ordenamiento jurídico de los decretos o resoluciones antes que surtan sus efectos.<sup>132</sup> Sin embargo, hay casos en que la toma de razón efectuada por la CGR respecto a actos administrativos se limita a constatar una situación jurídica, produciendo un efecto retroactivo, confirmando existencia o vigencia de acto anterior. En este caso, el acto jurídico ha nacido, y el control ejercido por la CGR podría considerarse como “simbólico”.

*“Duodécimo: Que para iniciar el análisis de la cuestión jurídica propuesta en el recurso es necesario señalar que de acuerdo a la preceptiva constitucional y legal orgánica de la Contraloría General de la República (artículos 1º, 10 y 154 de la Ley N° 10.336) dicha institución efectúa un control preventivo de constitucionalidad y legalidad de los decretos y resoluciones. Es efectivo, tal como lo señalan las sentencias del grado, que esta modalidad de fiscalización se verifica antes de que los actos administrativos puedan nacer a la vida del derecho. Pero lo señalado constituye una regla general, esto es, que las resoluciones administrativas no surten sus efectos sino hasta que la Contraloría General de la República ejerza a su respecto el control de legalidad exigido por la*

---

<sup>132</sup> CORDERO VEGA, L., Op. Cit. p.63.

*Constitución Política y su Ley Orgánica N° 10.336. Sin embargo, tal regla general reconoce ciertas excepciones como ocurre con los actos de vigencia inmediata.*<sup>133</sup>

*“Noveno: Que la única restricción impuesta al control de legalidad que corresponde a la Contraloría General de la República, en general, es la de que, con motivo de dicho control de legalidad, ‘no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, por imponerlo así el artículo 21 B de la ley orgánica en relación con el artículo 52 de la ley de Administración Financiera del Estado (D.L. 1.263 de 1975) que remite a la propia administración activa “la verificación y evaluación del cumplimiento de los fines y de la obtención de las metas programadas para los servicios públicos.*

A propósito de la aplicación de la Ley N°19.886, la CGR debe tomar razón de las resoluciones o decretos que, por ejemplo, ordenen la procedencia de una licitación privada o contratación directa; aprueben las bases de licitación o su posterior modificación; la que adjudique un contrato; el contrato y el acto que apruebe su modificación si así fuere, entre otros.<sup>134</sup>

*“toda aclaración que implique una modificación a las bases debe formalizarse a través del acto administrativo correspondiente y remitirse oportunamente a esta Entidad de Control para su examen previo de legalidad...”*<sup>135</sup>

Tanto es así, que con ocasión de unas contrataciones realizadas por la oficina nacional de emergencia, se reitera que la circunstancia de urgencia no los habilita para exceptuarse del control

---

<sup>133</sup> Corte Suprema, causa Rol N° 7227-2009, sentencia pronunciada por Tercera Sala, fecha 23.12.2011.

<sup>134</sup> MORAGA KLENNER, Op. Cit. (1), p.89.

<sup>135</sup> Dictamen N°65433, de 2011.

de la CGR: *“Además, para el cumplimiento de dicho cometido, se encuentra facultada para celebrar, por trato directo, las contrataciones necesarias para proveer al abastecimiento y auxilio de la población en esas circunstancias, las cuales se encuentran incluidas en la hipótesis señalada en la segunda parte del artículo 8°, letra c), de la ley N° 19.886, ya citado, y, por ende, exceptuadas de la necesidad de concluirse previa convocatoria a una licitación pública, circunstancia que, por cierto, no libera a la referida autoridad del cumplimiento de las demás obligaciones que impone esa ley de bases respecto de aquellos acuerdos de voluntades que, por su naturaleza, se encuentran regulados en ella.*

*Puntualizado lo anterior, cumple hacer presente que la ley N° 19.886 no ha dejado sin efecto, como sostiene la ocurrente, las disposiciones que someten los convenios en examen al control previo de legalidad que lleva a efecto esta Entidad Fiscalizadora, toda vez que, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 8, letra c), la aplicación de dicho cuerpo legal a la materia en estudio, es sin perjuicio de las disposiciones especiales analizadas.*

*En tales condiciones, a dichos efectos continúa en vigencia lo dispuesto por el inciso segundo de la letra d) del aludido artículo 7° del decreto ley N° 369, de 1974, en cuanto previene que las contrataciones celebradas en los términos expuestos "podrán llevarse a efecto de inmediato, sin perjuicio de que se proceda posteriormente a cumplir el trámite de toma de razón de las resoluciones respectivas", el cual debe verificarse, en su caso, de acuerdo con las reglas establecidas en la resolución N° 1.600, de 2008, de esta Contraloría General, que fija normas sobre exención del aludido trámite, cuya vigencia comenzó a partir del 24 de noviembre de ese año.”<sup>136</sup>*

---

<sup>136</sup> Dictamen CGR N°15.977, de año 2009.

