



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Público

Dirección de Compras y Contratación Pública

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Alumno: Inti Beroiz Valenzuela

Profesor guía: José Miguel Valdivia

Santiago, Chile

2022

Índice

I.	Introducción.	5
1.	Objeto de este trabajo.	5
2.	Historia e importancia del tema.	5
II.	Estructura de la DCCP y organización administrativa.....	17
1.	Es un servicio público y satisface una necesidad pública.....	17
2.	Órgano descentralizado sujeto a supervigilancia.....	21
i.	Descentralizado.....	21
ii.	Supervigilancia.....	23
3.	Organización interna. Observatorio Chilecompra.	25
4.	Marco normativo.....	28
III.	Funciones de la DCCP.....	32
1.	Asesoría en compras públicas y resguardo de la competencia.	34
2.	Administrar el Sistema de Información de las Compras y Contrataciones de la Administración.....	39
3.	Convenios Marco.....	45
IV.	Fortalecimiento de la institucionalidad de la DCCP. Análisis de la nueva propuesta normativa.....	52
1.	Dirección de Compras y Contratación Pública como agencia independiente.	56
2.	Nuevas potestades de la DCCP en el Proyecto de Ley de Compras Públicas, Boletín N° 14137-05.....	65
i.	Antecedentes.	65
ii.	Facultad instructiva.....	66
iii.	Facultades de control.	69

iv.	Facultades de promoción y fortalecimiento de las compras públicas.	73
v.	Mejoras a la institucionalidad de la DCCP.....	76
V.	Conclusión	77
VI.	Bibliografía	82
1.	Libros y artículos de revista.	82
2.	Informes de la materia.	85
3.	Normativa.	86

Abreviaturas

AAI	: Autoridad Administrativa Independiente.
CENABAST	: Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud.
CGR	: Contraloría General de la República.
DAE	: Dirección de Aprovisionamiento del Estado.
DCCP	: Dirección de Compras y Contratación Pública.
GATT	: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
LBCP	: Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. (Ley N° 19.886).
LBPA	: Ley de Bases de Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.880).
LOCBGAE	: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. (Ley N° 18575).
LOCM	: Ley Orgánica de Municipalidades. (Ley N° 18.695).
MEI	: Metas de Eficiencia Institucional.
MIPYMES	: Micro, Pequeñas y Medianas Empresas.
OAE	: Órgano(s) de la Administración del Estado.
PAC	: Planificación Anual de Compras y Contrataciones.
PIBED	: Plataforma de Intercambio de Bienes en Desuso

I. Introducción.

1. Objeto de este trabajo.

El objetivo general de este trabajo es realizar un examen de la Dirección de Compras y Contratación Pública en miras a entender mejor su origen, sus funciones y su desempeño, todo ello con el fin de alcanzar una base sólida para el análisis posterior de las nuevas facultades que se le pretenden otorgar con el nuevo Proyecto de Ley de Compras Públicas, que busca ubicar a este órgano como el ente rector de la contratación pública del país.

Como objetivos específicos de este trabajo se pretende: (i) identificar la misión del órgano en base a la historia del sistema de compras públicas en Chile; (ii) caracterizar su estructura y organización administrativa para entender su funcionamiento como órgano de la Administración del Estado; (iii) identificar sus funciones actuales de acuerdo con la ley, las razones de entregarse estas a la DCCP, y el estado del desempeño de las mismas; (iv) dar cuenta de la literatura nacional en cuanto a la evolución que podría tener el órgano a futuro, tanto en su mayor independencia o respecto de nuevas facultades que se hacen necesarias según la evolución de las compras públicas; y, por último (v) exponer los principales avances propuestos en el nuevo Proyecto de Ley de Compras Públicas.

Este trabajo no realizará un estudio de los mecanismos de contratación en Chile ni de los tipos de contratación, enfocándose únicamente en la DCCP, pues se estima que una evaluación de este organismo puede contribuir al debate de su modernización y a comprender el potencial que puede alcanzar en el futuro como un órgano rector del Sistema de Compras Públicas en Chile.

2. Historia e importancia del tema.

Desde el año 2003 hasta la fecha, la DCCP ha tenido un rol más bien administrador y gestor de las compras públicas, respondiendo a las deficiencias

que tuvo en gran parte la Dirección de Aproveccionamiento del Estado. Sin embargo, en la actualidad la opinión jurídica y legislativa está orientada a modificar este sentido únicamente administrativo u operativo y encauzarlo a una dirección más jurídica e independiente, sin necesariamente asignarle autonomía al órgano, pero sí otras potestades que le den mayor protagonismo. Para iniciar el examen del órgano, primero debemos referirnos a su origen y entender el porqué de su creación, dando cuenta de forma sucinta del rol que ha tenido la contratación pública históricamente en el país.

Primero, es importante entender que el valor de la contratación pública radica en que no responde únicamente a una disposición presupuestaria de los Estados, sino que se constituye como un reflejo de la capacidad de cada país de conectar las necesidades públicas con el sector privado¹ y, para lograr esto, es necesario un órgano que tome la posta en miras a conseguir una contratación eficiente y de calidad, pero que también permita ofrecer estándares de transparencia y probidad a los que se sujeta el sistema público. No obstante, en Chile la institucionalidad de contratación pública ha tenido un extenso recorrido de variedad regulatoria, principalmente definida por la falta de atención que tuvo el tema en un inicio.

En Chile no existió un órgano dedicado exclusivamente a las compras públicas sino hasta el siglo XIX, previo a ello la función de contratación pública se encontraba dispersa en diversas reparticiones territoriales con mayor independencia y menor concentración.

En el marco de la Modernización del Estado de 1927, bajo el régimen de Carlos Ibáñez del Campo, se creó la Dirección de Aproveccionamiento del Estado² (en adelante, "DAE"). Esta repartición se creó reconociendo todas las deficiencias que tenía el sistema de proveccionamiento público de la época, tales como: falta

¹ Wittig define a las contrataciones públicas como "*el puente entre las necesidades públicas (por ejemplo, caminos, hospitales y defensa) y los proveedores del sector privado, cuando el gobierno decide recurrir a su exterior*". En Wittig, Wayne. 2002. Adquisición pública en los Estados Unidos. En Reforma del Estado. Volumen II: Dirección Pública y Compras Públicas. ed. por Salvador Valdés Prieto. Santiago, Centro de Estudios Públicos. p. 485

² Creada por el D.F.L. N° 2.925, de 30 de diciembre de 1927.

de organización, falta de control en las compras y recepción de los bienes, mayores gastos derivados de adquisiciones al por menor y ausencia de centralización, así como operaciones de adquisición realizadas sin control alguno. Por ello, se concluyó lo siguiente:

*“Que es conveniente al interés público reunir en **un solo organismo administrativo** todas estas operaciones de compra, cuyo jefe tenga **amplias facultades** para que pueda **responder al Presidente de la República** de la eficiencia de los servicios a su cargo.”³ (Énfasis agregado).*

Esta frase fija el espíritu de la institucionalización de los órganos de compras públicas hacia el futuro, en cuanto pone como eje la centralización de todas las compras (aunque veremos que no es una centralización en sentido estricto), otorga amplias facultades al órgano, y define la dependencia del Presidente de la República. Tres características que se sostienen hasta hoy en la actual Dirección de Compras y Contratación Pública, con mayor o menor amplitud, según veremos.

Así, en el artículo 1° del DFL se estipuló *“Créase, dependiente del Ministerio de Hacienda, la Dirección de Aprovechamiento del Estado que tendrá a su cargo la **adquisición, fabricación, almacenamiento y distribución** de todos los elementos necesarios para el funcionamiento de la Administración Pública y la **enajenación, en subasta pública, de los excluidos (sic) del servicio.**”* (Énfasis agregado).

Sin perjuicio de que la fabricación dejaría de ser una función del órgano desde 1930 en adelante, la adquisición, almacenamiento y distribución de los elementos necesarios para el funcionamiento de la Administración, así como la enajenación de aquellos bienes excluidos o fuera de uso, se mantuvieron como funciones constantes y propias de la DAE hasta su extinción, siendo estas las que mejor expresan el rol centralizado del órgano. Esto último en especial consideración de la exclusividad que tenía la DAE para el ejercicio de estas

³ Considerando 1° del D.F.L. N° 2.925, de 30 de diciembre de 1927.

funciones, estando prohibido a otra cualquier repartición atribuirse estas tareas⁴, salvo los casos especialmente señalados en la Ley.

Desde la dictación del DFL de 1927 que le dio origen, la DAE estuvo regida por cinco Leyes (1930, 1940, 1953, 1960 y 1978) y sus respectivos Reglamentos, generalmente siempre bajo la dependencia del Ministerio de Hacienda.⁵ Sin perjuicio de existir tantos cuerpos legales, existieron instituciones que se mantuvieron constantes a lo largo de los años, aunque con algunas modificaciones, y que sirvieron para que el órgano llevara a cabo su tarea. Estas fueron:

- A. Director de la DAE: Se desempeñó como el Jefe de Servicio, y por lo tanto representaba a la DAE judicial y extrajudicialmente. Era designado por el Presidente de la República y, desde 1930 en adelante, la ley exigió que este contara con el título de ingeniero de la Universidad de Chile o de otra reconocida por el Estado. Entre sus funciones más importantes destacan:
- a. Intervenir en la adquisición, fabricación, recepción, almacenamiento y distribución de todo tipo de bienes muebles, de acuerdo con las necesidades de la Administración Pública, y efectuar estas operaciones en nombre de las Municipalidades y servicios públicos autónomos.
 - b. Uniformar las marcas, calidad, precios y clases de todos los artículos y enseres que se usen por los diferentes servicios públicos, además de formular las especificaciones técnicas y la nomenclatura de los materiales de consumo.
 - c. Solicitar y abrir propuestas públicas, dando cuenta de ello al Consejo, pero, en ciertos casos de urgencia o necesidad, también podía autorizar adquisiciones de forma directa.

⁴ Artículo 5° del D.F.L. N° 2.925, de 30 de diciembre de 1927.

⁵ También estuvo a cargo del Ministerio del Interior en 1930 y del Ministerio de Economía en 1953.

- d. Requerir a cada servicio público los datos para confeccionar las listas de consumo del año siguiente, y vigilar el cumplimiento de la prohibición legal a toda otra repartición asumir las funciones de la DAE.

Esto además de otras funciones de contabilidad, administración y contratación o remoción de personal. Además, periódicamente se exigía que diera cuenta a la Contraloría General de la República, a los Ministerios respectivos y al Consejo Asesor.

Desde 1940 en adelante, se le otorgaron facultades fiscalizadoras e incluso sancionadoras, en particular, a propósito del incumplimiento de los contratos u órdenes de compra por parte de los proveedores, donde el director era quien debía imponer las multas contempladas en las bases. Por otra parte, ese año también se le otorgó la facultad de observar a los servicios públicos que adquirieran materiales que no se ajustaban a sus fines (como bienes superfluos o suntuarios) y en caso de ser observadas por el director, solo podían adquirirse por decreto supremo.

En 1978, con la última ley de la DAE, se facultó al director a autorizar la entrega directa de materiales del proveedor al Servicio peticionario, esto es, sin pasar por la adquisición, almacenamiento y distribución de la DAE, acercándose con esta tarea poco a poco a lo que vendría a ser el rol de la DCCP en el futuro, que más que un comprador corresponde a un administrador e intermediario de las compras públicas.

B. Consejo Asesor del Director: El Consejo estuvo presente desde un inicio como un órgano asesor del Director, y estaba compuesto por el Ministro del ramo, subsecretarios, algunos delegados del Congreso y de otros servicios como, por ejemplo, Carabineros. Aunque en un inicio no tenía funciones bien definidas, ya para el año 1940 la Ley le entrega facultades deliberativas, entre las que se destacan:

- a. Eximir a la DAE de la implementación de propuesta pública en ciertas adquisiciones y aprobar la compra directa en otras.
- b. Aprobar bases y condiciones de licitación, además de definir aquellas adquisiciones que sean de carácter técnico y que corresponda adquirir directamente a los servicios peticionarios.
- c. Sancionar, exonerar o rebajar, ante reclamos de los contratistas, las multas aplicadas por la DAE ante incumplimientos de contrato u órdenes de compra, por lo menos hasta el año 1960, en donde se le quitó esta facultad.

C. Departamentos: Estos Departamentos o Servicios internos de la DAE subdividían las funciones del órgano para su mejor funcionamiento. Con el transcurso de los años, y junto con el perfeccionamiento de la DAE, algunos departamentos originales desaparecieron (como el de Imprenta) y fueron reemplazados por otros; así, los últimos departamentos fueron: (i) el Administrativo, encargado de las informaciones y el personal; (ii) Adquisiciones, a cargo de las compras directas, propuestas privadas y públicas, así como también de las realizadas en el extranjero; (iii) Almacenes, a cargo de las órdenes de entrega de materiales, distribución y almacenamiento del stock de bienes adquiridos; (iv) Contabilidad, a cargo de llevar la cuenta de los fondos de la DAE y las facturas relacionadas; y por último, (v) el Técnico, que confeccionaba los diseños y especificaciones de las bases y condiciones para la adquisición de los bienes, así como también la inspección de calidad de estos.

Cabe notar que ya para esa época se excluían ciertas adquisiciones del amparo de la DAE, tales como las correspondientes al servicio directo de la Presidencia de la República, las de Fuerzas Armadas, las de aquellos montos menores en ciertas materias, los víveres y las herramientas o materiales de construcción del MOP (ex Dirección de Obras Públicas)⁶, y también de otros órganos no excluidos expresamente pero que contaban con un sistema de

⁶ Art. 2° Decreto N° 1.208, de 1956 del Ministerio de Economía, conocido como “Reglamento DAE”.

adquisiciones propios ya definidos en sus leyes orgánicas, como las Municipalidades y los servicios de Salud que adquirirían mediante CENABAST.

La forma en que operaban las adquisiciones dependía de la entrega de fondos que los mismos organismos adquirientes o solicitantes pusieran a disposición de la DAE, por lo que la no entrega de estos ponía en riesgo el abastecimiento de dicho servicio. Para evitar que los servicios requirentes, o también llamados “usuarios”, superaran su presupuesto, la DAE entregaba recomendaciones directas para la mejor y más expedita atención de los pedidos de materiales. Entre estas recomendaciones estaba la planificación de materiales de cada Servicio, que permitía que se confeccionara un Programa de Compra por parte de la DAE⁷. Sin embargo, esta planificación era muy escasa y se solía efectuar contrataciones en respuesta a las necesidades del momento.⁸

Estos tres elementos le permitieron cumplir las funciones descritas en los párrafos precedentes; sin embargo, con el avance de las tecnologías y la apertura del libre comercio, una nueva modernización del Estado era inminente y, junto con ello, el decaimiento de la DAE.

Para mediados de la década de 1990, la DAE solo alcanzaba un 2% a 3% del total de las contrataciones públicas⁹, ello en parte debido a la cantidad de excepciones que existían a la ley y a la regulación de adquisiciones que cada Servicio manejaba de forma interna que generaban gran dispersión normativa, sin poder lograr la tarea de unificar la regulación de compras públicas. Su decaimiento se hizo más evidente cuando se decidió reducir considerablemente al personal de

⁷ DAE. 1968. La Dirección de Aprovisionamiento del Estado en un Servicio Público centralizado dependiente del Ministerio de Hacienda. Santiago, Imprenta Vera y Giannini. [Publicación que da a conocer sus funciones a los Servicios Públicos]. p. 16.

⁸ Meyer, D. y Fath, J. 2002. Evaluación de las contrataciones públicas en Chile. En Reforma del Estado. Volumen II. Dirección pública y compras públicas, ed. por Salvador Valdés Prieto. Santiago, Centro de Estudios Públicos. p. 578.

⁹ Ibid. p. 549.

la DAE, dejándola con 159 funcionarios¹⁰, para luego en 1999 traspasar gran parte de la planta del órgano al Servicio de Impuestos Internos y Tesorería, quedando su personal en solo 44 funcionarios.¹¹

En el año 1995 la Comisión Nacional de Ética Pública tuvo que evaluar, entre otros asuntos, la regulación de las compras públicas en Chile, a fin de perfeccionarla y proponer reformas para su mejor transparencia. La Comisión concluyó que el sistema aún era deficiente, puesto que existía una desigual y confusa reglamentación para definir los mecanismos de contratación por volúmenes de gasto, también señaló que no existía una adecuada publicidad y transparencia de las licitaciones públicas, además de que se otorgaban márgenes de discrecionalidad demasiado altos a cada Servicio para definir el proceso de asignación contractual, entre otras observaciones; por esto, levantó la necesidad de una ley marco sobre contratos y licitaciones del Estado, y la creación de un sistema de adjudicación electrónica de propuestas.¹²

Otros organismos evaluadores, como el Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno (en adelante, “CAIGG”) en 1996, observaron que, a pesar de existir regulación, esta es de difícil interpretación para los Servicios y proveedores, por lo que debían recurrir a la Contraloría General de la República (en adelante, “CGR”) para solicitar asesoría y no traspasar los límites¹³, además identificaron la falta de criterios objetivos y generales para definir la procedencia de la licitación pública, privada o el trato directo. Ante esto, el CAIGG propuso lo mismo que la Comisión Nacional de Ética Pública, pero además sumó la creación de un registro informativo de fácil acceso, administrado por una institución

¹⁰ D.F.L. N° 2 de 13 de febrero de 1990, del Ministerio de Hacienda. Que adecua plantas y escalafones de la dirección de aprovisionamiento del estado, al artículo 5° de la ley n° 18.834, sobre estatuto administrativo.

¹¹ DFL N° 1, de 30 de noviembre de 1999, del Ministerio de Hacienda, que traspasa personal de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado a los servicios que indica.

¹² Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública. 1996. Revista de ciencia política [artículo de revista] Vol. 18, nos. 1-2. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/10870>. (Consultado el 2 de abril de 2021). p. 234 y ss.

¹³ Meyer, D. y Fath, J. 2002. Evaluación de las contrataciones públicas en Chile. En Reforma del Estado. Volumen II. Dirección pública y compras públicas, ed. por Salvador Valdés Prieto. Santiago, Centro de Estudios Públicos. p. 554.

competente y autónoma, pública o privada, en el que constaran las personas o entidades con quienes contrata la Administración.¹⁴

A esto se le sumó que, a fines del siglo XX, se abrió la participación de empresas extranjeras en licitaciones nacionales, propiciada por algunos Tratados como el Acuerdo sobre Compras del Sector Público del GATT de 1979¹⁵, su concreción en el Código de la Ronda de Tokio entre 1973 y 1979, y su expansión acordada en la Ronda de Uruguay en 1994, además de otras iniciativas de integración regionales fuera de Chile, tales como la de la Comunidad Económica Europa (CEE), el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y el Grupo de los Tres, que presionaban para la apertura del abastecimiento público a privados extranjeros.¹⁶

Este contexto de apertura comercial era incongruente con algunos artículos de la Ley Orgánica de la DAE que venían incólumes desde su origen, tales como la preferencia por la adquisición de productos de fabricación nacional¹⁷, que resultó incompatible con la nueva exigencia de no discriminación del Código de la Ronda de Tokio sobre Compras del Sector Público, que pedía “*un trato no menos favorable que el otorgado: a) a los productos y a los proveedores nacionales; y b) a los productos y a los proveedores de cualquier otra Parte.*”¹⁸, entre otras muchas disposiciones de no discriminación frente a proveedores extranjeros.

¹⁴ Historia completa de la Ley 19.886. Sección: 1.2 Primer Informe de Comisión de Hacienda, p. 27

¹⁵ El GATT es el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, que entró en vigor en 1947 (Chile siendo uno de los países originales), y tenía como fin promover el comercio internacional y la reducción de barreras de mercado entre los Estados firmantes. Más información disponible en <https://exhibits.stanford.edu/gatt>.

¹⁶ Historia completa de la Ley 19.886. Sección: 1.1. Mensaje, p. 5.

¹⁷ Artículo 3° del Decreto N° 404 de 1978, del Ministerio de Hacienda: “*La Dirección dará preferencia en las adquisiciones que efectúe, en igualdad de precios, calidad y resguardando el interés fiscal, a los materiales, útiles y enseres de **fabricación nacional**. En igualdad de condiciones, preferirá la fabricación de materiales, muebles, enseres y equipo por los **talleres fiscales**.*” (Énfasis agregado).

¹⁸ Artículo 2° del Código de la Ronda de Tokio, Acuerdo sobre Compras del Sector Público. Este Tratado es parte de las negociaciones realizadas entre 1973 y 1979 para estandarizar las medidas no arancelarias definidas en el Acuerdo GATT.

