

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Revista de Derecho

Universidad Finis Terrae

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Segunda época, año XI, 2024

Comité Editorial:

Enrique Navarro | Universidad Finis Terrae
Ricardo Jungmann Davies | Universidad Finis Terrae
Rodrigo Barcia | Universidad Autónoma
Roberto Salim-Hanna | Universidad Finis Terrae
Fernando Gómez | Universidad Pompeu Fabra
Jorge Baraona | Universidad de los Andes
Mario Fernández | Universidad de Chile
Juan Francisco Colombo | Universidad de Chile
Luis Ortiz | Universidad de Chile
Fernando Barros | Abogado
Domingo Valdés | Universidad de Chile

Diseño:

Francisca Monreal
Corrección de texto y estilo:
Cristina Varas

Administración:

Av. Pedro de Valdivia 1646
(56-2) 2420 7416
www.uft.cl

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD FINIS TERRAE | Segunda época, año XI, 2024

Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

Las opiniones expresadas en los artículos que aquí se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no representan necesariamente la opinión de los editores ni de la Universidad Finis Terrae.

La reproducción total o parcial de los artículos de la revista está prohibida sin la autorización del Director, con la excepción de citas y comentarios.

ISSN 0717-716X

Registro de propiedad intelectual N°XXX.XXX

Santiago de Chile

Año 2024

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL
- 9 ARTÍCULOS
- 9 Pablo Alarcón Jaña y Pedro Bello Villablanca
PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL
TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: NOTAS PARA SU ESTUDIO
- 23 Enrique Navarro Beltrán
PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE RIGEN EN MATERIA DE
LICITACIONES PÚBLICAS
- 38 Francisco Zúñiga Urbina
RELACIÓN ESQUEMÁTICA DE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
Y SU REGLAMENTO
- 92 Trinidad Inostroza Castro
CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN LA REFORMA DE LA LEY DE
COMPRAS PÚBLICAS EN CHILE
- 117 Claudio Moraga Klenner
LA EVOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA
- 135 José Luis Lara Arroyo y Paz Pérez Morales
LA NULIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA LEY DE
COMPRAS PÚBLICAS
- 147 Jenny Turrays Nicolás
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE CONVENIOS MARCO EN
CHILE: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y PERSPECTIVAS

- 179 Cristián Román Cordero
 INHABILIDAD CONTRACTUAL POR PRÁCTICAS ANTISINDICALES O
 INFRACCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN
 LA NUEVA LEY N° 19.886
- 216 Jaime Phillips Letelier y Loreto Villa Muñoz
 LA “ADMINISTRACIÓN INVISIBLE” ANTE LA REFORMA A LA LEY DE
 COMPRAS PÚBLICAS

EDITORIAL

El año 2023 se cumplieron 20 años de la dictación de la Ley 19.886 sobre contratación pública, que ha tenido una gran importancia en materia administrativa en nuestro país, generando una muy variada doctrina y jurisprudencia aplicable a la administración y municipios.

Del mismo modo, a fines de este año se dictó la Ley 21.634 que incorpora relevantes modificaciones en la materia, la que además ha sido complementada por el reglamento.

Con ocasión de estos importantes acontecimientos jurídicos nos ha parecido relevante resaltar este hecho y las nuevas regulaciones en materia de contratación administrativa como también de la competencia del Tribunal de Contratación Pública (TCP).

En primer lugar, el presidente del TCP Pablo Alarcón Jaña, en conjunto con Pedro Bello Villablanca, abordan el principio de libre concurrencia en la jurisprudencia de dicho tribunal. Vinculado a lo anterior, el profesor Enrique Navarro Beltrán se refiere a los principios constitucionales y legales que rigen en materia de licitaciones públicas.

Respecto de la nueva normativa, el iuspublicista Francisco Zúñiga Urbina efectúa una relación esquemática de la nueva Ley de Contratación Pública y su Reglamento.

Trinidad Inostroza Castro analiza la contratación pública estratégica en la reforma de la Ley de Compras Públicas en Chile. Mientras que Claudio Moraga Klenner estudia la evolución de la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Los profesores José Luis Lara Arroyo y Paz Pérez Morales explican la nulidad del contrato administrativo en la nueva Ley de Compras Públicas. Mientras que Jenny Turrays Nicolás lo hace respecto de la contratación administrativa a través de Convenios Marco en Chile.

Por otra parte, el profesor Cristián Román Cordero profundiza sobre la inhabilidad contractual por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador en la nueva Ley 19.886, ocasionado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Finalmente, Jaime Phillips Letelier y Loreto Villa Muñoz se refieren a la “Administración Invisible” ante la reforma a la Ley de Compras Públicas.

Todo lo anterior da cuenta de la importancia de la nueva normativa de contratación pública, lo que ha motivado importantes coloquios recientemente realizados en nuestra Facultad de Derecho a la vez que su profundización en la cátedra universitaria y en nuestro Magister de Derecho Público.

PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: NOTAS PARA SU ESTUDIO

PRINCIPLE OF NON-FORMALIZATION IN THE JURISPRUDENCE OF THE PUBLIC PROCUREMENT COURT: NOTES FOR YOUR STUDY

PABLO ANDRÉS ALARCÓN JAÑA¹
Y PEDRO BELLO VILLABLANCA²

Resumen: En este trabajo, los autores analizan el principio de libre competencia y cómo ha sido entendido en la jurisprudencia reciente del Tribunal de Contratación Pública. Para ello, se revisan en primer término los principios que rigen la licitación pública; luego, cuál es el sentido y alcance del principio de libre competencia; para finalmente concluir de qué forma su aplicación es factible —al momento de decidir un caso concreto— de armonizar con estos principios cardinales de la licitación pública, tales como el principio de estricta sujeción a las bases de juridicidad y de igualdad entre los oferentes.

Palabras clave: Principios de la Licitación Pública, Principio de libre competencia, Tribunal de Contratación Pública.

Abstract: In this paper, the authors analyze the principle of free competition and how it has been understood in the recent jurisprudence of the Public Procurement Court. To do so, they first review the principles that govern public tendering; then, what is the meaning and scope of the principle of free competition; to finally conclude how its application is feasible –when deciding a specific case– to harmonize with these cardinal principles of public tendering, such as the principle of strict adherence to the bases, of legality, and of equality among bidders.

Keywords: principles of Public Tendering, Principle of free competition, Public Procurement Court.

1 Abogado (1997), Magíster en Derecho Público mención Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile (2011). Profesor asistente adjunto, Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae. Juez Titular del Tribunal de Contratación Pública.

2 Abogado (2007), Magíster en Argumentación Jurídica, Universidad Diego Portales (2021). Ex Relator Titular del Tribunal de Contratación Pública.

INTRODUCCIÓN

Con la reforma introducida por la Ley 21.634 a la Ley 19.886, podemos afirmar que la Ley de Compras Públicas (en adelante LCP) a más de 21 años de su publicación, ha iniciado una nueva etapa en su vida legislativa. En efecto, la señalada Ley 21.634 profundiza varios temas abordados por la LCP, tal como lo recuerda el título *Mensaje Presidencial*, que inicia su tramitación de “modernizar la Ley 19.886 y otras leyes, 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”. Es por ello que consideramos relevante analizar un principio basal de la contratación pública regida por la LCP, como es el principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo, el cual, si bien se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ha recibido cotidiana aplicación por la Administración del Estado en las licitaciones públicas regidas por la LCP. Al mismo tiempo, ha sido interpretado administrativamente por la Contraloría General de la República y ha recibido un contenido, caso a caso, en la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DEL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA

El principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo se incorpora en nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE), que dispone, en su artículo 9, lo siguiente:

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

El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso y con previa resolución fundada, a que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo.

Desde ya cabe destacar que este principio³ resulta aplicable a todos los organismos públicos que forman parte de la Administración del Estado, conforme a su artículo 1, y no sólo a quienes se aplica la Ley 19.886, siendo este aspecto una de las principales reformas introducidas por la Ley 21.634, que hace extensiva la aplicación de la LCP no sólo a las personas jurídicas que forman parte de la Administración del Estado, sino también a otros órganos del Estado.

Asimismo, podemos apreciar que el legislador orgánico constitucional no ha definido qué entiende por “libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo”, convirtiéndose entonces en una tarea de la doctrina iusadministrativa nacional el dotar a este principio de contenido dogmático, y de los tribunales de justicia (ordinarios y especiales) el determinar en su jurisprudencia los casos en que dicho principio tiene aplicación en una contienda jurídica sometida a su conocimiento, perfilando entonces sus contornos y características esenciales.

Si revisamos la doctrina nacional, nos parece que la noción dada por el profesor Iván Aróstica nos brinda lo necesario para determinar cuáles son los fundamentos constitucionales de este principio. En efecto, al referirse a él, ha señalado⁴:

El principio de concurrencia o competitividad procura hacer asequible el proceso y abrir espacios a la participación del mayor número de oponentes, con miras a promover una competencia real de ofertas. Sobreentendida la libertad de los interesados para formular sus propuestas y aportar las aclaraciones o rectificaciones necesarias, que deberán ser tenidas en cuenta por la autoridad, efectivamente, al dirimir el certamen. (NOTA 13: Es el “principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo” a que se refiere el art. 90 inc. 2o de la Ley 18.575, y que guarda cierta semejanza con el “principio de contradictoriedad” de la Ley 19.880 (arts. 10 y 17 letra f). Con fundamento, en el fondo, en “el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”, reconocido por la Carta de 1980 (art. 1° inc. 5°).

Encontramos entonces su primer fundamento en el artículo 1 de la Carta Fundamental, el cual, como ha sostenido la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, es una disposición que al encontrarse al inicio del “capítulo I: Bases de la Institucionalidad”, sirve de guía y principio

3 Véase en el Título I “Normas generales” de la LOCBGAE.

4 Iván Maldonado, Licitación pública: concepto, principios y tramitación, en Revista *Actualidad Jurídica* N°13, enero de 2006; la cita en p. 295.

de interpretación para todas las normas del derecho público chileno. Asimismo, como ha afirmado el destacado maestro Eduardo Soto Kloss, al referirse tanto a los principios fundamentales del derecho público chileno como a la noción de derecho administrativo en nuestro país, dichos principios no se entienden separada o aisladamente, sino que arribamos a su mejor comprensión partiendo de la primacía de la persona humana, ya que esta es el principio, sujeto y fin de toda sociedad, de todo Estado, y de todo derecho⁵.

Además, estimamos, siguiendo la Constitución Política de la República, podemos también vincular y relacionar el principio de libre concurrencia con el derecho a desarrollar actividades económicas (artículo 19, N°21), la no discriminación arbitraria que debe dar el Estado en materia económica (artículo 19, N°22), y con el principio de igualdad ante la ley (artículo 19, N°2), en cuanto a que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

2. PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA ¿A QUÉ NOS REFERIMOS?

Basándonos en los planteamientos del autor comparado, Julio Rodolfo Comadira⁶, cuando se habla de “concurrencia”:

[esta] tiene por objeto lograr que al procedimiento licitatorio se presente la mayor cantidad posible de oferentes (...), porque, si lo que la Administración pretende para satisfacer en la mejor forma sus intereses públicos, es contratar con el particular que ofrezca las mejores garantías para el cumplimiento del objeto contractual, es necesario que a la compulsa hayan podido acudir todos los interesados en participar que estén capacitados para brindar la participación requerida. Porque lo que la Administración logrará mediante la aplicación de este principio es seleccionar la mejor oferta para contratar con quien la presentó”.

A lo anterior, podemos agregar lo que ha sostenido Claudio Moraga⁷, quien plantea que “La libre concurrencia del participante supone que la

5 Vid. Derecho Administrativo. Tomo I. Principios, fundamentos y organización. Editorial Thomson Reuters, p. 51.

6 Comadira, Julio Rodolfo. *Licitación Pública: Nociones, principios, cuestiones*. Segunda edición actualizada, Editorial Lexis Nexis, año 2006, pp. 97-99.

7 Vid. su *Contratación Administrativa*, segunda edición, Editorial Thomson Reuters, pp. 260-269.

Administración no ponga más restricciones, inhabilidades o limitaciones que las expresamente dispuestas en la ley”.

Por su parte, en la Ley 19.886 existen varios preceptos que identifican la relevancia de este principio iluminador del sistema de contratación administrativa pública, tales como en el artículo 4:

Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal.

También, el artículo 8 *bis*, a propósito de la regulación del trato directo, señala: “Asimismo, la consideración de la experiencia debe realizarse de manera proporcional al objeto de la contratación, y no supondrá en caso alguno una vulneración al principio de libre concurrencia”. Se suma a esta preceptiva la regulación establecida en el artículo 58 de este cuerpo legal, donde se indica:

Los criterios de evaluación y los requisitos de admisibilidad contenidos en las bases de licitación de los Convenios Marco se establecerán en atención a las características de los bienes y/o servicios y a la necesidad pública a satisfacer, sin que pueda obstruir la libre concurrencia de los proveedores.

En igual sentido, en el nuevo Decreto Supremo de Hacienda 661, que aprueba el Reglamento de la Ley 19.886 (publicado en el Diario Oficial el 12 de diciembre de 2024), y en el artículo 75, a propósito de la regulación del trato directo por seguridad y confianza, se establece: “c) La utilización de esta causal no supondrá en caso alguno una vulneración al principio de libre concurrencia”. Y en el artículo 87 se dispone, a propósito de la evaluación y adjudicación de los Convenios Marco, que:

Los criterios de evaluación y los requisitos de admisibilidad contenidos en las Bases de licitación de los Convenios Marco se establecerán atendiendo a las características de los bienes y/o servicios y de la necesidad pública a satisfacer, sin que pueda obstruir la libre concurrencia de los proveedores.

Como es posible advertir, el legislador promueve el resguardo de este principio y la observancia de este por parte de la Administración en diversos estadios, ya sea en el diseño de la arquitectura de las bases como en el espacio evaluativo, velando por evitar una obstrucción de oferentes en su participación. A su vez, este principio ha sido identificado en numerosas sentencias, dictadas tanto

por el Tribunal de Contratación Pública como por la Corte de Apelaciones de Santiago, quien conoce de las mismas a través del denominado recurso de reclamación. Estas sentencias identifican la doctrina que la judicatura contenciosa administrativa, ha establecido en diversos años de trabajo.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA SOBRE EL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA

A continuación, se expondrán las sentencias seleccionadas que desarrollan este principio.

- a) La Administración debe promover la participación de los oferentes:

CONSIDERANDO VIGÉSIMO CUARTO: Que, como se ha expresado en numerosas sentencias dictadas por este Tribunal, que han sido ratificadas invariablemente por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago y por la Excelentísima Corte Suprema, el procedimiento de licitaciones establecido en la Ley N°19.886, de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, se fundamenta en una serie de principios que permiten a la entidad licitante, elegir la mejor oferta para satisfacer el interés público comprometido y a los oferentes, tener garantías de transparencia e igualdad en el trato que los organismos públicos les brindan con motivo de los procesos de licitación a que convocan.

(...) Junto, a éste y otros principios que regulan el procedimiento administrativo de licitación pública y con el mismo propósito, de elegir la mejor oferta para satisfacer el interés público comprometido, es necesario tener presente las normas establecidas en otros cuerpos legales, cuyo objetivo además del indicado, es asegurar que la entidad licitante actúe dentro del campo de sus atribuciones, sin excederse de las potestades de que está investida y es así, como los artículos 2 y 8 *bis* de la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, establecen el principio de igualdad de los oferentes, libre concurrencia y de legalidad, que obligan a la Administración, es decir a la entidad licitante, a promover la participación de los oferentes, darles un trato igualitario y a someter su cometido a la legalidad vigente, actuando dentro del campo de su competencia, sin que pueda ejercer otras atribuciones que las que expresamente les hayan sido conferidas.

(AKRO Diseño S.A. con Municipalidad de Talca. Tribunal de Contratación Pública. Sentencia de 31 de diciembre de 2019. Rol N°67-2019. Considerando Vigésimo cuarto.)

- b) No hay límites para concurrir a presentar ofertas, salvo lo expresamente dispuesto en la Ley, normas reglamentarias y bases de licitación.

CONSIDERANDO CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normativas de las bases de licitación a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes queda establecido que, podían participar en la propuesta pública todas las personas naturales y jurídicas chilenas o extranjeras, o bien una agrupación de las mismas, mediante la unión de 2 o más proveedores, a través de la Unión Temporal, todos los cuales ostentan la calidad de “Ofertantes” para poder presentar una oferta o cotización en la licitación.

(...) De tal manera que, bastaba para poder participar como oferente, cumplir con los requisitos establecidos por la Ley N°19.886 y su Reglamento y con los antecedentes administrativos y técnicos solicitados por las bases que regularon la licitación y su Anexos. Por lo que, dichas normativas corroboran la existencia de plena libertad para poder concurrir a presentar ofertas no existiendo más restricciones que las expresamente dispuestas por la ley, las normas reglamentarias y de las bases de licitación.

(Track Group SpA con Gendarmería de Chile. Tribunal de Contratación Pública. Sentencia de 29 de mayo de 2018. Rol N°236-2017. Considerando Cuadragésimo Octavo.)

- c) Exigencias de admisibilidad basadas en la relación pretérita del Servicio y un proveedor vulneran principio de libre concurrencia:

CONSIDERANDO UNDÉCIMO: Que, en cuanto a este quinto y sexto capítulo de impugnación, planteado por los demandantes, en opinión del Tribunal, las exigencias de las Bases Administrativas, en dichos puntos, se apartan de la legalidad, al constituirse en los hechos en una barrera de entrada que impide a los demandantes presentarse a la licitación de exploración y explotación de áridos, materia de la licitación impugnada.

(...) A mayor abundamiento, en cuanto a la quinta impugnación, ella asimismo restringe el derecho de acceso a la justicia, reconocido en el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, pues no permite a los demandantes ejercer dicho derecho ante los tribunales de justicia o ante la propia administración municipal licitante, frente a ante cualquier actuación de esta que estimen contraria a derecho.

(...) A su turno, en cuanto a la sexta impugnación, a juicio de esto sentenciadores si bien resulta necesario contar con patente comercial para ejercer la actividad económica licitada; es a partir de una actuación pretérita de la Municipalidad –que no renovó a los demandantes la patente municipal que les permitía

la exploración y explotación de áridos-, que este punto de las bases resulta arbitrario toda vez que impide en el hecho la participación de los demandantes en el proceso licitatorio.