Juicio de cuentas<sup>137</sup>. Están afectos a la acción fiscalizadora de Contraloría General, los órganos y servicios centralizados y descentralizados de la Administración del Estado, incluyendo los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las Empresas Públicas del Estado creadas por ley, con la sola excepción de aquellas reparticiones marginadas por ley de su control, todos los cuales deben realizar una **rendición de cuentas** conforme a la cual procederá un **examen de cuentas**, el que *“...tiene por objeto fiscalizar la percepción de las rentas del Fisco o de las demás entidades sometidas a la fiscalización de la Contraloría General de la República y la inversión de los fondos de esas corporaciones, comprobando, en ambos casos, si se ha dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias que rigen sus ingresos y su aplicación o gasto, y comprobar la veracidad y fidelidad de las cuentas, la autenticidad de la documentación respectiva y la exactitud de las operaciones aritméticas y de contabilidad;”*<sup>138</sup> así, toda cuenta será: examinada, finiquitada o reparada (artículo 96 y ss. la Ley N°10.336), en este último caso, se iniciará el juicio correspondiente (artículo 107 y ss. Ley N°10336)

La CGR puede iniciar juicios de cuentas en contra de funcionarios o ex funcionarios cuando con motivo de la administración de los recursos entregados a su custodia han actuado ilegalmente, con dolo o negligencia, provocando daño al patrimonio público. Este juicio tiene por objeto que el Estado se resarza de los perjuicios que se le hayan causado, situación que fluye del respectivo examen de cuentas o de las conclusiones de un sumario administrativo. La demanda respectiva se llama reparo y se deduce en contra de los inculcados, los que, por regla general, deben responder

---

<sup>137</sup> Título VI Ley N°10.336.

<sup>138</sup> Tribunal de Cuentas, sentencia en expediente N°32278, Sentencia N°37.131, considerando N° 11, de fecha 05.01.2010. Fuente: <http://www.contraloria.cl/appinf/TribunaldCuentas/juzga.nsf>

en forma solidaria. Por ejemplo, son causas suficientes para iniciar un juicio de cuentas el no cobro de multas por incumplimiento de contratos a proveedores o el pago de anticipos no contemplados en los contratos y/o sin las debidas garantías, efectuados con anterioridad a la recepción de facturas y bienes.

*“Seguidamente, es preciso señalar acorde con el principio de legalidad del gasto que rige la gestión de los órganos del Estado, consagrado en los artículos 6°, 7° y 100 de la Constitución Política, 2° y 5°, de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y 56 de la ley N° 10.336, Orgánica Constitucional de esta Contraloría General de la República, que los servicios públicos deben actuar con estricta sujeción a las atribuciones que la ley les confiere y 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, siendo pertinente destacar que en el orden financiero, deben atenerse a las disposiciones legales que regulan el gasto público y, entre ellas, las que rigen los presupuestos del sector público, por lo que, en consecuencia, todo egreso que se autorice debe precisar su fuente de financiamiento, lo que, por cierto, está estrictamente relacionado con las atribuciones del servicio público respectivo. En este sentido, la reiterada jurisprudencia de esta Entidad Fiscalizadora ha manifestado que los recursos financieros puestos a disposición de los órganos de la Administración del Estado deben destinarse exclusivamente al logro de sus objetivos propios fijados tanto en la Carta Fundamental como en sus leyes orgánicas, y administrarse en conformidad con las disposiciones contenidas en la normativa que regula la administración financiera del Estado, decreto ley N° 1.263 de 1975, las leyes anuales de presupuestos y demás textos legales que regulan materias financieras.”<sup>139</sup>*

---

<sup>139</sup> Dictamen CGR N°17.490, del año 2009.

**Fiscalía Nacional Económica.** La FNE es la autoridad encargada de velar por la libre competencia, y es en el cumplimiento de esta finalidad que se convierte en una instancia de control en la contratación y compras públicas.

En el ejercicio de sus funciones ha indicado ciertos ejemplos genéricos de prácticas colusivas que pueden detectarse en procesos licitatorios, siendo recogidos en el documento sobre libre competencia y compras públicas<sup>140</sup>, cuales son:

1. Intercambio de información sensible sobre las posturas que cada cual presentará la subasta.
2. No presentación de posturas por uno o más postulantes.
3. Retiro de las posturas presentadas.
4. Presentación de posturas manifiestamente destinadas al fracaso.
5. En licitaciones repetidas en el tiempo, los participantes frecuentes en una categoría pueden repartirse los contratos en la posición de adjudicatario.
6. A efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario en la subasta oficial puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo. En esta segunda subasta, a diferencia de la primera, las firmas anteriormente coludidas presentan ahora posturas competitivas.

En el mes de abril del año 2011 se firmó un Convenio de Colaboración entre la FNE y la DCCP<sup>141</sup>, con el objeto de realizar acciones mutuas que permitan detectar el ilícito de colusión

---

<sup>140</sup> FNE: Compras públicas y libre competencia. Serie: sector público y mercados. Material de promoción N°1. Año 2011. [En línea] Recuperado en: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoción-1-Compras-públicas-Abr2011.pdf> Consultado el: 25 de septiembre del año 2014.