En noviembre de 1999 se le encomendó al Ministerio de Hacienda “(...) *las labores de coordinación en materia de compras y contrataciones públicas que sean necesarias para los diversos organismos del Sector Público (...)*.”¹⁹ Lo que, en otras palabras, significó la implementación del primer Sistema de Compras y Contrataciones del Servicio público, o también llamado Chilecompra. La misión del sistema Chilecompra, en sus orígenes, era otorgar acceso gratuito a proveedores del Estado y organismos públicos de información sistematizada, suficiente y oportuna, referida al proceso de adquisición de bienes y servicios que requiera al Estado, a través de Internet.²⁰

Este inicio de lo que sería la plataforma definitiva de Chilecompra estuvo a cargo del Ministerio de Hacienda, de la DAE y de la empresa SONDA quien tenía a su cargo la gestión técnica del sitio web “*www.chilecompra.cl*”, y, aunque en general tuvo una evaluación positiva por parte de los proveedores y servicios públicos, se señaló que esta fue una “*buena iniciativa mal implementada*”²¹, principalmente a causa de la falta de rapidez y la falta de un gestor del proyecto, pues ninguno de los tres organismos asumió la administración del Programa, dejando su gestión a los servicios públicos que lo utilizaban. A esto se le suma que la implementación de la iniciativa Chilecompra fue pensada de forma paralela a la implementación del Proyecto que creaba la Ley marco de las compras públicas en Chile, pero este Proyecto aún estaba en discusión, por lo que el Programa Chilecompra se superpuso a los otros procedimientos de adquisición ya existentes en el sector público y que no eran coherentes con el sistema implementado.²²

¹⁹ Artículo 1°. Decreto N° 1312, de 26 de noviembre de 1999, que establece Sistema de Información de Compras y Contrataciones Públicas.

²⁰ Dirección de Presupuesto. Junio de 2002. Informe Final de Evaluación Programa Chilecompra, Ministerio de Hacienda, p. 1.

²¹ Dirección de Presupuesto. Junio de 2002. Informe Final de Evaluación Programa Chilecompra, Ministerio de Hacienda, p. 75.

²² Otro de los problemas identificados fue la falta de capacitación por parte de los usuarios del servicio, no solo en cuanto al uso del sitio web, sino también respecto a sus procesos de adquisición.

En el año 1999, bajo el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, se envió como mensaje el Proyecto de Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, es decir, la actual LBCP. Este proyecto tenía por objetivo subsanar las falencias del antiguo sistema de compras públicas, y otorgar al Estado una visión integral y estratégica de las adquisiciones, con el fin de conseguir una centralización normativa y descentralización operacional.²³ Esto significa que existiría una sola norma que regiría a todas las compras públicas, pero se concretan en una plataforma al que cada Servicio pudiera acudir de forma individual para la contratación y contacto con los Proveedores.

La construcción de este nuevo Sistema de Compras Públicas se basó en principios que no tenían reconocimiento legal expreso. Si bien la Ley no dispuso de un catálogo de principios, estos son mencionados a lo largo del texto y también fueron referidos en el mensaje del Proyecto²⁴, marcando la pauta de lo que sería el sustento normativo y de coherencia del nuevo sistema. Estos principios fueron:

- a. **Principio de legalidad**, en cuanto la Administración no tiene libertad para contratar, sino solo en los casos y bajo las formas claramente dispuestas por la Ley. Dispone, a su vez de un orden de prelación en el cual prima la LBCP, luego el derecho público, y solo subsidiariamente el derecho privado.
- b. **Principio del formalismo**, según el cual el contenido de las Bases será el que fije el procedimiento y el criterio de las ofertas ganadoras.
- c. **Principio de publicidad y transparencia**, disponiendo la publicidad como la regla general, traducido en la licitación pública y el Sistema de Información de las Compras Públicas.
- d. **Principio de igualdad**, según el cual no es lícito a la Administración discriminar a potenciales contratantes que se encuentren en la misma situación de hecho, siendo posible para cualquier persona participar del proceso de contratación con el Estado, y todos bajo un estricto e idéntico apego a las Bases.

²³ Historia completa de la Ley 19.886. Sección: 1.1 Mensaje, p.4.

²⁴ Historia completa de la Ley 19.886. Sección: 1.1 Mensaje, p. 8.

- e. **Principio de la idoneidad del contratante**, en cuanto a que, si bien cualquier persona puede participar del proceso, el contratante final solo será aquel que cumpla los requisitos de idoneidad profesional, técnica y financiera para la prestación del servicio contratado o el bien adquirido.
- f. **Principio de la mutabilidad del contrato**, en virtud del cual se reconoce expresamente el ejercicio del *ius variandi* en el contrato por parte de la Administración ante circunstancias sobrevinientes. Pero también el derecho del contratista a ser asegurado patrimonialmente frente a la variación del contrato, con el reajuste del precio o la indemnización.
- g. **Principio de la preeminencia de la Administración**, por cuanto la Administración tiene la facultad para contratar y dirigir la ejecución del contrato, puede 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.
- h. **Principio del control**, por el cual toda actividad de contratación está sometida a un control de legalidad y de mérito.

En particular, con respecto a la DCCP, el Proyecto la concibió como un órgano de alta competencia técnica y, en virtud de ello, le asignó un rol asesor más protagónico de lo que había sido la DAE, asistiendo a los organismos públicos en sus planificaciones, adquisiciones y contrataciones, también administrando el Registro Nacional de Proveedores, además de administrar el Sistema de Información de Compras y Contratación Pública (Plataforma Chilecompra), y entregándole la suscripción de convenios marco. Aunque en un inicio se le otorgó un reducido equipo profesional, no superando los 18 funcionarios de planta y una dotación máxima de 22 funcionarios, con el paso de los años este fue aumentando según el perfeccionamiento órgano.

Finalmente, el Proyecto fue aprobado y publicado en julio de 2003, y con ello se dio origen a la DCCP. Ese mismo año, este órgano asumió la dirección de la plataforma Chilecompra y logró la incorporación de forma masiva tanto de

compradores (también llamados “Entidades”), como también de proveedores del Estado, siendo esta vez obligatorio para todos los organismos contratantes, salvo contadas excepciones.²⁵

En el año 2004 entró en vigor el Reglamento de la LBCP (en adelante el “Reglamento”) que, entre otras muchas disposiciones referentes al nuevo sistema, definió la organización de la DCCP, su patrimonio, y precisó en detalle las funciones que se le encargaban; a su vez, este mismo año se creó el Registro Electrónico Oficial de Proveedores “*ChileProveedores*” y se implementó el Tribunal de Contratación Pública (en adelante, “TCP”).

Con el transcurso de los años estas medidas se han consolidado con muy pocas modificaciones a la LBCP, y varias al Reglamento, permitiendo que la DCCP se posicione como un órgano que ha servido de ejemplo en la buena gestión de las compras públicas a nivel internacional. Sin embargo, poco se ha estudiado su funcionamiento y su organización desde una perspectiva jurídica más que meramente administrativa, por lo que se hace necesario analizar cómo este órgano relativamente nuevo (pues no tiene más de 20 años) puede evolucionar para responder a las nuevas necesidades de la época.

II. Estructura de la DCCP y organización administrativa.

1. Es un servicio público y satisface una necesidad pública.

La Ley 19.886 define a la DCCP como un servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y cuyo domicilio será la ciudad de Santiago²⁶.

²⁵ El artículo 2° de la LBCP fue uno de los puntos más discutidos, pues este excluía su aplicación para Servicios de Salud, Municipalidades y Fuerzas Armadas. No obstante, finalmente fueron todos incluidos, y en el caso de las Fuerzas Armadas se permitieron ciertas exclusiones, tales como como aquellas referentes al material de guerra y la facultad de mantener registros reservados para estas adquisiciones, así como tampoco estar sujetas a la obligatoriedad de adquisición a través de los Convenios Marco.

Como primera característica a destacar es que este órgano es definido como un servicio público y, como tal, su existencia supone la satisfacción de una necesidad pública.²⁷ Ahora, si bien ni la Ley ni el Reglamento definen propiamente tal la necesidad pública que satisface la Dirección o un objetivo genérico cómo si lo hizo en su oportunidad con la DAE (cuya misión era adquirir “*todos los elementos necesarios para el funcionamiento de la Administración*”²⁸), sí le son asignadas una serie de funciones a lo largo de la LBCP y de su Reglamento que permiten concluir que fue pensada como un órgano que resguarda la eficiencia, probidad y transparencia dentro del entramado del Sistema de Compras Públicas.

En la Historia de la Ley se dijo que “(..) *se espera que este programa ayude a mejorar los sistemas de recolección y difusión de las compras públicas, uniforme los procesos y normativas de compras públicas, contribuyendo a profundizar el mercado de compras del Estado, disminuyendo los precios y haciéndolos más transparentes.*”²⁹ (Énfasis agregado). Y más tarde, durante la Discusión en Sala se concluyó que la DCCP estaría a cargo de la coordinación de facilidades tecnológicas y herramientas de gestión del Sistema de Compras Públicas, así como también la coordinación y ejecución de los Convenios Marco³⁰.

Como vemos, la Ley no define la misión en concreto, sino solo funciones. Por ello, la misma DCCP ha dicho lo siguiente: “*Nuestra razón de ser, fuente de inspiración y motivación que nos guía, es generar eficiencia en la contratación pública con altos estándares de probidad y transparencia*”³¹.

²⁶ Artículo 28 de la LBCP. Y de la misma forma lo trata el artículo 103 del Reglamento de la LBCP.

²⁷ El concepto de servicio público es un punto discutido en la doctrina nacional. Para estos efectos seguiremos el concepto desarrollado por el Derecho Francés, entendiendo como tal a aquellas instituciones orientadas a la satisfacción de necesidades públicas. Esta interpretación también es recogida por el artículo 28 de la LOCBGAE.

Sobre la discusión sobre el concepto de servicio público ver Cordero, L. (2015), p. 470 y ss. Y también consultar Valdivia, J. M. (2018), p. 41 y ss.

²⁸ La DAE tenía a su cargo la adquisición, fabricación, almacenamiento y distribución de todos los elementos necesarios para el funcionamiento de la Administración Pública.

²⁹ Historia de la Ley 19.886. Sección: 1.2 Primer Informe Comisión de Hacienda, p. 30.

³⁰ Historia de la Ley 19.886. Sección: 1.4 Discusión en Sala, pp. 49 y 50.

³¹ Su misión está disponible en: <https://www.chilecompra.cl/mision-vision-y-objetivos/>

De lo señalado, podemos concluir que la DCCP enmarca su función en la búsqueda de la eficiencia que, si bien no es definida en la norma³², el mismo órgano ha dicho que lo entiende como la compra de bienes y servicios a precios convenientes para el Estado, con procesos de compra simples y al menor costo administrativo y personal, siendo compatible con la complejidad y riesgos asociados a la adquisición³³.

Esta búsqueda por la eficiencia³⁴ va en la misma línea de que lo que Moraga Klenner señala como la orientación de la Administración Pública al ciudadano, en donde hace aplicable a la Administración ideas tales como la aceptación, publicidad, transparencia, legitimación y control, todas derivadas de lo que él llama un “principio democrático”. Si bien la eficiencia por sí sola no es una función suficiente que permita definir al órgano, al enmarcarse en el ámbito de las compras públicas es una respuesta al éxito y calidad que se esperan del Estado, donde la sociedad tiene la expectativa de que este racionalice sus competencias, pero también que alcance una excelencia en su función, a fin de que posibiliten la satisfacción del ciudadano con bienes y servicios públicos de calidad³⁵.

Para este autor, la idea de la “*orientación de la Administración Pública al ciudadano*” comprende tres características que, si las observamos bajo la lupa de este estudio, son plenamente reconocibles en las funciones que la ley le otorga a la DCCP. Estas características son:

“(…) **acceso**: un determinado bien o servicio público debe ser alcanzado o conseguido por el ciudadano con facilidad y sencillez; **participación**: toda persona que debe recibir un servicio público o que está interesada en su prestación debe

³² Aunque no la defina la LBCP, el artículo 53 de la LOCBGAE señala que el interés general, como fin del principio de probidad administrativa, exige el empleo de medios idóneos para concretar una gestión eficiente y eficaz.

³³ Consultada en <https://datosabiertos.chilecompra.cl/Home/EficienciaCompras>.

³⁴ La Dra. Camacho ha dicho que la eficiencia del Estado está implícita: “*el principio de servicialidad que constituye al Estado como una organización vicarial para lograr alcanzar el bien común (art. 1º, CPR), contiene un mandato implícito de ser eficaz y eficiente en el empleo de los recursos públicos.*” Camacho, G. (2008), p. 365.

³⁵ Moraga K., C. (2007), p. 21.

*tener la posibilidad de participar en su producción, distribución y administración; e **información**: la Administración Pública debe informarse de lo que la gente espera de aquélla, y el ciudadano debe estar informado de lo que de ella puede esperar.”³⁶ (Énfasis agregado).*

Cada punto se verá reflejado en el análisis posterior de las facultades que tiene, y que podría alcanzar, la DCCP. No obstante, preliminarmente podemos señalar que: primero, la búsqueda de la facilidad y sencillez de acceso al Sistema de Compras Públicas se ve reflejado en el uso de la plataforma Mercado Público, en cuanto cualquier Entidad puede hacer uso de ella, ya sea voluntaria u obligatoriamente; segundo, la propia LBCP establece como uno de sus principios la igualdad entre oferentes, dando un espacio abierto a la participación de los particulares a través de la plataforma Mercado Público y el Registro de Proveedores; y tercero, el principio de publicidad y transparencia obliga en todo momento a que el Sistema de Compras Públicas y las plataformas virtuales que lo asisten, administradas por la DCCP, procuren mantener la mayor facilidad de acceso a la información en cuanto a las Bases y/o Contratos, al procedimiento de adjudicación, e incluso frente a las disputas ante el Tribunal de Contratación Pública.

En resumen, podemos decir que, como servicio público, su énfasis está en la eficiencia de las compras del Estado, siendo ello una respuesta a la historia de desorganización y heterogeneidad normativa que caracterizó a la DAE y a las compras públicas durante el siglo XX. Pero también responde a la nueva mirada de Estado desde una ciudadanía que exige el más idóneo empleo de sus recursos en todo ámbito, entre los que se encuentra la contratación. Por esto, la DCCP se diseñó con un rol más protagónico, mas no rector, en el nuevo Sistema de Compras Públicas, sin ser pensada como un sujeto intermediario durante el

³⁶ Moraga K., C. (2007), p. 22.

proceso de compra, pasando a convertirse en un órgano de gestión y administración con su eje en la eficiencia³⁷.

2. Órgano descentralizado sujeto a supervigilancia.

i. Descentralizado.

Un servicio público puede ser centralizado, integrando el poder central con todas las atribuciones y potestades que el Derecho le otorgue para la satisfacción de necesidades nacionales y/o locales sin asignarle al órgano personalidad jurídica y patrimonio propio³⁸, o puede ser descentralizado, en cuyo caso el servicio cuenta con personalidad jurídica y patrimonio propio, además de cierto grado de autonomía en virtud de la materia (*descentralización funcional*) o zona geográfica (*descentralización territorial*)³⁹. En el caso de la DCCP está se identifica con la descentralización funcional pues su carácter descentralizado nace de la especialidad de las materias que le competen y no por el alcance territorial de sus funciones que, dicho sea de paso, alcanzan a todo el territorio nacional.

Bermúdez señala que la descentralización funcional requiere que la ley le dé el carácter de autárquico al órgano, es decir, que cuente con atribuciones propias para ciertos asuntos, sin una relación de jerarquía frente a la autoridad central⁴⁰. Para este autor, la descentralización funcional tiene la ventaja de una mejor gestión técnica de sus funciones, pero que igualmente se mantiene sometida al control jurídico de órganos contralores, así como de la tutela o supervigilancia de la autoridad central.

³⁷ La ley igualmente le otorga facultades de intermediación en ciertos casos como se verá más adelante, pero el abanico de sus facultades está enfocado en la gestión y eficiencia del Sistema de Compras Públicas.

³⁸ Bermúdez, J. (2011), p. 304.

³⁹ Bermúdez, J. (2011), p. 310.

⁴⁰ Bermúdez, J. (2011), p. 313.

Como se mencionó antes, el mensaje de la LBCP fijó como objetivo lograr un sistema de adquisiciones con centralización normativa y descentralización operacional⁴¹. Por una parte, la centralización normativa apuntó a la uniformidad normativa y a alcanzar un mismo procedimiento coordinado por un solo órgano; mientras que, por otro lado, la descentralización operacional buscó crear un sistema particular, en el que cada organismo público contrate de forma individual, de tal forma, cada uno puede definir los requerimientos técnicos, económicos y administrativos que necesita, así como también cada Entidad es responsable de cumplir con la ley procurando cumplir con los estándares de probidad⁴².

No obstante, durante la discusión parlamentaria se planteó que las compras públicas deben definirse en función del objetivo de incrementar la economía y eficiencia, por lo que una operación descentralizada no siempre será la óptima si *“existen circunstancias en que se obtienen menores costos por medio de la centralización de algunas compras, sea por economías de escala o por la especialización de ciertas entidades.”*⁴³ Esto viene a justificar la existencia de los Convenios Marco, en donde se le otorgó a la DCCP facultades negociadoras con el fin de concentrar la demanda y obtener precios más competitivos dentro del mercado, aprovechando las economías de escala⁴⁴; cabe recordar que las partes del Convenio Marco son precisamente la DCCP y los Proveedores, para lo cual se hace necesario que el órgano goce de personalidad jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo.

En particular, sobre el patrimonio de la DCCP, podemos decir que esta goza de autonomía en cuanto a su gestión, y que está constituido principalmente por el aporte de la Ley de Presupuesto, definida por el Gobierno Central, además de otros ingresos producto de la adquisición y demás operaciones que ella misma

⁴¹ Historia de la Ley 19.886. Sección: 1.1. Mensaje, p. 4.

⁴² OAS (2015). Premio Interamericano Observatorio Chilecompra, p. 9.

⁴³ Historia de la Ley 19.886. Sección: 2.4. Primer Informe Comisión de Hacienda, p. 139.

⁴⁴ Historia de la Ley 19.886. Sección: 2.4. Primer Informe Comisión de Hacienda, p. 143.

realice en el marco de sus funciones. Asimismo, la LBCP admite el aporte que puedan realizar otras entidades públicas o privadas, nacional o internacionales⁴⁵.

Por otro lado, dentro del marco de su patrimonio, el Reglamento le otorga facultades tarifarias, por cuanto le permite fijar y cobrar la tarifa para la incorporación de personas naturales o jurídicas al Registro de Proveedores, lo cual permite financiar la operación de este. Sin embargo, la norma la limita haciendo una aplicación y remisión expresa al principio de igualdad en cuanto dice: “[las tarifas] *no podrán impedir o limitar el libre e igualitario acceso de los Proveedores al Registro y al Sistema de Información*”⁴⁶, pues de otra forma se afectaría, no solo la igualdad de acceso, sino también el principio de libre concurrencia de los oferentes, según el cual toda persona tiene el derecho de participar en un llamado de licitación pública⁴⁷.

Por último, llama la atención que la LBCP asigne a la DCCP la administración del patrimonio del Tribunal de Contratación Pública. En concreto, le corresponde “*proveer la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal*”⁴⁸. Es decir, la DCCP no solo tiene el control de su propio patrimonio sino también el de un Tribunal, lo cual puede presentar alarmas de falta de imparcialidad frente a procesos en que la misma DCCP se vea involucrada, como tercero o como parte.

ii. Supervigilancia.

La *supervigilancia o tutela* implica que, sin existir una desconexión total entre el órgano y la Administración Central, se mantenga la coordinación de funcionamiento y la unidad de la Administración del Estado, a través de facultades de tutela expresamente establecidas por el legislador⁴⁹. Esta se diferencia del concepto de *jerarquía* que conlleva ciertos poderes del superior sobre el inferior,

⁴⁵ Artículo 104 del Reglamento de la LBCP.

⁴⁶ Artículo 104 del Reglamento de la LBCP.

⁴⁷ Cordero, L. (2015), p. 430.

⁴⁸ Artículo 23, inciso final, de la LBCP.

⁴⁹ Bermúdez, J. (2011), p. 317.

como la potestad de mando, de fiscalización, potestad disciplinaria, entre otras,⁵⁰ y de las que no goza el superior que ejerce solo la supervigilancia.