(Balmaceda Limitada y Otros con I. Municipalidad de San José de Maipo. Tribunal de Contratación Pública. Sentencia de 1 de julio de 2019. Rol N°25-2019. Considerando Undécimo.)

- d) La definición del criterio de capacidad económica del oferente, atendida la naturaleza del negocio, no vulnera el principio de libre competencia:

CONSIDERANDO SÉPTIMO: Finalmente, en relación a la presentación de antecedentes financieros para acreditar la capacidad económica de los oferentes, en la reclamación se insiste en los argumentos planteados en los capítulos anteriores, lo cual se vincula únicamente con tratarse de pequeños empresarios del rubro, los que quedarían excluidos de postular; sin embargo, la Municipalidad al exigir el cumplimiento de la Ley, específicamente lo previsto en el artículo 6°, recogido en Las Bases Administrativas punto 9.1.1, no hace sino respetar la normativa sectorial vigente, sin que el mérito económico del negocio o los criterios definidos por la entidad licitante -entre los cuales se encuentra la capacidad económica sean ajenos a su competencia o vulneratorios del procedimiento de licitación sobre todo si se tiene presente que la Municipalidad debe adoptar los resguardos para la correcta explotación de un bien nacional de uso público por parte de la empresa adjudicataria, en el plazo proyectado y conforme a los montos estimados de explotación.

(Balmaceda Limitada y Otros con I. Municipalidad de San José de Maipo. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 17 de diciembre de 2019. Rol Contencioso Administrativo N°457-2019. Considerando Séptimo.)

- e) Las bases de licitación no pueden establecer reglas de prohibición de participación de oferentes que estén relacionados o pertenezcan a un mismo conglomerado empresarial:

CONSIDERANDO VIGÉSIMO NOVENO: Que, en efecto, el establecimiento de exigencias por parte de la autoridad para participar en el proceso licitatorio puede significar una exclusión respecto de un número de competidores, lo que podría no ser estimado en principio contrario a las normas de la libre competencia o a los principios que rigen los procesos de compras públicas, siempre y cuando se encuentre justificada objetiva y razonablemente la decisión de exclusión de determinados oferentes de la licitación, fundamentación que según se advierte de los considerandos precedentes, no resulta justificada del contenido de las bases de licitación y tampoco se encuentra fundamentada con las pruebas aportadas por las demandadas en la presente causa.

(Centro de Especialidades Médicas Y Diálisis Puerto Varas Ltda. y Otros con Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y Dirección de Compras y Contratación Pública. Tribunal de Contratación Pública. Sentencia de 28 de septiembre de 2018. Rol 79-2017. Considerando Vigésimo Noveno.)

f) Uniones Temporales de Proveedores no restringidas en bases de licitación pueden concurrir a presentar ofertas:

i) CONSIDERANDO DÉCIMO TERCERO: Que sobre las aseveraciones del reclamante en relación al que impugna la licitación, referida a las Empresas Cam Chile S.A. y Sinel S.A. Ingeniería y Construcción, en calidad de integrantes de la Unión Temporal de Proveedores (UTP), cabe hacer presente que esta presentó su oferta en el proceso de licitación, reglamentándose su participación en las Bases Administrativas, en el caso que el proponente corresponda justamente a una Unión Temporal de Proveedores. Este antecedente, se encuentra en concordancia con uno de los principios con base en el artículo 9 inciso 2 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, esto es, el “Principio de la libre concurrencia”, consistente en que la Administración contratante debe hacer asequible el proceso y abrir espacios a la participación del mayor número de oponentes, con miras en promover una competencia real de ofertas. Luego, tienen derecho a participar en la licitación todos los que cumplan las condiciones generales que se establezcan, adjudicándose el contrato a la oferta más ventajosa.

(...) En virtud de este principio se “persigue considerar las ofertas de todos los proponentes que han cumplido con los pliegos de condiciones, sin que por errores sin trascendencias y no esenciales queden fuera del concurso”. Luego, si la parte considera que su incorporación no se ajustaba a la normativa que la regula, debió haber hecho en su oportunidad, las observaciones a las Bases que le fueron propuestas. (Derecho Administrativo, Jorge Bermúdez Soto, Ed. Thomson Reuters, Legal Publishing, pág. 261).

(UTP CAM Chile S.A, y SINEL S.A. con I. Municipalidad de Maipú. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 26 de julio de 2018. Rol N°119-2018. Considerando Décimo Tercero.)

ii) CONSIDERANDO QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Que, cabe considerar al respecto, que las bases de licitación no contienen ninguna normativa que limitara o prohibiera la participación en el proceso licitatorio de que unos mismos proveedores pudieran agruparse con otro u otros en diferentes Uniones Temporales para presentar ofertas, tal como ocurrió en el caso de autos, siempre que cumplieran con los requisitos y condiciones establecidos por las bases de licitación. Por el contrario, tanto las disposiciones de la Ley N°19.886, como su Reglamento, así como las propias bases de licitación consagran el principio

de la libre concurrencia de los oferentes en una licitación, sin distinciones ni restricciones, a fin de promover la participación del mayor número posible de concursantes para fomentar la competencia entre los oponentes.

(...) De tal manera que, en el caso de las ofertas presentadas por las dos UTP, bastaba que cumplieran con los requisitos establecidos por el artículo 4° de las Bases Administrativas en relación con lo dispuesto por el artículo 67 *bis* del Reglamento, para que pudieran participar como oferentes en la licitación. Y, del análisis efectuado en el Acto de Apertura por la Comisión respectiva, quedó determinado que ambas cumplían con tales requisitos para aceptarlas como tales, según consta de fojas 843 a 855 de autos.

(Track Group SpA con Gendarmería de Chile. Tribunal de Contratación Pública. Sentencia de 29 de mayo de 2018. Rol N° 236-2017. Considerando Quincuagésimo Segundo.)

iii) CONSIDERANDO OCTAVO: Que, se ha dicho que carecía de influencia la falta de referencia específica a esta prueba, por cuanto la sentencia discurre sobre las Bases mismas, el Decreto de Hacienda N° 250 de 2004 y la Ley N° 19.886 (considerandos 45° y siguientes), en las cuales no existe una norma que prohíba las asociaciones o uniones que se establecieron para participar del proceso de licitación en comento. Acerca de los riesgos posibles ya hemos fijado nuestra posición en torno a una eventual ilegalidad. Y en cuanto hace a la argumentación de que conforme a las bases a cada interesado corresponde una oferta, cierto es que el inciso cuarto del artículo 4° de las Bases Administrativas de la licitación subyacente, dispone que cada interesado podrá presentar una propuesta compuesta de una oferta técnica y económica, pero el asunto radica en determinar quiénes son interesados.

(...) Como hemos visto las UTP son uniones temporales para participar en la licitación, cuya vigencia, finalmente, no puede ser inferior a la del contrato adjudicado. Y si bien cada persona, natural o jurídica, que se una o asocie de esta forma tiene su propia individualidad, para los efectos de su participación constituyen un interesado, de manera que si dos de estas personas se asocian con una tercera (o más) para participar de la misma licitación, se configura un nuevo interesado, y, en consecuencia, no se infringe la regla de que a cada interesado corresponde efectuar una oferta (técnica y económica).

(...) Los riesgos que se quiera conjurar, como en el caso que cita la demandante y reclamante, relativo al caso del Transantiago (2017), deberían ser materia de las Bases correspondientes, y no es igual porque en el presente caso las Bases no limitan estas asociaciones.

(Track Group SpA con Gendarmería de Chile. Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de 13 de septiembre de 2018. Contencioso Administrativo N°277-2018. Considerando Octavo.)

- g) Las bases de licitación deben permitir el ingreso y participación de cualquier persona interesada en el concurso:

CONSIDERANDO DECIMO SEPTIMO: Que la conducta desplegada por la Policía de Investigaciones de Chile denota no sólo un incumplimiento a las normas básicas y esenciales de la licitación pública y del propio convenio marco, sino también constituye una grave infracción al principio de libre concurrencia de los oferentes, toda vez que impidió –por los motivos que haya estimado procedentes, pero que no se ajustan a la legalidad a la que debe someterse el proceso- el cumplimiento del mandato legal en orden a que cualquier persona pudiese participar de esta licitación pública, vulnerando con ello los intereses de la demandante.

(Dimacofi S.A con Policía de Investigaciones de Chile. Tribunal de Contratación Pública. Sentencia de 28 de julio de 2011. Rol N°94-2011. Considerando Décimo Séptimo.)

CONSIDERANDO DECIMO CUARTO: Que, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias referidas precedentemente, no resulta jurídicamente procedente, que las entidades licitantes establezcan como criterio de evaluación, la pertenencia de algún oferente, al territorio o comuna determinados, lo que atenta contra el principio de libre concurrencia y de igualdad de los oferentes, como se ha señalado con anterioridad, pero menos aún, resulta absolutamente ilegal el establecer esta exigencia, como requisito de postulación o de admisibilidad para participar en la licitación.

(CMET Telecomunicaciones S.A con I. Municipalidad de Curepto. Tribunal de Contratación Pública. Sentencia de 30 de abril de 2025. Rol N°29-2014. Considerando Décimo Cuarto.)

CONSIDERANDO DECIMO OCTAVO: Que, por lo tanto, las exigencias establecidas en el numeral 7.1.3 del capítulo 7 que señala: “Experiencias. Acreditar Experiencia otorgado (sic) el mismo servicio de internet satelital a otras Escuelas Rurales. Este punto se acreditará a través de Certificados de Experiencia emitidos por los encargados de los DAEM o sostenedores, según su caso. Dichos documentos deben ser presentados a través del Portal de Mercado Público”. O bien que en las Especificaciones Técnicas en su numeral 3 se establezca entre las características que debe cumplir el servicio de internet satelital: “Acreditar experiencia a otorgar el Servicio de internet en Escuelas rurales, mediante certificado de experiencia”. Lo que junto con la estipulación

contenida al final del mismo numeral 3 consistente en aquella que exige que “La estación Terrena Hub deberá encontrarse en Santiago de Chile y la red debe operar sobre un satélite de cobertura regional con más de 10 años de vida útil restantes.” configuran a juicio de estos sentenciadores, exigencias que exceden las facultades discrecionales del ente licitante ya que queda de manifiesto que esas exigencias no pueden imponerse sin vulnerar los principios de libre concurrencia e igualdad entre los oferentes.

(Anexsat S.A con I. Municipalidad de Camarones. Tribunal de Contratación Pública. Sentencia de 13 de diciembre de 2017. Rol N° 178-2017. Considerando Décimo Octavo.)

4. DICTÁMENES RELEVANTES REFERIDOS AL PRINCIPIO DE LIBRE CONCURRENCIA

a) DICTAMEN 00E186N25 DE 02-01-2025:

Enseguida, también se ha podido establecer que se incorpora un factor de distorsión en los procesos de selección de oferentes para la prestación del servicio en comento, al ofrecer valores diversos según si la contratación se efectúa mediante licitación pública o privada o mediante trato directo, lo que podría influir en la decisión de las entidades edilicias sobre qué procedimiento de contratación realizar y a qué oferente adjudicar, al margen de la regulación legal sobre la materia. Ello implicaría, además, una infracción por parte de los municipios que adscriban a dicha contratación de los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que deben regir el acuerdo de voluntades.

b) DICTAMEN E381864N23 DE 17-08-2023:

Cabe tener presente que acorde al criterio sustentado reiteradamente por la jurisprudencia de este Organismo Contralor, entre otros, en sus dictámenes N° 5.945, de 2010, y 76.516, de 2012, la exigencia de inscripción en el registro electrónico oficial de contratistas de la Administración sólo puede requerirse por los organismos para efectos de celebrar el respectivo contrato, cuando así lo establezcan en las bases que regulen la licitación, sin que resulte pertinente disponer tal inscripción para participar en esta clase de convocatorias, conforme al principio de libre concurrencia de los oferentes.

c) DICTAMEN 21435 DE 23.04.2010:

Como puede apreciarse, las disposiciones legales precedentemente mencionadas establecen, en términos generales, los procedimientos que deben observar los organismos de la Administración para la adquisición de los bienes muebles, sin que contemplen la posibilidad de adquirir bienes muebles usados, lo que contraviene el principio de libre concurrencia de los oferentes a que se ha hecho mención precedentemente.

CONCLUSIONES

Las sentencias y dictámenes antes indicados han permitido identificar distintas doctrinas que iluminan el nutrido contenido normativo que posee el principio de libre concurrencia, ya que tanto para el legislador como para la judicatura y, por supuesto, los demás operadores jurídicos, no resultan baladí su infracción, sino todo lo contrario, ya que lo que se protege y promueve es que, precisamente este principio, junto a todos los demás principios que forman parte del sistema de contratación pública, interactúen para formar un todo integrado, resultando útiles al momento de adoptar decisiones administrativas y, por qué no decirlo, al momento de fundar y motivar precisamente dichas decisiones.

En ese sentido la conexión y el despliegue de este principio, junto con los demás, buscan dotar de fundamentos jurídicos razonables y democráticos la toma de decisión, ya que no es posible entender ni comprender su empleo y utilidad sin considerar el valor mayor que posee, esto es, evitar la arbitrariedad e ilegalidad en la toma de decisiones y desde ese punto de vista velar por el resguardo del Estado de Derecho en su conjunto. En efecto, tal como lo indica el profesor Enrique Díaz Bravo:

Es así como los principios de la contratación pública constituyen una columna central de esta disciplina del derecho administrativo, donde por una parte, todos y cada uno de los principios se encuentran en estrecha relación unos con otros, constituyendo un sistema coherente y armónico donde no se puede pretender excluir o preferir alguno sobre otro, de modo que el incumplimiento de la obligación de alguno de ellos puede suponer la vulneración en cadena de los demás, afectando no solo los derechos individuales de las personas – naturales o jurídicas– sino que aun más, afectando las propias bases del Estado democrático de derecho, como en el caso de la vulneración de la obligación de transparencia y publicidad, la que puede provocar una discriminación arbitraria a un potencial oferente de un concurso público al fijar barreras

de acceso materiales a una licitación, afectando en consecuencia el propio principio de igualdad, favoreciendo a uno o unos determinados licitadores. Y, por otra parte, es a través de la materialización de los principios que el Estado logra alcanzar uno de los objetivos que tiene la contratación pública y que es la apertura de los mercados, donde el Estado podrá acceder a un determinado bien o servicio en las mejores condiciones que aquel pueda ofrecer⁸.

BIBLIOGRAFÍA

Normativa citada

Decreto 661 aprueba Reglamento de la Ley n° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, y deja sin efecto el Decreto Supremo n° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda.

Ley n°18.575 Ley orgánica constitucional de Bases generales de la administración del Estado.

Ley 19.886 Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

Jurisprudencia citada

Sentencia Tribunal de Contratación Pública Rol 67-2019.

Sentencia Tribunal de Contratación Pública Rol 236-2017.

Sentencia Tribunal de Contratación Pública Rol 25-2019.

Sentencia Tribunal de Contratación Pública Rol 79-2017.

Sentencia Tribunal de Contratación Pública Rol 94-2011.

Sentencia Tribunal de Contratación Pública Rol 29-2014.

Sentencia Tribunal de Contratación Pública Rol 178-2017.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 457-2019.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 119-2018.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago Rol 277-2018.

8 Díaz Bravo, Enrique. Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N°22.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE RIGEN EN MATERIA DE LICITACIONES PÚBLICAS

CONSTITUTIONAL AND LEGAL PRINCIPLES GOVERNING PUBLIC TENDERS

ENRIQUE NAVARRO BELTRÁN¹

Resumen: En el presente artículo se analizan los principios constitucionales y legales que rigen en materia de licitaciones públicas en Chile. Del mismo modo, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y del Tribunal de Contratación Pública.

Palabras clave: Igualdad ante la ley, libertad económica, libre concurrencia de oferentes, estricta sujeción a las bases administrativas.

Abstract: This article analyses the constitutional and legal principles that govern public tenders in Chile. Likewise, the jurisprudence of the Comptroller General of the Republic and the Public Procurement Court.

Key words: Equality before the law, economic freedom, free competition of bidders, strict adherence to administrative bases.

¹ Profesor titular de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.

INTRODUCCIÓN

Como se explicará, la Constitución Política de la República (CPR) asegura diversos derechos fundamentales, entre otros, la igualdad ante la ley, la libre apropiabilidad de los bienes y la libertad económica, habiéndose reconocido en diversas sentencias emanadas del Tribunal Constitucional (TC) y de la Corte Suprema (CS). Por su parte, la legislación administrativa y, en particular, la normativa de contratación (Ley 19.886), recientemente modificada por la Ley 21.634, ha reconocido como principios fundantes de todo proceso de licitación la libre concurrencia de los oferentes, asegurando la igualdad ante las bases que rigen el contrato y la estricta sujeción de las bases; lo que ha sido tutelado por el Tribunal de Contratación Pública (TCP) y dictaminado por la Contraloría General de la República (CGR).

I. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

1. La igualdad ante la ley

En todo proceso de licitación se encuentra en juego este principio, reconocido por el artículo 19 N° 2 de la CPR, que asegura a todas las personas “la igualdad ante la ley”, afirmando que “en Chile no hay persona ni grupo privilegiado” y, a la vez, “no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre”. De igual forma, y como consecuencia de la reforma de 1999, se indica que “hombres y mujeres son iguales ante la ley”. También, en el segundo párrafo se establece que “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”².

La CPR, en su artículo 19 N° 22, asegura como derecho esencial “la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica”, agregando luego, que “sólo en virtud de una ley y siempre que no signifique tal discriminación, se podrá autorizar determinados beneficios directos o indirectos a favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras”³.

2 Enrique Navarro Beltrán (2012), Igualdad ante la ley y jurisprudencia del TC, *Actualidad Jurídica*, N° 26, pp. 63-95.

3 Vid. Sobre la materia Domingo Valdes P. (1992), La discriminación arbitraria en el derecho económico, especialmente en la legislación antimonopólica, Santiago.

Se trata, por tanto, de un principio fundamental que debe ser considerado en toda actuación que realice el Estado o alguno de sus organismos, cualquiera sea su forma jurídica⁴.