<sup>141</sup> Convenio interinstitucional de Colaboración entre la Fiscalía Nacional Económica y la Dirección de Contratación y Compras Públicas. Año 2011. [En línea] Recuperado en < [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/coop\\_chc\\_2011.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/05/coop_chc_2011.pdf)> Consultado el: 25 de septiembre del año 2014.

entre los participantes en licitaciones públicas, pudiendo inclusive avocarse al estudio de contratos ya firmados por la Dirección de Chilecompra. En dicho convenio, ambas direcciones asumen diversos compromisos, algunos comunes y otros particulares, a señalar:

**a) Compromisos comunes.**

1° Transferir y facilitar (...) aquella información que no tenga el carácter legal de secreta o reservada;

2° Generar un mecanismo de monitoreo de los procesos de contratación pública encaminados a la detección de colusión entre oferentes en dichos procesos.

**b) Compromisos por parte de la Dirección de Chilecompra.**

*“2) Compartir informes, documentos de análisis y estudios que, elaborados internamente o contratados a terceros, sean de su propiedad, y susceptibles de ser utilizados como antecedentes en las investigaciones que lleve a cabo a la FNE, y que no tengan el carácter de secretos o reservados;*

*3) Evaluar periódicamente la implementación de mejoras pro-competitivas a los procesos de contratación pública que gestiona directamente y recomendar la implementación de dichas mejoras por parte de las entidades compradoras y/o usuarias del sistema;”*

**c) Compromisos por parte de la Fiscalía Nacional Económica.**

*“2) Evacuar informes u opiniones que sean de interés de la División de Chilecompra, en particular sobre modificaciones legales reglamentarias que se proponga apoyar o patrocinar, u otras materias regulatorias tendientes a fomentar la libre competencia de los mercados;*

3) *Hacer difusión, promociones y capacitaciones periódicas en normas y principios de la competencia, especialmente relativas a colusión en licitaciones y procedimientos de contratación pública en general, y a los resultados de la investigaciones llevadas a cabo en ese ámbito;*

4) *Prestar asesoría técnica en la elaboración y, en su caso, proponer a la Dirección de Chilecompra, mejoras pro-competitivas a los procesos de contratación pública;*”

**1.16.2. Control Judicial.** *“Es el que se realiza a través de tribunales, cualesquiera que sean su naturaleza y denominación, actuando en forma de juicio previa interposición de una acción o recurso determinado”<sup>142</sup>*

La Administración en su conjunto está sujeta a la concurrencia del control judicial. El artículo 38 de la CPR consagra a los tribunales como “instancias de control universal de la Administración.”<sup>143</sup> No obstante, el control judicial no siempre tiene lugar, pues *“La acción sólo prosperará si la decisión administrativa impugnada infringe el ordenamiento jurídico y la infracción consiste en una lesión de derechos”<sup>144</sup>* Así, cuando no exista una vulneración de derechos, sólo tendrá lugar el control objetivo de los actos de administración, dirigido a velar estrictamente por la legalidad de éstos, cuestión que corresponde a la Contraloría General de la República.

En el caso de la contratación y las compras públicas el control judicial se manifiesta en diversos grados de competencia, así podemos distinguir entre control judicial ordinario y especial, y dentro de este último, podemos encontrar el tribunal de contratación y compras públicas, y el

---

<sup>142</sup> SILVA CIMMA, Op. Cit. 185.

<sup>143</sup> CORDERO VEGA, Op. Cit., p. 160.

<sup>144</sup> Ibid, p. 161.

tribunal de libre competencia. Para estos efectos, nos remitiremos a lo señalado al tratar el principio de oposición.

## **2. Principios propios del Derecho Civil que se aplican a la contratación administrativa.**

Su referencia es en atención a que se consideran principios generales del derecho

*“... la capacidad y forma de obrar de la Administración debe ser regulado por el derecho administrativo- sin prescindir- de los principios jurídicos de derecho común en lo que es esencial a la materia de la contratación”<sup>145</sup>*

*“Hay dos maneras de utilizar en derecho administrativo las normas y principios del derecho civil. Una consiste en recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho; la otra consiste en considerar determinadas normas del derecho civil como expresión de una norma jurídica general y, por tanto, no limitada al derecho civil y válida directamente para el derecho administrativo. En este último caso no se trata de una integración de normas, sino de una aplicación directa de normas jurídicas, que en su conjunto pertenecen a la llamada parte general del derecho”<sup>146</sup>*

---

<sup>145</sup> JARA CRISTI, Manuel, citado por PANTOJA B., Rolando, en: Derecho Administrativo, anotaciones de clases, Imprenta Artes y Letras, 1943, págs. 233 y 234, 241 a 243, y 205 y ss. además, su Manual de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, 107 a 115.

<sup>146</sup> MARIENHOFF, Miguel: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, N°43, Buenos Aires, año ....., p.87.

## 2.1. Principio *lex inter partes* o *pacta sunt servanda*.

En la contratación administrativa, la fuerza obligatoria del contrato es vinculante para la Administración y el contratista privado. Es así como, las bases de licitación que forman parte integrante del contrato administrativo constituyen una ley entre las partes.