En el caso de la DCCP, la ley no le asigna a la Administración Central facultades de control en concreto, pero si dispone de lo que, a juicio de Bermúdez, es “*la manifestación más poderosa del control de tutela sobre los órganos descentralizados*”⁵¹, cual es la designación por parte del Presidente de la República de la autoridad superior del órgano o Jefe del Servicio, en este caso, la designación del Director/a de la DCCP⁵². Asimismo, la LBCP menciona expresamente la supervigilancia, señalando que esta se ejercerá a través del Ministerio de Hacienda, siendo esta cartera la que toma el rol de nexo entre la voluntad de la Administración Central y las acciones de la DCCP.

Si el Presidente de la República puede designar, sin mayores requisitos, a la autoridad superior, eso hace al Director de la DCCP un cargo de exclusiva confianza, respecto del cual el Presidente de la República también puede ejercer el poder de remoción. Aunque llama la atención que, siendo pensado como un órgano eminentemente técnico, se haya preferido por este método de designación, pues los cargos de exclusiva confianza tienen un marcado tez político que se origina en el fuerte presidencialismo del país. Sin embargo, desde octubre de 2019 el cargo de Director de la DCCP se sometió al Sistema de Alta Dirección Pública, lo cual definitivamente aporta a su independencia, incorporando criterios meritocráticos en su designación, y no solo políticos⁵³, lo cual, a su vez, releva el perfil especializado del órgano.

Para recapitular, identificamos que la DCCP es un órgano descentralizado funcionalmente y que tiene potestades limitadas para su actuar, estando siempre sujeto al control del Gobierno Central a través de dos mecanismos: (i) el control presupuestario definido por la Ley de Presupuesto; y, (ii) la designación del

⁵⁰ Cordero, L. (2015), p. 197 y ss.

⁵¹ Bermúdez, J. (2011), p. 318.

⁵² Artículo 29, de la LBCP.

⁵³ Valdivia, J. M. (2018), p. 115.

director del servicio por el Presidente de la República, quien, a su vez, mantiene la potestad de removerlo por ser un cargo de exclusiva confianza.

3. Organización interna. Observatorio Chilecompra.

La DCCP tiene una organización jerárquica para su funcionamiento. A la cabeza se encuentra el Director/a, quien es el Jefe de Servicio y, por tanto, le corresponde ejercer la dirección superior, la organización y administración del órgano.⁵⁴ Luego, como funcionarios de exclusiva confianza del Director/a, se encuentran los Jefes de Departamento que, si bien no son definidos por ley, el Reglamento dispone que estos no serán más de cuatro funcionarios directivos⁵⁵.

Para el cumplimiento de sus funciones, la Dirección se organiza funcionalmente en divisiones, áreas y departamentos, los cuales son definidos por una Resolución del Director, y que para estos efectos toma el nombre de “Estatuto Interno”⁵⁶.

Actualmente, los cuatro cargos que la ley asigna a Jefes de Departamento, son ocupados por los Jefes de cada una de las Divisiones de la Dirección, organizados de la siguiente forma:

⁵⁴ Artículo 29 de la LBCP.

⁵⁵ Artículo 33, del Reglamento de la LBCP.

⁵⁶ Actualmente, este está fijado por la Resolución Exenta N° 370 B de la DCCP.

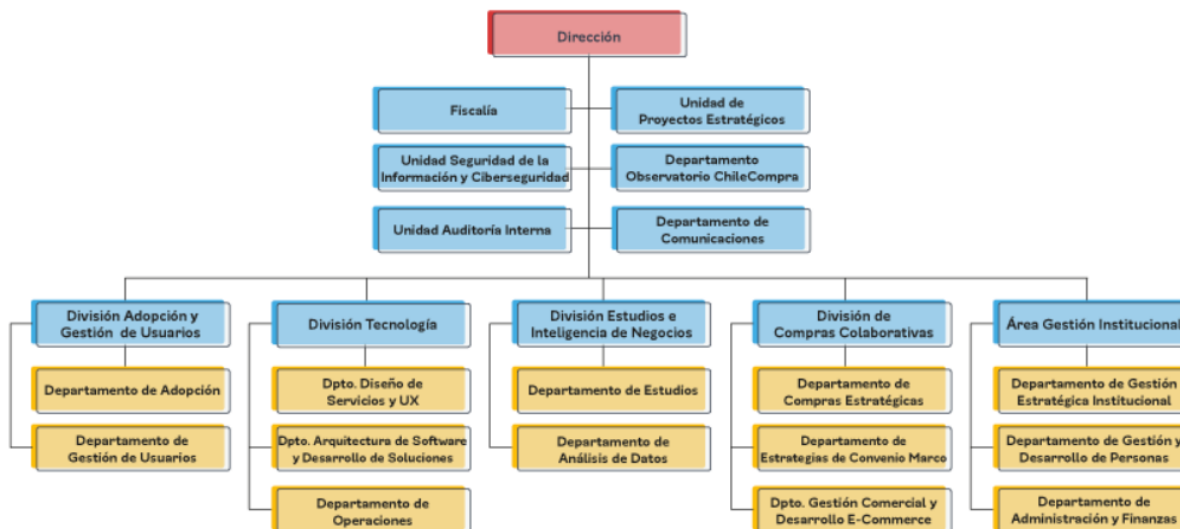


FIGURA 1. ORGANIGRAMA INSTITUCIONAL DE LA DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA⁵⁷.

Como se aprecia de la Figura 1, la DCCP contempla un entramado organizacional bastante complejo que se ha ido definiendo en virtud de los desafíos del órgano. En este trabajo no analizaremos cada departamento en detalle, pero la descripción y función de cada uno puede ser consultada en el Estatuto Interno de la DCCP.

Podemos destacar que ni la LBCP ni el Reglamento limitan a la DCCP en cuanto a la cantidad de divisiones o subdivisiones que puede tener, por lo que posee libertad para autodefinirse organizacionalmente, siempre dentro del marco de sus facultades y funciones. Un ejemplo de esto es que han surgido departamentos o secciones que exceden de aquellos que suelen ser comunes a gran parte de los servicios públicos (como la Fiscalía), pero que vienen a cumplir roles esenciales para el correcto desempeño de su labor, como lo es el Observatorio ChileCompra.

⁵⁷ Disponible en: <https://www.chilecompra.cl/organigrama/> (Consultado el 15 de junio de 2021).

El Observatorio Chilecompra busca promover las buenas prácticas y mantener un estándar de calidad en los procesos de compra que realizan los organismos públicos a través de la plataforma web www.mercadopublico.cl, a fin de aumentar los niveles de eficiencia y probidad en las compras públicas⁵⁸. Cabe señalar que esta división no cuenta con un reconocimiento legal, por lo que su nacimiento viene desde los mismos agentes de la DCCP que vieron la necesidad de realizar procesos de compra más adheridos a la normativa y que mantuviera altos estándares de probidad⁵⁹; no obstante, podemos deducir que sus acciones se enmarcan en las facultades contempladas en el artículo 30, letra a), de la LBCP, por cuanto a la DCCP le corresponde asesorar organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones, siendo el Observatorio una herramienta más que útil para este propósito.

Como se verá en el siguiente capítulo, la DCCP carece de facultades fiscalizadoras, por lo que el Observatorio viene a cumplir una función potencialmente análoga a través del monitoreo y reporte del estado de las compras públicas en Chile. A su vez, destaca por su vocación colaborativa e interinstitucional, en donde se relaciona constantemente con entidades a las que la ley sí les asigna facultades fiscalizadoras, tales como la Contraloría General de la República, quien ha contado con los informes del Observatorio como insumo para la realización de Auditorías Especiales a las Entidades contratantes⁶⁰, o apoyando a la Unidad de Análisis Financiero, a quien le entrega reportes de operaciones sospechosas respecto del uso de los recursos públicos⁶¹.

En conclusión, el órgano se ha ido definiendo progresivamente a sí mismo, creando, siempre en el marco de sus funciones, nuevas divisiones o departamentos que le permitan cumplir de mejor forma sus labores. Es un órgano en evolución y a la que la amplitud de sus facultades, sumado a su carácter descentralizado, le permiten adecuarse a las necesidades del Sistema y, al mismo

⁵⁸ Artículo 2.2 del Estatuto Interno de la DCCP.

⁵⁹ OAS (2015). Premio Interamericano Observatorio Chilecompra, p. 3.

⁶⁰ OAS (2015). Premio Interamericano Observatorio Chilecompra, p. 3.

⁶¹ Artículo 2.2, literal f), del Estatuto Interno de la DCCP.

tiempo, asesorar al resto de sujetos en la mejor fiscalización de las compras públicas.

4. Marco normativo.

Para entender el complejo normativo aplicable a la DCCP, debemos dividirlo en dos puntos: Primero, aquellas normas que definen y a las cuales está sujeta la DCCP, y; segundo, las facultades normativas o reguladoras del órgano, que, desde ya anunciamos que no se califican como tales, pero que sí responden al ejercicio de sus facultades de asesoramiento y promoción de las buenas prácticas en las compras públicas entre todos los actores del Sistema.

Primero, aquellas normas a las que se sujeta la DCCP. Partiendo por el artículo 28 de la LBCP que muy ilustrativamente le da origen al órgano al iniciar su redacción “*Créase, como servicio público descentralizado, la Dirección de Compras y Contratación Pública (...)*”, asignándole su calidad de servicio público. Como servicio público y Órgano de la Administración del Estado, está sujeto en primer lugar a la Constitución Política de la República, en concreto, a los artículos 6° y 7°, sobre el principio de legalidad, y al artículo 8°, que obliga a los Órganos del Estado a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en sus actuaciones, sin perjuicio del resto de disposiciones. Por otro lado, también queda sujeta al articulado completo de la Ley 18.575 (LOCBGAE) y la Ley 19.880 (LBPA), y asimismo sus funcionarios se sujetan a la Ley 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Además, al ser un órgano dependiente del Ministerio de Hacienda está obligada por los pronunciamientos de dicha cartera, esto es, decretos,

resoluciones y oficios, tales como los Decretos Supremos de nombramiento del Director de la DCCP⁶², o su propio Reglamento.

En su calidad de OAE, también está sujeto a los dictámenes e instrucciones de la Contraloría General de la República, así como a las demás potestades de control de este órgano (toma de razón y auditoría). Además de las instrucciones generales para todo OAE, la CGR también se ha pronunciado sobre ciertos puntos específicos de la contratación pública:

- Oficio N° 2.453 de enero de 2018, que imparte instrucciones sobre el cumplimiento del principio de probidad en materia de contratación pública.
- Oficio N° 7.561 de marzo de 2018, que imparte instrucciones sobre el pago oportuno a los proveedores en los procesos de contratación pública bajo la Ley N° 19.886.

Estas instrucciones son vinculantes para la DCCP, pero también lo son para todas las Entidades Contratantes del Sistema de Compras Públicas⁶³, quienes deben seguir las pautas que la CGR ordene, siendo este el único organismo que puede emitir instrucciones vinculantes al respecto.

Cabe mencionar lo importante que es la CGR en el Sistema, puesto que a través de su jurisprudencia administrativa ha dotado de contenido a los principios del Derecho Administrativo⁶⁴, incluyendo entre ellos a los principios de la contratación⁶⁵.

En segundo lugar, y aunque el actual Proyecto de Ley de Compras Públicas modifica esto, la ley no le otorga potestades normativas a la DCCP. No obstante, el Director, en su calidad de superior jerárquico del servicio, puede impartir

⁶² El último decreto de nombramiento vigente es el D.S. N° 1407 de 2019, del Ministerio de Hacienda, que nombra a Tania Perich Iglesias como Directora de la DCCP.

⁶³ Artículo 1 de la Ley 10.336 de 1964, que establece la organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

⁶⁴ Cordero. L. (2015), p. 167.

⁶⁵ Para ver el pronunciamiento de la CGR respecto de los principios de las compras públicas consultar a Díaz B., E. (2016), pp. 53 y ss.

Instrucciones que solo tienen efectos intra administrativos y no corresponden a una auténtica fuente normativa⁶⁶, por lo que no son vinculantes frente a terceros⁶⁷.

Sin perjuicio de ello, en el marco de la función de asesoría a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compra, artículo 30 literal a) de la LBCP, la DCCP puede emitir orientaciones y recomendaciones generales destinadas a difundir las buenas prácticas y a fortalecer la probidad, la transparencia y la eficiencia en las compras públicas, facultad también recogida en el artículo 104 bis del Reglamento. En virtud de esta facultad, la DCCP manifiesta su voluntad a través de Resoluciones⁶⁸, las que, desde una perspectiva sustantiva, pueden agruparse en:

- a) **Directivas de Contratación:** Son orientaciones y recomendaciones generales, elaboradas en virtud de su función asesora, que buscan favorecer una mejor gestión de los procesos de compra, dentro del marco legal vigente y de las políticas de Gobierno en la materia⁶⁹. Las directivas abarcan los más variados temas, tales como recomendaciones de eficiencia⁷⁰, innovación en compras públicas⁷¹, la creación de un Código de Ética para Proveedores⁷², e incluso la incorporación del enfoque de género en las compras públicas.⁷³
- b) **Manuales y Guías Legales:** Aunque no son propiamente Resoluciones, estos instrumentos emanan igualmente de la función de promoción de las buenas prácticas de las compras públicas y están destinadas para el uso de terceros. Su objetivo es el apoyo para la comprensión de la normativa de

⁶⁶ Valdivia, J. M. (2018), p. 179.

⁶⁷ CGR. Dictamen N°62.237, del 27 de septiembre de 2013.

⁶⁸ Según el Artículo 3, inciso 5, de la LBPA. Resoluciones son "*actos de análoga naturaleza [a los decretos supremos] que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión*".

⁶⁹ Esta definición ha sido sostenida en el tiempo y se contempla en diversas Directivas, tales como la N° 4 de 2006 o la N° 26 de 2018.

⁷⁰ Directiva N° 26, de 2018. "Recomendaciones para una mayor eficiencia en la contratación de bienes y servicios".

⁷¹ Directiva N° 33, de 2018. "Recomendaciones para la innovación en compras públicas".

⁷² Directiva N° 31, de 2018. "Código de ética y buenas prácticas para proveedores del Estado en Compras Públicas".

⁷³ Directiva N°20, de 2015. "Enfoque de Género en materia de Compras Públicas".

compras públicas, así como también del uso de plataformas virtuales e instrumentos de evaluación, y están dirigidas principalmente a las Entidades Contratantes.

Por otro lado, tenemos los **Términos y Condiciones de Uso**. Estos se dictan en virtud de la facultad legal del artículo 30, literal h, de la LBCP, que le encarga a la DCCP establecer políticas y condiciones de uso de los Sistemas de Información, compuesto por Mercado Público y el Registro de Proveedores. En este caso, es la DCCP quien tiene la administración de la plataforma, por lo que sus pronunciamientos al respecto sí son vinculantes, pero solo para los usuarios del Sistema electrónico⁷⁴. Esta categoría no se identifica con la función de promoción de buenas prácticas, pero destacan por ser el único tipo de Resoluciones que manifiestan la voluntad de la DCCP de un modo obligatorio para sus destinatarios.

La mayoría de las Resoluciones emanan de la facultad de promoción de las buenas prácticas y no son vinculantes (salvo por los Términos y Condiciones de Uso para los usuarios), por lo que podemos sostener que son instrumentos asimilables al *soft law*. Según Cordero, el *soft law* comprende recomendaciones, directrices, guías operativas y manuales de operación, entre otros instrumentos, que tienen por objeto orientar y hacer predecibles las decisiones estatales, pero que, a su vez, se caracterizan por su falta de coercitividad, por lo que solo pueden pretender conseguir un diálogo regulatorio con los interesados o destinatarios⁷⁵, que, para estos efectos, comprende tanto a las Entidades contratantes, como a los Proveedores.

⁷⁴ El concepto de “usuario” tiene 3 acepciones bajo el Artículo 2 del Reglamento: a) N° 32 “usuario comprador”: Funcionario que participa directa y habitualmente en los Procesos de Compra de una Entidad Licitante en los términos previstos en el artículo 5 de este reglamento; b) N° 33 “usuario oferente”: Persona natural o jurídica que utiliza el Sistema de Información con el fin de participar en los Procesos de Compra que se realizan a través de él; c) N° 34 “usuario ciudadano”: Persona natural o jurídica que requiere información de los Procesos de Compra a través del Sistema de Información. Sin embargo, todos son o pueden ser usuarios del Sistema de Información y, por tanto, se sujetan a los Términos y Condiciones de Uso.

⁷⁵ Cordero, L. (2015), p. 180.

III. Funciones de la DCCP.

Tal como se ha descrito en párrafos anteriores, la tarea de la DCCP no es única, sino que son múltiples funciones destinadas a alcanzar la eficiencia en las compras públicas con altos estándares de probidad y transparencia, para lo cual la DCCP cumple un rol esencialmente administrador y no intermediario.

En su rol administrador, se ha distinguido a la DCCP de otros organismos destinados a la adquisición de bienes y servicios que también son parte de la Administración del Estado, como la CENABAST o el MOP, quienes tienen sistemas de adquisición propios y no están sujetos a la obligación de contratar a través de la plataforma Mercado Público, sin perjuicio de que pueden sumarse a ellos de forma voluntaria tal como lo ha hecho el MOP desde 2017⁷⁶.

Durante la discusión del Proyecto de la LBCP, el Gobierno de la época sostuvo que la creación del Sistema de Compras Públicas era tan ambiciosa que, en una primera etapa, no incluiría a las Municipalidades, Fuerzas Armadas, ni a la CENABAST, pues un cambio tan drástico en el corto plazo podía derivar en un desmedro del buen funcionamiento que tenían, por lo que su inclusión correspondería a una segunda etapa con un nuevo Proyecto⁷⁷.

En particular sobre las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, se argumentó que existían razones de seguridad nacional que obligaban a guardar secreto militar incluso respecto de la adquisición de alimentos o vestuario; asimismo, argumentaron que en cada rama de las Fuerzas Armadas se ha consolidado una especialización operativa y de resguardo de la confidencialidad por la particularidad de sus adquisiciones⁷⁸. Por su lado, las Municipalidades

⁷⁶ Noticia de 18 de enero de 2017, disponible en: <https://www.chilecompra.cl/2017/01/licitaciones-de-mop-a-chilecompra-sumaria-transacciones-por-us-2-300-millones/> [Consultado el 2 de enero de 2022].

⁷⁷ Historia de la ley 19.886, 1.6. Discusión en Sala. p. 96.

⁷⁸ Historia de la ley 19.886, 2.4 Primer Informe de Comisión de Hacienda. p. 145.

defendieron su exclusión argumentando que la LOCM reguló correctamente el régimen de bienes estableciendo normas regulatorias sobre contratos municipales, entre las que destaca la obligación de aprobar por cada Municipalidad un Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones Municipales⁷⁹; al gozar de autonomía constitucional, las Municipalidades no fueron comprendidas en el Sistema de Compras Públicas, sin embargo, la dictación de la LBCP las obligó a adecuar su reglamentos de contrataciones a la nueva normativa⁸⁰. Por último, la CENABAST demostró conformidad con ser incorporada al sistema, pero solicitó que se consagrara la facultad extraordinaria de contratar directamente en situaciones excepcionales, como situaciones de urgencia⁸¹.

Cabe destacar que, de estas tres instituciones originalmente excluidas, la única que opera como un órgano exclusivamente dedicado a las compras públicas es CENABAST, quien tiene a su cargo la provisión de todos los medicamentos, insumos y elementos que requieran los organismos adscritos al Sistema de Salud⁸². Sin embargo, CENABAST fue pensada como un órgano que busca reducir costos a través de la concentración de la demanda del Sistema de Salud, y, en nombre de este, realizar adquisiciones masivas que posteriormente serán distribuidas, siendo ello similar a lo que fue la DAE, pero, en este caso, para un área particular; por otro lado, la DCCP fue pensada como un observador y gestor del proceso que, si bien tiene facultades para celebrar Convenios Marco, no está pensada con el fin de acumular demanda por sí misma, sino de administrarla y procurar su satisfacción de forma descentralizada.

Finalmente, estos organismos quedaron sujetos a los Sistemas de Información en aras de cumplir con los estándares probidad y transparencia, pero mantuvieron sus propios sistemas de adquisición⁸³, hasta el día de hoy. En el caso

⁷⁹ Historia de la ley 19.886, 2.4 Primer Informe de Comisión de Hacienda. p. 144.