Tal como se ha encargado de señalar el TC en diversas oportunidades⁵, la norma constitucional contenida en el artículo 19 N° 22 tiene por objeto “establecer perentoriamente el principio de igualdad ante la ley en materias económicas, evitándose que se produzcan discriminaciones o diferencias arbitrarias o injustas, es decir, que carezcan de justificación racional o sean producto de un mero capricho”⁶.

A su vez, como ha consignado la CS, por discriminación arbitraria:

ha de entenderse toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquiera autoridad pública que aparece como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede, por ejemplo, dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias⁷.

El TC, en diversos pronunciamientos⁸, ha precisado que:

[La igualdad ante la ley] consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición.

Así, se ha concluido que “la razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de igualdad o la desigualdad”⁹. Es decir, la igualdad ante la ley presupone “que se trate en forma igual a quienes son efectivamente iguales, y sólo a ellos, y en forma desigual a quienes no lo sean.

4 TC, Rol 467/2006.

5 Sobre la jurisprudencia vid. Enrique Navarro B. y Carlos Carmona S. (2011), Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011), *Cuadernos del TC*, N° 45.

6 TC, Rol 249/1996.

7 C.S., Rol 16.227/1991.

8 Sebastián López M. (2012), Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y jurisprudencia del TC, *Cuadernos del TC* N° 48.

9 TC, Roles No. 28 (1985), no. 53 (1988) y no. 219 (1995). En el mismo sentido, Roles 811/2007, 1217/2008 y 1254/2008.

Ahora, si se hacen diferencias, pues la igualdad no es absoluta, es necesario que ellas no sean arbitrarias”¹⁰.

De esta forma, como lo ha puntualizado esta misma Magistratura:

La garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario¹¹.

Con posterioridad, se ha precisado que lo que el artículo 19 N° 2 de la CPR prohíbe, a leyes y a autoridades, es establecer diferencias arbitrarias, esto es, dar igual trato a situaciones sustancialmente diversas; agregando que:

Esta dimensión de la igualdad no significa, sin embargo, que toda diferencia exija de trato legal diferenciado, pues ello haría imposible establecer reglas generales. Lo que la Constitución prohíbe no es hacer diferencias, sino hacer diferencias arbitrarias. De igual modo, en la dimensión del principio de igualdad que el requirente denomina diferenciado, no se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación¹².

De esta manera, por discriminación arbitraria ha de entenderse “toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual”. En otros términos, “que no tenga justificación racional o razonable, lo que equivale a decir que el legislador no puede por ejemplo dictar una ley que imponga distintos requisitos u obligaciones a personas distintas en iguales circunstancias”. De la misma forma, por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común¹³.

Resumiéndose esta tesis, el propio TC ha sintetizado la doctrina señalando que la igualdad ante la ley “consiste en que las normas jurídicas deben ser

10 TC, Rol N° 219/1995.

11 TC, Rol N° 986/2008.

12 TC, Rol 807/2007.

13 TC, Roles 811/2007 y 1204/2008.

iguales para todas las personas que se encuentran en la misma situación y, consecuentemente, distintas para aquellas que se encuentran en circunstancias diversas¹⁴. Así, la igualdad ante la ley:

Consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares¹⁵.

Por otro lado, como lo ha señalado esta misma Magistratura en diversos pronunciamientos, el examen de la jurisprudencia de diversos Tribunales Constitucionales, como el alemán y el español, da cuenta de que no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable sino que además debe ser objetiva y proporcional¹⁶. De este modo, si bien el legislador puede establecer criterios específicos para situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que, por tanto, queden completamente entregados los mismos al libre arbitrio del legislador¹⁷.

Para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender, además, a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada¹⁸.

Precisamente, en este sentido, el TC de España ha señalado específicamente que:

Para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de

14 TC, Rol 1502/2009, en alusión a los roles N° 53, c. 72; 755, c. 27; 790, c. 21; 797, c. 19; y 1535, c. 33.

15 TC, Rol 1217/1995.

16 Vid. Miguel Carbonell, coordinador (2007), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Colombia.

17 TC Roles 755/2007 y 790/2007, entre otros.

18 Tomás Ramón Fernández (1988), *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, pp. 34 y 42.

proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos¹⁹.

Además, se ha afirmado que para efectos de dilucidar si en un determinado conflicto se produce una infracción al derecho a la igualdad ante la ley:

Es necesario determinar, en primer lugar, si realmente estamos frente a una discriminación o diferencia de trato entre personas que se encuentran en una situación similar para, luego, examinar si tal diferencia tiene el carácter de arbitraria importando una transgresión a la Carta Fundamental.

Así, debe analizarse si tal “diferencia carece de un fundamento razonable que pueda justificarla y si, además, adolece de falta de idoneidad para alcanzar la finalidad que ha tenido en vista el legislador”²⁰.

En otras palabras, la igualdad ante la ley supone analizar si la diferenciación obedece a fines objetivos y constitucionalmente válidos. De este modo, “resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción; a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas, la finalidad de la ley y los derechos afectados”²¹, “que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación”²².

De este modo, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita:

No basta que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además, que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distorsión sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos²³.

La vinculación entre igualdad y licitación se produce desde el momento que el licitante debe proceder en todas las etapas de la licitación (llamamiento, consultas, adjudicación, contratación y fiscalización), tratando a todos los postulantes con la misma exigencia y parámetros, sin establecer discriminaciones arbitrarias.

19 TC Roles 76/1990 y 253/2004.

20 TC Rol 1340/2009. Este criterio ha sido reiterado, entre otras, en las sentencias roles N° 790/2007, 825/2007, 829/2007 y 834/2007.

21 TC Rol 1307/2009, aludiendo a la jurisprudencia sustentada en Roles 755/2007, 790/2007, 1138/2008 y 1140/2008.

22 TC Roles 1448/2009 y 1584/2009.

23 TC Rol 1463/2009, citando sentencias roles N° 76, 1990, N° 253, 1994 y N° 790, 2007.

Pues bien, en un proceso de licitación, la interdicción de la arbitrariedad se manifiesta en la exigencia que tiene la autoridad de preparar bases que contengan estipulaciones racionales y cuya aplicación y adjudicación no dependa del mero arbitrio del licitante. Así, en toda licitación —aunque no se explicita, pero es consecuencia del principio señalado— se entiende que forma parte de la misma, la posibilidad de rechazar las ofertas “en forma fundada” y de acuerdo a lo señalado en las mismas. Ese fundamento escrito y público, al que los participantes tienen acceso, será precisamente la prueba de la racionalidad o falta capricho de la decisión.

2. La libre apropiabilidad de los bienes

El artículo 19 N° 23 de la CPR dispone que todas las personas tienen la libertad de adquirir el dominio de toda clase de bienes, corporales o incorporeales. En este caso, la posibilidad de suscribir un contrato del cual emanan derechos y obligaciones recíprocas entre las partes.

En relación al sentido y alcance del artículo, este Tribunal ha consignado:

Que por otra parte, del artículo 19, N° 23, de la Constitución, de acuerdo a su claro sentido y alcance y en armonía con el resto de la preceptiva constitucional y del ordenamiento legal, se infiere que él contempla cuatro normas: 1) la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, esto es, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565 del Código Civil, todas las cosas corporales o incorporeales susceptibles de apropiación; 2) se exceptúan de esta libertad de adquisición, lógicamente, aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así, es decir, se excluyen, entre otros, los bienes nacionales de uso público, como las aguas por ejemplo; 3) solo en virtud de una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, se pueden establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. Esta regla constitucional, dentro del contexto lógico del precepto se refiere a los bienes privados, y 4) todas las disposiciones anteriores son sin perjuicio de otros preceptos de la Constitución²⁴.

El objetivo de la norma, como lo ha señalado también dicha Magistratura, es el permitir el acceso a la propiedad privada al mayor número de personas. De esta manera, como lo ha indicado la judicatura, su finalidad ha sido garantizar el acceso al dominio privado de las personas de toda clase de

24 TC, Rol 260/1997.

bienes, muebles o inmuebles, corporales e incorporales, y en general, de toda cosa susceptible de ser incorporada a un patrimonio personal; de modo que protege a las partes de actos legislativos o de autoridad que excluyan de este libre acceso a alguna categoría de bienes, salvo las excepciones contempladas en la misma norma constitucional²⁵.

Como consecuencia de lo anterior, todo postulante en un proceso licitatorio tiene derecho a que no se coloquen por la entidad licitante obstáculos especiales, distintos o adicionales, a los que el propio ente establezca en las bases de licitación.

3. La libertad para desarrollar cualquier actividad económica

El artículo 19 N° 21 consagra el “derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”²⁶.

Sobre el alcance de este derecho se ha sostenido que:

La garantía constitucional establecida en el artículo 19 N° 21, a la cual se le ha llamado de libre iniciativa o de libertad de empresa es de contenido vasto, ya que comprende la libre iniciativa y la prosecución indefinida de cualquier actividad económica, sea productiva, comercial, de intercambio o de servicio, habiendo sido introducida por el constituyente de 1980 con especial énfasis y estudio, según consta de la historia fidedigna del precepto²⁷.

En otras palabras, se reconoce a todas las personas la libertad de emprender actividades económicas, ya sea “personalmente o en sociedad, organizada en empresas, en cooperativas o en cualquier otra forma de asociación lícita”²⁸.

Se ha sentenciado por el TC que este derecho, denominado tanto “libre iniciativa privada para desarrollar cualquiera actividad económica” como usualmente “derecho a desarrollar cualquiera actividad económica lícita”, significa que:

25 TC, Rol 467/2006. CS, 26 de mayo de 1988, RDJ 85, sec. 5ª.

26 Enrique Navarro Beltrán (2001), La libertad económica y su consagración constitucional, *Revista Chilena de Derecho* N° 28; p. 299-310.

27 ICA de Santiago, 25 de mayo de 1996, GJ 192, 1996.

28 Enrique Evans de la Cuadra (1998), *Los derechos constitucionales*, tomo II, p. 318.

Toda persona, sea esta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquiera actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad a realizar no sea, considerada en sí misma, ilícita, y lo son sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad económica a realizar se ajuste a las normas legales que la regulen²⁹.

De acuerdo a lo señalado por el TC:

Esta garantía se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, por lo que este tipo de derecho no supone una obligación correlativa positiva de parte del Estado en orden a satisfacer la pretensión del titular del derecho³⁰.

Precisamente, recogiendo lo antes señalado, en un fallo de tribunales superiores, se consigna con gran claridad que:

Analizada la norma en estudio desde este punto de vista, el contenido esencial del derecho garantizado por el numeral 21º es la libertad que se garantiza a todas las personas sean naturales o jurídicas, para satisfacer sus necesidades múltiples e ilimitadas mediante la utilización de bienes escasos y limitados, nos siendo indispensable, ergo, el carácter lucrativo de las mencionadas actividades³¹.

Así, como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 19 N° 21 de la Carta, se consagran importantes garantías para el postulante, tales como el concurrir libremente a la licitación, sin otros requisitos que los razonables que hayan sido impuestos clara y determinadamente por el órgano licitante; adjudicarse la licitación, si se ha vencido en el proceso concursal; no ser perturbado, privado o amenazado ni en el proceso de postulación ni en el ejercicio de la concesión, en su caso; y no ser afectado por regulaciones nuevas, ajenas a las previamente señaladas.

29 TC, Rol 280, considerando 22º, 20 de octubre de 1998.

30 TC 513, cc. 19 y 20.

31 ICA de Santiago, 31.08.2005, Rol N° 2717-04, confirmado por la Corte Suprema (Rol N° 4732-2005).

II. PRINCIPIOS LEGALES

De acuerdo con los principios legales que regulan toda licitación, en materia administrativa, deben señalarse las siguientes:

1. Libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo: igualdad ante las bases que rigen el contrato.
2. Sujeción estricta a las bases de licitación.
3. Eficacia e idoneidad en las adjudicaciones.

Los dos primeros principios emanan del artículo 9º de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado. El tercero y el cuarto han sido desarrollados desde el antiguo, por la doctrina (sujeción estricta), la CGR e incluidos a nivel legal por la ley 19.886, sobre Contratación Administrativa.

Por lo pronto, la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (18.575) en su artículo 9º estipula que:

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

Más concreta aún, la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (19.886), modificada por la reciente Ley 21.634, que establece en su artículo 5º que:

Los órganos del Estado adjudicarán los contratos que celebren mediante licitación pública. Excepcionalmente, y por un acto debidamente fundado y acreditado en la forma que señale el reglamento, podrán adjudicar contratos celebrados mediante licitación privada, trato directo o contratación excepcional directa con publicidad, o de acuerdo con los procedimientos especiales de contratación. Dicha autorización podrá dictarse en el mismo acto que aprueba el respectivo contrato. La anotada resolución deberá publicarse en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado, a más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes a su dictación.

Por su parte, el artículo 6º inciso 1º, señala:

Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio

por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. En el caso de prestación de servicios habituales, que deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, se otorgará mayor puntaje o calificación a aquellos postulantes que exhibieren mejores condiciones de empleo y remuneraciones. En las bases de licitación se establecerán criterios que evalúen favorablemente a quien oferte mayores sueldos por sobre el ingreso mínimo mensual y otras remuneraciones de mayor valor, tales como las gratificaciones legales, la duración indefinida de los contratos y condiciones laborales que resulten más ventajosas en atención a la naturaleza de los servicios contratados. Del mismo modo, se dará prioridad a las propuestas que garanticen los pagos a que alude el inciso sexto. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta.

De esta ley también cabe resaltar lo dispuesto por su artículo 10º, el que consagra normativamente un principio aplicable a toda clase de licitaciones:

El contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente.

Tratándose de licitaciones superiores a 5.000 unidades tributarias mensuales la suscripción del contrato sólo podrá efectuarse una vez transcurrido el plazo de diez días hábiles desde la notificación de la resolución de adjudicación.

Todas las notificaciones que hayan de efectuarse en virtud de las disposiciones de la presente ley y en virtud del reglamento, incluso respecto de la resolución de adjudicación, con la sola excepción de las que dicen relación con lo dispuesto en el Capítulo V, se entenderán realizadas luego de las veinticuatro horas transcurridas desde que la entidad licitante publique en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado el documento, acto o resolución objeto de la notificación.

El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento.

Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente.

El reglamento determinará las características que deberán reunir las bases de las licitaciones.

Además, la misma Ley 19.886, define algunos conceptos que, aun cuando se limitan a los efectos de esa regulación, entrega señales a propósito de lo que entiende el legislador acerca de los mismos conceptos.

En efecto, el artículo 7° preceptúa:

Para efectos de esta ley, se entenderá por: a) Licitación o propuesta pública: el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual los organismos del Estado realizan un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

Finalmente, el artículo 9° también se encarga de establecer un principio general que además, es consecuencia de la aplicación del revisado acerca de la igualdad de trato e interdicción de la arbitrariedad: “El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando determine que estas no se ajustan a los requerimientos señalados en las bases de licitación, la ley o el reglamento”.

Por su parte, de la Ley 19.880, denominada Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, surgen aplicaciones concretas del principio de igualdad a nivel legal.

Debe destacarse en tal sentido, el artículo 11°, el cual, no obstante, hace referencia a la imparcialidad que debe gobernar los actos y decisiones de los órganos de la administración del Estado, también aparecen protegidos en él, en general, los derechos de los administrados.

La Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte. Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

III. PRINCIPIOS RECONOCIDOS POR LA CGR EN MATERIA DE LICITACIONES

En tal sentido, la CGR ha dictaminado que:

El procedimiento de propuesta pública se rige por dos principios de derecho público, que son la observancia estricta de las bases que rigen el respectivo contrato

y la igualdad de los licitantes. El primero de ellas radica en el hecho de que las cláusulas de las bases administrativas deben observarse de modo irrestricto y constituyen la fuente principal de los derechos y obligaciones, tanto de la Administración como de los oponentes, de manera que su trasgresión desvirtúa todo el procedimiento. El otro principio garantiza la actuación imparcial de la Administración frente a todos los oponentes y para ello es imprescindible que las bases establezcan requisitos impersonales y de aplicación general³².

En lo referente al principio de estricta sujeción a las bases, se ha señalado que “el intérprete ha de considerar en forma preferente el interés público que la preceptiva encierra, evitando el análisis formalista y obviando las irregularidades de detalle carentes de toda relevancia”³³.

En el mismo sentido, el TCP ha sentenciado que:

La autoridad debe decidir según las circunstancias de cada caso, siempre haciendo prevalecer el interés público por sobre el interés privado, evitando un análisis exclusivo y meramente formalista del proceso y centrando su examen y decisión en los aspectos de fondo de cada oferta³⁴.

32 CGR, Dictamen 46520/2011. En el mismo sentido, Dictámenes 15.325 y 57.519, ambos de 2004.
33 *Ibid.* En el mismo sentido, Dictámenes 19.677/2004 y 11.122/2009. Igualmente, en relación a errores sin trascendencia y no esencial (Dictamen 34.983/2003). También se ha insistido, en la medida que no importe un privilegio de un oferente en perjuicio de los demás (Dictamen 75.915/2011). Se ha dicho que un defecto es esencial si de haberse cumplido satisfactoriamente hubiera llevado a la Administración a tomar una decisión diferente de la adoptada (Dictamen 7340/2012). Se ha dictaminado que “la entidad licitante podrá solicitar a los oferentes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando las rectificaciones de dichos vicios u omisiones no les confieran a esos oferentes una situación de privilegio respecto de los demás competidores, esto es, en tanto no se afecten los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad de los oferentes, y se informe de dicha solicitud al resto de los oferentes” (Dictamen 68.372/2012). Por ello se ha señalado por la doctrina que

se debe propender a que la Administración en un procedimiento licitatorio se despoje de criterios meramente formalistas y se aboque a la búsqueda de la oferta más conveniente para el interés general, circunstancia que no acontece cuando se aplica sin mayor análisis el principio de estricta sujeción a las bases, ya que en ese caso se estaría dando preferencia al interés privado de los oferentes por sobre el interés público, el cual se encuentra, este último, mayormente resguardado con la aplicación del principio de libre concurrencia de los oferentes y el principio de no formalización” (Katerina Abarca Muñoz, *El principio de no formalización y estricta sujeción a las bases en los procedimientos de contratación pública*, en obra colectiva Procedimiento Administrativo y Contratación Pública, 2013, p. 298).