*“En relación con lo anterior, es menester consignar, por una parte, que la exigencia prevista en la Cláusula Décimo Primera, en orden a requerir la intervención de los Tribunales de Justicia, no se encontraba prevista en las Bases Administrativas de la Licitación, sino que se desprendía del contrato tipo que el SERVIU proporcionó a la Municipalidad de Valparaíso, en conformidad a la Cláusula Quinta del convenio, aprobado por la resolución N° 210 de 2003, de ese Servicio, y por otra, que en razón de lo dispuesto en el artículo 1545, del Código Civil, en tanto que el contrato es ley para las partes, la única vía posible para obtener la resolución del mismo, con indemnización de perjuicios y multas, es la que se contempla en la referida Cláusula, esto es, por medio del Tribunal competente.”<sup>147</sup>*

Algunos, sostienen que el contrato administrativo si bien es ley para las partes contratantes, no lo es en el mismo sentido en que lo establece el código civil para los contratos privados, fundándose en que a diferencia de ellos, los contratos que celebre la Administración no son inmutables per se, ya que al contar ésta con facultades exorbitantes para la consecución de sus fines, no requiere que concurra la voluntad del contratista para, por ejemplo, poner fin al contrato unilateralmente.

---

<sup>147</sup> Dictamen CGR N°36566 del año 2008.

## 2.2. Principio de Buena Fe.

El principio de buena fe si bien se encuentra consagrado en el Código Civil, es considerado un principio general del Derecho, por lo que recibirá aplicación en cualquiera de sus ramas, incluso la administrativa, aun cuando carezca de consagración legal expresa.

*“...es del caso recordar que el reconocimiento de la buena fe, como sustento básico de las relaciones jurídicas –de derecho público o privado– constituye la aplicación directa de los principios generales del Derecho, de tal manera que no se requiere de una consagración legal expresa para que se pueda recurrir a él a los efectos que la Administración decida acerca de la forma de proceder en situaciones como las descritas”.<sup>148</sup>*

En materia de contratos administrativos tiene plena aplicación lo dispuesto en el artículo 1545 del Código Civil: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”*. Así tenemos que, los contratos administrativos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe.

*“19º.- Que el principio de la buena fe, consagrado en el artículo 1.546 del Código Civil, aplicable en la contratación administrativa, implica que ambas partes, esto es la Administración Pública y el contratante particular, asumen la obligación de ejecutar de buena fe el contrato y cumplir las obligaciones que se imponen para cada una de ellas, es decir que cada parte deberá cumplir sus obligaciones en la forma contratada y deberá estarse a lo pactado, sin que le sea posible eximirse*

---

<sup>148</sup> Dictamen N°16.238, del año 2007.

de dicho cumplimiento, sino en circunstancias especialmente previstas en el mismo contrato o en la ley.<sup>149</sup>

### **2.3. Principio de Enriquecimiento sin causa.**

Toda vez que el contratante particular haya dado cumplimiento, total o parcialmente, a las obligaciones contractuales, otorgando las prestaciones previstas en el contrato, la Administración no puede excusarse tras la invalidez, irregularidad o extinción del mismo, para no otorgar la correspondiente retribución, porque con ello se generaría un enriquecimiento sin causa a su favor en detrimento del adjudicatario. Sin embargo, tratándose de los casos señalados, el que proceda el pago del precio por parte de la Administración no supone la validez, convalidación o subsistencia del contrato, ni menos aún la extinción de responsabilidades administrativas concurrentes, tal como lo ha manifestado la CGR en innumerables dictámenes.

*“No obstante el proceso licitatorio no se ajustó a los principios de estricta sujeción a las bases y se vulneró el principio de igualdad de los proponentes, en el caso que la empresa adjudicataria haya comenzado a prestar los servicios pactados en el contrato, la Entidad Licitante deberá pagar las facturas correspondientes a los servicios que ya se hubieren ejecutado, lo cual no configura una validación del referido proceso, sino que solamente evita, para dicha repartición pública, un enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar a los funcionarios que participaron en la aludida licitación”.*<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Tribunal de Cuentas, sentencia en expediente N°32278, Sentencia N°37.131, considerando N° 19, de fecha 05.01.2010. [En línea] Recuperado en: <http://www.contraloria.cl/appinf/TribunaldeCuentas/juzga.nsf>> Consultado el: 25 de septiembre del año 2014.

<sup>150</sup> Dictamen N°298, de 2008.

Caso en que no se haya validado el contrato por acto administrativo: *“En caso que la empresa adjudicataria haya prestado todo o parte de los servicios pactados en el convenio, antes de la total tramitación del acto aprobatorio del mismo, el Ministerio deberá pagar las facturas correspondientes a los servicios que se hubieren ejecutado, lo cual no configura una validación de la referida contratación, sino que solamente evita, para dicha repartición pública, un enriquecimiento sin causa, sin perjuicio de la procedencia de hacer efectivas las responsabilidades que pudieren derivar de las irregularidades mencionadas”*.<sup>151</sup>

Caso en que el contrato o la licitación que le hubiere dado origen estuvieran afectadas por irregularidades: *“Por otra parte, en armonía con la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 52.824, de 2009; 70.465, de 2012 y 7.640, de 2013, el desempeño de un servicio para la administración o la ejecución de las respectivas prestaciones por parte de un proveedor, lleva aparejado el pago del precio, de manera que si esto último no se verifica, aun cuando el contrato o la licitación de que se trate haya adolecido de irregularidades, se produciría un enriquecimiento sin causa a favor de aquella, criterio según el cual la prestación de lo pactado en la especie a los servicios de salud, obliga a éstos a pagar el correspondiente precio, el cual constituye su contraprestación”*.<sup>152</sup>

Casos en que los contratos no se encuentren vigentes: *“...si los servicios en comento fueron efectivamente prestados aun cuando los contratos que les daban origen no estaban vigentes, FONASA se encuentra en el imperativo de dar curso a los pagos que procedan según las condiciones que en los respectivos acuerdos de voluntades se pactaron. Lo contrario produciría un enriquecimiento sin causa a favor de la recurrente, por cuanto no mediaría contraprestación alguna*

---

<sup>151</sup> Dictamen N°23616 de 2008.