⁸⁰ Camacho, G. (2008), p. 384.

⁸¹ Historia de la ley 19.886, 2.4 Primer Informe de Comisión de Hacienda. p. 144.

⁸² Artículo 68 del DFL N° 1, del Ministerio de Salud.

⁸³ Las adquisiciones de: a) las Fuerzas Armadas, se rigen por la Ley N° 18.928; b) las Municipalidades, se rigen por los artículos 32 y ss. de la Ley N° 18.695; y, c) las de CENABAST, se

particular del MOP, este se ha sumado a la plataforma de Mercado Público, aunque igualmente mantiene un registro de compras particular donde los proveedores y/o ofertantes deben inscribirse, conocido como el Registro MOP.

Veamos ahora las facultades que la Ley le asigna a la DCCP que, para su mejor análisis, hemos clasificado en tres puntos: su función asesora, su función administradora, y la suscripción de Convenios Marco.

1. [Asesoría en compras públicas y resguardo de la competencia.](#)

En el 2002, a propósito de la creación de la DCCP, Meyer y Fath realizaron un diagnóstico de la contratación pública en Chile y concluyeron lo siguiente: “*El Estado en Chile **no aplica una política unificada a las contrataciones públicas.** Estas últimas son altamente descentralizadas, pero ello no se refiere sólo al aspecto operacional, sino a la formulación o ausencia de políticas. **No existe ningún responsable de promover objetivos comunes o ‘mejores prácticas’**, ni de evaluar los resultados desde la perspectiva del gobierno como un todo, considerando las implicancias de las compras públicas para la transparencia y la igualdad de oportunidades.”⁸⁴ (Énfasis agregado).*

Este diagnóstico de la época marca el tenor de las facultades que se otorgaron a la DCCP y que ocupan gran parte de su gestión actual, esto es, la asesoría y gestión en el proceso de compras públicas.

Primero, si bien hoy existe un único proceso de compras públicas, igualmente existen prácticas diferenciadas para contratar según cada organismo (Ej.: un mismo bien o servicio puede adquirirse de distintas formas según la Entidad contratante), por lo que se hace necesaria la búsqueda de uniformidad para una mejor fiscalización y otorgar mayor certeza jurídica a los Proveedores

rige por el DFL N° 1, del Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469.

⁸⁴ Meyer, David; Fath, Jean (2002), p. 545.

sobre los procesos de compra. A fin de homogeneizar esta diversidad de prácticas, el Reglamento le entrega dos funciones relevantes a la DCCP⁸⁵:

- a) **Emitir orientaciones y recomendaciones generales para difundir las buenas prácticas, probidad y transparencia en las compras públicas.** En concreto, se materializa con la emisión de Directivas de Contratación y Guías o Manuales Legales (tratadas anteriormente), que permiten orientar tanto a las Entidades como a los Proveedores en el mejor uso del Sistema de Compras Públicas.
- b) **Fomentar y proponer acciones para mayor eficiencia y probidad.** Entre estas acciones se encuentran las compras coordinadas⁸⁶, en las que la DCCP puede actuar por mandato representando a un conjunto de Entidades⁸⁷, o apoyando la coordinación con los compradores, pero sin representación alguna, sino a través de un Convenio de Colaboración, siendo ello manifestación del principio de colaboración y coordinación entre organismos públicos que exigen los artículos 3° y 5° de la LOCBGAE.

Ambas funciones permiten a la DCCP, en su calidad de experta técnica, otorgar asesoría a las Entidades en sus procesos de compra. Sin embargo, esta asesoría solo abarca desde el ámbito precontractual hasta la etapa de adjudicación, y no permite asesorar en cuanto a gestión de contratos ni sobre la ejecución de estos. Por otro lado, hay que recordar que tanto las orientaciones como las compras coordinadas son voluntarias y no vinculantes para las Entidades, por lo que perfectamente pueden decidir no seguirlas.

⁸⁵ Artículo 104 bis. Reglamento LBCP.

⁸⁶ “Las Compras Coordinadas son una modalidad de Compra Colaborativa donde varios organismos públicos actúan conjuntamente, con el apoyo estratégico de ChileCompra, para obtener ahorros efectivos para el Estado al agregar demanda, aprovechar economías de escala y obtener mejores condiciones comerciales en una única adquisición de bienes o servicios por medio de una licitación o gran compra en Convenio Marco.” DCCP. Guía de Uso - Aplicativo de Compras Coordinadas, p. 2.

⁸⁷ La LBCP faculta expresamente a la DCCP para representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos (artículo 30, literal e, LBCP). Para esto, la o las Entidades contratantes deben solicitarlo a la DCCP especificando la forma y alcance de la representación requerida y luego ser aceptada (artículo 7, Reglamento LBCP).

Segundo, el asesoramiento y apoyo de la DCCP incide en un elemento que es crucial en las compras públicas pero que en Chile no se ha relevado suficientemente, esto es, la Planificación Anual de Compras (también llamados Programas Anuales de Compra o, en adelante, “PAC”)⁸⁸. Los PAC son una lista de bienes y/o servicios de carácter meramente referencial que confeccionan las Entidades contratantes a fin de planificar su adquisición durante un año⁸⁹, y respecto de los cuales la ley exige que estén disponibles en Mercado Público y en el Registro Nacional de Proveedores. Estos Planes están dotados de un contenido bastante detallado, no solo con la lista de bienes y/o servicios, sino también con las especificaciones, valores, procesos de compras y fechas aproximadas de adquisición, entre otros elementos⁹⁰. Destacamos su importancia por permitir a los Proveedores formarse una idea respecto de la calidad y cantidad de los bienes que el Estado solicitará para el año siguiente, y así tomar decisiones más informadas respecto de su ingreso o no a Mercado Público.

La Ley no otorga facultades a la DCCP para fiscalizar o exigir el cumplimiento de los PAC⁹¹, o siquiera para controlar que efectivamente sea confeccionado por las Entidades, y tampoco tiene facultades sancionatorias, por lo que el seguimiento sobre ellos es muy escaso⁹². Sin embargo, la norma tampoco parece exigir un estricto cumplimiento o apego a estos PAC pues el Reglamento señala que es “*de carácter referencial*” y no obliga a las Entidades o a la DCCP a efectuar los procesos de compra ahí señalados⁹³. Esto entrega un amplio margen de flexibilidad y desincentiva la planificación efectiva. Es más, el Informe de la

⁸⁸ Artículo 12 de la LBCP: “Cada institución deberá elaborar y evaluar periódicamente un plan anual de compras y contrataciones, cuyos contenidos mínimos serán definidos en el reglamento.

Cada institución establecerá una metodología para evaluar anualmente los resultados de los contratos celebrados, así como el rendimiento de los bienes y servicios que adquiere. Toda esta información deberá ser reflejada en el Sistema de Información de las Compras Públicas y en el Registro Nacional de Proveedores, según lo establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública.”

⁸⁹ Artículo 2 N° 23, del Reglamento LBCP.

⁹⁰ Artículo 98 y ss., del Reglamento LBCP.

⁹¹ No obstante, la Directiva de Contratación N° 6 de 2007, señala ciertos criterios que deben considerar las Entidades al elaborar el PAC.

⁹² FNE (2020), p. 13.

⁹³ Artículo 99, del Reglamento de la LBCP.

Fiscalía Nacional Económica (en adelante, “FNE”) sobre el Mercado de Compras Públicas señala que un tercio de los compradores reconoce no realizar la labor de Planificación de Compras⁹⁴.

Con el conjunto de Planes de cada Entidad la Ley faculta a la DCCP para formular un **Plan Anual General de Compras para el Sector Público**, y así disponer de información consolidada en cuanto a la demanda conjunta de bienes y/o servicios para el próximo año⁹⁵.

La planificación de una compra es considerada la etapa más importante del proceso pues fija la forma de toda la contratación⁹⁶. Sin embargo, en Chile no se desarrolla con la fuerza que amerita y ni siquiera se realiza un correcto análisis de necesidades⁹⁷, siendo esto esencial para que la DCCP pueda proponer la agregación de demanda a través de compras coordinadas, Convenios Marco o la “asesoría estratégica”⁹⁸, y así evitar el suministro de emergencia (causal de trato directo) o retrasos en el suministro de bienes y servicios⁹⁹.

Tercero, a la DCCP le toca promover la máxima competencia posible en la contratación, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes, además de ejercer la labor de difusión hacia los actuales y potenciales Proveedores de todos los elementos del Sistema de Compras Públicas¹⁰⁰. Durante la discusión del Proyecto de la LBCP se le pretendió otorgar a la DCCP una facultad de control al “*Supervisar permanentemente el grado de competencia en los actos de contratación de la Administración (...)*”¹⁰¹, sin embargo, finalmente

⁹⁴ FNE (2020), p. 13.

⁹⁵ Esto es similar al Programa de Compra que elaboraba la DAE anualmente.

⁹⁶ European Commission (2018), p. 16.

⁹⁷ FNE (2020), p. 143.

⁹⁸ La *asesoría estratégica* no tiene reconocimiento expreso legal o reglamentario, pero se ha implementado por la DCCP en el marco de su función de asesoría a las Entidades con el fin apoyar y acompañar, en su calidad de experta, el proceso de compras desde su planificación hasta la adjudicación. Disponible en <https://www.chilecompra.cl/asesoria-estrategica/> [Consultado el 17 de julio de 2021].

⁹⁹ OAS (2013), p. 30.

¹⁰⁰ LBCP. Artículo 30, literal g.

¹⁰¹ Historia de la Ley 19.886, 2.4. Primer Informe Comisión de Hacienda, p. 163.

solo se le asignó la función de promoción de la competencia, siendo ello mucho más limitado que una supervisión permanente sobre las Entidades.

El Informe de la FNE, ya mencionado, señala que esta relación entre competencia y compras públicas tiene dos dimensiones¹⁰²:

Primero, relacionado con las conductas anticompetitivas, como la colusión, respecto de lo cual la ley señala expresamente como conducta anticompetitiva el acuerdo o prácticas concertadas que afecten el resultado de procesos de licitación¹⁰³; sobre esto, en el 2009 la DCCP emitió la Directiva N° 11 “*Instrucciones para la prevención de la colusión entre oferentes*”, que tuvo por objeto otorgar herramientas a las Entidades para la prevención y detección oportuna de prácticas colusorias en las ofertas.

Segundo, la necesidad de evitar distorsiones a la competencia con la creación de barreras regulatorias a la entrada al mercado. Para esto, las bases de licitación son un buen ejemplo de barrera regulatoria, puesto que, como ha dicho el TDLC: “*son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos*”¹⁰⁴. La DCCP ha dicho que la promoción de la competencia “*se traduce en evitar Bases de Licitación o Términos de Referencia con restricciones a la participación de empresas, tales como requisitos de tamaño, localización o experiencia, o bien boletas de garantía de costos desproporcionados al valor del posible contrato*”¹⁰⁵, por lo que se insta a procurar el más amplio acceso posible. Esto ha sido también promovido por la CGR, que ha dicho que “*mientras más numerosas sean las ofertas válidas que concurran a una*

¹⁰² FNE (2020), p. 46.

¹⁰³ Decreto Ley 211, de 1973. Artículo 3, literal a).

¹⁰⁴ Sentencia TDLC N°118/2012, consideración 6º, y Resolución TDLC, de fecha 7 de abril de 2020, Rol N°61/2020. Citado en FNE (2020), p. 47.

¹⁰⁵ DCCP. Directiva N° 4, de 30 de junio de 2006, p. 2.

*licitación, mayor es el ámbito de acción de la Administración para elegir la propuesta más satisfactoria al interés público*¹⁰⁶.

Para evitar que los procesos de compra contravengan los principios de la contratación relativos a la competencia, entre los que está la igualdad y libre concurrencia, la DCCP ha implementado las Bases Tipo “*en la[s] que se utiliza el procedimiento administrativo de licitación, en donde los aspectos administrativos han sido fijados por ChileCompra y validados por la Contraloría General de la República*”¹⁰⁷, por lo que, mientras las Entidades no realicen cambios, estas Bases permiten licitar directamente, sin pasar por la toma de razón de la CGR y, a su vez, revisten de legitimidad el instrumento de contratación dándole mayor seguridad y certeza al Proveedor contratante.

Para resumir, las buenas prácticas en los procesos de compra en Chile se ven fomentadas y apoyadas sostenidamente por la DCCP, pero, al no poder emitir directivas vinculantes, y estando limitadas solo al proceso de adjudicación, se ve difícil alcanzar una uniformidad en los procesos de compra efectuados por cada repartición del país. Por otro lado, la promoción de la competencia en compras públicas implica asegurar el principio de igualdad de los oferentes y de libre concurrencia, lo que puede lograrse a través de la disminución de las barreras de entrada en los procesos de compra, para lo cual la misma DCCP ha ideado herramientas como las Bases Tipo.

2. [Administrar el Sistema de Información de las Compras y Contrataciones de la Administración.](#)

El artículo 19 de la LBCP crea el Sistema de Información de las Compras y Contrataciones de la Administración (en adelante, el “Sistema de Información”), y

¹⁰⁶ CGR. Dictamen N° 32.810-2015. Mismo criterio en dictámenes N° 42.621, de 2007 y 48.488, de 2011.

¹⁰⁷ Descripción de las Bases Tipo que realiza la DCCP. Disponible en <https://www.chilecompra.cl/bases-tipo/>

le encomienda a la DCCP su administración. Este Sistema se aplica a todos los organismos del artículo 1 de la LBCP y debe estar disponible a todo el público de forma gratuita.

Si bien la LBCP los trata de forma separada, este Sistema está compuesto por la plataforma Mercado Público y por el Registro del Proveedores. Y respecto de ambos el legislador los regula someramente en la LBCP, entregando su funcionamiento en detalle al Reglamento¹⁰⁸, así como también gran parte de sus definiciones a la administración de la DCCP.

Llama la atención que la Ley disponga expresamente que el Sistema de Información sea de acceso público y gratuito. Esto se explica como una manifestación del principio de publicidad y transparencia que exige nuestra Carta Fundamental en su artículo 8° incisos 1 y 2: *“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 utilicen. (...)”*. Celis define al principio constitucional de publicidad como aquel que posibilita la vigencia de los principios de probidad y transparencia (misión de la DCCP), y que es la base directa del derecho fundamental de acceso a la información pública¹⁰⁹. El autor señala que la jurisprudencia administrativa ha reconocido a la publicidad como un principio supremo con eficacia inmediata a todas las ramas del Derecho Público¹¹⁰, y, por lo tanto, también aplicable a los procesos de compras públicas. De hecho, la propia CGR ha dicho que *“uno de los objetos fundamentales de Ley*

¹⁰⁸ Artículo 17, de la LBCP: *“El Reglamento establecerá el régimen y criterios de clasificación de los contratistas, los requisitos de inscripción en cada categoría y las causales de inhabilidad, incompatibilidad, suspensión y eliminación del registro por incumplimiento de obligaciones u otras causales. El Reglamento deberá cautelar el libre acceso de los contratistas al registro y su evaluación objetiva y fundada.”*

¹⁰⁹ Celis, G. (2008), p. 99. La definición textual es la siguiente: *“(...) es aquella norma principal (sic) de carácter deontológico, que situada en las bases de la institucionalidad, en cuanto principio jurídico-político integrante del Estado de Derecho; viene a posibilitar la vigencia de los principios de probidad y transparencia en la función pública, constituyendo el basamento directo del derecho fundamental al acceso a la información pública en tanto posibilita el conocimiento de los actos y resoluciones estatales así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, derecho este último que viene precisamente a materializarlo.”*

¹¹⁰ Dictámenes N° 49.022, .415 y 54.138, todos de 2005. Citados en Celis, G. (2008), p. 100.

*N° 19.886 consiste en garantizar la transparencia de las operaciones contractuales de la Administración del Estado*¹¹¹, por lo que se explica con mayor razón la protección legal que se otorga a la publicidad y gratuidad del Sistema de Información.

La LBCP dispone que todo organismo público regido por ella podrá desarrollar sus procesos de adquisición y contratación de esta ley únicamente utilizando los sistemas electrónicos que defina la DCCP. Actualmente este sistema electrónico es Mercado Público, previamente conocido como Portal Chilecompra.

Si bien la administración del Sistema de Información le corresponde a la DCCP, la LBCP señala que este “*será operado por uno o más contratistas externos*”¹¹² otorgando preferencia a terceros con experiencia técnica para su operación. No obstante, también se faculta a la DCCP para operarlo de forma directa, pero solo bajo resolución fundada y cuando existan razones económicas o estratégicas, o situaciones excepcionales, que lo justifiquen, y siempre de forma transitoria. Esto es otra señal de la tendencia del legislador por preferir la dirección de expertos técnicos para la operación del Sistema de Compras Públicas¹¹³.

Un punto por destacar es que el artículo 56 del Reglamento de la LBCP exige que el Sistema de Información garantice los siguientes principios: “*neutralidad, seguridad, consistencia, confidencialidad y no repudiabilidad, y deberá estar basado en estándares públicos e interoperables y permitir el respaldo de su información, el registro de operaciones en su origen y su operación continua, salvo caso fortuito o fuerza mayor.*” De los principios mencionados llama la atención la confidencialidad, pues parece oponerse al principio supremo de la publicidad mencionado anteriormente; en este caso, el Registro de Proveedores cuenta con una Ficha Pública, de libre acceso al público con información básica de

¹¹¹ CGR. Dictamen N°1.267, de 2005.

¹¹² LBCP. Artículo 55.

¹¹³ Esta preferencia se ve también en los departamentos y personal de la DCCP, así como en la composición del TCP.

los proveedores y su habilidad para contratar¹¹⁴, y, por otro lado, la Ficha Privada, que cuenta como un repositorio de la información del proveedor, incluyendo datos personales, y que solo puede ser vista por el mismo proveedor o por los compradores en sus proceso de evaluación¹¹⁵.

Respecto de aquello que se publica en el Sistema de Información propiamente tal, la LBCP dispone que sea *“la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que establezca el reglamento”*¹¹⁶, y, en concreto, el artículo 57 del Reglamento ordena publicar un listado de documentos particular y distinto para cada proceso de compra (Convenio Marco, Licitación pública y privada, Trato directo) o información a publicar según ley (Plan Anual de Compras e información de procesos de compra de organismos excluidos de la LBCP).

Para la administración del Sistema de Información, la DCCP dispone de los Términos y Condiciones de Uso, ya tratados a propósito de su marco normativo. Estos Términos y Condiciones son la única manifestación de voluntad de la DCCP que tiene carácter vinculante respecto de terceros, y, aún más acotado, pues solo es vinculante respecto de aquellos que son usuarios de Mercado Público o buscan habilitarse en el Registro de Proveedores. En este instrumento, la DCCP ha hecho la siguiente distinción:

“Deben distinguirse 2 acciones necesarias para la utilización del Sistema de Información por parte de los proveedores: la ‘inscripción en www.mercadopublico.cl.’ por un lado, y la ‘acreditación de la habilidad en el Registro’, por otro lado. Al respecto, para transar con las entidades públicas los proveedores deben primeramente ‘inscribirse’ como usuarios en www.mercadopublico.cl. Asimismo, en la medida que así lo exigieran las respectivas entidades compradoras, los proveedores deberán ‘acreditar’ su

¹¹⁴ Reglamento LBCP. Artículo 92.

¹¹⁵ DCCP. Resolución Exenta N° 289 B, de abril de 2021. Modifica Políticas y Condiciones de Uso del Sistema de Información de Compras Públicas. Artículo 2.3.

¹¹⁶ LBCP. Artículo 20.

habilidad en el Registro de Proveedores, lo que en dichos casos constituirá un requisito previo a la contratación.

La inscripción en www.mercadopublico.cl es gratuita, mientras que la acreditación de la habilidad para contratar con el Estado requiere el pago de una membresía, a través de una tarifa, cuya finalidad es mantener la operación del registro.”¹¹⁷

En cuanto al Registro de Proveedores, previamente conocido como *ChileProveedores*¹¹⁸, es un registro electrónico de contratistas a cargo de la DCCP, en que se inscriben las personas naturales o jurídicas, y tiene por objeto “*registrar y acreditar antecedentes, historial de contratación con las Entidades, situación legal, financiera, idoneidad técnica, así como la existencia de las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 92*”¹¹⁹ del Reglamento, con el fin de contratar con las Entidades. Este Registro es paralelo a otros Registros de Proveedores, tales como el de la Fuerza Aérea de Chile y la Armada.