Por ello se ha señalado por la doctrina administrativa que los vicios de forma constituyen parte de las denominadas “irregularidades no invalidantes” (Eduardo García De Enterria y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 650). Por ello, deben satisfacerse “las formas y ritualidades que se hallen contempladas en la ley o el reglamento y solamente en cuanto ellas sean indispensables para dejar constancia indubitada de los actuado y eviten perjuicios a particulares” (Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 2007, p. 113).

34 TCP, Rol 53/2007. También ha señalado que

la construcción normativa no siempre presenta necesariamente un carácter absoluto, permitiendo en algunos casos, su flexibilización, sea para preservar que el interés público no sea afectado, sea para no impedir la concurrencia de otros principios que igualmente regulan el procedimiento administrativo

Se trata de que la administración pueda tomar la decisión contando con la mayor cantidad de propuestas posibles³⁵, pudiendo solicitarse aclaraciones siempre y cuando no se altere la oferta del proponente³⁶.

Del mismo modo, la CGR no ha reprochado la legalidad de ciertos aspectos que se relacionan con “una decisión de mérito o conveniencia que se enmarca en las competencias de una empresa pública”³⁷.

IV. CONCLUSIÓN

La Constitución Política de la República asegura como derechos fundamentales la igualdad ante la ley, la libre apropiabilidad de los bienes y la libertad económica, habiéndose ampliamente reconocido en diversas sentencias emanadas del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia.

Como concreción de lo anterior, la legislación administrativa ha reconocido como principios fundantes de todo proceso de licitación la libre concurrencia de los oferentes, asegurando la igualdad ante las bases que rigen el contrato y la estricta sujeción de las bases; lo que ha sido tutelado por el Tribunal de Contratación Pública y dictaminado por la Contraloría General de la República.

BIBLIOGRAFÍA

Abarca Muñoz, Katerina (2013). *El principio de no formalización y estricta sujeción a las bases en los procedimientos de contratación pública*, en obra colectiva Procedimiento Administrativo y Contratación Pública.

Carbonell Miguel, coordinador (2007), *El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional*, Colombia.

Evans De La Cuadra, Enrique (1998), *Los derechos constitucionales*, Tomo II, Ed. Jurídica de Chile.

de licitación pública (igualdad de los oferentes, libre concurrencia, no formalización del procedimiento administrativo)³⁷

(Rol 52/2008). Se han desechado por lo mismo ciertas omisiones formales de antecedentes legales (Rol 139/2009) o errores en la rotulación de sobres que contienen ofertas (Rol 151/2009).

35 TCP, Rol 135/2009.

36 TCP, Rol 16/2008.

37 CGR, Dictamen 16.812/2012.

- Fernández, Tomás Ramón (1988), *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Editorial Civitas, Madrid.
- García De Enterría Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón (2008), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed Temis y Palestra.
- Moraga Klenner, Claudio (2019), *Contratación Administrativa*, Ed. Thomson Reuters, 2ª ed.
- Navarro Beltrán, Enrique (2001), La libertad económica y su consagración constitucional, *Revista Chilena de Derecho*, N° 28.
- Navarro Beltrán, Enrique (2012), Igualdad ante la ley y jurisprudencia del TC, *Actualidad Jurídica*, N° 26.
- Navarro B. Enrique y Carmona S., Carlos (2011) Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2011), *Cuadernos del TC*, N° 45.
- Lopez M., Sebastian (2012), Libertad de empresa y no discriminación económica. Doctrina y jurisprudencia del TC, *Cuadernos del TC*, N° 48.
- Valdes Prieto, Domingo (1992), La discriminación arbitraria en el derecho económico, especialmente en la legislación antimonopólica, Santiago.

RELACIÓN ESQUEMÁTICA DE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU REGLAMENTO

SCHEMATIC ACCOUNT OF THE NEW PUBLIC PROCUREMENT LAW AND ITS REGULATIONS

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA¹

Resumen: Este trabajo es una relación sistematizada de la Ley de Contratación Pública y su reglamento, planteándose concordancias y una resignificación de la Ley 21.634, que nos permite referir como eje el contrato público.

Palabras clave: Contratación pública, vías de contratación, prohibiciones, Tribunal de Contratación Pública.

Abstract: This work is a systematic account of the Public Procurement Law and its regulations, proposing concordances and a redefinition of Law 21.634, which allows us to refer to the public contract as its axis.

Keywords: Public procurement, procurement methods, prohibitions, Public Procurement Court.

1 Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, con estudios de postgrado en Derecho Público y Comparado en la Universidad Autónoma de Madrid y en la Universidad Complutense de Madrid, y en Derecho Constitucional en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, presidente —y fundador— de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y miembro fundador-director del Instituto Chileno de Derecho Administrativo. Dirección: calle Pio Nono 1, comuna de Providencia, Santiago (fzuniga@derecho.uchile.cl).

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas debatidos en la doctrina iuspublicística es el de la contratación del Estado. Gaspar Ariño habla de “el enigma del contrato administrativo” para referirse al contrato del Estado; pues parece incompatible o problemática la idea de contrato (relación bilateral vinculante libremente acordada en un plano de igualdad) con la idea de poder público (expresión de soberanía); evocando a los maestros en lengua alemana Otto Mayer y Fritz Fleiner.²

Sin embargo, el contrato del Estado existe y observamos un expandido fenómeno de “contractualización” de la Administración.

Asimismo, el contrato administrativo posee una “calificación jurídica dinámica” (Ariño) y se agrega que no es una “esencia”, sino que posee “existencia” histórico-jurídica. Y en ese orden de ideas, la reforma legal y reglamentaria, que a continuación exponemos esquemáticamente con fines didácticos o propedéuticos, transita del contrato administrativo en un marco legal de 2003 al contrato público en su marco vigente a partir de 12 de diciembre de 2024.

Los cuerpos legales concernidos en esta relación esquemática son:

- 1) Ley 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.
- 2) Ley 21.634, que moderniza la Ley 19.886 (y otras leyes) 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.

Dado el nuevo ámbito de aplicación subjetiva (Celis) y de aplicación objetiva de la Ley 19.886 (Moraga)³, es que utilizaremos el término “Ley de Contratación Pública” (en adelante e indistintamente: LCP) para designar la fuente formal basal de la contratación pública, como tema central del derecho administrativo en particular y del derecho público en general.

2 Ariño Ortiz, Gaspar (2007), El enigma del contrato administrativo, *Revista de Administración Pública*, N°172, 2007, pp. 79-102.

3 Lazo Vitoria, Ximena, Obando Camino, Iván (Edit.) y Castro Fuentes, Camila (Coord.) (2024), *Nueva Ley de Compras Públicas. Estudio sistemático y práctica de la reforma a la Ley N° 19.886* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

2. CONTEXTO DEL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. Definiciones del sistema actual

En el marco normativo que comprenden la Ley 19.886 de 2003 y su reglamento (D.S. N°250 Hacienda, de 2004), se definen los siguientes conceptos:

- a) Sistema de Compras Públicas: “Sistema coordinado de adquisiciones para entidades públicas, normativamente centralizado, pero operacionalmente descentralizado, a través del cual cada organismo de la Administración del Estado realiza sus compras, bajo un sistema con reglas comunes”.
- b) Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP):
Servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda, que tiene por objeto asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compra, licitar y operar los sistemas para la compra y contratación pública, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco y administrar y mantener en operación el Registro de Contratistas y Proveedores, entre otras funciones.
- c) Tribunal de Contratación Pública: “Tribunal especial, con competencia para conocer de la acción de impugnación contra acciones u omisiones ilegales y arbitrarias cometidas por órganos de la Administración del Estado en los procedimientos de contratación regidos por ley”.

2.2. Ejes del sistema de contratación pública

- a) Organismos compradores y proveedores: lo componen los bienes muebles y servicios requeridos para el ejercicio de sus funciones.
- b) Procedimientos de compras: lo componen la licitación pública (regla general), la licitación privada y la contratación directa.
- c) Sistema de información de compras y contrataciones de los organismos públicos: compuesto por el llamado a presentar ofertas, la recepción de ofertas, aclaraciones, respuestas y modificaciones a bases de licitación, los resultados del procedimiento de contratación y los antecedentes del proveedor adjudicado.

- d) Reclamo por actuaciones ilegales/ arbitrarias de la Administración: consta de la posibilidad de presentar acción de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública.

A modo de contexto, cabe señalar que en 2019 se tramitaron 2.271.438 órdenes de compra vía portal ChileCompra, participando aproximadamente 112.000 proveedores (siendo el 96% de ellos PYMES), por un monto total de US \$11.526.000.000 (15% aprox. del gasto público anual).

3. ANTECEDENTES DEL PROYECTO DE LA LEY 21.634

Reza en su Mensaje (Boletín N°14137-05) que “Durante los últimos años, nuestra sociedad ha evolucionado rápidamente, exigiendo mayores estándares de transparencia y probidad y mayor eficiencia en el uso de los recursos de todos los chilenos”. En el mismo, es posible advertir el contexto en que se originó la reforma, a saber:

- (1) Existe una evaluación constante del sistema a través de mesas de trabajo y consultas públicas, así como mediante propuestas varias de los poderes Ejecutivo y Legislativo, en especial respecto de las leyes de presupuestos 2021-2022:
Es posible apreciar que existe bastante consenso entre los académicos, actores de ámbito público y privado en materia de compras públicas, y diversos sectores políticos, sobre la necesidad de mejorar nuestro sistema de compras públicas, ampliando su ámbito de competencia y perfeccionando las normas de transparencia exigibles para quienes participan en él.
- (2) Es menester la adaptación de Chile al cambio climático, así como aumentar el gasto en innovación, incorporando mayor sustentabilidad y contribuir así a una mejor calidad en las prestaciones públicas.
- (3) La crisis económica producto de la pandemia de COVID-19 ha obligado al Estado a ser más eficiente en el uso de sus recursos en pos del apoyo a brindar a los más necesitados.
- (4) Un Informe de la Fiscalía Nacional Económica sobre el mercado de las compras públicas (30/05/2019) señala que existen espacios “que no se

encuentran funcionando de forma adecuada desde el punto de vista de la competencia”, lo cual impide una eficiente asignación de recursos.

4. OBJETIVOS DE LA REFORMA A LA LEY 19.886

En esencia, la reforma legal persigue:

- a) Mejorar la probidad y la transparencia en los procedimientos de compras públicas para ampliar el ámbito de aplicación de la LCP; mejorar la información existente en el Registro de Proveedores, y hacerlo obligatorio para contratar con el Estado; hacer pública la información sobre la gestión de los contratos; establecer estándares mínimos de probidad y transparencia en las compras que se realicen con recursos fiscales; y mejorar la solicitud de declaraciones de intereses y patrimonio a los funcionarios de la DCCP.
- b) Mejorar la eficiencia e incorporar innovación en las compras públicas.
- c) Establecer el análisis de necesidad como el primer paso de un procedimiento de adquisición de bienes y servicios.
- d) Implementación de principios de economía circular en las compras públicas.
- e) Perfeccionar el funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública.
- f) Perfeccionar las funciones de la DCCP en el Sistema de Compras Públicas.
- g) Promover la participación de las PYMES en los procedimientos de contratación pública.

5. NUEVA LEY Y REGLAMENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: REFORMAS EN DETALLE

5.1. Ampliación de los organismos afectos a la Ley de Contratación Pública

En primer lugar, la Ley 21.634 reemplazó el antiguo artículo 1° de la LCP, que establecía los organismos afectos a la misma, ampliando con ello su rango o ámbito de aplicación. Ahora, esta norma es aplicable a:

- a) Organismos de la Administración del Estado (art. 1° inc. 2° Ley N°18.575).
- b) Corporaciones, fundaciones y asociaciones de participación municipal y regional.
- c) Fundaciones en que participe la Presidencia de la República.
- d) Corporaciones, fundaciones y asociaciones no señaladas anteriormente en las que participe un organismo del Estado, y que reciban transferencias de fondos públicos de 1.500 o más UTM anuales (si reciben menos, pueden suscribir convenios con la Dirección de Compras y Contratación Pública para acogerse voluntariamente, aunque siempre se les aplica el Capítulo VIII de esta Ley).
- e) Órganos con autonomía constitucional, debiendo sus reglamentos abordar las remisiones obligatorias de esta Ley.
- f) Otros órganos del Estado no incluidos, Banco Central, empresas públicas creadas por ley, sociedades con participación accionaria del Estado sobre 50%: sólo se les aplica el Cap. VIII sobre probidad administrativa y transparencia en la contratación pública (pueden suscribir convenios igualmente).
- g) Personas jurídicas receptoras de fondos públicos, en casos definidos por el reglamento respecto de esos fondos.

5.2. Ámbito de aplicación del nuevo reglamento de Contratación Pública

Lo dispuesto en el inciso tercero del artículo primero transitorio de la Ley 21.634 hizo necesario dictar un nuevo reglamento de la LCP, el cual reconozca las modificaciones que introdujo esa ley. En este sentido, el artículo 1° del nuevo reglamento, en concordancia con el contenido reformado del artículo 1° LCP, establece:

El presente reglamento se aplica a los contratos que celebren los organismos del Estado señalados en el artículo 2 siguiente [en línea con nuevo artículo 1° LCP], a título oneroso, para el suministro de bienes muebles y la prestación de los servicios necesarios para el desarrollo de sus funciones. Dichos contratos se ajustarán a las normas y principios establecidos en la Ley N° 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en adelante Ley de Compras y en este reglamento.

Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de ellas, las normas de Derecho Privado.

5.3. Objeto y principios de la contratación pública

Esta materia está contenida en el nuevo artículo 2 *bis* LCP, que señala:

La contratación pública persigue satisfacer oportunamente las necesidades de las instituciones públicas y de la ciudadanía. Se rige por los principios de libre acceso a las licitaciones, de competencia, de publicidad y transparencia de los procedimientos, de igualdad de trato y no discriminación, de probidad, y de valor por dinero. Este último consiste en la eficiencia, eficacia y economía en el uso de los recursos públicos y en la gestión de las contrataciones, y la mejor relación costo beneficio de las adquisiciones. Asimismo, se promoverá la participación de empresas de menor tamaño y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental.

5.4. Nuevas definiciones del reglamento LCP

El artículo 4° del reglamento LCP contiene definiciones básicas para la contratación pública: entre ellas, que se entiende por compra coordinada, contrato de suministro, cotización, formulario, oferente, orden de compra, etc.

5.5. Autorizaciones presupuestarias

El artículo 5° del reglamento LCP dispone un nuevo modo de validar dichas autorizaciones:

Las Entidades deberán obtener las autorizaciones presupuestarias que sean necesarias, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras y a este reglamento. Estas autorizaciones sirven para verificar que la Entidad cuenta con los fondos suficientes, lo cual se valida mediante un Certificado de Disponibilidad Presupuestaria.

5.6. Redefinición de las competencias de usuario

En este sentido, el artículo 8° del reglamento LCP señala que: “Los usuarios de las Entidades deberán contar con las competencias técnicas suficientes

para operar en el Sistema de Información, de acuerdo con lo establecido en las Políticas y Condiciones de Uso del Sistema de Información”.

5.7. Modificación a formatos de contratación pública

5.7.1. IDEAS CONTENIDAS EN EL NUEVO TEXTO DEL ARTÍCULO 5° LCP

El artículo referido señala sobre los procedimientos de contratación:

Los órganos del Estado adjudicarán los contratos que celebren mediante licitación pública. Excepcionalmente, y por un acto debidamente fundado y acreditado en la forma que señale el reglamento, podrán adjudicar contratos celebrados mediante licitación privada, trato directo o contratación excepcional directa con publicidad, o de acuerdo con los procedimientos especiales de contratación.

Dicha autorización podrá dictarse en el mismo acto que aprueba el respectivo contrato. La anotada resolución deberá publicarse en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado, a más tardar dentro de las veinticuatro horas siguientes a su dictación.

5.7.2. FORMULARIOS DE BASES TIPO

El artículo 38 reglamento LCP precisa que estos serán elaborados por la DCCP y que estarán disponibles en el Sistema de Información (puede ser uno o más). Las Entidades podrán modificar y ajustar los aspectos técnicos conforme a sus propias necesidades.

5.7.3. CONTENIDO MÍNIMO DE LAS BASES

Se incorpora un nuevo numeral (N°3) en el artículo 41 reglamento LCP, referido al contenido mínimo que deben contener las bases –en lenguaje claro, comprensible, preciso y directo–, del siguiente tenor:

El presupuesto disponible del contrato, en la medida que se conozca el precio de los bienes o servicios a licitar. Conociendo el precio de los bienes o servicios, al preparar las Bases, las Entidades velarán de que sea conforme a los precios del mercado, y deberá incluir aquellos costos directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. En la licitación de un Convenio Marco, de Contratos para la Innovación o de Diálogo Competitivo de Innovación, no será necesario que se especifique un presupuesto disponible.

5.7.4. NUEVO LISTADO DE CONTENIDO ADICIONAL DE LAS BASES

El artículo 42 reglamento LCP permite que las bases puedan contener, en lenguaje preciso y directo, las siguientes materias:

- a) Facultad para subcontratar a favor del proponente adjudicado, y las circunstancias y límites de su ejercicio.
- b) Criterios complementarios a la evaluación técnica y económica, y sus ponderaciones que se asignen a los oferentes.
- c) Facultad de modificar el contrato, establecer condiciones de prórroga y los límites a las condiciones en que podrá hacerse uso de esta.
- d) Facultad de eximir al Adjudicatario de la obligación de constituir garantía de fiel y oportuno cumplimiento del contrato.
- e) Facultad de eximir de la publicidad a las ofertas técnicas en el Sistema de Información, cuando la publicidad pudiere afectar derechos comerciales o secretos de carácter industrial; y
- f) Cualquier otra materia que no contradiga disposiciones de la LCP y este reglamento.

5.7.5. NUEVA REDACCIÓN DEL CONTENIDO DE LAS OFERTAS

Al respecto, el artículo 48 reglamento LCP señala:

Cada Entidad licitante establecerá para cada Proceso de Compra el formulario de oferta y los antecedentes solicitados a los Oferentes, quienes no podrán, para un mismo proceso licitatorio, ofertar de forma individual y a través de una Unión Temporal de Proveedores.

Las ofertas deberán ser serias, puras y simples, ajustadas al ordenamiento jurídico nacional y a los documentos que integran el proceso de compras, y únicas, salvo que las Bases dispongan la autorización de más de una oferta por un mismo Proveedor. Asimismo, deberán adjuntar todos y cada uno de los documentos solicitados, en soporte electrónico.