<sup>152</sup> Dictamen N°31770, de 2013.

*a cambio de ellos, circunstancia que, por cierto, no configura una validación de los servicios prestados sino que sólo evita, para dicha repartición pública, el referido enriquecimiento*<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> Dictamen CGR N°42.311, de 2011.

## CONCLUSIONES

*“La participación ciudadana es un proceso legitimador en la medida en que se logra la interrelación entre los funcionarios del Estado, las Entidades Fiscalizadoras Superiores y el ciudadano. Este vínculo permanente entre quienes administran los recursos públicos, quienes los vigilan y quienes perciben los beneficios y se preocupan por su adecuada gerencia, determina un escenario propicio para favorecer el buen uso de los recursos públicos”<sup>154</sup>.*

Al concluir esta memoria de prueba sobre la contratación administrativa a partir de la Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, podemos sostener en primer lugar que, resulta plausible hablar de la existencia de un **contrato administrativo**, o como sostiene cierto sector de la doctrina, de un contrato de la Administración que cuenta con un régimen jurídico de naturaleza pública, pero que no se basta a sí mismo, ya que es la propia Ley N°19886, la que en su artículo 1° se remite no sólo a las normas de derecho público sino que también a las del derecho privado.

En segundo lugar, tenemos que esta ley es la **primera normativa** que trata de modo íntegro las compras públicas, y si bien su discusión en el Congreso demoró cuatro años, la necesidad de su existencia se presentaba diez años antes de su entrada en vigencia, ya que en año 1994 producto de la coyuntura socio-política se fijaba como objetivo de la Administración la modernización del Estado, además de la recurrente idea de dotar el ejercicio de la actividad pública

---

<sup>154</sup> Comisión de Ética Pública, Probidad Administrativa y Transparencia en Declaración de Cartagena de Indias del año 2006: *Transparencia contra la corrupción*, pág. 17.

de mayor transparencia, publicidad y probidad, especialmente en lo referido al qué, cómo y a quién se adjudica un contrato.

En tercer lugar, se aprecia la consolidación de la idea que la **licitación pública** es el mecanismo de contratación de aplicación general, sea directa o indirectamente a través de un convenio marco, ya que tanto para la licitación privada como para la contratación directa se requiere de causales específicas que habiliten su procedencia, por tratarse de procedimientos de carácter excepcional, reafirmando lo ya dispuesto por la Ley N°18.575.

En cuarto lugar, observamos una **nueva institucionalidad**, representada en el ámbito administrativo por la Dirección de Contratación y Compras Públicas, que fuera la que reemplazara a la Dirección de Aprovechamiento del Estado; y en el judicial, por el Tribunal de Contratación Pública. Ambos actores que, dentro del ámbito de sus facultades, velan para la correcta aplicación de la normativa e integridad del sistema.

A lo anterior sumamos el hecho que actualmente, tanto la Administración como el administrado, cuentan con un sistema de contratación y compras públicas que reconoce su **participación en la gestión del gasto público**, tanto de manera **activa**, en el caso del funcionario público, los oferentes y eventuales proveedores del Estado, ello en la medida que intervienen como actores directos en los diversos mecanismos de contratación contemplados en la ley; como **pasiva**, tratándose del administrado “ciudadano”, esto, porque como receptor de las políticas públicas, tiene el derecho y el deber de observar y fiscalizar la corrección de las decisiones que tome la Administración en el ejercicio de sus facultades y su debido apego a la normativa vigente, debido al carácter esencialmente transparente y público de esta materia.

Al finalizar, la impresión formada es la siguiente: si bien el sistema de contratos de la LBCASyPS ha logrado los objetivos que se tuvieron en consideración como parte de la modernización del Estado, ha hecho evidente la necesidad de llegar a un sistema global y único de contratación administrativa, ya que los administrados exigen cada vez más a la Administración la aplicación transversal de procesos públicos y transparentes en toda área del ejercicio fiscal. Entonces, y ante los buenos resultados de la aplicación de esta norma, ¿por qué no extender su aplicación, unificando procedimientos, corrigiendo las debilidades y perfeccionando sus fortalezas? Los desafíos para una segunda etapa, si es que es posible presentarla de ese modo, sería la búsqueda de aspectos que no hayan sido suficientemente resueltos, que en la práctica hayan presentado áreas oscuras o que entreguen margen a la ineficacia o ineficiencia normativa. Lo que me lleva a sugerir:

El avanzar hacia un **sistema uniforme de contratación pública** a nivel general de toda la Administración y para todo tipo de contrato que ésta celebre, más allá de los contratos de suministro de bienes y servicios que actualmente regula la LBCASyPS, extendiendo la aplicación de ésta a otros tipo de contratos de la Administración. Si bien es cierto que, el uso de la licitación pública constituye hoy una regla general al momento de definir el mecanismo concursal por el cual se buscan proveedores y contratistas del Estado, el nivel de transparencia en contratos diversos de los ya mencionados, es inferior, ya sea por la inexistencia de una plataforma electrónica que permita el seguimiento simultáneo por cualquier persona del desarrollo del proceso, o bien, por la excesiva aplicación del principio de transparencia en su dimensión pasiva. Así, consideramos que esta ley debiera tener una aplicación más extendida, y no sólo supletoriamente, como dispone en su artículo 3 letra e).