Respecto de este Registro es donde la DCCP tiene mayor margen de acción respecto de los particulares que acuden al Sistema de Información, puesto que la LBCP le encarga a la DCCP la evaluación de la habilidad para contratar de los postulantes a Proveedores. Lo primero que se evalúa es la veracidad de los antecedentes, la situación legal y financiera de los postulantes; una vez recibidos todos los antecedentes, es la DCCP la que debe resolver sobre su habilidad para contratar, ya sea aprobando o rechazando. Para esta tarea la DCCP tiene especial consideración de las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 92 del Reglamento. Estas causales de inhabilidad e incompatibilidad versan principalmente sobre condenas por prácticas antisindicales e infracción a los derechos fundamentales del trabajador (también reconocido en el artículo 4 de la

¹¹⁷ Artículo 1, de la Resolución Exenta N° 289 B de la DCCP, de abril de 2021, que modifica Políticas y Condiciones de Uso del Sistema de Información de Compras Públicas

¹¹⁸ Modificado por la Resolución Exenta N° 041 B de la DCCP, de enero de 2021. Artículo 1. Que reemplaza el acápite “ChileProveedores” por “Registro de Proveedores”.

¹¹⁹ Artículo 80, del Reglamento LBCP.

LBCP¹²⁰), por condenas de cohecho o falsificación de documentos, deudas tributarias y declaración de quiebra. La existencia de una causal de inhabilidad impide que un proveedor se incorpore al Registro de Proveedores hasta el cese de dicha causal. De hecho, el artículo 93 del Reglamento es aún más estricto señalando que ante una inhabilidad sobreviniente se dejará sin efecto la inscripción previa, frente a lo cual la DCCP también debe emitir una resolución al respecto¹²¹.

Por último, a la DCCP le corresponde verificar la eliminación y suspensión del Registro de Proveedores. El artículo 95 del Reglamento estipula que la suspensión podrá ser por un máximo de 2 años a los proveedores inscritos y solo por no declarar oportunamente cambios o actualizaciones de antecedentes ya informados, o por incumplimiento de algún contrato de suministro y servicio con culpa, y siempre que la Entidad Contratante lo solicite así a la DCCP. Por otro lado, el artículo 96 de la LBCP señala causales de eliminación permanente que la DCCP puede disponer, estas son por falsedad de instrumentos, ser condenado reiteradamente por incumplimiento contractual en contratos de suministro y servicios por culpa, o que concurra de manera sobreviniente alguna de las causales del artículo 92, sobre la inhabilitación para inscribirse en el Registro de Proveedores.

La evaluación de la habilidad para contratar, así como la aplicación de causales de suspensión y eliminación del Registro, son potestades propias de la DCCP y, cuando se ha ejercido, los Proveedores afectados han reclamado por la vía de la inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional.

¹²⁰ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en reiteradas ocasiones declarando la inaplicabilidad de la norma, principalmente fundado en el principio de igualdad ante la ley y el debido proceso. Ver Rol 9008, de 10 de diciembre de 2020; rol 9047, de 26 de noviembre de 2020; rol 8930, de 1 de diciembre de 2020; rol 8803, de 29 de septiembre de 2020; entre otros.

¹²¹ CGR. Dictamen N° E47345, de 2020.

3. Convenios Marco.

El Convenio Marco, según el Reglamento, es un “*procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio.*”¹²² Se ha entendido que el Convenio Marco, o *framework agreement*¹²³, no es un tipo de contrato o procedimiento específico de contratación, sino más bien una herramienta recomendada para implementar procesos de compra frente a necesidades ya definidas y concurrentes de los organismos públicos, pero respecto de las cuales no se conocen las cantidades o cuándo va a necesitarse con certeza¹²⁴; no obstante, algunos autores¹²⁵ estiman que es un mecanismo autónomo de contratación, diverso de los ya existentes, solo porque es mencionado expresamente en el artículo 7°, inciso primero, del Reglamento, junto con la licitación y el trato directo. Sin embargo, parece no ser este un argumento suficiente, considerando que el Convenio Marco toma características más similares a los de una licitación, pero con multiplicidad de proveedores.

La LBCP, en el artículo 30, literal d), entrega a la DCCP la facultad de licitar bienes y servicios a través de la suscripción de Convenios Marco ya sea de oficio o a petición de parte. Con esta potestad, a la DCCP se le entregó “*una representación de todos los organismos públicos sujetos a la Ley de Compras, quienes se verán inmediatamente vinculados a los efectos de este procedimiento de adquisición una vez que se adjudiquen las respectivas licitaciones*”¹²⁶. De este modo, se le otorga una especie de representación extrajudicial del Fisco, pero limitada solo a aquellos organismos regidos bajo la LBCP, y únicamente con el objeto de suscribir Convenios Marco.

¹²² Artículo 2 N° 14, del Reglamento LBCP.

¹²³ Khi V. Thai (2009), p. 272.

¹²⁴ European Commission (2018), p. 49.

¹²⁵ Barra, N. y Celis, G. (2018), p. 81.

¹²⁶ Nicolás, J. (2015), p. 53.

Por otro lado, la LBCP obliga a los organismos públicos mencionados en su artículo 1 a consultar los Convenios Marco vigentes antes de acudir a la licitación. Estos organismos son todos los mencionados en el artículo 1 de la LOCBGAE como parte de la Administración del Estado, salvo las empresas públicas, y más adelante la LBCP expresamente excluye a las Municipalidades y a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública¹²⁷, siendo solo facultativo para ellos la consulta obligatoria al Convenio Marco¹²⁸. En particular sobre las Municipalidades, la discusión de la LBCP señaló que no estaban obligadas a la suscripción de Convenios Marco, en virtud de *“preservar la autonomía financiera de las municipalidades, e impedir que el Gobierno incida directamente en las decisiones de compra de los Municipios.”*¹²⁹

En otro orden de cosas, en el año 2005, hubo una legítima duda planteada a la CGR por los organismos fuera de la Administración del Estado (como el Congreso Nacional, el Poder Judicial y el Ministerio Público), a través de la DCCP, sobre si podían o no utilizar voluntariamente el Convenio Marco en sus procesos de compras¹³⁰. Si bien, en un inicio, la jurisprudencia administrativa dispuso que *“no se encuentra en la esfera de atribuciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública la suscripción de convenios marco para que puedan ser utilizados por otras entidades que las previstas en la ley”*¹³¹, lo cual hace sentido en el marco de la especie de representación extrajudicial del Fisco mencionada anteriormente, en cuanto podemos decir que la DCCP no puede representar a más organismos que los que la misma ley le faculte. Sin embargo, en el año 2007 se incorporó una Glosa a la Ley de Presupuesto de ese año que facultó expresamente a los órganos del sector público para adherir a los Convenios Marco suscritos por la DCCP¹³²; esta glosa se sostuvo en el tiempo hasta la actual Ley

¹²⁷ Al respecto, el artículo 8 del Reglamento LBCP establece que se los criterios para la suscripción de Convenios Marco para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública serán objeto de un reglamento conjunto entre el Ministerio de Hacienda y de Defensa.

¹²⁸ Artículo 30, literal d, de la LBCP.

¹²⁹ Historia de la Ley 19.886. 1.2 Primer Informe de Comisión de Hacienda, p. 162.

¹³⁰ Becerra, C. (2016), p. 80 y ss.

¹³¹ CGR. Dictamen N° 39.690, de 24 de agosto de 2006.

¹³² Becerra, C. (2016), p. 82.

de Presupuesto, en donde se señala: “Al Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración y a los Convenios Marco suscritos por la Dirección, podrán adherir voluntariamente los órganos del **sector público** que no estén regidos por la Ley N°19.886 y las personas jurídicas receptoras de fondos públicos, según lo establecido en la Ley N°19.862, respecto de los fondos que reciban. Tal adhesión deberán comunicarla previamente a esta institución. Asimismo, la Dirección podrá aceptar la incorporación de las organizaciones afectas a la Ley N°20.285.”¹³³ (Énfasis agregado). Esto provocó un cambio en la jurisprudencia administrativa que, desde esa fecha, no puso obstáculos al uso del Convenio Marco para todos aquellos organismos comprendidos en el amplio concepto de *sector público*¹³⁴, incluso considerando a las empresas públicas¹³⁵.

Cabe mencionar que la LBCP contempla la posibilidad de omitir la contratación vía Convenio Marco cuando las Entidades “*por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas.*”¹³⁶ Esto significa que la DCCP no juega ningún rol en dicha adjudicación (solo para la operación del Sistema de Información), pues lo hacen de forma directa, y así lo ha confirmado la jurisprudencia administrativa¹³⁷. En caso de obtener mejores condiciones, el mismo artículo citado obliga a las Entidades a informar de dicha circunstancia a la DCCP, para que pueda adoptar las medidas necesarias para celebrar un nuevo Convenio que permita extender estos beneficios al total de OAE (o del sector público).

En cuanto a los beneficios de los Convenios Marco, podemos decir que el trabajo de la DCCP permite recoger elementos destacables tanto de la licitación

¹³³ Ley de Presupuestos del Sector Público Año 2021. Partida 8, capítulo 7, glosa N° 2.

¹³⁴ Becerra, C. (2016), p. 84.

¹³⁵ CGR. Dictamen N° 31.956, de 19 de mayo de 2011. En lo pertinente señala: “*En otro orden de ideas y en cuanto a las dudas de constitucionalidad, es dable anotar que no existen antecedentes que permitan concluir que la decisión de tales entidades de acogerse a los convenios marco, que materializa la mencionada glosa presupuestaria, vulnere el artículo 19 N° 21 de la Carta Fundamental, y que, por lo demás, los que pueden requerir una declaración en tal sentido, son aquellos que están habilitados para activar los procedimientos que en derecho correspondan.*”

¹³⁶ Artículo 30, literal d, de la LBCP.

¹³⁷ CGR. Dictamen N° 50.442, de 2013; y, en el mismo sentido, dictámenes N° 76.521, de 2012, y N° 62.857, de 2009.

pública como de la contratación directa. Por una parte, es capaz de presentar una amplia y variada oferta de Proveedores respecto de los cuales la DCCP asumió previamente el rol negociador y de selección de oferentes, alcanzando las mejores condiciones de compra (o es lo que se espera), entregando un “*marco jurídico habilitante*”¹³⁸ (énfasis agregado) a los OAE para contratar a través de ellos; y, al mismo tiempo, permite reducir los costos de transacción que tendría cada organismo al licitar de forma individual cada suministro con tal cantidad de proveedores¹³⁹, y que no necesariamente se observan en el trato directo, donde no hay un proceso de selección exhaustiva de proveedores, otorgando mayor flexibilidad e inmediatez al proceso de compra de las Entidades¹⁴⁰. Moraga ha dicho que “*el convenio marco libera a un órgano administrativo del deber de sustanciar un procedimiento especial de contratación pública (ejemplo: licitación pública), disminuyéndose de esta manera el desgaste de formas jurídicas; creando, además una masa crítica de demandas públicas por bienes y servicios de privados que mejora las condiciones de contratación: precio, plazo, calidad, estándares, servicios postventas, etc.*”¹⁴¹

Respecto a la naturaleza de la relación jurídica que da origen el Convenio Marco, se ha dicho que corresponde a una “*doble vinculación jurídica*”¹⁴², que vincula a la DCCP que negocia, licita y adjudica a los Proveedores, y, por otro lado, a cada Entidad que adquiere dicho bien del Proveedor adjudicado, a través de la emisión de la orden de compra. Particularmente nos interesa el primer vínculo.

¹³⁸ Nicolás, J. (2015), p. 52.

¹³⁹ FNE (2020), p. 191.

¹⁴⁰ Esto no ocurre en el procedimiento de Grandes Compras establecido en el artículo 14 bis del Reglamento de la LBCP, para adquisiciones superiores a 1.000 UTM. Este proceso exige que se comunique una intención de compra por parte las Entidades, a través del Sistema de Información y que los proveedores adjudicados en una misma categoría de Convenio Marco presenten sus ofertas, siendo seleccionados bajos los criterios ya establecidos en las Bases del Convenio Marco respectivo. La DCCP emitió, en septiembre de 2019, la Directiva N° 15 que contiene recomendaciones para la mejor aplicación de este mecanismo.

¹⁴¹ Moraga K., C. (2007), p. 129.

¹⁴² CGR. Dictámenes N° 12.083, de 2014 y N° 30.003, de 2014. Citados en Nicolás, J. (2015), p. 63.

Cuando la DCCP licita a nombre propio Convenios Marco con los particulares, ellos se someten a un proceso de licitación y selección en que se adjudican un Convenio por el que no se comprometen a la venta de un bien o un servicio en particular, sino que están contratando sobre elementos que, por esencia, no cuentan con una demanda definida en cantidad u ocasión, pero respecto de los cuales se sabe que van a ser requeridos eventualmente por los organismos públicos. Por tanto, “*se obtiene del adjudicatario el compromiso de que éste suministre a las entidades los [bienes y servicios] que ellas le soliciten*”¹⁴³. Por ello, los Convenios Marco suelen recaer sobre artículos estandarizados de uso frecuente y común a todos los organismos del sector público, tales como artículos de escritorio, ferretería, aseo e higiene, tecnología, combustible, mobiliario, entre otros¹⁴⁴. Todos ellos, bienes y servicios que define la propia DCCP, y para lo cual el Reglamento, en su artículo 14, espera que considere, entre otros elementos, el Plan Anual de Compras de cada Entidad, siendo esta una de las pocas herramientas que le permite conocer la demanda agregada del mercado de compras públicas y, en base a ello, negociar y conseguir un mejor precio o mejores condiciones en el Convenio de las que podría obtener cada Entidad de forma particular¹⁴⁵.

Especial mención amerita la forma en que los Proveedores ingresan a ofrecer sus productos en Mercado Público y se adjudican los Convenios Marco que, si bien no está contemplada en la LBCP, fue regulada en la Ley de Presupuestos. En esta Ley se señaló lo siguiente: “*Los contratos tipo contenidos en las bases de licitación de Convenio Marco se entenderán perfeccionados una vez notificada a través del Sistema de Información, la adjudicación respectiva, correspondiendo al adjudicatario actualizar en el Registro de Proveedores del Estado sus antecedentes legales y acompañar los demás documentos requeridos*”

¹⁴³ Barra, N. y Celis, G. (2018), p. 85.

¹⁴⁴ Hoy en día existen 21 Convenios Marco vigentes, disponibles para consulta en <https://www.chilecompra.cl/convenio-marco/>

¹⁴⁵ FNE (2020), p. 244.

por la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas.”¹⁴⁶ (Énfasis agregado). Por lo que basta con la notificación en el Sistema de Información para perfeccionar el Convenio Marco. Esto implica que la adjudicación no conlleva necesariamente la celebración de un Contrato Administrativo propiamente tal, bastando el contenido y las condiciones definidas en las Bases de Licitación del Convenio Marco.

Por otro lado, la forma en que se materializa la disponibilidad de los bienes y servicios de un Convenio Marco es a través del Catálogo del Sistema de Información, conocido como “Tienda ChileCompra Express”. Su inclusión en el Sistema de Información permite asegurar de mejor forma la transparencia y publicidad en los procesos de contratación, otorgando a su vez un mejor análisis del estado de los procesos de compras de dichos bienes¹⁴⁷. La Tienda ChileCompra Express no es muy distinta de otras plataformas de compra privada en formato *marketplace*, como Amazon o Mercado Libre¹⁴⁸, y permite acceder a un orden de compra por parte de las Entidades y, con ella, es suficiente para entender perfeccionado el Contrato entre el Proveedor y la Entidad¹⁴⁹, generando las obligaciones recíprocas que ello conlleva.

En cuanto al rol que la DCCP cumple durante la ejecución de un Convenio Marco, Nicolás ha dicho que esta “*se ve investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a la interpretación, modificación y resolución del convenio marco en virtud de ‘cláusulas exorbitantes del derecho común’ que este contiene, desapareciendo la igualdad entre las partes, debido al interés público comprometido, que, en este caso particular, se ve reflejado en posibilitar la inmediatez de la contratación pública a través de un catálogo de bienes y servicios siempre disponible, prerrogativas que tendría la Dirección de Compras para asegurar la realización de una de las funciones que le entregó el legislador, esta*

¹⁴⁶ Ley de Presupuestos del Sector Público Año 2021. Partida 8, capítulo 7, glosa N° 4.

¹⁴⁷ Moraga K., C. (2007), p. 129.

¹⁴⁸ FNE (2020), p. 16.

¹⁴⁹ Nicolás, J. (2015), p. 51.

es, *licitar y administrar un sistema de Convenios Marcos.*"¹⁵⁰ Esta autora señala que existe una relación especial de sujeción en virtud de ciertas obligaciones de cada Proveedor dentro de un Convenio Marco, tales como la responsabilidad de entregar la información necesaria para el ingreso al Catálogo, o la obligación de mantener las mejores condiciones comerciales, sin distinción entre compradores públicos y privados. A su vez, la DCCP puede aplicar ciertas sanciones que no tienen reconocimiento legal ni reglamentario, pero que suelen estar contenidas en cada base de licitación, tales como: el bloqueo de productos del Catálogo cuando no cumple las condiciones establecidas, amonestaciones que impactan en su historial como Proveedor, suspensión temporal del catálogo ante conductas graves (como atrasos en el suministro), y el término anticipado del Convenio Marco¹⁵¹.

En resumen, la DCCP juega un rol importante al momento de licitar y seleccionar a los Proveedores de un Convenio Marco, puesto que es ella quien define los criterios de adjudicación y el contenido de las Bases de Licitación, siendo esto lo que, en definitiva, determinará la forma en cómo el resto de los organismos del sector público contratarán y harán uso de esta herramienta. Sin embargo, esto requiere que la DCCP tenga un sólido poder de negociación, que se consigue más fácilmente en cuanto mayor conocimiento de la demanda tenga, para lo cual es necesario que el Plan Anual de Compra se cumpla y se informe adecuadamente. Asimismo, se concluye que la LBCP no le entrega facultades a la DCCP una vez que el Convenio Marco ya fue adjudicado, sino solo en cuanto le toca la administración del Sistema de Información y el Catálogo. Por esto, si bien tiene un rol protagónico en un inicio, la DCCP luego se limita a administrar el Convenio, salvo que se contemplen facultades sancionatorias expresas dentro de las mismas Bases de Licitación, tales como la amonestación o suspensión del Catálogo.

¹⁵⁰ Nicolás, J. (2015), p. 73.

¹⁵¹ Nicolás, J. (2015), p. 74 y ss.

IV. Fortalecimiento de la institucionalidad de la DCCP. Análisis de la nueva propuesta normativa.

Como se ha expuesto, las facultades de la DCCP son variadas y, si bien podemos decir que todas están destinadas a alcanzar la eficiencia en las compras públicas, estas comprenden diversas áreas, como la asesoría y fomento de las buenas prácticas, resguardo de la libre competencia, administración de la plataforma electrónica, promoción de estándares de transparencia y probidad, e incluso la negociación con particulares para efectos de la licitación de Convenios Marco, además de su administración.

Sin perjuicio de ello, el rol que juega la DCCP es meramente administrador y es poca la incidencia vinculante que tiene sobre los actores del Sistema. Al respecto, y entre muchas otras propuestas de mejoras estructurales a la institucionalidad del Sistema de Compras Públicas en su conjunto, la FNE estudió, desde la perspectiva de la libre competencia, el mercado de las compras públicas en Chile.

Destacamos este estudio por las razones que lo motivaron y por ser uno de los Informes Técnicos que abordan el asunto de forma más completa, analizando el Sistema de Compras Públicas desde sus raíces hasta su actual funcionamiento y reconociendo puntos relevantes sobre su estructura, eficiencia y transparencia.

Entre las razones que justificaron el Informe citado encontramos muchas que pueden identificarse o se relacionan con los temas que se han tratado durante este trabajo. Por ejemplo, la falta de uniformidad en los procedimientos de adquisiciones de cada Entidad; estudiar la variedad de mecanismos de compra actuales y cómo estos podrían evolucionar o abrir el Sistema a nuevos formatos; y, por último, una revisión en detalle de los Convenios Marco, pasando por el

diseño de sus bases y el cierre de mercado que estos significan que impiden la entrada de nuevos competidores¹⁵².