5.7.6. NUEVA REGLAMENTACIÓN DEL CIERRE DE LAS OFERTAS

A ello se remitió el artículo 50 reglamento LCP:

Las ofertas deberán ser enviadas por los Oferentes y recibidas por la Entidad licitante a través del Sistema de Información.

Excepcionalmente, en los casos establecidos en el artículo 115 de este reglamento, se podrán recibir en soporte papel, en el domicilio de la Entidad contratante y en los plazos que correspondan.

5.7.7. NUEVA REGULACIÓN DE LA GARANTÍA DE SERIEDAD

De lo anterior se hace cargo el artículo 52 reglamento LCP:

La Entidad licitante requerirá, excepcionalmente por razones de interés público y tratándose de licitaciones superiores a las 5.000 UTM, la constitución de garantías de seriedad, para asegurar la mantención de la oferta hasta la suscripción del contrato. Dicha garantía no excederá de un tres por ciento del monto de la licitación. En los casos en que no resulte posible estimar el monto de la licitación, la garantía deberá fijarse en un monto que no desincentive la participación de oferentes.

Cuando se solicite garantía de seriedad de la oferta, las Bases deberán establecer el monto, plazo de vigencia mínimo y si debe expresarse en pesos chilenos, unidades de fomento o en otra moneda o unidad reajutable.

Las garantías podrán otorgarse física o electrónicamente. En los casos en que se otorguen de manera electrónica, deberán ajustarse a la Ley N°19.799, sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma y su reglamento.

Las garantías deberán ser pagaderas a la vista y tener el carácter de irrevocable y a primer requerimiento. El proveedor podrá otorgar la garantía mediante uno o varios instrumentos financieros, siempre que estos sean de la misma naturaleza.

Al momento de regular la garantía de seriedad, las Bases no podrán establecer restricciones respecto de un instrumento en particular, debiendo aceptar cualquiera que cumpla con las condiciones dispuestas en el presente artículo.

La Entidad licitante solicitará a todos los Oferentes la misma garantía en lo relativo a su monto y vigencia.

La jefatura superior de servicio será directamente responsable de la custodia, mantención y vigencia de las garantías solicitadas.

5.7.8. NUEVA REGLAMENTACIÓN DE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN

En este aspecto, el artículo 55 reglamento LCP mantiene el objeto de los criterios de evaluación, que es seleccionar las mejores ofertas “de acuerdo con los aspectos técnicos y económicos establecidos en las bases” (inciso 1°).

No obstante, se reformula el uso de criterios técnico-económicos por las partes, los cuales deben ser “acordes a la naturaleza del bien o servicio que se contratará, y estarán configurados de manera que permitan una evaluación de las ofertas recibidas de la forma lo más objetiva posible, evitando distorsiones generadas a partir de ofertas anómalas” (inciso 2°). Junto con ello, se regula en detalle el modo de consideración de factores, puesto que ahora además “Durante la evaluación, la comisión evaluadora y los expertos que la asesoren podrán establecer pautas específicas para calificar estos elementos, garantizando que el proceso de selección se ajuste a lo estipulado en las Bases de licitación” (inciso 3°).

También existe un cambio de criterio sobre cumplimiento de condiciones de empleo y remuneración, del siguiente tenor:

Los criterios de evaluación establecidos en las Bases para la prestación de servicios habituales, que deban proveerse a través de licitaciones o contrataciones periódicas, deben ajustarse estrictamente con las obligaciones y prohibiciones del artículo 6 de la Ley de Compra. En ningún caso el mero cumplimiento por parte de un oferente de las obligaciones legales, laborales o previsionales podrán ser consideradas como un factor para otorgarle puntaje (inciso 6°).

Es posible observar la incorporación de criterios complementarios a la evaluación técnico-económica:

Para impulsar el acceso de empresas de economía social, o que promuevan la igualdad de género o los liderazgos de mujeres dentro de su estructura organizacional o que impulsen la participación de grupos subrepresentados en la economía nacional. Para estos efectos las Entidades deberán establecer en las Bases criterios de evaluación específicos y objetivos (incisos 7° y siguientes)⁴.

Adicionalmente, el artículo 55 del reglamento LCP fija un límite a los criterios de evaluación, y es que “En ningún caso estos criterios complementarios podrán prevalecer por sobre la evaluación técnica y económica, deberán asignarles una ponderación inferior que resguarde lo anterior, y no podrán

4 Los criterios de “economía social” son aquellos que proporcionan bienes y/o servicios en el mercado priorizando objetivos sociales o medioambientales, de interés colectivo/general. Los que promueven la igualdad de género incluyen políticas/prácticas del lugar de trabajo para reducir brechas salariales, fomentar contratación equitativa y corresponsabilidad. Los que “promueven los liderazgos” de mujeres, se refieren a empresas de menor tamaño lideradas por mujeres conforme al art. 4 N°15 del Reglamento LCP. Por último, los que impulsan la participación de grupos subrepresentados, incluyen políticas/prácticas para la inclusión/contratación significativa de personas que enfrentan barreras estructurales y desventajas en su acceso/permanencia/desarrollo en el mercado laboral.

tener como consecuencia excluir o impedir la participación de otros oferentes”. Se dice respecto del incumplimiento: “El mero cumplimiento por parte de un oferente de la legislación vigente no podrá ser considerado como un factor para otorgarle un puntaje a estos criterios” (inciso final).

5.7.9. REFORMULACIONES RESPECTO A ERRORES U OMISIONES DETECTADOS EN LA EVALUACIÓN

De acuerdo con el artículo 56 reglamento LCP, la Entidad licitante podrá solicitar a los oferentes, durante esta etapa:

- a) Salvar errores/omisiones formales en que ha incurrido –no es error formal aquel en el precio de la oferta–.
- b) Presentar certificaciones/antecedentes omitidos al momento de efectuar la oferta –previos al vencimiento del plazo para ofertar–.
- c) Presentar certificaciones/antecedentes referidos a situaciones no mutables entre el vencimiento del plazo para ofertar y el período de evaluación.

Añade esta disposición:

Las rectificaciones de los errores u omisiones detectados por la Entidad licitante y que se solicitan y permiten salvar o subsanar a los oferentes, no podrán conferir una situación de privilegio respecto de los demás competidores, dado que se afectará el principio de igualdad de los oferentes.

Existiendo la posibilidad de rectificar los errores u omisiones por parte de los proveedores, esta deberá estar contemplada en las Bases de licitación, especificando un plazo breve y fatal para la corrección de estos, contado desde el requerimiento de la Entidad licitante, el que se informará a través del Sistema de Información.

En tales condiciones, las Bases deberán establecer, dentro de los criterios de evaluación, el cumplimiento de los requisitos formales de presentación de la oferta, asignando un menor puntaje a las ofertas que no cumplieron, dentro del plazo para presentación, con todo lo requerido.

La solicitud de la entidad de rectificación de los errores u omisiones del oferente o de los oferentes se debe informar y publicar a través del Sistema de Información.

5.7.10. OFERTAS RIESGOSAS O TEMERARIAS

Sobre la materia, el artículo 61 reglamento LCP expresa:

La Entidad podrá declarar inadmisibles una o más ofertas, si determina que se trata de ofertas riesgosas o temerarias, por cuanto el precio ofertado está significativamente por debajo del promedio de las otras propuestas o de los precios de mercado, sin justificar documentadamente en las especificaciones técnicas como se cumplirán los requisitos del contrato. Adicionalmente, las Entidades podrán establecer en las Bases criterios específicos para determinar que una oferta es riesgosa o temeraria.

Se considerará que la justificación presentada por el Proveedor no es suficiente si está incompleta, si está basada en suposiciones o prácticas inadecuadas desde una perspectiva técnica o económica, o que el precio compromete el cumplimiento del contrato. Asimismo, las ofertas serán rechazadas si el precio ofertado es resultado del incumplimiento de normativas sociales, laborales y medioambientales o conductas que vulneran la libre competencia.

Esto plantea la siguiente pregunta: ¿cómo declarar la inadmisibilidad? Ello se efectúa mediante un análisis de viabilidad de la oferta, en el siguiente sentido:

- a) La Comisión o la persona evaluadora deberá solicitar, a través del Sistema de Información, al o los proveedores que, en un plazo de tres días hábiles, acompañen antecedentes que justifiquen detalladamente los precios, costos o cualquier parámetro por el cual han definido la oferta. Esto incluye demostrar factores como ahorros e innovaciones técnicas en su productividad, condiciones excepcionalmente favorables o subsidios.
- b) La Comisión o la persona evaluadora analizará la información y documentos acompañados por el Proveedor y deberá, en un plazo de cinco días hábiles, evacuar su informe, junto a la propuesta de adjudicación, señalando si propone adjudicar la oferta o declararla inadmisibles.

De ser adjudicada la oferta, la Entidad licitante deberá solicitar al proveedor o contratista el aumento de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento. El monto de esta garantía deberá corresponder al cinco por ciento neto del valor resultante entre la diferencia entre el precio ofertado y el precio de referencia.

5.7.11. Declaración de la licitación pública como desierta

El artículo 62 reglamento LCP establece el supuesto base para ello: “Se declarará desierta la licitación pública cuando no se presenten ofertas; cuando todas las presentadas no fueran admisibles; o bien, estas no fueran convenientes a los intereses de la entidad licitante”.

R5.7.12. REGLA DE LICITACIONES MENORES A 500 UTM

En estos casos, el artículo 63 reglamento LCP establece que “las municipalidades, los gobiernos regionales y los organismos públicos territorialmente desconcentrados, podrán establecer criterios de evaluación que otorguen prioridad o preferencia a los proveedores locales correspondientes a la zona geográfica en que se encuentren ubicadas”.

Estos criterios no pueden prevalecer sobre la evaluación técnico-económica, teniendo menor puntaje. Además, deben también propender a probidad, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, sustentabilidad y ahorro en contrataciones.

5.7.13. REQUISITO DE LA ORDEN DE COMPRA

Lo establece el artículo 117 inciso 3° del reglamento LCP:

La Orden de Compra debe ser emitida por cada proceso de compra, renovación, prórroga, aumento de montos de un contrato, o ejecución de una opción de compra, según corresponda. Además, debe emitirse oportunamente dentro del plazo estipulado en las Bases o en la resolución de Adjudicación o en el contrato, según corresponda.

5.8. Comité de Compras Públicas de Innovación y Sustentabilidad

Se regula principalmente en el nuevo capítulo VIII de la LCP (artículos 40 a 46). A saber, el artículo 41 contempla las funciones de este organismo:

Este Comité tendrá como función principal asesorar al Estado y a la Dirección de Compras y Contratación Pública en las compras públicas de innovación, que involucran procesos de investigación y desarrollo, así como en la determinación de aquellas necesidades públicas que podrían ser satisfechas a través de bienes o servicios que incorporen innovación o criterios de sustentabilidad por parte de los organismos de la Administración del Estado.

La promoción de la participación de las empresas de menor tamaño y de las cooperativas en el Sistema de Compras Públicas lo contempla el Capítulo XIII Reglamento LCP (artículos 177 a 179).

5.9. Unión Temporal de Proveedores

Se incorpora a la LCP con la reforma un nuevo Capítulo IX, “De la promoción de la participación de las empresas de menor tamaño y las cooperativas en el Sistema de Compras Públicas”, referido a la unión temporal de proveedores:

a) Concepto (artículo 51):

La Unión Temporal de Proveedores es un conjunto de empresas de menor tamaño, sea que se trate de personas naturales o jurídicas, que se unen para la presentación de una oferta en caso de licitaciones o convenio marco, o para la suscripción de un contrato, en caso de una contratación directa, sin que sea necesario construir una sociedad⁵.

5.10. Nuevos criterios de evaluación complementarios

5.10.1. IDEAS CONTENIDAS EN EL NUEVO INCISO NOVENO DEL ARTÍCULO 6° LCP

Establece como norma que, en las licitaciones públicas, aquellos organismos afectos a la LCP podrán fijar criterios complementarios a la evaluación técnica y económica, con el objeto de “impulsar el acceso de empresas de economía social, o que promuevan la igualdad de género o los liderazgos de mujeres dentro de su estructura organizacional o que impulsen la participación de grupos subrepresentados en la economía nacional”. A su vez, fija establece como límite el que dichos criterios no podrán prevalecer por sobre la evaluación técnica y económica ni tener como consecuencia excluir o impedir la participación de otros oferentes.

5 La LCP también aborda su modo de concreción (artículo 52) y su habilidad (artículo 53).

5.10.2. NUEVO INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 6 LCP

Reza así: “En todo caso, los organismos del Estado deberán propender a la probidad, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, sustentabilidad y ahorro en sus contrataciones”.

5.11. Directivas e instrucciones obligatorias DCCP

En conformidad al artículo 10 reglamento LCP:

La Dirección de Compras podrá dictar directivas en el ejercicio de sus atribuciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 letra a) de la Ley de Compras. Las Directivas tendrán como objetivo servir de referencia y guía para las Entidades en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones, respetando el marco normativo aplicable.

Asimismo, la Dirección de Compras y Contratación Pública estará facultada para emitir Instrucciones Obligatorias, conforme a lo dispuesto en el artículo 30 letra k) de la Ley de Compras, mediante resoluciones dirigidas a las Entidades señaladas en el artículo 2°, numeral 1, salvo para las municipalidades las que podrán adherir voluntariamente a estas instrucciones (...).

Estas resoluciones tendrán como propósito fortalecer la probidad, transparencia, eficiencia, sustentabilidad y competitividad en los procesos de contratación pública, entre otras materias, asegurando la correcta aplicación de los procedimientos establecidos en la norma vigente.

5.12. Nueva definición de trato directo

Se define el trato directo —o contratación excepcional directa con publicidad— en el nuevo literal c) del artículo 7° LCP como:

El procedimiento de contratación en el que, por las circunstancias de su adquisición o por la naturaleza misma del bien o servicio, se realiza un acuerdo entre el organismo comprador y un proveedor en particular, sin la concurrencia de otros proveedores, sujeto a las normas de publicidad establecidas en esta ley. Las circunstancias de la adquisición o la naturaleza del bien o servicio que justifican la utilización de este procedimiento deberán, en todo caso, ser acreditadas según lo determine el reglamento.

5.13. Procedimientos especiales de contratación

5.13.1. DEFINICIONES BASE

El nuevo literal de del artículo 7° LCP concibe los procedimientos especiales de contratación como aquellos “mecanismos de contratación establecidos para la adquisición de bienes o servicios específicos, o evaluados en un determinado rango de precio, señalados en la ley”. Asimismo, establece sus objetivos, los cuales son particulares, “como lo son la promoción de las empresas de menor tamaño y proveedores locales, los de probidad, eficacia, eficiencia, innovación, ahorro, competencia, sustentabilidad y acceso”.

Respecto a la acreditación, “Cada entidad licitante será responsable de acreditar las circunstancias que la facultan para aplicar el respectivo procedimiento especial de contratación”.

5.13.2. COMPRA ÁGIL

El número 1 del nuevo literal d) del artículo 7° LCP, en concordancia con los artículos 97 y 98 reglamento LCP, la definen como:

el procedimiento mediante el cual, a través del Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado, los organismos del Estado de manera simple, dinámica, expedita, competitiva, pública y transparente pueden adquirir bienes y/o servicios por un monto igual o inferior a 100 unidades tributarias mensuales, previa solicitud de al menos tres cotizaciones realizadas a través del respectivo sistema.

Si un organismo no selecciona el proveedor que haya presentado la oferta de menor precio, deberá fundamentar dicha decisión en la respectiva orden de compra. Los tipos de proveedores permitidos son “empresas de menor tamaño y proveedores locales, conforme con lo dispuesto en el artículo 56”.

5.13.3. COMPRA POR COTIZACIÓN

El número 2 del nuevo literal d) del artículo 7° LCP; y artículos 99 y 100 reglamento LCP, entienden por compra por cotización:

El procedimiento de contratación en el que, por la naturaleza del tipo de bien o servicio requerido para satisfacer una determinada necesidad pública, se requiere abrir un espacio de negociación con los proveedores, con un mínimo de tres cotizaciones previas, sin la concurrencia de los requisitos señalados

para la licitación o propuesta pública, ni para la propuesta privada, en los casos previstos en el artículo 8 quáter.

El ámbito de aplicación de este procedimiento (artículo 100 reglamento LCP), son:

- a) Contratos que correspondan a la resolución o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 UTM.
- b) Convenios de prestación de servicios por celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional.

La justificación detrás de la aplicación del mismo debe estar expresada en el acto administrativo respectivo.

5.13.4. CONVENIO MARCO

El número 3 del nuevo literal d) del artículo 7° LCP, al que se suman los artículos 85 a 96 reglamento LCP, lo conciben como:

Procedimiento de contratación competitivo realizado por la Dirección de Compras y Contratación Pública, que persigue la eficiencia y ahorro en los costos de transacción en el suministro directo de bienes o servicios estandarizados a los organismos públicos, con demanda regular y transversal.

En conformidad al artículo 85 reglamento LCP, procede respecto de:

La adquisición de bienes y/o servicios estandarizados, con demanda regular y transversal por parte de las Entidades, por un monto superior a 100 UTM. Excepcionalmente y por resolución fundada, la Dirección de Compras podrá establecer Convenios Marco por un monto inferior, considerando la participación de empresas de menor tamaño en el rubro respectivo.

Contempla una evaluación por la DCCP en el artículo 87 reglamento LCP, sobre:

La oportunidad y conveniencia de llevar a cabo dichos procesos, para lo cual realizará estudios previos de factibilidad, en orden a determinar si los bienes o servicios a licitar cumplen con los requisitos de estandarización, de transversalidad y de regularidad en la demanda que hacen procedente este procedimiento especial de contratación administrativa.

Son contenidos mínimos “los términos de provisión y entrega, los precios y descuentos, entre otras posibles condiciones, respecto de dichos bienes y servicios, durante un período de tiempo determinado”, y su admisión “se realizará mediante licitaciones periódicas abiertas a todos los oferentes de los respectivos bienes o servicios, seleccionándose a múltiples proveedores, bajo las condiciones señaladas en las bases de licitación”.