El control, como revisáramos está presente, pero en general actúa a posteriori y de modo reactivo, por lo que sería recomendable el establecer un mecanismo que alerte sobre la necesidad de un control más exhaustivo, previo y de oficio desde la Administración, basado en una **escala de evaluación de riesgos**, según objeto y monto de contrato, de cuyo resultado, conforme a parámetros objetivos, active la procedencia de una auditoría externa inmediata a todo el procedimiento de contratación. En Inglaterra cuentan con un sistema de control de adquisiciones previo e independiente, diseñado por la Oficina Gubernamental del Comercio, denominado **Gateway Reviews** consistente en *“el examen de un proyecto de adquisición llevado a cabo sobre los puntos del proceso en que se concretan las decisiones por un equipo de personal con experiencia, independiente del que realizó la compra”*<sup>155</sup>. En éste, existe una **Evaluación de Riesgos Potenciales** para cada proyecto atendiendo a diversos factores, como por ejemplo, el financiero, y según su resultado, se determinará la composición del equipo de revisión. Así, tenemos que, un proyecto de alto riesgo será examinado por un Jefe de revisión y un equipo de operaciones totalmente independiente; un proyecto de riesgo medio, por un jefe de revisión independiente y un equipo compuesto por miembros del departamento que lleva a cabo la adquisición, pero que no hayan participado en su gestión; y, en proyectos de bajo riesgo, el estudio será presidido por un jefe de revisión y un equipo que sean miembros del departamento que gestiona la adquisición, pero que no han participado directamente en ello. De ello resulta que, todas las etapas del proceso de adquisición cuentan con una revisión y emisión de recomendaciones que permiten avanzar de manera correcta e inequívoca, asumiendo de manera compartida la responsabilidad por el desarrollo del mismo, ya que al finalizar la investigación de

---

<sup>155</sup> Instituto Nacional de Administración Pública Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico:

*La Integridad en la Contratación Pública: Buenas Prácticas de la A a la Z*, traducción de Isabel Sánchez Gil,

Madrid, 2009, pág. 100.

cada proyecto de adquisición se emite un informe con las recomendaciones, correcciones o medidas sugeridas.

Exigir la real **profesionalización o especialidad de funcionarios** a cargo de las contrataciones y compras públicas, en razón no sólo de la evaluación anual que realiza la Dirección de Contratación, Chilecompra, sino en atención a una fórmula que dentro de los factores de evaluación considere la actuación y desempeño del funcionario en la práctica, con el correspondiente aumento de responsabilidades vinculadas al ejercicio de estas funciones y, el establecimiento de sanciones para las faltas administrativas vinculadas a ellas, como podrían ser inhabilidades para el desempeño en áreas como la administración de contratos. Lo anterior, se encuentra en absoluta sintonía con el nuevo artículo 12 Bis del RLBCASyPS que impone a los órganos públicos el deber de promover medidas tendientes a la delimitación de funciones y ámbitos de competencia de los funcionarios que intervengan en las distintas etapas de los procesos de compras, el que fuera introducido como una medida para fortalecimiento de la probidad e integridad del sistema.

Corregir las limitaciones a la **Competencia del Tribunal de Contratación**, que de no existir permitirían que su intervención fuera más oportuna y eficaz, siendo para ello indispensable que se amplíe su competencia para conocer asuntos anteriores a la aprobación de las bases de licitación y posteriores a la de adjudicación, con la correspondiente asignación de recursos que posibiliten, por ejemplo, un mayor número de audiencias que las 12 mensuales que actualmente tienen lugar. En su cuenta pública del año 2013, el tribunal ya reconocía, la necesidad de tener competencia para resolver los conflictos que se suscitan, entre la adjudicación de la propuesta y la suscripción del contrato, ya que en esta etapa pueden presentarse *“una serie de situaciones, tales como la no emisión de la orden de compra por la entidad licitante, la readjudicación a otro oferente*

*por diversos motivos, la invalidación de la resolución adjudicatoria seguida de una nueva convocatoria, la negativa a suscribir el contrato por el cambio de las condiciones establecidas en las bases*<sup>156</sup>, y de contar con una norma similar a la del artículo 30 del DL N°211 que, a propósito de la acción de indemnización de perjuicios que proceda con motivo de una sentencia condenatoria del TDLC, obliga al tribunal civil competente a fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica establecidos en la sentencia definitiva del primero, afirmando que: “*En efecto, se ha observado que en el ejercicio de una acción de la misma naturaleza deducida ante el juez ordinario civil, con motivo de una sentencia dictada por este Tribunal de Contratación que declaró la ilegalidad y/o arbitrariedad de un acto u omisión de un organismo público y que reconoció el derecho del actor a demandar indemnización de perjuicios, la mencionada judicatura requirió prueba sobre hechos que se encontraban establecidos en la sentencia dictada por este Tribunal*”<sup>157</sup>.