En particular sobre la DCCP, la FNE ha reconocido varios puntos en que este órgano podría mejorar siendo un mayor aporte a la eficiencia y a la promoción de la competencia en las compras públicas (recordemos que una de las actuales misiones de la Dirección de Compras Públicas es velar por la competencia en el Sistema de Compras Públicas). En concreto, se mencionan los siguientes puntos de mejora:

- a. **Otorgar facultades regulatorias a la DCCP**¹⁵³. Como se mencionó previamente, la DCCP no puede instruir normas obligatorias, sino solo recomendaciones o directivas de carácter general y no vinculante que otorgan amplia discrecionalidad a las Entidades para sus procesos de compra. Por otro lado, la DCCP hoy no cuenta con facultades para exigir el cumplimiento ni para sancionar el incumplimiento de los PAC de cada Entidad, por lo que se hace escaso seguimiento de ellos; por ejemplo, solo un tercio de los compradores públicos reconoció planificar sus adquisiciones y reconocen que se pudo haber evitado compras de emergencia si hubiera existido un adecuado análisis de necesidades¹⁵⁴. Para esto, la FNE propone la *“implementación de una regla que castigue el incumplimiento de los PAC -o del documento o sistema que los reemplace- por parte de los organismos públicos, en caso de que éstos superen un nivel de desvío tolerado”*¹⁵⁵. Recordemos que un mejor manejo de la información de las necesidades del sector público permitirá otorgar un mejor poder de negociación a la DCCP y obtener mejores condiciones en los Convenios Marco, por lo que una correcta planificación incide directamente en sus funciones.

¹⁵² Para ver más información de las razones que motivaron el Informe de la FNE, consultar la Minuta de Lanzamiento del Estudio de Compras Públicas, de 29 de mayo de 2019.

¹⁵³ FNE (2020), p. 225.

¹⁵⁴ FNE (2020), p. 13.

¹⁵⁵ FNE (2020), p. 240.

- b. **Fortalecimiento del sistema de fiscalización**¹⁵⁶. La FNE propone distintas alternativas para enfrentar los incumplimientos a la normativa de compras públicas: primero, propone entregar a la CGR la facultad de instruir directamente los sumarios por incumplimiento junto con la publicidad de las sanciones cursadas; segundo, entregar a la DCCP la legitimación activa para perseguir y acusar a los infractores frente al TCP (para lo cual también propone aumentar la competencia de este tribunal); tercero, convertir a la DCCP en un ente regulador independiente, que persiga, acuse y sancione directamente estos incumplimientos, tal como lo hace la CMF en el mercado de valores. Dentro de ello, también propone modificar el régimen de sanciones, pues “*no existen antecedentes públicos que den cuenta de las posibles sanciones civiles, administrativas y penales en los casos que esta haya sido incumplida*”¹⁵⁷, y, actualmente, cada organismo determina la responsabilidad administrativa por incumplimiento de la normativa de compras públicas, ya sea de oficio o porque la Contraloría así lo instruye¹⁵⁸. Por ello, propone que toda sanción por infracción a la normativa de compras públicas recaiga en el Jefe del Servicio infractor, siguiendo la línea de la Ley 20.285 de Acceso a la Información Pública.
- c. **Gestión de Contratos**¹⁵⁹. En este punto la FNE ha identificado que gran parte de los organismos públicos, a pesar de que cada contrato debe tener un encargado en Mercado Público por institución, no cuentan con una correcta supervisión de los contratos que suscriben. Para esto, la FNE propone que la DCCP emita una directiva vinculante que establezca la forma en cómo cada órgano debe supervisar sus contratos y sus responsabilidades. Asimismo, la directiva debiera contemplar los beneficios y riesgos de la externalización en esta tarea, y los escenarios en que así se recomienda.

¹⁵⁶ FNE (2020), p. 21.

¹⁵⁷ FNE (2020), p. 225.

¹⁵⁸ FNE (2020), p. 237.

¹⁵⁹ FNE (2020), p. 250.

d. **Reforma al Sistema de Información Mercado Público**¹⁶⁰. Principalmente encauzado a que el sistema funcione de forma completamente digital, dejando de lado la digitalización de documentos físicos como ocurre actualmente, pues no admiten su fácil trazabilidad. Esto permitiría un mejor seguimiento y fiscalización de los antecedentes que se cargan en la plataforma, así como también un mejor análisis estadístico en cuanto a los movimientos que se transan en ella, además de los datos de los usuarios de la plataforma.

El mundo de las compras públicas puede ser muy amplio, y la FNE realizó propuestas bastante extensas tras un diagnóstico exhaustivo de este, pero los puntos aquí expuestos resumen de forma breve aquellos que tienen relación con la DCCP.

Llama la atención que, entre las alternativas para fortalecer el sistema de fiscalización, la FNE propone entregar a la DCCP la facultad de perseguir y acusar, e incluso sancionar *motu proprio*, a los órganos que infrinjan la normativa de compras públicas, otorgándole un nivel de independencia similar al de otros órganos con facultades sancionatorias. En virtud de esto, se analizará en el siguiente subcapítulo la posibilidad de convertir a la DCCP en una agencia independiente y qué nuevas facultades tendría en este caso, así como el estudio de qué tan necesario es asignarle esta calidad en el contexto actual de las compras públicas en Chile.

Además de las propuestas mencionadas, durante el año 2021, el Ministerio de Hacienda envió un Proyecto de Ley, vía mensaje, que propone reformas no menores al actual Sistema, entre las que destacan ciertos puntos, incluyendo algunas propuestas de la FNE, a propósito de nuevas facultades para la DCCP y que serán tratadas conjuntamente al hablar de las eventuales nuevas facultades.

¹⁶⁰ FNE (2020), p. 21.

1. Dirección de Compras y Contratación Pública como agencia independiente.

Como ya comentamos, hoy la DCCP está sujeta a la supervigilancia del Gobierno Central, a través del Ministerio de Hacienda. La LBCP no contempla medidas específicas de control para el ejercicio de esta supervigilancia, no obstante, esta si conlleva una subordinación al poder político a través de la designación o remoción del Jefe de Servicio y la Ley de Presupuesto.

Ahora bien, el Sistema de Compras Públicas requiere una operación altamente técnica más que política, por lo que cabe preguntarse si existen reales razones para que este órgano siga sujeto a esta supervigilancia y no se le entregue un mayor nivel de independencia, o derechamente la autonomía como han propuesto algunos autores. Veamos cómo se configuran las agencias independientes para ver si la DCCP responde a las funciones que estas satisfacen.

Cordero señala que existen cinco tipos de organizaciones administrativas¹⁶¹: (i) ministerios; (ii) servicios públicos, caracterizados como órganos de ejecución; (iii) órganos con autonomía constitucional, también llamados “acentralizados”¹⁶² por su desvinculación con el centro administrativo; (iv) las agencias independientes; y, (v) las personas jurídicas de derecho privado (corporaciones o fundaciones).

Para el autor, las agencias independientes corresponden a organismos públicos insertos en la Administración del Estado pero que disponen de cierta autonomía frente al Gobierno y frente a las potestades presidenciales.

Lo que se busca con la creación de una agencia independiente es *“neutralizar políticamente un sector de la vida pública, apartarlo de la lucha partidista propia del Estado de partidos. Sectores en los que se encuentran en*

¹⁶¹ Cordero, L. y García, J. (2012), p. 419.

¹⁶² El profesor J.M. Valdivia critica esta categorización señalando que la autonomía constitucional no representa un modelo específico de organización administrativa. Ver Valdivia, J. M. (2018), p. 95.

juego valores constitucionalmente relevantes, que legitiman dicho apartamiento y en los que, por lo demás, el componente técnico suele presentar una especial incidencia."¹⁶³ (Énfasis agregado). Por lo que aquí ya se identifican dos elementos, la exclusión de lo político y la competencia técnica que requiere la regulación dicho sector.

Respecto de la exclusión de lo político, se ha dicho que ella requiere asegurar una independencia formal y presupuestaria del órgano. "***independencia formal** significa que el regulador cuenta con mandato propio y no está sujeto a control ministerial. El regulador es designado por un periodo predeterminado suficientemente prolongado y no puede ser removido sino bajo circunstancias calificadas. La **independencia presupuestaria** requiere que la agencia regulatoria cuente con presupuesto propio cuya generación sea independiente del ejecutivo.*"¹⁶⁴ (Énfasis agregado). Una adecuada independencia de lo político puede dar a los ciudadanos una garantía de certeza de que siempre, o la gran mayoría de las veces, se decidirá y regulará conforme a estándares técnicos y racionales¹⁶⁵; pero hay que mencionar que, aunque la independencia técnica entregue esa percepción de racionalidad a la ciudadanía, no hay pruebas de que la alta especialidad del órgano conlleve necesariamente una neutralización de lo político.

Majone, por otro lado, postula razones distintas, para la creación de agencias independientes: primero, la reducción de los costos del proceso de toma de decisión, principalmente atendiendo a la experiencia técnica del órgano; y, segundo, para aumentar la credibilidad a largo plazo en las políticas públicas que tiene el Estado respecto de dicha área o rubro¹⁶⁶.

En otro sentido, Vergara postula que no es posible calificar como agencia independiente a la actual DCCP (el autor habla de *autoridad administrativa*

¹⁶³ Pomed S., Luis (1993), p. 161.

¹⁶⁴ Galetovic, A. y Sanhueza, R. (2002), p. 116 y ss.

¹⁶⁵ Vergara B., A. (2017), p. 28.

¹⁶⁶ Majone, G. (2005), p. 52.

independiente, o “AAI”), por varias razones¹⁶⁷: (i) el Director del servicio sigue siendo de exclusiva confianza del Presidente de la República; (ii) no cuenta con potestades ordenadoras para proteger la legalidad y juridicidad de la contratación, ni para fiscalizar la actuación de los contratantes; además, (iii) carece de un mandato destinado a coordinar la acción de los particulares o del resto de los OAE en la fiscalización de las normas de contratación. Este último punto no se identifica con los elementos mencionados por Cordero, y es posible argumentar que no es necesario que exista un mandato específico de coordinación y colaboración para el cumplimiento de normas de contratación pública, pues ya existe el principio de coordinación entre los OAE¹⁶⁸. Sin embargo, “(...) *los mecanismos de coordinación suponen la articulación de acciones o procedimientos que requieren la intervención de varios organismos, sujeta a la conducción por uno de ellos, que eventualmente puede superponerse a los demás.*”¹⁶⁹. En este caso, el rol conductor podría perfectamente entregarse a la DCCP, sin embargo, ello requiere entregarle potestades de dirección y, potencialmente, de control sobre el resto de OAE.

El autor postula que transformar a la DCCP en una AAI podría ser una solución frente a un “abuso” que existiría de parte de las Entidades contratantes, y, además, una respuesta a la inexistencia de un órgano que se haga cargo de ciertas situaciones críticas sobre las cuales la institucionalidad del Sistema de Compras Públicas ha demostrado ser insuficiente. El autor identifica como situaciones críticas el incompleto modelo de resolución de conflictos en contratación administrativa (fraccionado entre el TCP, la CGR y los tribunales ordinarios), la falta de facultades para enfrentar los “permanentes abusos” a los que dan origen las prerrogativas de los OAE, y, por último, que la institucionalidad actual no permita enfrentar el desequilibrio entre las Entidades licitantes y los

¹⁶⁷ Vergara B., A. (2017), p. 54.

¹⁶⁸ Artículo 5, inciso 2, de la LOCBGAE: “*Los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.*”

¹⁶⁹ Valdivia, J. M. (2018), p. 90.

contratantes¹⁷⁰. A pesar de que el autor menciona “abusos” por parte de las Entidades, no entra en detalles al respecto, por lo que no es posible verificar a qué se refiere específicamente. ¿Son abusos de sus potestades exorbitantes?, ¿son abusos durante la adjudicación?, ¿abuso por establecer condiciones inalcanzables en las Bases de Licitación?, no queda claro.

Vergara no se equivoca cuando dice que hoy este órgano califica solo como un servicio público, dedicándose a la ejecución de funciones principalmente administrativas con el fin de procurar la eficiencia del Sistema de Compras Públicas. Sin embargo, este autor nos invita a preguntarnos si acaso es necesario o no repensar a la DCCP con mayor autonomía e incluirla en la categoría de agencias independientes.

Sin ánimo de ser más exhaustivos sobre el tema (pues no es el propósito de este trabajo), utilizaremos algunos criterios que ha definido el profesor Cordero para ver cuándo es necesario crear o no una agencia independiente¹⁷¹: (a) la **neutralidad política**; (b) **especialización técnica**; y, (c) la **eficacia**.

Al respecto, podemos analizar, al menos, el impacto de la neutralidad política y la necesidad de especialización técnica, pero resultaría más complejo desarrollar el criterio de eficacia, en la medida que esta conforma parte del mismo propósito de la DCCP y es de la esencia de su función, por lo que solo nos remitiremos a los dos primeros criterios.

En cuanto a la neutralidad política o la necesidad de excluir este elemento. Hoy en día no se identifica una necesidad latente de salvar a la contratación pública de la intromisión política de la Administración Central. Ahora bien, tampoco es un criterio que sea trazable o que pueda medirse fácilmente, pues no es visible qué tanto influye el Ministerio de Hacienda, el mismo Presidente de la República, u otros actores políticos, en el actuar de la DCCP, más allá de la

¹⁷⁰ Vergara B., A. (2017), pp. 54 y ss.

¹⁷¹ Cordero, L. y García, J. (2012), p. 421.

designación de su Director y la aprobación de la Ley de Presupuestos. Sin embargo, una buena herramienta para identificar la posible intromisión política son las instrucciones escritas (decretos u ordinarios), que el Gobierno Central dirija a la DCCP, pues son actos administrativos de dirección respecto de las compras públicas.

Un ejemplo claro de esto es la asignación que se entrega al personal de algunos OAE por el cumplimiento de las Metas de Eficiencia Institucional (“MEI”)¹⁷². Estas metas son propuestas por cada organismo, pero requieren ser aprobadas por el Ministerio de la cartera correspondiente, en este caso, el Ministerio de Hacienda. El Decreto Exento N° 609 del Ministerio de Hacienda, de 5 de marzo de 2018, que establece las MEI de la DCCP y otros órganos para ese año, señala en su considerando 3° lo siguiente:

“Que, en la formulación de las Metas de Eficiencia Institucional a alcanzar el año 2018, el Jefe Superior del Servicio, a través del Ministro del ramo, una vez acordadas las Metas, debe proceder a comunicarlas al Ministro de Hacienda, a fin de que se analice su correspondencia y consistencia con las prioridades gubernamentales, así como su correspondencia y consistencia con los recursos financieros contemplados en el proyecto de presupuesto de cada institución.” (Énfasis agregado).

Es decir que, al momento de definir las asignaciones y recursos que se le entregarán a la DCCP año a año se tiene en consideración dos criterios, por un lado, las “*prioridades gubernamentales*”, y por otro los “*recursos financieros*” asignados en la Ley de Presupuestos. No cabe duda de que la evaluación del desempeño de un órgano según su consistencia con las prioridades gubernamentales es una modalidad de sujeción a la Administración Central y el gobierno de turno, siendo esto solo un ejemplo entre otras formas de dirección.

¹⁷² Artículo 9, Ley N° 20.212, que modifica las Leyes N° 19.553, N° 19.882, y otros cuerpos legales, con el objeto de incentivar el desempeño de funcionarios públicos.

Habiendo determinado que la política tiene o puede tener un impacto en la contratación pública, es necesario verificar en qué medida y si es o no determinante para el propósito de la eficiencia en las compras públicas. Esto requiere un análisis técnico más detallado, pero podemos adelantar que si esta sumisión a las definiciones del Gobierno Central hace que se alcance una menor eficiencia que la que podría tener el órgano sin esa sujeción, entonces podríamos decir que es un argumento idóneo para entregarle mayor independencia a la DCCP.

En cuanto a la especialización técnica del área, en este caso, la compra y contratación pública. Esta materia ha tendido a su profesionalización, llegando a considerarse una profesión en sí misma¹⁷³. Esta evolución es producto de las particularidades que requiere su estudio, no siendo solo un área dentro del derecho administrativo, sino conformándose como una materia multidisciplinaria, que requiere de abogados, técnicos, ingenieros, economistas, e informáticos, todo ello en virtud de alcanzar los mejores estándares de eficiencia y transparencia en el diseño de los procedimientos de contratación y en la operación de plataformas electrónicas de *e-procurement*.

Una prueba de la especialidad con la que trabaja el órgano se ve en la Figura 1 presentada anteriormente, con el organigrama de la DCCP. Aquí se ven, al menos, tres divisiones que exigen un conocimiento altamente especializado: Adopción y Gestión de Usuarios; Tecnología; y, Estudios e Inteligencia de Negocios. El mismo Estatuto Interno de la DCCP da cuenta de las materias que le tocan estudiar; estas comprenden la detección de las necesidades de los instrumentos de gestión de compra¹⁷⁴ y el diseño de estos¹⁷⁵, desarrollo de softwares e implementaciones de soluciones digitales para alcanzar la eficiencia en los procesos de compra¹⁷⁶, ciberseguridad¹⁷⁷, gestión comercial y desarrollo de

¹⁷³ OCDE (2105), p. 11.

¹⁷⁴ Artículo 2.9, del Estatuto Interno de la DCCP.

¹⁷⁵ Artículo 2.10.1, del Estatuto Interno de la DCCP.

¹⁷⁶ Artículo 2.9.2, del Estatuto Interno de la DCCP.

¹⁷⁷ Artículo 2.4, del Estatuto Interno de la DCCP.

*e-commerce*¹⁷⁸, operación y apoyo a usuarios del Sistema de Información¹⁷⁹, entre muchas otras.

La tarea, entonces, está en argumentar o definir si efectivamente este alto nivel de especialidad (o especialidades) justifica o amerita la creación de una agencia independiente. Para esta tarea, podemos referirnos brevemente el caso de las superintendencias, quienes hoy no gozan de independencia, pero autores como Cordero y García estiman que debiese considerárselas como tal entregándoles ciertos elementos propios de este tipo de órganos que podrían mejorar su desempeño.

En Chile, las superintendencias, por regla general, son “*organizaciones de dirección superior unipersonal, sujetas al estatuto regulatorio de cualquier servicio público, con nombramiento de su autoridad superior por el Presidente de la República con un modelo de exclusiva confianza, bajo su supervigilancia a través de un Ministerio específico y sin ningún tipo de independencia presupuestaria del Gobierno.*”¹⁸⁰ Como vemos, presenta características orgánicas muy similares, o casi idénticas, a la DCCP.

Entonces, ¿por qué no existe una Superintendencia de compras y contratación pública? ¿cuál es la gran diferencia?

Principalmente, las Superintendencias están destinadas a la fiscalización de mercados regulados, y para ello la ley les otorga ciertas facultades de control, potestades normativas o reguladoras, e incluso sancionatorias (no sin cuestionamientos en cuanto a la constitucionalidad de todas ellas¹⁸¹), con las que hoy la DCCP no cuenta.

Otro punto de distinción es que no se ha visto en las compras públicas un mercado digno de regular o fiscalizar con la misma complejidad institucional que

¹⁷⁸ Artículo 2.7.3, del Estatuto Interno de la DCCP.

¹⁷⁹ Artículo 2.8, del Estatuto Interno de la DCCP.

¹⁸⁰ Cordero, L. y García, J. (2012), p. 416.

¹⁸¹ Ver Díaz de Valdés, J. M. (2010) y Camacho, G. (2005).

ameritan los que son objeto de cada Superintendencia; o, simplemente porque el legislador no se ha dado el tiempo de diseñar y actualizar la normativa en ese sentido. No obstante, pareciera que las compras públicas, por su alta especialización y por el nivel de incidencia que tienen actualmente en la economía, sí pueden requerir una institucionalidad con mayores facultades y mayor independencia, quizás al mismo nivel que un mercado regulado, tal como lo es la salud o el mercado de valores.

Como mencionábamos, Cordero y García creen que las Superintendencias debiesen calificar como agencias independientes y, para ello, reconocen tres elementos que son característicos de este tipo de órganos y que el modelo de las Superintendencias hoy podría considerar. Aunque los autores traten estos elementos a propósito de una eventual reforma a las Superintendencias, su similitud orgánica con la Dirección de Compras Públicas, además de su carácter altamente técnico, nos hace preguntarnos si también son elementos que podrían aplicarse a ella.

Estos elementos son:

*“(a) el **elemento funcional**, que implica excluir las directivas gubernativas y los recursos jerárquicos y dotarla de potestades normativas independientes;*

*(b) el **elemento humano** o de personal, que supone establecer mecanismos independientes de designación y mandato de los titulares de los órganos rectores de la administración, lo cual supone restricción en la remoción y disponer de garantías que eviten la ‘captura’ por parte de algunos administrados;*

*(c) **elementos complementarios** tales como idoneidad de la organización administrativa y medios financieros de limitación restringida.”¹⁸² (Énfasis agregado).*

¹⁸² Cordero, L. y García, J. (2012), p. 421.