Respecto a la licitación para su adjudicación, la DCCP considerará “entre otros elementos, los Planes Anuales de Compras y Contrataciones de cada Entidad”, pudiendo solicitar estas a la DCCP “que lleve a cabo un Proceso de Compra para concretar un Convenio Marco de un bien o servicio determinado”, evaluando “la oportunidad y conveniencia de llevar a cabo dichos procesos”, realizando estudios de factibilidad que impliquen revisar el cumplimiento de los requisitos (artículo 86 reglamento LCP).

Pueden incorporarse condiciones de las bases de licitación, tales como “requerimientos técnicos, económicos mínimos y/o número o porcentaje de proveedores a ser seleccionados para un determinado convenio marco, de manera de garantizar la competencia entre los oferentes”. Asimismo, para la elección de bienes o servicios determinados ofertados en este contexto, la DCCP puede definir criterios obligatorios y requisitos para actualizar las condiciones de los productos ofrecidos, los que deberán ser incluidos en las bases igualmente.

Los convenios marco deberán contemplar las adjudicaciones por zonas geográficas y empresas de menor tamaño, acorde con lo dispuesto en el artículo 59 y en el Capítulo IX Reglamento LCP.

Sobre el catálogo de Convenios Marco, estos se publicarán en el “Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado, que contendrá una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus precios, sus condiciones de contratación, y la individualización de los proveedores a los que se adjudicó el Convenio Marco”. La DDCP será la encargada de mantener dicho registro actualizado, describiéndose su operación en el artículo 89 reglamento LCP:

Previo al inicio de cualquier procedimiento de compra, para la adquisición de bienes y/o servicios por un monto superior a 100 UTM, la Entidad estará obligada a consultar el Catálogo de Convenio Marco antes de llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada, Trato Directo o Contratación Excepcional Directa con Publicidad u otro procedimiento especial de contratación, con excepción de la Compra Ágil.

Si el Catálogo contiene el bien y/o servicio requerido, la Entidad deberá adquirirlo emitiendo directamente al Contratista respectivo una Orden de Compra, salvo que obtenga directamente mejores condiciones.

Las órdenes de compra que se emitan en virtud del Catálogo deberán ajustarse a las condiciones y beneficios pactados en el Convenio Marco y se emitirán a través del Sistema de Información.

5.13.5. CONTRATOS PARA LA INNOVACIÓN

El número 4 del nuevo literal d) del artículo 7 LCP —respecto del cual se extienden los artículos 185 a 194 Reglamento LCP— define tales contratos como:

Procedimiento de contratación que tiene por objeto la adquisición de bienes o la contratación de servicios para la satisfacción de necesidades o resolución de problemas respecto de los cuales no existen productos o servicios adecuados o disponibles en el mercado.

Para participar de este procedimiento se deben describir, en la convocatoria respectiva, “los requisitos que deben cumplir los proveedores y la necesidad que se requiera solucionar o el problema a resolver, junto a las distintas fases que tendrá el procedimiento de contratación”.

En este procedimiento se puede contemplar la contratación de servicios de investigación y desarrollo, “los cuales podrán resultar en la adjudicación de uno de los productos o servicios en desarrollo, en la realización de un nuevo proceso de licitación para la contratación de uno de estos por otro proveedor o sin adjudicación”.

El desarrollo de prototipos u otros gastos de investigación “serán costeados por la entidad licitante, aun cuando los proveedores beneficiarios de dicho costeo no sean los adjudicatarios finales del proceso de contratación. Excepcionalmente, y de manera fundada, la entidad licitante podrá no costear total o parcialmente estos gastos”.

5.13.6. DIÁLOGO COMPETITIVO DE INNOVACIÓN

El número 5 del nuevo literal d) del artículo 7º LCP, en línea con los artículos 195 a 202 reglamento LCP, establecen que este es:

El procedimiento competitivo de contratación que opera cuando, para dar satisfacción a una necesidad pública compleja, es imprescindible realizar un diálogo o debate estructurado que permita conocer con suficiente precisión las especificaciones técnicas de bienes o servicios disímiles disponibles en el mercado y adaptarlas técnicamente para satisfacer la necesidad planteada.

En cuanto a su desarrollo, este sucede en “fases sucesivas”, las cuales “permiten la reducción progresiva del número de proveedores o soluciones por examinar, además del delimitar, de forma progresiva, las condiciones específicas del bien o servicio requerido”.

La reforma introdujo una exención de la prohibición de comunicación con participantes o interesados, en los siguientes términos: “Este procedimiento estará exceptuado de la prohibición contemplada en el artículo 35 ter, exclusivamente respecto de la comunicación entre los participantes y las personas que desempeñan funciones en el organismo licitante que participan del proceso de adjudicación”.

En cuanto a la convocatoria, las bases determinarán tanto los requisitos de los proveedores como la necesidad pública a tratar un problema a resolver, así como los criterios de evaluación para la preselección de participantes, las fases del procedimiento, las condiciones mínimas para presentar ofertas definitivas, la conformación de comisiones, y si proceden, los pagos y respectivas rendiciones de gastos (artículo 197 Reglamento LCP).

La entidad licitante determinará, por medio de las Bases, qué proveedores invitados pasan a la segunda fase de diálogos, pudiendo limitar su número (artículo 197 Reglamento LCP).

El diálogo con los oferentes preseleccionados (artículo 198 reglamento LCP) será de carácter bilateral (o debate estructurado), pudiendo ser en fases sucesivas, para que de esta manera puedan las entidades “determinar los medios más idóneos para satisfacer sus necesidades”, pudiendo debatir todas las condiciones de contratación con los proveedores, garantizándoles un trato no discriminatorio y debiendo “designar una comisión a cargo de la coordinación, control y seguimiento del diálogo con los proveedores, conformada a lo menos con tres integrantes, siempre en número impar, que estén especialmente calificadas en la materia”, la cual deberá tomar actas y respaldos documentados de los diálogos, disponibles para su posterior revisión.

Tratándose de la vinculación entre el diálogo y la confidencialidad (artículo 199 reglamento LCP) y cierre de este (artículo 200 reglamento LCP), la entidad no podrá entregar a cualquier proveedor información que le dé ventajas con respecto a los demás –en especial, las soluciones propuestas por los proveedores–. Ella determinará el momento en que el diálogo se dé por cerrado e informará a todos los proveedores la solución que considere idónea.

En la tercera fase, que corresponde a las ofertas definitivas (artículo 201 reglamento LCP), comprende una invitación, evaluación y negociación (artículo 202 reglamento LCP): la Entidad invitará a los oferentes respecto de los cuales considere idóneas sus soluciones planteadas, debiendo las ofertas “incorporar todos los elementos requeridos y necesarios para la implementación de la solución, pudiendo aclararse o precisarse su contenido, a solicitud de la Entidad licitante”. La comisión evaluadora (también de tres funcionarios mínimo, pudiendo excepcionalmente ser, en minoría, personas ajenas a la administración) elegirá la oferta más conveniente, pudiendo negociarse con el proveedor a posterioridad sin que ello implique alterar el contenido esencial del servicio requerido y la oferta presentada.

5.13.7. SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

Se define en el número 6 del nuevo literal d) del artículo 7 LCP; artículos 101 a 104 Reglamento LCP como un “Procedimiento de compra abierto y competitivo que persigue la generación de ahorros en bienes y servicios estandarizados que no se encuentren disponibles a través de los convenios marco vigentes”.

Su ámbito de aplicación, conforme al artículo 102 reglamento LCP, es la “adquisición de bienes y/o servicios estandarizados de objetiva especificación que no se encuentren disponibles a través de los Convenios Marco vigentes, y se desarrollará en varias etapas, a través de un proceso electrónico repetitivo”.

La evaluación y calificación se regula en el mismo artículo, según el cual las entidades:

Deberán indicar tanto en el llamado como en las respectivas Bases, que la adquisición se sujetará a las reglas de la subasta inversa electrónica. Asimismo, deberán describir los requerimientos exigidos a los oferentes para calificar como participantes de las rondas subsecuentes.

Se les podrá requerir garantía de seriedad de su participación en la subasta, y se deberá determinar de antemano etapas y plazos del proceso, reglas

asociadas a la subasta —incluido porcentaje de descuento o monto mínimo a ofertar—, fórmula automatizada de evaluación de ofertas y el monto de garantía, de requerirse. Recibidas las ofertas, “la Entidad deberá realizar la evaluación completa de las ofertas técnicas y administrativas, de acuerdo con los criterios y ponderaciones establecidos en las Bases, cumpliendo con los plazos establecidos en estas”.

Este procedimiento se desarrolla en varias etapas:

- a) Primera Etapa: “En la primera de ellas, se determina, en base a los requerimientos previamente efectuados por el órgano comprador, y las propuestas presentadas por los oferentes, a aquellos que califican para participar de las rondas subsecuentes”. Se declarará admisibles “a las ofertas que cumplan con los criterios de calificación establecidos en las Bases, comprendiendo los requisitos de idoneidad de los oferentes, así como las especificaciones técnicas del bien y/o servicio requerido” (artículo 102 reglamento LCP), a quienes se les invitará a participar vía Sistema de Información.
- b) Segunda Etapa: “En la segunda etapa los proveedores calificados deberán presentar en cada ronda sus ofertas sobre aspectos tales como el precio, los tiempos de despacho u otras características objetivas del bien o servicio a contratar”. En este contexto se desarrolla una subasta (artículo 103 reglamento LCP), de forma que en la invitación se indicará fecha y hora para la subasta, en un plazo razonable (2 a 10 días hábiles desde su envío), y que podrá hacerse en una o más fases sucesivas, con aperturas y cierres ya definidos.

La fórmula automatizada de evaluación de las ofertas, “que se utilizará para la reclasificación automática de las ofertas en función de los nuevos precios, revisados a la baja, o de los nuevos valores que mejoren la oferta u otras condiciones”, deberá implicar la ponderación de todos los criterios fijados (o solo el precio ofertado, si se fijó como único criterio).

La reclasificación será efectuada por el Sistema de Información y se informará automáticamente a todos los oferentes la posición que tengan en ese momento, así como los precios ofertados, tiempos de despacho, número de participantes u otras características objetivas establecidas en las bases.

Luego, el cierre y adjudicación (artículo 104 LCP) se llevará a cabo en la fecha y hora informada en la invitación. Se pueden igualmente establecer otras

modalidades por la DCCP (por ejemplo, que no se reciban nuevos precios en el plazo determinado, que se determine la conclusión de etapas sucesivas, o se puede solicitar garantía de fiel y oportuno cumplimiento al adjudicatario).

5.13.8. OTROS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES DE CONTRATACIÓN

Están contemplados en el número 7 del nuevo literal d) del artículo 7 LCP; y en los artículos 101 a 104 reglamento LCP: “Son aquellos que establezca el reglamento, cuando las necesidades de compra de las entidades públicas sujetas a esta ley no puedan ser satisfechas mediante alguno de los procedimientos contemplados en el presente artículo”.

Su modo de incorporación en el reglamento se hace a través del Ministerio de Hacienda, en conjunto con la Dirección de Compras y Contratación Pública, que deberán

Realizar una consulta pública, de acuerdo a las normas de la ley N° 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública. Posterior a ello se deberá requerir el informe favorable del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, según el ámbito de su competencia.

Necesariamente estos procedimientos especiales deberán “regirse por los principios de transparencia, eficiencia, sustentabilidad, libre acceso, igualdad de los oferentes, competitividad y respeto a las demás normas establecidas en esta ley, así como promover la participación de las empresas de menor tamaño y proveedores locales”.

Respecto de su ámbito de aplicación

Podrán ser aplicados por los organismos de la Administración del Estado, siempre que concurren los requisitos para ello. Los demás organismos del Estado sujetos a esta ley, que no pertenezcan a la Administración del Estado, podrán utilizar estos procedimientos previa evaluación de la oportunidad y conveniencia, y dictarán las normas correspondientes para ello.

5.14. Nuevo marco para la Licitación Privada

El nuevo texto del artículo 8° LCP señala que “Procederá la licitación privada si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados o las ofertas hubiesen sido declaradas inadmisibles”. A continuación, establece una prelación “En tal situación procederá primero la licitación o propuesta

privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente la contratación por trato directo”.

La invitación (artículo 66 reglamento LCP) se efectuará vía Sistema de Información, adjuntándose las respectivas bases, con un plazo mínimo variable para presentar ofertas. Debe invitarse a proveedores “respecto de los cuales tenga una cierta expectativa de recibir respuestas a las invitaciones efectuadas” y que cumplan los requisitos respectivos (artículo 67 reglamento LCP).

El número mínimo de invitados (artículo 65 reglamento LCP) son “Tres posibles proveedores, que hayan sido adjudicados en negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la Licitación Privada” (no pueden ser parte de empresas relacionadas/pertenecientes al mismo grupo empresarial). Con todo,

La Entidad licitante podrá seguir adelante con el proceso de licitación, cuando no exista un mínimo de tres posibles proveedores adjudicados en negocios de naturaleza similar, o bien habiéndose efectuado las invitaciones, señaladas anteriormente, reciba una o dos ofertas y el resto de los invitados se excusa o no muestra interés en participar.

Sobre la normativa aplicable se señala: “Las normas aplicables a la Licitación Pública se aplicarán a la Licitación Privada, en todo aquello que atendida la naturaleza de la Licitación Privada sea procedente” (artículo 68 reglamento LCP).

Ahora, ¿qué ocurre si existe una Licitación Pública fallida previamente? El artículo 70 reglamento LCP dispone que, en estos casos, “las bases que se fijen para la Licitación Privada deberán ser las mismas que fueron utilizadas en la licitación pública. Si las Bases son modificadas, deberá realizarse una nueva Licitación Pública”.

5.15. Procedencia del trato directo

El nuevo artículo 8° *bis* LCP y el artículo 71 reglamento LCP expresan que será procedente en los siguientes casos fundados:

- a) Si solo existe un proveedor del bien o servicio, siempre que no exista un sustituto u otra alternativa razonable que permita satisfacer de manera similar o equivalente la necesidad pública requerida.

- b) Si no hubiere interesados para el suministro de bienes muebles o la prestación de servicios, o las ofertas hubiesen sido declaradas inadmisibles, siempre que se hubieran concursado previamente a través de una licitación pública y una licitación privada.
- c) En casos de emergencia, urgencia e imprevisto, en que se requiera satisfacer una necesidad pública de manera impostergable, siempre que se justifique que, en caso de no realizarse la contratación en un breve plazo, se generarían graves perjuicios a las personas o al funcionamiento del Estado, calificados mediante resolución, fundada del jefe superior del organismo contratante, y que, para evitar dichos perjuicios, no pueda utilizarse otro procedimiento de contratación.
- d) Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pueda afectar la seguridad o el interés nacional, determinados por ley.
- e) Cuando, por la magnitud e importancia que implica la contratación, se hace indispensable recurrir a un proveedor determinado debido a la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de los bienes o servicios requeridos. Deberá además estimarse fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza.
- f) Cuando por la naturaleza de la negociación existan circunstancias o características excepcionales del contrato que hagan del todo indispensable acudir a este procedimiento de contratación, según las causales establecidas en el reglamento de esta ley.

Previo a establecerse estas causales, estas “deberán ser sometidas a consulta pública, por un plazo no inferior a treinta días, de conformidad con la ley N°20.500, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública”.

Por lo demás, para que sean aplicables las causales establecidas en el reglamento, ellas deberán encontrarse en algunas de las siguientes circunstancias:

1. Cuando se requiera la contratación de servicios o equipamiento accesorios necesarios para la ejecución de un contrato previamente adjudicado.
2. Cuando el costo de recurrir a un procedimiento competitivo para la adquisición de servicios resulte desproporcionado desde el punto de vista financiero o de utilización de recursos humanos, según el umbral fijado por reglamento.

3. Cuando se requiera recurrir a un servicio cuyo proveedor necesite un alto grado de especialización en la materia objeto del contrato y siempre que se refieran a aspectos fundamentales para el cumplimiento de las funciones de la entidad pública y que no puedan ser realizados por personal de la propia entidad.
4. Cuando el conocimiento público previo de la contratación ponga en riesgo el objeto de esta.

5.16. Nuevos tipos de trato directo

Los distintos y nuevos tipos de esta clase de contratación pública se hallan en los artículos 72 y siguientes del párrafo 2, capítulo VI, reglamento LCP.

5.16. Nuevas reglas sobre Trato Directo

Se contemplan en el párrafo 3 del capítulo VI Reglamento LCP:

- a) Publicidad (artículo 77): se deberán publicar siempre en el Sistema de Información los siguientes documentos:
 - i. Resolución fundada que autoriza el Trato Directo.
 - ii. Texto del contrato (si lo hay).
 - iii. Respectiva orden de compra (en un plazo de 24 horas desde la dictación de la resolución que aprueba el contrato/aceptación de la orden de compra/total tramitación del contrato).
- b) Reglas especiales de publicidad (artículo 78): si es contratación por más de 1.000 UTM, por existencia de proveedor único o por la confianza y seguridad de este, la Entidad deberá, además, publicar por cinco días hábiles (y para permitir a otros proveedores solicitar que se realice otro procedimiento de contratación, lo cual deberá ponderar o fundadamente descartar) en el módulo habilitado para ello en el Sistema de Información:
 - i. Intención de contratar.
 - ii. Antecedentes básicos del bien/servicio a adquirir.
 - iii. Identidad del proveedor con quien se busca contratar.

En caso de ser contratación por emergencia, urgencia o imprevisto, se deberá publicar la resolución fundada que autoriza la respectiva orden de compra,

su aceptación o total tramitación del contrato, en máximo 24 horas desde la dictación de la resolución.

- c) Reclamación (artículo 79): en caso de que la entidad quiera perseverar el trato directo, en la hipótesis en que hubo solicitudes de otros proveedores en el plazo referido en el artículo 78, podrá el proveedor (que se considere afectado) interponer un reclamo vía los recursos administrativos de la Ley 19.880 o la acción del art. 24 N°1 de la LCP.
- d) Informe técnico (artículo 80): si la contratación supera las 1.000 UTM y corresponde a una de las hipótesis del artículo 78, “la Entidad deberá acompañar a la resolución que autoriza el Trato Directo y aprueba su contrato, un informe donde se consigne efectiva y documentadamente las circunstancias de hecho que justifican la procedencia de la causal”, suscrito por las unidades técnicas involucradas, y que consignará las razones para ello, así como el por qué no puede ser cubierto por bienes/ servicios considerados en el plan anual de compras de la institución.
- e) Garantía de fiel y oportuno cumplimiento (artículo 81): deberá ser usada en todas las causales de trato directo.
- f) Función de monitoreo (artículo 82): por la DCCP, dictando instrucciones obligatorias para tal efecto para todas las entidades de la Administración Pública (en el caso de las municipalidades, estas podrán adherir voluntariamente), cumpliendo con todos los deberes relativos a las declaraciones de patrimonio e intereses.
- g) Responsabilidades administrativas (artículos 83 y 84): si se contrata indebidamente por una de estas causales, generará aquella que corresponda por la legislación vigente.