Establecer un **tipo penal** que sancione conductas típicas contra la libre competencia en el ámbito de las contrataciones públicas, o que se considere a lo menos como agravante el hecho de haberse cometido en este ámbito. Si bien en Chile se sancionan las conductas atentatorias contra la libre competencia, ello se hace a modo general, no considerándose como un delito particular o al menos como un agravante el hecho que se presenten en el ámbito de la contratación y de las compras públicas, como por ejemplo ocurre en España, país en cuya legislación se considera la colusión como una infracción administrativa y como un ilícito penal especial, tratándolo en su Código Penal, en el Libro II Título XII sobre delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, bajo la denominación: De la alteración de precios en concursos y subastas

---

<sup>156</sup> TCCP, Op. Cit.

<sup>157</sup> TCCP, Op. Cit.

públicas<sup>158</sup>, o en Perú, en que el delito recibe el nombre de Colusión Desleal, Defraudación a la Administración Pública, Colusión Ilegal o Colusión Fraudulenta.<sup>159</sup>

Y finalmente, mejorar las **políticas de pago** de la Administración para con sus proveedores. Las compras públicas son un factor relevante para el desempeño del presupuesto fiscal y la economía nacional, por tanto, el acortar los plazos fijados para los pagos y el cumplir con el plazo convenido son elementos que debiesen contemplarse en la normativa de modo claro y preciso, más allá de las instrucciones que pueda dictar la Administración a través de las respectivas circulares. Ya conocimos en el año 2011 la primera iniciativa en este sentido, con la creación de ChilePaga (oficio circular N°34 del Ministerio de Hacienda que “Instruye sobre datos adicionales de factura en SIGFE y seguimiento a procesos de pago de factura y respuestas de reclamos”), cuyo objetivo era asumir el compromiso del pago oportuno a proveedores del Estado, entendiéndose como tal el que se realizaba dentro de 30 días contados desde la recepción conforme, salvo excepciones legales. Desde el año 2014, el Programa ChilePaga es administrado por la Dirección de Contratación y Compras Públicas, en virtud del oficio circular N°11 del Ministerio de Hacienda. Recientemente, se incorporó al RLBCASyPS el artículo 79 Bis referente a los “Pagos”, en el que se dispone la obligatoriedad de pago dentro de 30 días corridos siguientes a la emisión de la factura respectiva, salvo las excepciones legales que dispongan un plazo distinto, como ocurre con las instituciones de salud que tienen un plazo de 45 días, o cuando por motivos

---

<sup>158</sup> Código Penal Español, artículo 262, número 1: “Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años”.

<sup>159</sup> Código Penal Peruano, artículo 384: “El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años.”

fundados se establezca un plazo diferente en las bases o el contrato. Al respecto consideramos que si bien es una medida que aboga en este sentido, sigue permitiendo la existencia de plazos más laxos cuando el órgano público licitante o contratante justifique la necesidad de su procedencia.

## BIBLIOGRAFÍA

### A.- LIBROS

BARRA GALLARDO, Nancy: "Probidad Administrativa", Editorial Lexis Nexis, año 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos: "El Contrato Administrativo", Editorial Abeledo- Perrot, Buenos Aires, año 1999.

CORDERO VEGA, Luis: "El control de la administración del Estado", Editorial Legal Publishing, año 2009.

----- "El Procedimiento Administrativo", Editorial Legal Publishing, año 2003.

-----"La supletoriedad en la ley de bases de procedimiento administrativo", 2005.

MARIENHOFF, Miguel S.: "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Abeledo –Perrot, Buenos Aires, Argentina, año 1988.

MORAGA KLENNER, Claudio: "Contratación Administrativa", Editorial Jurídica de Chile. Primera edición, mayo 2007.

-----"La actividad formal de la Administración del Estado", Legal Publishing, Santiago, 2010.

PANTOJA BAUZÁ, Rolando: "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Legal Publishing, año 2010.

POBLETE VINAIXA, Julia: "Actos y Contratos Administrativos", Editorial Lexis Nexis, año 2007.

SILVA CIMMA, Enrique: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El control público", Editorial Jurídica. Primera edición, año 1994.

## B.- LIBROS EN LÍNEA

CAMPOLIETI, Federico: "Los límites del contrato Administrativo". En: Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados. [En línea], 1ª edición, México, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2007. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2447>. ISBN 970-32-3935-8

CASSAGNE, Juan Carlos: "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo". [En línea], Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992. Disponible en: [https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0525/1/material\\_docente/bajar?id\\_material=251466](https://www.u-cursos.cl/derecho/2009/2/D123A0525/1/material_docente/bajar?id_material=251466).