Hoy las Superintendencias cuentan con ciertos aspectos del elemento funcional, en cuanto poseen potestades normativas independientes, “*vinculadas a una disposición legal habilitante que confiere la respectiva potestad*”¹⁸³, y también con cierta independencia del control de la Administración, pues algunas solo están sujetas al control de examen de cuentas de la CGR, pero a nada más¹⁸⁴.

Sin embargo, la DCCP no cuenta con ninguno de estos elementos, salvo quizás por la forma de designación de su director que hoy está sujeta a la Alta Dirección Pública, pero respecto de la cual el Presidente de la República aún ostenta la facultad de remoción.

Más allá de la propuesta del profesor Vergara B. y lo mencionado por la FNE como recomendación en su informe, no se ven ánimos en la doctrina nacional, ni en el ambiente político, de tomar a la DCCP y convertirla en una agencia independiente o darle mayor autonomía; asimismo, la OCDE tampoco contempla recomendaciones específicas en cuanto a los eventuales beneficios que tendría una agencia independiente en la contratación pública, por lo que es difícil que en el corto o mediano plazo se eleve la institucionalidad del Sistema de Compras Públicas al rango de las agencias independientes, o siquiera al de las Superintendencias. No obstante, el nuevo Proyecto de Ley de Modernización de las Compras Públicas entrega nuevas facultades y obligaciones a la DCCP que la fortalecen y relevan su carácter de órgano vértice en las compras públicas, por lo que las analizaremos a continuación.

¹⁸³ Díaz de Valdés, J.M. (2010), p. 252.

¹⁸⁴ Díaz de Valdés, J.M. (2010), p. 254.

2. Nuevas potestades de la DCCP en el Proyecto de Ley de Compras Públicas, Boletín N° 14137-05.

i. Antecedentes.

La última modificación importante que se efectuó a la LBCP fue la Ley N° 20.238 de 2008, que asegura la protección de los trabajadores y la libre competencia en la provisión de bienes y servicios a la Administración del Estado. Desde entonces ha habido varias propuestas de mejoramiento vía proyectos de ley¹⁸⁵, informes de varias comisiones y organismos públicos, entre los que está el Informe del CAIGG y el de la FNE, y, por último, un proceso de participación en donde se recibieron consultas al anteproyecto de ley por parte de la ciudadanía¹⁸⁶.

Sobre la base de todos estos antecedentes se presentó el “*Proyecto de Ley para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado*” (en adelante, “el Proyecto”), el cual cuenta con varios objetivos destinados al fortalecimiento de las compras públicas. Estos objetivos son¹⁸⁷:

1. Mejorar la probidad y la transparencia. Se crea un nuevo capítulo completo al respecto y extiende la aplicación de la LBCP a organismos fuera de la Administración del Estado (anteriormente incluidos según la Glosa 2 de la Ley de Presupuestos), así como también incluye la obligación de registrar el procedimiento de compra en el Sistema de Información para las obras públicas.
2. Mejorar la eficiencia e incorporar la innovación en las compras públicas. Reúne nuevos procedimientos de contratación que incluyen la participación de terceros y proveedores en el diseño de soluciones a las necesidades públicas.

¹⁸⁵ Boletín N° 12.903-06, Boletín N° 12.819-3, Boletín N° 11.580-5, Boletín 12.906-11.

¹⁸⁶ Disponible en <https://compraspublicas.consultahacienda.cl/>.

¹⁸⁷ Mensaje de Proyecto de Ley Boletín N° 14137-05. Mensaje N° 004-369, enviado el 30 de marzo de 2021.

3. Establecer el análisis de necesidades como el primer paso de todo procedimiento de adquisición. Esto hace eco de la falta de cumplimiento de los PAC que mencionamos en capítulos anteriores, por lo que hoy la definición de necesidades pasa a ser de carácter obligatoria y conlleva un análisis de todas las alternativas, ya no solo la adquisición de un bien nuevo, sino también la reutilización o la adquisición de un bien en desuso.
4. Implementación de principios de economía circular en las compras públicas. Entre otras medidas, contempla la creación de una Plataforma de Intercambio de Bienes en Desuso (PIBED) dentro de la misma Administración.
5. Perfeccionar el funcionamiento del Tribunal de Compras y Contratación Pública. Se amplía su competencia a otros procedimientos distintos de la licitación, y alcanza las controversias que surjan, ya no solo hasta la adjudicación, sino durante toda la ejecución del contrato. Cabe mencionar que la administración de su patrimonio ahora pasa de la DCCP a la Unidad Administradora de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, por lo que se salvaguarda la garantía de imparcialidad comentada en párrafos anteriores.
6. Perfeccionar las funciones de la DCCP en el Sistema de Compras Públicas. Para esto le otorga nuevas funciones, entre las que más destacan la función de impartir instrucciones obligatorias y la de solicitar la corrección de procedimientos con vicios de legalidad.

Es este último objetivo el que nos interesa en este trabajo, y para lo cual clasificaremos las nuevas facultades que se le pretenden entregar a la DCCP en tres categorías: facultad instructiva; facultades de fiscalización y control; y, facultades de promoción y fomento de las compras públicas.

ii. Facultad instructiva.

El Proyecto de Ley agrega, entre otros, un nuevo literal k) al actual artículo 30 de la LBCP, con la siguiente redacción:

“Artículo 30.- Son funciones del Servicio las siguientes: (...)

k) *Impartir instrucciones obligatorias, de general aplicación, conducentes a fortalecer la probidad, la transparencia, la eficiencia y la competitividad en los procesos de contratación pública de los organismos de la Administración del Estado señalados en el inciso tercero del artículo 1°.*

Estas instrucciones no serán obligatorias para las municipalidades, sin perjuicio de que estas pueden adherir voluntariamente a ellas.

*A través de dichas instrucciones, podrá determinar los mecanismos de contratación aplicables a tipos de bienes o servicios determinados, de acuerdo a lo señalado en los artículos 5° y siguientes de esta ley.*¹⁸⁸ (Énfasis agregado).

En primer lugar, podemos decir que con la expresión “*instrucción*” el ejecutivo ha intentado configurar una potestad distinta de una potestad reglamentaria con efectos respecto de terceros. La doctrina ha dicho que las instrucciones “*sólo tienen trascendencia intraadministrativa y no configuran auténticas fuentes normativas*”¹⁸⁹. También se ha dicho que la potestad de impartir instrucciones de carácter general, como es este el caso, emana de la potestad de dirección o mando que tienen los superiores jerárquicos¹⁹⁰. Sin embargo, no parece ser este el caso de la DCCP, pues no se le ha entregado una posición jerárquica por sobre el resto de los OAE mencionados en el artículo 1 de la LBCP. Tal parece que esta potestad de instruir en realidad tiene un dobles efecto. Por un lado, un efecto vinculante respecto de las Entidades contratantes, lo que lo hace una auténtica norma respecto de ellos; y, por otro lado, un efecto no vinculante respecto de terceros.

El origen de esta potestad no emana de su jerarquía, pues la ley no le otorga una autoridad general sobre las demás Entidades contratantes, sino más bien de una asignación particular de competencias que la ley hace sobre la materia, invistiendo de una dignidad particular a la DCCP, pero únicamente respecto de

¹⁸⁸ Artículo 1°, N° 37, del Proyecto de Ley Boletín N° 14137-05, p. 80.

¹⁸⁹ Valdivia, J.M. (2018), p. 179.

¹⁹⁰ Valdivia, J.M. (2018), p. 86 y Cordero, L. (2015), p. 177.

esta materia, haciendo nuevamente eco de su autoridad y experiencia técnica en las compras públicas.

También cabe destacar que estas instrucciones tienen un alcance muy definido, pues solo podrán versar sobre medidas “*conducentes a fortalecer la probidad, la transparencia, la eficiencia y la competitividad en los procesos de contratación pública*”, y solo respecto de los OAE contemplados en la LBCP. Lo que es coincidente con la misión y funciones actuales de la DCCP, y respecto de las cuales hoy solo puede emitir Directivas con recomendaciones. Esto significa que, de ahora en adelante, las Directivas de la DCCP serán vinculantes y no meras recomendaciones de buenas prácticas, siempre y cuando se respete el fin al que están sujetas.

Segundo, señala que estas instrucciones no serán obligatorias para las Municipalidades. Esto podría responder a las mismas razones de independencia que vimos en párrafos anteriores sobre la discusión del proyecto de la LBCP, a propósito de su exclusión en la obligatoriedad de adherir a los Convenios Marco, así como también a la facultad que la LOCM les entrega para definir sus propios reglamentos de contratación. Sin embargo, nada obsta a que nuevamente se exija que dichos reglamentos se adecúen a las nuevas instrucciones que se produzcan por parte de la DCCP, obligando a actualizar dichos reglamentos para que sean coincidentes con la nueva normativa.

Tercero, le entrega a la DCCP la posibilidad de definir qué o cuáles mecanismos de contratación son aplicables según el tipo de bien o servicio. Esto disminuye aún más el nivel de discrecionalidad que tenían los órganos sujetos a esta ley, pero lo hace en virtud de los nuevos principios de economía circular que incorpora el Proyecto, puesto que se contemplan nuevas formas de adquisición de un bien atendiendo a su ciclo de vida completo. Para esto último, el Proyecto contempla la creación de una Plataforma de Intercambio de Bienes en Desuso (PIBED), la cual será administrada por la DCCP y será parte del Sistema de Información; esta plataforma contempla que la Administración pueda utilizar y

reutilizar los bienes que sean o fueron descartados por otros organismos previamente, siempre y cuando sean aptos para satisfacer la necesidad definida.

Por lo tanto, las nuevas instrucciones podrán definir que un bien o servicio sea adquirido por tal o cual mecanismo de contratación o, por ejemplo, en qué casos deberá consultarse obligatoriamente a la PIBED.

En resumen, la nueva potestad instructiva viene a responder a las recomendaciones de los informes sobre la materia, permitiendo que las directivas de la DCCP ya no solo sean recomendaciones, sino verdaderas obligaciones a cumplir por las Entidades contratantes. Esto permitirá una estandarización de las prácticas en compras públicas, uniformar los procesos de compra y definir parámetros claros de transparencia y probidad, produciendo mayor certeza en los particulares y terceros que buscan proveer al Estado.

iii. **Facultades de control.**

Como comentamos anteriormente, hoy la DCCP no tiene potestades de fiscalización ni control, sino que solo ejerce un monitoreo a través del Observatorio Chilecompra, y desde ese monitoreo envía reportes con las alertas o alarmas de infracción a la normativa de compras públicas a terceros, como la Unidad de Análisis Financiero o la CGR.

El nuevo Proyecto contempla entregar potestades de fiscalización y control mucho mayores que un simple monitoreo. Veamos:

“Artículo 30.- Son funciones del Servicio las siguientes: (...)

l) Solicitar información a los organismos públicos regidos por esta ley, para efectos de lo señalado en el artículo 30 bis, sobre sus compras y ventas de bienes muebles, servicios u obras realizados a través del Sistema de Compras Públicas, así como sobre su consumo de bienes y servicios.

(...)

ñ) *Solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, al Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, o a otros organismos públicos o privados, la información que considere adecuada para el cumplimiento de sus funciones.*

o) *Denunciar ante el Ministerio Público, la Contraloría General de la República y la Fiscalía Nacional Económica, según corresponda, de los hechos que eventualmente pudiesen constituir delitos, faltas a la probidad o infracciones a la libre competencia, según corresponda.*

p) *Recibir reclamos, denuncias u observaciones del público, a través del Sistema de Información y Gestión de Compras Públicas, respecto de los procedimientos de contratación pública que se lleven a cabo en virtud de las normas de la presente ley, o la ejecución de los contratos que en virtud de estos procedimientos se celebren, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 35 ter. Los reclamos deberán ser respondidos por las entidades contratantes, dentro de los plazos que determine el Reglamento, a través de la plataforma electrónica dispuesta por la Dirección de Compras y Contratación Pública.*

q) *Hacer seguimiento al desarrollo y ejecución de los procesos de contratación pública y ejecución contractual señalados en el reglamento, con el objeto de promover mejoras en el sistema de contratación pública.*

(...)

s) *Hacer seguimiento a los procedimientos de contratación llevados a cabo por parte de los órganos de la Administración del Estado a través del Sistema de Información y Gestión de Compras Públicas señalados en el reglamento, para efectos de verificar el cumplimiento de la normativa aplicable por parte de la entidad compradora.*

t) *Solicitar al Tribunal de Compras y Contratación Pública que declare la ilegalidad de una acción u omisión de una entidad compradora de la*

Administración en el marco de un procedimiento de contratación regulado por la presente ley, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 30 quater.

u) Oficiar a los organismos compradores cuando, en el ejercicio de la función señalada en la letra s) anterior, tomare conocimiento de la eventual infracción a la normativa de la presente ley, para que se refieran al particular, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 ter.”¹⁹¹ (Énfasis agregado).

Como se puede apreciar, tenemos por una parte facultades destinadas a la recopilación de información, como las facultades de los literales l), ñ), y p), en donde se le ha permitido expresamente acudir a otros organismos públicos como el TDLC o los mismos organismos regidos por la LBCP¹⁹² para que hagan entrega de toda la información que la misma DCCP califique como adecuada o necesaria para el cumplimiento de sus funciones. Esto le da amplio margen para solicitar información, no solo de los procedimientos de compra en curso, sino también, por ejemplo, del análisis de necesidades o criterios que cada órgano defina para seleccionar sus mecanismos de contratación.

Por otro lado, destacan algunas facultades propias del ejercicio del control sobre los organismos públicos que habilitan a la DCCP para tomar acciones o medidas ante infracciones a la normativa de compras públicas. Este es el caso de las facultades de los literales o), q), s), t) y u).

De las mencionadas, la que más llama la atención es la última (literal u), pues, haciendo referencia al nuevo artículo 30 ter del Proyecto, le permite a la DCCP oficiar a organismos públicos, cuando determine que existen indicios de infracciones a la LBCP en el procedimiento de contratación o durante la ejecución de los contratos, otorgándole 5 días hábiles para que formule sus respectivos descargos y, cuando corresponda, subsane los vicios puestos en su conocimiento.

¹⁹¹ Artículo 1º, N° 37, del Proyecto de Ley Boletín N° 14137-05, p. 80.

¹⁹² Adviértase que dice *organismos públicos* y no solo los Órganos de la Administración del Estado, por lo que podría incluir a órganos fuera de la Administración, como el Congreso Nacional o el Poder Judicial.

En el caso de que esto recaiga sobre OAE durante un procedimiento de contratación, este quedará suspendido hasta recibir la respuesta del órgano; sin embargo, si el plazo vence y la infracción continúa o no hubo respuesta, se le ha otorgado a la DCCP la legitimidad activa para denunciar frente al TCP esta infracción y solicitar que declare la ilegalidad de la acción u omisión del órgano infractor, asimismo, la DCCP deberá oficiar a la CGR para que evalúe las acciones que correspondan. A su vez, esto abre la pregunta de cómo se armoniza un procedimiento licitatorio en curso con la suspensión ante indicios de una infracción y cómo se llega a puerto sin afectar el procedimiento.

En virtud de la facultad mencionada, se ve que el Proyecto busca privilegiar el principio de legalidad y formalismo en las compras públicas por sobre la eficiencia y celeridad de los procedimientos. Cabe recordar que, actualmente, el artículo 25 de la LBCP le permite al TCP suspender el procedimiento licitatorio, sin embargo, en la práctica se han tomado en consideración criterios como el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* del interesado¹⁹³ para acceder a la suspensión, permitiendo que procedimientos con sospechas de ilegalidad sigan su curso hasta la adjudicación si no se cumplen estos criterios. Por lo que ya no será necesario acreditar estos criterios para proceder a la suspensión.

Cabe mencionar que el Proyecto de Ley contempla que la exclusión del Registro de Proveedores será determinada de ahora en adelante por el juez de la causa, y siempre que fuere solicitada expresamente su aplicación¹⁹⁴. De esta forma, ya no queda en manos de la DCCP la exclusión del Registro de Proveedores por la concurrencia de las inhabilidades legales. En cierto modo, esto

¹⁹³ Vergara, A. (2016), p. 370.

¹⁹⁴ El nuevo artículo 35 septies señala "(...) Para que la sanción de exclusión sea procedente, será necesario que se hubiere solicitado su aplicación de manera expresa en el petitorio de la demanda o querrela respectiva, y que el juez, además, califique fundamentamente la conducta desarrollada por el infractor como grave, debiendo pronunciarse expresamente en la sentencia si procede o no la exclusión. La sanción de exclusión se podrá aplicar por hasta dos años contados desde la fecha en que se encuentre firme y ejecutoriada la sentencia, salvo en el caso del literal d), en que se extenderá por el tiempo que dure la pena de inhabilitación establecida en el artículo 251 quater del Código Penal. (...)."

es una pérdida de facultades, pero también es un aporte a la certeza jurídica, por cuanto este mecanismo permitirá salvaguardar la constitucionalidad de la exclusión, que ha sido cuestionada en ocasiones por el Tribunal Constitucional¹⁹⁵.

iv. Facultades de promoción y fortalecimiento de las compras públicas.

En otro orden de cosas, se ha mejorado la forma en que la DCCP hoy puede fomentar las buenas prácticas en las compras públicas, no solo a través de su nueva potestad instructora, sino también a través de su nivel de conocimiento e incidencia en el mercado de las compras públicas.

Hay dos facultades que destacan dentro del Proyecto por entregarle a la DCCP la potestad decisora para fomentar la participación dentro del Sistema de Compras Públicas:

“Artículo 30.- Son funciones del Servicio las siguientes: (...)

i) Autorizar las solicitudes de aquellas entidades a que se refiere el artículo 1º, inciso quinto. Dicha autorización deberá materializarse a través de las formalidades que al respecto establezca el reglamento.

(...)

m) Apoyar la participación de micro pequeñas y medianas empresas en los procesos de contratación pública, en coordinación con el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y la Corporación de Fomento de la Producción.

Para lo anterior podrá establecer sistemas especiales de tarificación para su ingreso al Registro de Proveedores, colaborar con la Corporación de Fomento de la Producción, y los demás organismos competentes para la articulación local de proveedores, y en general, realizar acciones para promover el acceso de estas

¹⁹⁵ Sentencia Tribunal Constitucional, de 24 de agosto de 2021, Rol n° 10.066-2021; y de 26 de octubre de 2021, Rol n° 10.481-2021.

empresas en los procedimientos de contratación de bienes y servicios de los organismos del Estado.” (Énfasis agregado).

Por un lado, con el literal i), se ha entregado la facultad a la DCCP para incluir a organismos fuera de la Administración del Estado en el entramado del Sistema de Compras Públicas y así sujetarse a la LBCP en su totalidad. El Proyecto contempla que estas entidades fuera de la Administración solo estarán sujetas obligatoriamente al nuevo capítulo VII de la LBCP, que contiene normas para el fortalecimiento de la probidad y transparencia, sin embargo, si lo solicitan a la DCCP, pueden ingresar al Sistema de Compras Públicas íntegramente, haciendo aplicables todas sus disposiciones, entre las que se encuentra someterse a los mecanismos y procedimientos de contratación que la LBCP defina.

Por otro lado, con el literal m), el Proyecto le da un espacio a las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MIPYMES) para que su participación en el Sistema de Compras Públicas tenga un respaldo y seguimiento de la DCCP, para lo cual puede acudir a organismos colaboradores, como la CORFO. El sentido de apoyar en particular a las MIPYMES responde a la dificultad de que estas empresas compitan de igual a igual en los procedimientos de compra frente a otras grandes empresas o grandes proveedores. Por ejemplo, uno de los objetivos de este apoyo es la articulación local de proveedores, lo que permitiría que proveedores pequeños puedan suministrar o prestar servicios en una zona dentro de su alcance territorial en vez de optar por una gran empresa de alcance nacional. Esto puede o no afectar la eficiencia del sistema, pues el solo hecho de apoyar a este tipo de empresas no es en sí mismo un sinónimo de eficiencia, y nada obsta a que se puedan obtener mejores condiciones para el Estado de parte de una gran empresa; sin embargo, parece que el Proyecto de Ley ha levantado la participación de las MIPYMES como un elemento igual de importante que la eficiencia en este punto.