En el caso de la jefatura superior de servicio, por indebida aplicación de las causales de emergencia-urgencia y seguridad-confianza, se le sancionará con multa a beneficio fiscal según la cuantía del contrato (10-100 UTM), sin perjuicio de otras sanciones/medidas administrativas pertinentes.

En el caso de trato directo por emergencia-urgencia, no se podrá justificar por causales imputables a la Entidad, ni tampoco por:

La falta de gestión oportuna de los procedimientos necesarios para garantizar la continuidad de las prestaciones objeto del contrato, así como tampoco la

falta de ejecución total o parcial de los proyectos o prestaciones originalmente contemplados en un contrato previamente celebrado entre las mismas partes.

Corresponderá a la entidad “demostrar que las circunstancias que justifican el Trato Directo son efectivamente imprevisibles y que no derivan de una planificación inadecuada”.

5.18. Continuidad de las bases de licitación

El nuevo artículo 8 *ter* LCP señala la procedencia de esta:

En los casos en que corresponda realizar una licitación pública y no existan oferentes interesados, o las ofertas hubiesen sido declaradas inadmisibles las bases que se fijaron en este procedimiento concursal deberán ser las mismas que luego se utilizarán para adjudicar en licitación privada o realizar una contratación directa.

Adicionalmente, “Si las bases son modificadas, deberá realizarse nuevamente una licitación pública, de acuerdo con lo señalado en el artículo 8”.

5.19. Procedencia de la compra por cotización (nuevo artículo 8 quáter LCP)

La norma dispone que el mecanismo de compra por cotización procederá en las siguientes hipótesis:

- a) “Se trate de contratos que correspondan a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 unidades tributarias”.
- b) “Se trate de convenios de prestación de servicios por celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional”.

5.20. Inadmisibilidad de las ofertas (nuevo texto del artículo 9 LCP)

5.20.1. HIPÓTESIS DE INADMISIBILIDAD

- a) Incumplimiento de las bases y/o normativo: “El órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando determine que estas no

se ajustan a los requerimientos señalados en las bases de licitación, la ley o el reglamento”.

- b) Presentación de ofertas simultáneas por empresas de un mismo grupo (*holding*): “Asimismo, declarará inadmisibles una o más ofertas cuando se presenten en un procedimiento de contratación, ofertas simultáneas de un mismo bien o servicio por parte de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial o relacionadas entre sí”.

5.20.2 REFORMULACIÓN DE LA INADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS (ARTÍCULO 59 REGLAMENTO LCP)

La Entidad licitante declarará inadmisibles las ofertas cuando determine que estas no se ajustan a los requerimientos señalados en las Bases de licitación, la ley o el reglamento.

En todos los casos, la resolución de la Entidad licitante deberá ser fundada y publicada en el Sistema de Información.

5.20.3. INADMISIBILIDAD DE LAS OFERTAS SIMULTÁNEAS DE PROVEEDORES DEL MISMO GRUPO EMPRESARIAL O RELACIONADAS ENTRE SÍ (ARTÍCULO 60 REGLAMENTO LCP)

Se declarará inadmisibles una o más ofertas cuando se presenten en un procedimiento de contratación, ofertas simultáneas respecto de un mismo bien o servicio por parte de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial o relacionadas entre sí, según dispone el artículo 9 de la Ley de Compras.

En este caso, la Entidad licitante considerará para efectos de la evaluación de la licitación pública, solo la oferta más conveniente de los respectivos proveedores del mismo grupo empresarial o relacionadas entre sí, según los criterios establecidos en las Bases, y declarará inadmisibles las demás. En caso de que las Bases no señalen criterios específicos, será considerada como oferta más ventajosa la de menor precio, siempre que no se encuentre en el supuesto del artículo siguiente.

5.20.4. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INADMISIBILIDAD DE LA OFERTA POR PRESENTACIÓN DE OFERTAS SIMULTÁNEAS

¿Qué sucede con las ofertas?

El órgano contratante considerará para efectos de la evaluación de la licitación pública, solo la oferta más conveniente, según se haya establecido en las bases,

presentada por el grupo empresarial o las relacionadas entre sí, y declarará inadmisibles las demás.

¿Cuándo se entiende pertenecer a un mismo grupo empresarial? Cuando respecto de dos o más oferentes, cualquiera sea su naturaleza jurídica, concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Una sociedad y su controlador.
- b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último.

Ahora, ¿quién es un controlador?

Toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, participa activamente en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

1. Asegurar la mayoría de los votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de los votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades (...).
2. Influir decisivamente en la administración de una sociedad.

¿Qué implica influir decisivamente en la administración de una sociedad?

Se entiende que una persona o grupo de personas influye decisivamente en la administración de la sociedad cuando directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas controla al menos el 25 por ciento del capital con derecho a voto de una sociedad o del capital de ella.

Por último, ¿cuándo se entenderá que dos oferentes son empresas o personas relacionadas?

Se entenderá para efectos de la evaluación que dos o más oferentes son empresas o personas relacionadas en los casos siguientes:

- i. Entidades que pertenecen a un mismo grupo empresarial, cualquiera sea su calidad o estructura jurídica.
- ii. Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad con

las definiciones contenidas en la ley N°18.046, sobre sociedades anónimas.

- iii. Una sociedad y sus directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, o sus cónyuges, convivientes civiles o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas, por cualquiera de ellos.
- iv. Una sociedad y toda persona que, por sí sola o con otras que tenga acuerdo de administración conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle al menos un 10 por ciento o más del capital o del capital con derecho a voto si se trata de una sociedad por acciones.
- v. El cónyuge, conviviente civil y los parientes, ascendientes o descendientes, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.
- vi. Todas aquellas empresas que tengan la misma persona beneficiaria final, según los términos señalados en el artículo 16.

5.21. Deserción del procedimiento y fundamentación de resoluciones (nuevos incisos 2° y 3° del artículo 9° LCP)

Los incisos se refieren a la deserción del procedimiento, en el siguiente sentido: “Asimismo, se declarará desierto el procedimiento de contratación, cuando no se presenten ofertas, o cuando las ofertas presentadas no fueran convenientes a los intereses de la entidad licitante”.

Deben fundamentarse las resoluciones: “En todos los casos señalados en el presente artículo, la resolución del organismo del Estado deberá ser fundada”.

5.22. Suscripción de contratos mayores y momento de notificación (nuevos incisos 2° y 3° del artículo 9° LCP)

Señala la disposición que “Tratándose de licitaciones superiores a 5.000 unidades tributarias mensuales la suscripción del contrato sólo podrá efectuarse una vez transcurrido el plazo de diez días hábiles desde la notificación de la resolución de adjudicación”

Sobre el momento de notificación:

Todas las notificaciones que hayan de efectuarse en virtud de las disposiciones de la presente ley y en virtud del reglamento, incluso respecto de la resolución de adjudicación, con la sola excepción de las que dicen relación con lo dispuesto en el Capítulo V, se entenderán realizadas luego de las veinticuatro horas transcurridas desde que la entidad licitante publique en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado el documento, acto o resolución objeto de la notificación.

5.23. Garantías de seriedad (nuevo texto del inciso 1° del artículo 11 LCP)

Se requerirá por la entidad licitante, “excepcionalmente por razones de interés público y tratándose de licitaciones superiores a las 5.000 unidades tributarias mensuales, la constitución de garantía de seriedad, para asegurar la mantención de la oferta hasta la suscripción del contrato”.

El monto de tope de la garantía es “de un 3 por ciento del monto de la licitación”. ¿Y si no es posible fijar el monto? La regla dispone que “la garantía deberá fijarse en un monto que no desincentive la participación de oferentes”.

5.24. Garantías de fiel y oportuno cumplimiento del contrato (nuevo texto del inciso 2° artículo 11 LCP)

Para constituir garantías de fiel cumplimiento del contrato “se exigirá en las contrataciones superiores a las 1.000 unidades tributarias mensuales y alcanzará a un 5 por ciento del precio final neto ofertado por el adjudicatario”. No obstante, se contempla una excepción calificada, “a menos que, según lo establecido por las bases, sean declaradas como ofertas temerarias o se considere una contratación riesgosa, o bien, existan disposiciones legales particulares”.

En contrataciones de 1.000 UTM o menos, “la entidad licitante podrá fundadamente requerir la presentación de la garantía de fiel y oportuno cumplimiento, en virtud del riesgo involucrado en la contratación, en el porcentaje previamente señalado”.

5.25. Otras reglas sobre garantías contractuales (nuevo texto del artículo 11 LCP)

Se contempla garantía de las prestaciones sociales:

Tratándose de la prestación de servicios, las garantías de cumplimiento del contrato deberán asegurar, además, el pago de las obligaciones laborales y sociales con los trabajadores de los contratantes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20 de la ley N°17.322, sobre normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, y permanecerán vigentes hasta sesenta días hábiles después de recepcionadas las obras o culminados los contratos.

En este sentido, debe haber proporcionalidad de la garantía fijada, “que sin desmedrar su finalidad, no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta. Los jefes de servicio serán directamente responsables de la custodia, mantención y vigencia de las garantías solicitadas”.

Las reglas a este respecto son:

- a) Cargo de multas y sanciones: “Con cargo a estas garantías podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas”.
- b) Modo de constitución: “Las garantías se constituirán en la forma y por los medios que se indiquen en el reglamento de la presente ley”.
- c) Anticipos: “Sólo podrán entregarse anticipos a un contratante, si se cauciona debida e íntegramente su valor”.
- d) Excepciones: No obstante, la garantía a la que se refiere el inciso anterior no será necesaria tratándose de las contrataciones cuya cuantía sea inferior a 1.000 unidades tributarias mensuales, o cuando hayan sido celebradas por medios electrónicos de acuerdo con el artículo 12 A de la ley N°19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, y utilizando medios de pago señalados en el artículo 1 de la Ley N°20.009, que establece un régimen de limitación de responsabilidad para titulares o usuarios de tarjetas de pago y transacciones electrónicas en caso de extravío, hurto, robo o fraude.

5.26. Exención de garantías (nuevo texto del artículo 11 LCP)

La hipótesis de exención es la siguiente:

No obstante, atendidas las características del contrato, cuando se considere, fundadamente, que se contemplan suficientes mecanismos para resguardar el cumplimiento contractual, la entidad licitante podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía de cumplimiento del contrato, en los siguientes casos:

- a) Contratos cuyo objeto sea el suministro de bienes consumibles cuyo consumo se produjese íntegramente antes del pago del precio.
- b) Contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión de personas o grupos subrepresentados en la economía.
- c) Contratos que se refieran a aspectos claves y estratégicos que busquen satisfacer el interés público o la seguridad nacional, tales como la protección de la salud pública o la defensa de los intereses del Estado de Chile ante los tribunales internacionales y extranjeros.

5.27. Modificación de contratos regidos por la Ley N°19.886 (nuevo texto del artículo 13 LCP)

Los contratos regidos por la presente ley solo podrán modificarse durante su vigencia cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando así se haya previsto en las bases de licitación o el contrato.
En tal caso, no podrá alterarse la aplicación de los principios de estricta sujeción a las bases, igualdad de los oferentes y el equilibrio financiero del contrato. Tampoco podrá aumentarse el monto del contrato más allá de un 30 por ciento del monto originalmente pactado, siempre que el organismo del Estado cuente con disponibilidad presupuestaria para ello.
- b) Excepcionalmente, cuando por circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor el proveedor esté impedido de cumplir sus obligaciones y que no se haya previsto en las bases o en el contrato.
El organismo del Estado estará facultado para aumentar el plazo de ejecución del contrato o la orden de compra mientras dure el impedimento.
Asimismo, podrá realizar una modificación a los bienes o servicios comprometidos en el contrato o la orden de compra, siempre y cuando existan razones de interés público, y que esta permita satisfacer de igual o mejor forma la necesidad pública que haya dado origen al procedimiento de contratación.

La forma de concretar la modificación se realizará a través de la aprobación, “mediante acto administrativo fundado en el que se consignen las razones que justifiquen las modificaciones efectuadas al contrato o la orden de compra, y deberá ser publicado en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado”.

Las reglas para concretar la modificación (artículo 129 reglamento LCP) son:

- a) Las modificaciones señaladas deberán respetar el equilibrio financiero.
- b) El valor de estas no podrá exceder, independientemente o en su conjunto con las demás modificaciones realizadas a este durante su vigencia, el equivalente al 30 por ciento del monto originalmente convenido entre el proveedor y el organismo del Estado, siempre que este último cuente con disponibilidad presupuestaria para ello.
- c) En ningún caso podrán aprobarse modificaciones que puedan alterar los elementos esenciales del contrato u orden de compra inicial.

5.28. Terminación anticipada de contratos regidos por la Ley 19.886 (nuevo artículo 13 *bis* LCP)

Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán terminarse anticipadamente por las siguientes causas:

- a) La muerte o incapacidad sobreviniente de la persona natural, o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.
- b) La resciliación o mutuo acuerdo entre las partes, siempre que el proveedor no se encuentre en mora de cumplir sus obligaciones.
- c) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el proveedor.
- d) Las bases o el contrato deberán establecer de manera precisa, clara e inequívoca las causales que dan origen a esta medida.
- e) El estado de notoria insolvencia del contratista (a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato).
- f) La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato de conformidad con el artículo 13. En tal caso, el organismo del Estado sólo pagará el precio por los bienes o servicios que efectivamente se hubieren entregado o prestado, según corresponda, durante la

vigencia del contrato. Asimismo, en el evento que la imposibilidad de incumplimiento del contrato obedezca a motivos imputables al proveedor, procederá que se apliquen en su contra las medidas establecidas en el artículo 13 *ter*.

- g) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional.
- h) Las demás causales establecidas en la ley, en las respectivas bases de la licitación o en el contrato.

Los actos administrativos que dispongan tales medidas deberán ser fundados y publicados en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado.

5.29. Nuevas reglas sobre el pago a proveedores (artículo 133 reglamento LCP)

Con todo, para proceder a los mencionados pagos, se requerirá que previamente la respectiva Entidad registre en el Sistema de Información:

- a) La entrega de los bienes o la fecha de cumplimiento de la prestación de servicios, por parte del Proveedor, en el momento en que esto ocurra.
- b) La recepción conforme de los bienes y/o servicios adquiridos, por la jefatura de la unidad encargada de adquisiciones de la respectiva Entidad, por quien tenga delegada dicha función o por quien haya sido designado administrador del contrato.

Si no hubiese disconformidad con los bienes y/o servicios adquiridos, deberá registrarse los hechos en que se funda la disconformidad y acompañando documentos o antecedentes de respaldo de aquello. En este caso no se procederá al pago, sin perjuicio de la aplicación de otras medidas que correspondan.

Respecto del pago indebido y su restitución (artículo 134 reglamento LCP):

Se entenderá que existe un pago indebido cuando por error material, aritmético o de hecho se efectúe un desembolso de fondos públicos a favor de un Proveedor que no tiene derecho para recibir dicho pago, o en una cuantía que excede la obligación establecida en el contrato u Orden de Compra respecto de bienes y/o servicios afectos a la Ley de Compras.

El Proveedor que reciba un pago indebido, total o parcial, queda obligado a restituir las cantidades percibidas en exceso.

La Entidad responsable del error que originó el pago indebido deberá requerir, de oficio, al Proveedor la restitución de los montos correspondientes, dentro de un plazo de treinta días hábiles desde que tomó conocimiento del pago indebido. Este requerimiento podrá efectuarse a través del Sistema de Información. Para estos efectos, los servicios deberán tener en cuenta las instrucciones dictadas por el Ministerio de Hacienda al respecto.

En caso de que el Proveedor no proceda a la restitución en el plazo solicitado, la Entidad deberá informar dicha situación a la Dirección de Compras, para que inicie un procedimiento de suspensión, de conformidad a los artículos 160, numeral 9, y 161 del presente Reglamento.

5.30. Multas en contratos regidos por la Ley 19.886 (nuevo artículo 13 *ter* LCP, artículos 135 a 140 Reglamento LCP)

La hipótesis es que:

En caso de incumplimiento por parte de los proveedores de una o más obligaciones establecidas en las bases y en el contrato, la entidad contratante podrá:

- a) Aplicar multas (las bases y el contrato deberán fijar un tope máximo que no podrá superar hasta el 30 por ciento del precio del contrato).
- b) Cobrar la garantía de fiel cumplimiento.
- c) Terminar anticipadamente el contrato.
- d) Adoptar otras medidas que se determinen, las que deberán encontrarse previamente establecidas en forma clara e inequívoca en las bases y en el contrato, y ser proporcionales a la gravedad del contrato.

El procedimiento para la aplicación de las medidas observadas debe estar contemplado en las bases y el contrato. Este debe respetar los principios de contradictoriedad e impugnabilidad, y deberá siempre concederse traslado al proveedor para efectuar sus descargos.

De tal manera, la medida que se vaya a aplicar “deberá formalizarse a través de una resolución fundada, la que deberá pronunciarse sobre los descargos presentados, si existen, y publicarse oportunamente en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado”.

Existen otras reglas, a saber:

- a) Recursos: “Contra la resolución que interpone la medida el proveedor afectado podrá interponer los recursos que establezca la ley”.
- b) Compensación de deudas:
Con todo, la entidad contratante no podrá proceder al cobro de las multas que se hayan aplicado en virtud del presente artículo, en caso de que adeude al mismo proveedor el pago de las prestaciones del contrato que hayan sido devengadas durante los meses anteriores al que se hizo obligatorio al pago de la multa.
- c) Demanda por indemnización de perjuicios: “Cuando las medidas aplicadas no cubran los daños causados al organismo del Estado por el incumplimiento del contrato, éste estará facultado para demandar la respectiva indemnización por daños y perjuicios”.