GORDILLO, Agustín: Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo I Parte General. [En línea] F.D.A., Buenos Aires, p.28. Disponible en: <http://www.gordillo.com/tomo1.html>

MORAGA KLENNER, Claudio: "Los contratos de la Administración como instrumentos para el desarrollo de la Nación." En: Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados. [En línea], 1ª edición, México, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2007. ISBN 970-32-3935-8. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2447>

OECD: "La Integridad en la Contratación Pública. Buenas prácticas de la A a la Z", traducción de Isabel Sánchez Gil, Edita el Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, año 2009. Disponible en: <http://www.oecd.org/fr/gov/ethique/38947794.pdf>

MINISTERIO SECRETARIA NACIONAL DE LA PRESIDENCIA, Dirección Nacional del servicio civil: "Manual de transparencia y probidad de la Administración del Estado". 2ª Edición actualizada a enero del año 2009. Coordinador de contenidos Enrique Rajevic Mosler. Andros Impresores. 20009. ISBN: 978-956-7892-10-5. Disponible en: [http://www.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/documentos/manual\\_transparencia\\_y\\_probidad\\_servicio\\_civil.pdf](http://www.cdc.gob.cl/wp-content/uploads/documentos/manual_transparencia_y_probidad_servicio_civil.pdf)

## C.- CONSULTAS EN LÍNEA

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, "Historia de la Ley 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen de los órganos de la Administración del Estado". 29 de Mayo de 2003. Consulta en

<[http://www.leychile.cl/Consulta/portada\\_hl?tipo\\_norma=XX1&nro\\_ley=19880&anio=2003](http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?tipo_norma=XX1&nro_ley=19880&anio=2003)>

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Chile. Dictámenes tomados de <[www.contraloria.cl](http://www.contraloria.cl)>, sección Bases de Información, Dictámenes, Boletines de Jurisprudencia Administrativa.

CORTE SUPREMA. Chile. Sentencias consultadas en [http://www.poderjudicial.cl/juris\\_pjud/jurisprudencia.php](http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php) y en <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/>

DIRECCIÓN CHILECOMPRA. Chile. <<http://www.chilecompra.cl/>>

TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA. Chile <<http://www.tribunaldecompras.cl/>>

FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA. Chile. <<http://www.fne.gob.cl/>>

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA. Chile. <<http://www.tdlc.cl/Portal.Base/Web/VerContenido.aspx?ID=303&IDI=1272>>

CNC, Comisión Nacional de la Competencia de España. Guía sobre contratación pública y competencia.

Disponible en: [http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/guia\\_contratacion\\_publica\\_competencia.pdf](http://www.tgdcompetencia.org/publicaciones/guia_contratacion_publica_competencia.pdf)

## D.- REVISTAS

CELIS DANZINGER, Gabriel: "Principios constitucionales en la ley de compras". En Revista de Derechos Fundamentales, Universidad de Viña del Mar, N°1, año 2008. Disponible en: <<http://www.derechosfundamentales.cl/revista/01.071-106.Celis.pdf>>

CORDERO VEGA, Luis: La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias. En Revista de Derecho Público, volumen 69, año 2007.

----- "Control de Gestión y por Resultados en el Derecho Administrativo ¿Por qué nos debe importar?". En Revista de Derecho Administrativo, Editorial Legal Publishing, año 2007, N°1.

GARDONIS ONDARZA, Gabriela: "El control de legalidad y la eficiencia y eficacia como principios jurídicos fiscalizadores". En Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XXIII, Valparaíso, Chile, año 2002.

MUÑOZ CHIU, Natalia: Contratación Administrativa. En Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado, N°12, año 2004.

IBANEGA, Miriam Mabel: El principio del informalismo en el derecho administrativo. Revista de la facultad de derecho PUCP, N°67, 2011, p.168. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3006>

PALLAVICINI MAGNERE, Julio: Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República. En Revista de Derecho Público, volumen 72, año 2010.

RAJEVIC MOSLER, Enrique: La urgente reforma del sistema de control administrativo: una exigencia a la probidad. En Revista de Derecho Público, volumen 69, año 2007.

REHREN, Alfredo: "La evolución de la agenda de transparencia en los gobiernos de la Concertación". Instituto de Ciencia Política de la Universidad Católica de Chile, División de asuntos públicos. N°18/Año 3. Mayo del 2008.

## **E.- LEYES Y NORMAS**

Ley N°10.336. CHILE. Ley orgánica constitucional de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República. 10 de julio de 1964.

N°18.575. CHILE. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. 17 de noviembre del 2001.

N° 18.695. CHILE. DFL N°1. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. D.O. 26 de julio de 2006.

Ley N° 19.880. CHILE. Establece Bases Generales de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado. Santiago, Chile. 29 de mayo de 2003.

Ley N°19.886. CHILE. Establece Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. 30 de julio del 2003.

Ley N° 20.050. CHILE. Constitución Política de la República. Décimo Tercera Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. Septiembre de 2009. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2001. Reglamento sobre el secreto o reserva de los actos y documentos de la administración del estado. 7 de Mayo de 2001.

Ley N°20285. CHILE. Sobre acceso a la información pública. 20 de agosto de 2008

DS N°250 del Ministerio de Hacienda. CHILE. Reglamento de la Ley N°19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. 29 de septiembre del 2004.