En otro orden de cosas, el Proyecto faculta a la DCCP para incidir directamente en el diseño y mejoramiento del Sistema de Compras Públicas. Para ello, le ha entregado las siguientes potestades:

“Artículo 30.- Son funciones del Servicio las siguientes: (...)

j) Proponer al Ministerio de Hacienda políticas públicas sobre las compras, contrataciones regidas por esta ley, que promuevan la eficiencia, la transparencia, la probidad, la competitividad y buenas prácticas en las mismas.

(...)

n) Establecer los medios que permitan la enajenación y el traspaso de bienes muebles entre organismos de la Administración del Estado, bajo los requisitos y condiciones, y el procedimiento establecido en el reglamento, y llevar a cabo dichos procedimientos, por sí, o en representación de otros organismos públicos, cuando corresponda.

r) Crear contratos tipo, contratos modulares, elaborar cláusulas de común aplicación contractual, y en general, realizar acciones que tengan por objeto facilitar la elaboración, suscripción e interpretación de los contratos de adquisición bienes y prestación de servicios que deben suscribir los órganos del Estado.” (Énfasis agregado).

Con estas nuevas facultades se reconoce y le da importancia a la alta competencia técnica que tiene la DCCP, pues el órgano a cargo del Sistema de Compras Públicas es quien está en mejor posición para proponer las políticas públicas para el mejoramiento de este. Esto es coherente con su nueva potestad instructiva y nuevas facultades de control y monitoreo, por cuanto son estas las que le permiten detectar y definir cuáles son las necesidades del Sistema y tomar acciones al respecto. Asimismo, será la DCCP quien defina los medios para el traspaso de bienes entre los OAE, lo cual no es menor considerando el volumen de bienes y suministros que se moverán entre cada organismo, ya que comprende la disposición de todos los bienes muebles de la Administración existentes.

Lo mismo ocurre con la creación de contratos tipo (ya existentes), los contratos modulares y cláusulas de común aplicación contractual, puesto que, si bien pueden no necesariamente ser vinculantes, le permitirán a las Entidades tener parámetros claros y ejemplos de cómo deben diseñar sus instrumentos de contratación, así como también estandarizar prácticas contractuales a nivel nacional, lo que facilitará la elaboración, suscripción e interpretación de los contratos¹⁹⁶.

v. Mejoras a la institucionalidad de la DCCP.

Hay varias propuestas de cambios a la institucionalidad de la DCCP en cuanto a administración y mayores estándares de probidad y transparencia de sus funcionarios.

En cuanto a los recursos sujetos a su administración, el Proyecto entrega la administración del patrimonio y recursos del Tribunal de Contratación Pública a la Unidad Administradora de los Tribunales Tributarios y Aduaneros¹⁹⁷, de tal modo, la DCCP deja de ser la administradora del Tribunal.

Esto tiene dos beneficios, por una parte, le otorga una mayor independencia y reconocimiento al TCP y, por otro lado, permite también darle mayor imparcialidad a la DCCP que de ahora en adelante tendrá un rol más activo por el aumento de sus facultades y el aumento de competencia del Tribunal¹⁹⁸.

En cuanto a los mayores estándares de probidad, el Proyecto contempla la obligación de los funcionarios directivos y profesionales de la DCCP de realizar una declaración de patrimonio e intereses de conformidad con la Ley N° 20.880, incorporando dichas declaraciones en el sitio web de Chilecompra y manteniéndolas mientras el declarante ejerza el cargo y hasta seis meses

¹⁹⁶ Primer Informe de la Comisión de Hacienda, de 17 de junio de 2021, sobre el Proyecto de Ley Boletín 14137-05, p. 36.

¹⁹⁷ Nuevo artículo 23 bis del Proyecto.

¹⁹⁸ El Proyecto contempla entregar al TCP competencia sobre distintos tipos de contratación y ya no solo sobre la licitación, además de entregarle competencia sobre la ejecución del contrato y a no solo sobre el procedimiento de adjudicación.

después del cese de sus funciones. Si bien no hay noticias de funcionarios o personal de la DCCP en que se haya visto comprometido su patrimonio y/o intereses, esto sin duda será un aporte a la transparencia que debe regir al procedimiento de contratación, así como también ver la relación que tengan los propios funcionarios de la DCCP con las Entidades y los particulares contratantes.

Estas medidas van en el marco de fortalecer la imagen de la DCCP dentro del Sistema de Compras Públicas, posicionándola como un organismo absolutamente transparente, imparcial e independiente, con alta especialización y conocimiento técnico, invistiendo de una mayor legitimidad a sus directivas y sus nuevas competencias de control.

V. Conclusión

Ya expuesto un análisis completo, aunque no exhaustivo, sobre la DCCP y su rol presente y futuro en el Sistema de Compras Públicas actual, podemos concluir lo siguiente:

1. El objetivo propuesto durante la discusión del Proyecto de la LBCP en cuanto a configurar a la DCCP como un órgano de gestión y administración con eje en la eficiencia, se ha cumplido. A diferencia de la DAE, la DCCP se ha levantado y reforzado como un servicio público que no tiene como principal o única función concentrar y distribuir la demanda, sino de otorgar mayor independencia a cada Entidad contratante, pero a la vez instruyendo y asesorando en las mejores prácticas para su implementación.

Esta independencia que la Ley le da a cada Entidad es la manifestación de la descentralización operativa que el Proyecto de la LBCP pretendía; y, por otro lado, el lugar preferente que ocupa la DCCP en la gestión del Sistema de Compras Públicas y el resguardo de estas mejores prácticas a través de distintos instrumentos es la demostración de su centralización normativa.

2. A pesar de estar sujeta a la supervigilancia de la Administración Central, manifestada a través del control presupuestario, la designación de su

Director/a y la dictación de su Reglamento, la DCCP ha logrado evolucionar como órgano público identificando necesidades del Sistema de Compras Públicas y organizando su estructura interna para dar la mejor respuesta dentro de sus límites legales. Ejemplo de esto es el Observatorio Chilecompra, que ha servido de herramienta tanto para monitorear el Sistema como para aportar en la evaluación e interrelación con organismos controladores de la Administración Pública, tales como la UAF y la CGR. Sin duda esto le permite posicionarse y lograr mayor autoridad para hablar sobre las compras públicas en el país, asumiendo un rol naturalmente rector dónde la Ley no asigna expresamente a un órgano para ello.

3. Sin tener facultades normativas vinculantes con efectos generales, la DCCP ha logrado cumplir su función moldeando sus Resoluciones en distintos instrumentos que le permiten promover tanto las buenas prácticas en la contratación con Directivas de Contratación, Manuales y Guías Legales, y también le permite la gestión y administración del Sistema electrónico de Información a través de los Términos y Condiciones de Uso, siendo estos últimos la única manifestación realmente vinculante que posee la DCCP pero únicamente respecto de los usuarios del Sistema.

No obstante, las Resoluciones no han sido un instrumento suficiente para subsanar algunos defectos del Sistema de Compras Públicas que se arrastran desde la misma discusión de la LBCP. Hablamos de la falta de una política unificada de contrataciones públicas, la cual, en miras de proteger la independencia de cada una de las Entidades al contratar (como es el caso de las Municipalidades), muchas veces no da suficiente prioridad a las mejores prácticas de contratación o los objetivos comunes del Sistema de Compras Públicas.

4. Destacamos la facultad de celebrar Convenios Marco que la LBCP le otorga a la DCCP junto con la especie de representación extrajudicial de los organismos regidos por la LBCP que se le entrega (aunque no expresamente) con el objeto

de la suscripción de estos. Aquí el protagonismo de la DCCP se acentúa al ser ella quien define los criterios de adjudicación y el contenido de las Bases de Licitación que más tarde serán vinculantes para las Entidades que pretendan adquirir tales bienes o servicios. Sin embargo, la labor de la DCCP no supera el diseño del proceso y su adjudicación, pues la LBCP excluye (o al menos no se pronuncia) sobre su rol durante la gestión del contrato ni sobre los procesos de adquisición que nazcan de estos Convenios Marco, y únicamente la limita a la administración del Convenio. No obstante, los Convenios Marco son cada vez más utilizados y su expansión continúa a distintos bienes y servicios, por lo que el legislador ha reconocido su importancia extendiendo su aplicación, a través de la Ley de Presupuestos, a otros organismos no expresamente regidos por la LBCP.

5. Si bien la DCCP se ha posicionado nacional e internacionalmente como un órgano esencial para la gestión de las compras públicas, vemos que los propósitos de la LBCP y las nuevas necesidades de la época demandan un mayor fortalecimiento a esta institucionalidad. Frente a esto, han surgido propuestas desde distintas perspectivas, entre las que destacamos el Estudio de Mercado sobre Compras Públicas de 2019 de la Fiscalía Nacional Económica por su amplitud al abordar el tema en su estructura, eficiencia y transparencia. Entre sus propuestas de fortalecimiento está: otorgar facultades regulatorias a la DCCP; incorporar la gestión de los contratos por parte de cada Entidad; digitalización total del Sistema de Información Mercado Público; y, por último, emplear alternativas de fiscalización ante los incumplimientos de la normativa de compras públicas, entre las cuales destacamos la de convertir a la DCCP en una agencia reguladora independiente.
6. Los autores dan distintas razones para justificar la creación de una agencia independiente, pero todos coinciden en que el alto nivel de especialización técnica es un criterio común que explica su origen, siendo las Superintendencias lo más cercano a ellas a nivel nacional y aun así no se

califican como tales. Sobre este aspecto, se ha sostenido por algunos autores que la transformación de la DCCP a una agencia independiente se justifica con la incorporación de ciertos elementos de este tipo de organismo, como su independencia funcional y económica, que podrían ayudar a enfrentar algunos puntos hoy desatendidos dentro del Sistema de Compras Públicas, tales como la falta de uniformidad en las prácticas de adquisición de cada Entidad o la falta de fiscalización en el cumplimiento de la normativa de compras públicas. Sin embargo, las agencias independientes en Chile son poco frecuentes y no se ha visto voluntad académica o política en elevar a la DCCP a este estatus; aunque sí se han concretado iniciativas legales que buscan atender estos problemas y que han recogido gran parte de las propuestas de mejora que se han hecho de forma difusa por distintos organismos a lo largo de los años, entre ellas el Proyecto de Ley de Compras Públicas.

7. El Proyecto de Ley de Compras Públicas, entre otros objetivos, busca perfeccionar las funciones de la DCCP. Para esto le entrega nuevas facultades, de las que destacamos la facultad instructiva y de control. La facultad instructiva, ahora vinculante, tiene efectos intraadministrativos y solo en cuanto permite fortalecer los procesos de contratación pública, no siendo posible extenderse a otras materias, limitando el rol de la DCCP a aquello que le corresponde según su dominio técnico. A su vez, esta facultad le permite a la DCCP un mayor margen de acción en cuanto puede definir los mecanismos de contratación según el bien o servicio a adquirir y, de esa forma, uniformar las prácticas de compra y contratación entre todas las Entidades otorgando mayor certidumbre a los particulares que aspiren a proveer al Estado.
8. Sobre su facultad de control, el Proyecto supera el monitoreo del Observatorio Chilecompra permitiéndole expresamente a la DCCP recabar información tanto a las Entidades como a otros organismos públicos sobre sus adquisiciones a través del Sistema de Compras Públicas. Además, abre nuevas interrogantes sobre las suspensiones de procedimientos licitatorios en curso ante indicios de

infracción a la normativa de compras públicas, pues en este caso el Proyecto parece preferir la legalidad antes que la celeridad del proceso. Si bien puede generar debate en la futura discusión de esta iniciativa, esto no es algo nuevo, pues el TCP actualmente ostenta esta facultad y ha sido utilizada, aunque con los mismos reparos por las afectaciones al procedimiento licitatorio que se suspende respecto de uno de los participantes y no del resto, y que aun así se cierra con otros adjudicatarios. Por último, el Proyecto le quita facultades a la DCCP al entregar el control de exclusión del Registro de Proveedores al TCP, siendo ello una muestra de que el énfasis del Proyecto está en el Sistema de Compras Públicas por completo y no solo en la DCCP.

9. En adición de lo ya mencionado, también el Proyecto se ocupa de incorporar a la DCCP como un evaluador del Sistema en su conjunto permitiéndole proponer políticas públicas y diseñar nuevos instrumentos de contratación que faciliten las adquisiciones. Al mismo tiempo, profesionaliza aún más la función de la DCCP al dejar de ser ella la administradora del patrimonio del TCP y exigiendo mayores estándares de transparencia y probidad al sujetar a sus funcionarios directivos a la Ley N° 20.880.
10. En resumen, los altos estándares de probidad y transparencia que ha demostrado la DCCP, así como también su eficiencia en la gestión de las compras públicas, le han permitido emplear y auto innovar desde distintos frentes en lograr la misión de resguardar la eficiencia, probidad y transparencia dentro del Sistema de Compras Públicas y, al mismo tiempo, cumplir con gran parte de los objetivos que la misma LBCP propuso en su tramitación. La DCCP hoy se ubica como un órgano que, desde un rol administrador, ha servido de ejemplo en lograr grandes avances en la confianza que las Entidades y Proveedores depositan en el Sistema de Compras Públicas y en el mejor uso de los recursos públicos por parte de la Administración.

VI. Bibliografía

1. Libros y artículos de revista.

1. Barra Gallardo, Nancy-Celis Danzinger, Gabriel (2009) “Contratación Administrativa bajo la ley de compras”, Legal Publishing Chile, 2° edición, Santiago.
2. Becerra Farías, Carlos (2016) “La adhesión voluntaria del senado al sistema de información de compras y contrataciones de la administración y a los convenios marco suscritos por la dirección de compras públicas”. En Revista 50+UNO, Nro. 4-2016, Junio de 2016. Sociedad Chilena de Derecho Parlamentario y Teoría de la Legislación. Santiago. pp. 72-90. Disponible en <http://vlex.cl/vid/adhesion-voluntaria-senado-sistema-698790893>. (Consultado el 11 de diciembre de 2020).
3. Bermúdez Soto, Jorge (2011) “Derecho Administrativo General”. Legal Publishing, Santiago de Chile. 2° Ed. Actualizada.
4. Camacho, Gladys (2005) “La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias”, En Booksang, Gabriel., Lara, Jose Luis. (Coords). (2005) Actas. XXXIV Jornadas de Derecho Público. 25-27 de Noviembre de 2004. Lexis Nexis. pp. 423-432.
5. Camacho, Gladys (2008) “Los Contratos Administrativos, en especial el Contrato de Suministro”. En Derecho Administrativo. 120 Años de Cátedra, pp. 357-391.
6. Celis D., Gabriel (2008) “Principios constitucionales en la ley de compras.” En Revista Nomos N° 72, Universidad de Viña del Mar, N°1, pp. 71-76.
7. Cordero, Luis (2015) “Lecciones de derecho administrativo”. Thomson Reuters. Santiago, Chile. 2° Ed. Corregida.
8. Cordero, Luis y García, José (2012) “Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”. En Anuario de Derecho Público de la Universidad Diego Portales, vol. 2. Santiago, Chile, pp. 415-435.

9. Díaz Bravo, Enrique (2016) “Contratos Administrativos en Chile. Principios y Bases”. Ediciones Universidad Santo Tomás, Santiago de Chile.
10. Díaz de Valdés, José Manuel (2010) “Anomalías constitucionales de las superintendencias: Un diagnóstico” En Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, pp. 249-282. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100009&lng=es&nrm=iso. (Consultado el 8 de agosto de 2021).
11. Galetovic, Alexander y Sanhueza, Ricardo (2002) “Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?”, en Estudios Públicos, 85 (CEP). Disponible en <https://www.cepchile.cl/cep/estudios-publicos/n-61-a-la-90/estudios-publicos-n-85/regulacion-de-servicios-publicos-hacia-donde-debemos-ir>. (Consultado el 20 de agosto de 2021).
12. Khi V. Thai (2009) International Handbook of Public Procurement (Public Administration and Public Policy). Disponible en <http://www.mim.ac.mw/books/Thai's%20International%20Handbook%20of%20Public%20Procurement%20Public%20Administration%20and%20Public%20Policy.pdf>. (Consultado el 9 de febrero de 2021).
13. Majone, Giandomenico (2005) “Agency Independence and Accountability”. European University Institute, Florence, Italy. En OCDE (2005) “Designing Independent and Accountable Regulatory Authorities for High Quality Regulation”. Working Party on Regulatory Management and Reform. Londres, Reino Unido. pp. 52-53. Disponible en <https://www.oecd.org/unitedkingdom/35028836.pdf>. (Consultado el 20 de agosto de 2021).
14. Meyer, David; Fath, Jean (2002) “En Reforma del Estado. Volumen II: Dirección Pública y Compras Públicas” Editado por Salvador Valdés Prieto. Santiago, Centro de Estudios Públicos. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200511/20200511083954/reforma_del_estado_vol2_completo.pdf. (Consultado el 2 de abril de 2021).

15. Moraga Klenner, Claudio (2007) "Contratación administrativa". Editorial Jurídica, Santiago de Chile.
16. Nicolás Turrys, Jenny (2015) "Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica", En Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 20 [enero-junio]. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago. pp. 43-80.
17. Pomed Sánchez, Luis A. (1993) "Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes". En Revista de Administración Pública, n° 132 de la Universidad de Zaragoza, España. pp. 117-169. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17193.pdf> (Consultado el 20 de diciembre de 2021).
18. Valdivia, José Miguel (2018) "Manual de Derecho Administrativo". Tirant lo Blanch. Valencia, España. 1° Ed.
19. Vergara Blanco, Alejandro (2016) "Tribunal de Contratación Pública: Bases institucionales, organización, competencia y procedimiento". En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XLVI. Valparaíso, Chile, pp. 347-378.
20. Vergara Blanco, Alejandro (2017) "Autoridades independientes y ordenación de la contratación administrativa". En Montaña P., Alberto y Rincón C., Jorge (Editores) (2017) "Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas". Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia, pp. 20-62.
21. Wittig, Wayne (2002) "Adquisición pública en los Estados Unidos." En Reforma del Estado. Volumen II: Dirección Pública y Compras Públicas. ed. por Salvador Valdés Prieto. Santiago, Centro de Estudios Públicos. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20200511/20200511083954/reforma_del_estado_vol2_completo.pdf. (Consultado el 2 de abril de 2021).

2. Informes de la materia.

1. DAE (1968) La Dirección de Aprovisionamiento del Estado en un Servicio Público centralizado dependiente del Ministerio de Hacienda. Santiago, Imprenta Vera y Giannini, [publicación que da a conocer sus funciones a los Servicios Públicos]. Disponible en https://www.bcn.cl/catalogo/detalle_libro2?bib=252034&k=MjU1MTAwMzE2MV8yNTIwMzQ= (Consultado el 25 de marzo de 2021).
2. European Commission (2018) Public Procurement Guidelines for Practitioners. Disponible en https://ec.europa.eu/regional_policy/en/information/publications/guidelines/2018/public-procurement-guidance-for-practitioners-2018 (Consultado el 16 de julio de 2021).
3. Fiscalía Nacional Económica (2020) Estudio de Mercado sobre Compras Públicas. Disponible en <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/11/Informe-Final-EM05.pdf> (Consultado el 26 de noviembre de 2020).
4. Informe de la Comisión Nacional de Ética Pública sobre la probidad pública y la prevención de la corrupción (1996) Revista de ciencia política [artículo de revista] Vol. 18, nos. 1-2, pp. 202-247. Disponible en <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/10870>. (Consultado el 2 de abril de 2021).
5. OAS (2015) Premio Interamericano a la Innovación para la Gestión Pública Efectiva - Edición 2015. Disponible en <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/innovacion/Banco/2015/COORDINACION/Observatorio%20ChileCompra.pdf>. (Consultado el 29 de junio de 2021).
6. OCDE (2015) “Recommendation of the Council on Public Procurement”. Disponible en <https://www.oecd.org/gov/public-procurement/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf> (Consultado el 21 de agosto de 2021).

3. Normativa.

1. Código de Ronda de Tokio 1973-1979. Apartado sobre Compras del Sector Público.
2. Directivas de la Dirección de Compras y Contratación Pública. Disponible en <https://www.chilecompra.cl/category/centro-de-documentacion/normativa/directivas-de-compra/>.
3. Historia de la ley 19.886. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5860/> (Consultado el 24 de febrero de 2021).
4. Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
5. Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.
6. Ley N° 21.289, Ley de Presupuestos del Sector Público Año 2021.
7. Proyecto de Ley para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del estado. Boletín N° 14137-05.