5.31. ¿Cuándo un organismo del Estado podrá contratar fuera del sistema? (nuevo artículo 21 LCP)

En las siguientes circunstancias:

- a) Cuando existan antecedentes que permitan presumir que los posibles proveedores no cuentan con los medios tecnológicos para utilizar los sistemas electrónicos o digitales establecidos en el reglamento, lo cual deberá justificarse por la entidad licitante en la misma resolución que aprueba el llamado a licitación.
- b) Cuando en razón de caso fortuito o fuerza mayor no sea posible efectuar por un período mayor a veinticuatro horas continuas, los procesos de compras a través del Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado.
- c) Cuando haya indisponibilidad técnica del Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado, circunstancia que deberá ser ratificada por la Dirección mediante el correspondiente certificado, el que deberá solicitarse por las vías que informe dicho Servicio, hasta las veinticuatro horas siguientes al cierre de la recepción de las ofertas.

En tal caso, los oferentes afectados tendrán un plazo de dos días hábiles contado desde la fecha del envío del certificado de indisponibilidad, para la presentación de sus ofertas fuera del Sistema de Información y Gestión de Compras del Estado.

- d) Tratándose de contrataciones relativas a materias calificadas por disposición legal como de naturaleza secreta, reservada o confidencial.

e) Tratándose de las contrataciones de bienes y servicios, efectuadas a proveedores extranjero en que, por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de similar naturaleza, sea indispensable efectuar el procedimiento de contratación por fuera del Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado.

5.32. Nuevas reglas para la gestión de compras públicas

5.32.1. PLAN ANUAL DE COMPRAS Y CONTRATACIONES

(NUEVO TEXTO DEL ART. 12 LCP, CAPÍTULO XI REGLAMENTO LCP)

Cada institución deberá elaborar y evaluar periódicamente un Plan Anual de Compras y Contrataciones al que deberá sujetarse para realizar sus procesos de compra. El reglamento determinará los plazos para elaborar dicho plan, su contenido mínimo y los procedimientos necesarios para su modificación.

El plazo de elaboración (artículo 167 reglamento LCP) y publicidad (artículo 168 reglamento LCP) del Plan Anual, es hasta el 31 de enero. Se publicará en el Sistema de Información en los formularios electrónicos estandarizados. Podrá publicarse de manera referencial por la DCCP un Plan General de Compras y Contrataciones para el Sector Público, con la información de cada Plan Anual remitido por las Entidades.

Cada Entidad podrá modificar el Plan Anual⁶ en cualquier oportunidad conforme a las instrucciones generales de la DCCP (artículo 169 reglamento LCP); esta podrá exigir la modificación en caso de contravención legal reglamentaria de la jurisprudencia de Contraloría o de sus instrucciones. La evaluación será anual conforme a la metodología que establezca el Ministerio de Hacienda, debiendo registrarse sus resultados en el Sistema de Información (artículo 170 reglamento LCP).

5.32.2. FICHA ELECTRÓNICA DEL COMPRADOR

(ARTÍCULO 172 REGLAMENTO LCP)

En el Sistema de Información se publicará una ficha electrónica estandarizada por cada Entidad compradora con el registro de sus adquisiciones realizadas, los días promedio de pago, los reclamos de proveedores a través del Sistema de Información, los recursos interpuestos en su contra ante el Tribunal de

6 El contenido del Plan Anual se describe en el artículo 165 reglamento LCP.

Contratación Pública y cualquier otra información que se disponga en virtud de las políticas y condiciones de uso del Sistema de Información.

5.32.3. REGISTRO DEL PERSONAL QUE PARTICIPA EN UN PROCESO DE COMPRA Y EJECUCIÓN CONTRACTUAL: PUNTOS DE RELEVANCIA,

El artículo 13 reglamento LCP establece que el personal debe ser registrado cualquiera sea la calidad jurídica de su vinculación con la entidad. Asimismo, debe efectuar declaración de patrimonio e intereses conforme a la Ley 20.880, “en el más breve plazo y hasta treinta días hábiles desde asumida la función”, debiendo actualizar esta cada mes de septiembre y marzo, si correspondiese. La información no será de acceso público, pero puede ser requerida vía procedimiento de transparencia de la Ley 20.285.

5.32.4. NÓMINA DE PARTÍCIPES EN PROCESOS DE LICITACIÓN:

El nuevo artículo 12 *bis* LCP dispone:

Los organismos del Estado deberán registrar en formularios habilitados en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado una nómina con el personal que participe del procedimiento de contratación o de ejecución contractual y las funciones que cumplen en tales procedimientos. La Contraloría General de la República, la Fiscalía Nacional Económica y el Ministerio Público tendrán acceso inmediato a dicha información.

5.32.5. PERFECCIONAMIENTO DEL CONVENIO MARCO

Se refiere a la materia el nuevo párrafo tercero del artículo 30 LCP:

Los contratos tipo contenidos en las bases de licitación de Convenio Marco se entenderán perfeccionados una vez notificada la adjudicación respectiva a través del Sistema de Información y Gestión de Compras Públicas.

Corresponderá al adjudicatario actualizar en el Registro de Proveedores del Estado sus antecedentes legales y acompañar los demás documentos requeridos por la Dirección de Compras y Contratación Pública.

5.32.6. SUBCONTRATACIÓN (NUEVOS INCISOS 3° A 5° ART. 15 LCP)

En el caso en que se encuentre permitida la ejecución parcial de un contrato por parte de terceros durante el procedimiento de contratación, dentro del plazo

que fijen las bases de licitación o el reglamento, los oferentes deberán indicar la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, y señalar su importe y el nombre o razón social del subcontratista. Este deberá ser un proveedor hábil inscrito en el registro del artículo 16 y acreditar el cumplimiento de los requisitos que el reglamento o las bases de licitación establezcan.

El contratista principal deberá notificar por escrito al órgano contratante de cualquier modificación en las prestaciones que deberá desarrollar el subcontratista, o en su identidad, con anterioridad a la materialización de estos cambios. En caso de un cambio en la identidad de un subcontratista, el contratista principal deberá acreditar que éste cumple con los requisitos señalados en el inciso anterior.

La infracción a lo establecido en los incisos precedentes facultará al organismo del Estado para imponer alguna de las medidas establecidas en el artículo 13 *ter*.

El artículo 128 Reglamento LCP profundiza en ello:

El Proveedor podrá concertar con terceros la subcontratación parcial del contrato, sin perjuicio que la responsabilidad de su cumplimiento permanecerá en el Proveedor adjudicado. En aquellos contratos de carácter secreto o reservado, o cuando lo exija la seguridad del Estado, la subcontratación requerirá siempre autorización expresa de la Entidad.

Si así se prevé en las Bases, los oferentes deberán indicar en la propuesta o luego de la Adjudicación del contrato y, a más tardar, cuando inicie la ejecución de éste, la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, su importe y el nombre o razón social del subcontratista hábil en el Registro de Proveedores. Las Entidades podrán establecer en las Bases que determinadas tareas críticas no sean objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el proveedor adjudicado.

No será admisible la subcontratación en los siguientes casos:

- a) Si se trata de servicios especiales, y se ha contratado en vista de la capacidad o idoneidad del contratista.
- b) Si excede el treinta por ciento del monto total del contrato, salvo que las Bases de licitación establezcan un porcentaje mayor por razones fundadas.
- c) Si afecta al subcontratista una o más causales de inhabilidad en el Registro de Proveedores.

- d) Si el subcontratista ese encuentra en alguna de las incompatibilidades para ser contratado por la Entidad pública a que se refiere el artículo 35 quáter de la Ley de Compras.

El Proveedor principal deberá notificar por escrito al órgano contratante de cualquier modificación en las prestaciones que deberá desarrollar el subcontratista, o en su identidad, con anterioridad a la manifestación de estos cambios. En caso de un cambio en la identidad de un subcontratista, el Proveedor principal deberá acreditar que este cumple con los requisitos señalados en el inciso anterior.

El límite de la subcontratación quedará determinado por el porcentaje que se determine en las bases, y en ningún caso la subcontratación podrá ser utilizada para efectuar una cesión del contrato.

5.32.7. ROL DEL SISTEMA DE INFORMACIÓN Y GESTIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES DEL ESTADO

El nuevo artículo 20 *bis* LCP y el capítulo VIII reglamento LCP se refieren a la materia:

En el sistema de información y gestión señalado se deberán clasificar y codificar los bienes y servicios transados a través de él, y permitir el acceso público a la información que señale el reglamento, respecto de la adquisición de cada tipo de bien o servicio, en formato de datos abiertos.

Respecto de la obligación de regirse por el Sistema de Información y de otros medios para la contratación electrónica, el artículo 105 reglamento LCP lo aborda en detalle:

Las Entidades deberán desarrollar todos sus Procesos de Compras y de administración de sus contratos utilizando solamente el Sistema de Información de la Dirección, incluyendo todos los actos, documentos y resoluciones relacionados directa o indirectamente con los Procesos de Compras y la ejecución de contratos.

Lo anterior se efectuará a través de la utilización de los formularios elaborados por la Dirección de Compras y del ingreso oportuno de la información requerida en el Sistema de Información.

Las Entidades no podrán adjudicar ofertas que no hayan sido recibidas a través del Sistema de Información, salvo lo dispuesto en el artículo 115 del presente reglamento.

La Información que debe encontrarse disponible públicamente en el Sistema de Información, y las acciones que deben realizarse a través de este, están contenidas en el artículo 108 reglamento LCP:

Las Entidades deberán publicar en la ficha electrónica, todo el contenido de los actos administrativos y requerimientos técnicos que aprueban los correspondientes mecanismos de compra.

Además, deberán publicar, a través del Sistema de Información las consultas al mercado, registro de reuniones realizadas entre funcionarios y potenciales compradores y cotizaciones obtenidas a través de correos electrónicos, sitios web, catálogos electrónicos, lista o compradores de precio por internet, todo ello conforme a lo dispuesto en el artículo 35 *bis* de la Ley de Compras y la siguiente información relativa a sus procedimientos de compras y ejecución contractual, si es que correspondiese (...)⁷.

Los datos deben ser abiertos, en otras palabras, “toda la información publicada por las Entidades en el Sistema de Información correspondiente a los procedimientos de contratación y a la ejecución de los contratos deberá encontrarse disponible a través de formatos de datos abiertos y reutilizables” (artículo 109 reglamento LCP).

El sistema de codificación para la identificación de bienes y servicios (artículo 110 reglamento LCP) lo poseerá el Sistema de Información para facilitar su identificación, de acceso público y en formato de datos abiertos.

Sobre los procesos de compra fuera del Sistema de Información (artículo 109 reglamento LCP), las Entidades podrán excepcionalmente efectuar los procesos de compra o ejecución contractual fuera de este Sistema —establecido en el artículo 19 LCP—, en las siguientes circunstancias:

- a) Si existen antecedentes para presumir que “los posibles proveedores no cuentan con los medios tecnológicos para utilizar los sistemas electrónicos o digitales establecidos en conformidad a este reglamento”, lo cual debe justificarse en la resolución de la Entidad que aprueba el llamado a licitación.
- b) Si por caso fortuito/fuerza mayor sea imposible efectuar procesos de compras a través del Sistema, por un plazo de tiempo superior a 24 horas.

7 Véase cada tipo de contratación en específico para ver el listado de documentos requeridos en cada caso.

- c) Si hubiese indisponibilidad técnica del Sistema, ratificado ello por certificado de la DCCP, solicitado por los oferentes dentro de las 24 horas siguientes al cierre de la recepción de las ofertas —permitiéndosele presentar estas en máximo 2 días hábiles desde su envío—. En cualquier caso, deberán incorporar los documentos al Sistema cuando vuelva a estar habilitado.
- d) En “contrataciones relativas a materias calificadas por disposición legal como de naturaleza secreta, reservada o confidencial”.
- e) En contrataciones que “por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de especial naturaleza, sea indispensable efectuar el procedimiento de contratación por fuera del Sistema de Información” (lo cual requerirá acto administrativo fundado).
- f) Respecto de “garantías, planos, antecedentes legales, muestras y demás antecedentes que no estén disponibles en formato digital o electrónico”, los cuales “podrán enviarse a la Entidad licitante de manera física, de acuerdo con lo que establezcan en cada caso las Bases”.

5.32.8. REGISTRO DE PROVEEDORES (NUEVO TEXTO DEL ARTÍCULO 16 LCP)

El nuevo artículo 16 LCP dispone la creación de “un registro electrónico oficial de proveedores del Estado, en adelante, e indistintamente, el ‘Registro de Proveedores’, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública”. Se deben inscribir en dicho registro a:

Todas las personas chilenas y extranjeras, que no tengan causal de inhabilidad para contratar con los organismos del Estado. Asimismo, este registro deberá individualizar a los socios, accionistas, administradores y beneficiarios finales de las personas jurídicas inscritas, y contener información sobre los contratos adjudicados, ejecutados o terminados anticipadamente, de cada miembro del registro con algún organismo del Estado, las multas o sanciones respecto de los contratos en ejecución, e inhabilidades que correspondan de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 septies.

Existe la posibilidad de crear otros registros oficiales de contratistas:

Para órganos o servicios determinados, o para categorías de contratación que así lo requieran, los que serán exigibles para celebrar tales contratos. Dichos registros, que deberán ser siempre electrónicos, serán regulados por decreto

supremo expedido por el Ministerio respectivo. Estos registros deben ser interoperables con el formato y las características del Registro de Proveedores.

Los registros están contemplados en el capítulo X reglamento LCP, específicamente en los artículos 141 a 164.

- A saber, el párrafo 1 contempla “Aspectos Generales”:
Publicidad del Registro (artículo 142): Del mismo y de “toda la información que ha de incorporarse en él, incluyendo la de los socios, accionistas y beneficiarios finales”, salvo que esté sujeta a secreto o reserva. Se acreditará el acceso de quien desee ingresar vía Clave Única.
- El párrafo 2 regula las “Categorías”:
 - a) Según ingresos anuales (artículo 143): conforme a la definición del artículo 2° de la Ley N° 20.416.
 - b) Según actividades económicas (artículo 144): se establecerá conforme a fuentes oficiales.
- El párrafo 3 se refiere a la “Solicitud de Inscripción”:
 - a) Proceso de Inscripción (artículo 145).
 - b) Proceso de Inscripción para proveedores extranjeros (artículo 146).
 - c) Tarifas cobradas por el Registro (artículo 147).
- El párrafo 4 contempla normas acerca “De la evaluación de los proveedores”:
 - a) Proceso de Evaluación (artículo 148).
 - b) Consulta a fuentes oficiales y medidas en caso de indisponibilidad (artículo 149).
 - c) Aprobación/rechazo de la solicitud de inscripción (artículo 150).
- El párrafo 5 lleva de título “De la ficha de los proveedores inscritos”, remite a los antecedentes necesarios para su registro (artículo 151).
 - a) Generales (nombre, razón social, RUT, dirección, e-mail, actividades especializadas).
 - b) Técnicos, de especialidades y certificaciones.
 - c) Legales y financieros (escrituras de constitución social, certificados de vigencia, etc.).
 - d) Relativa a socios, administradores y beneficiarios finales.

- e) Calificación (nota puesta por la DCCP considerando las medidas antes aplicadas por incumplimientos contractuales al Proveedor).
- El párrafo 6, “De las acciones posteriores a la inscripción”, contempla normas acerca:
 - a) Renovación de la inscripción (artículo 152).
 - b) Actualización de los antecedentes (artículo 153).
- Finalmente, el párrafo 7 regula las “Inhabilidades para pertenecer al registro”:
 - a) Artículo 4° LCP, Inciso 1°, párrafo final (prohibición de contratar con el Estado): Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador (vinculada con la inhabilidad del artículo 154 N°3 Reglamento LCP), o por delitos concursales establecidos en el Código Penal (enlazada a su vez con la inhabilidad del artículo 154 N°1 Reglamento LCP).
 - b) Artículo 35 septies LCP: Se mencionan las causales N°1 y N°3 del artículo 154 Reglamento L.C.P (letras a) y c) respectivamente), y se suman las letras b) y d).
 - c) Otras causales de inhabilidad: se establecen en el artículo 154 reglamento LCP.
 - d) Extensión de la inhabilidad (artículo 155 reglamento LCP).
 - e) Procedimiento de aplicación de la inhabilidad (artículo 156 reglamento LCP).
 - f) Inhabilidad de proveedores extranjeros (artículo 158 reglamento LCP).
 - g) Inhabilidad sobreviniente (artículo 159 reglamento LCP).
 - h) Suspensión del Registro (artículo 160) reglamento LCP.
 - i) Procedimiento para aplicar medidas de suspensión (artículo 161 reglamento LCP).
 - j) Eliminación (artículo 162 reglamento LCP).
 - k) Efectos de la suspensión/eliminación (artículo 163 reglamento LCP).

- l) Medidas de autocorrección (artículo 164 reglamento LCP).

5.33. Normas reglamentarias generales para el proceso de compras públicas

Están previstas en el capítulo III del reglamento LCP:

- a) Técnica y financiera de los proveedores (artículo 26).
- b) Determinación de los bienes y servicios a adquirir (artículo 27).
- c) Consulta a la plataforma de economía circular (artículo 28).
- d) Consulta del catálogo del convenio marco (artículo 29).
- e) Indisponibilidad del bien o mejores condiciones (artículo 30).
- f) Análisis técnico y económico (artículo 31).
- g) Monto de la contratación (artículo 32).
- h) Procesos de compras y contrataciones (artículo 33).
- i) Obligaciones de las Entidades compradoras en procedimientos de licitación y contratación (artículo 34).
- j) Representación de Entidades por la Dirección de Compras en procedimientos de Licitación y Contratación (artículo 35).

5.34. Normas sobre probidad administrativa y transparencia (capítulo II reglamento LCP)

5.34.1. NUEVO CAPÍTULO VII LCP: “DE LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA Y TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”

Este capítulo contempla diversas reglas importantes, entre ellas:

Artículo 35 *bis* LCP.- Una vez determinada la necesidad de adquirir bienes o servicios, se iniciará el proceso de preparación de la contratación administrativa.

Previo al inicio de cualquier procedimiento de contratación pública, el organismo del Estado estará obligado a consultar el Catálogo de Convenio Marco antes de llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada, Trato Directo o Contratación Excepcional Directa con Publicidad u otro procedimiento especial de contratación.

Luego, el artículo 35 *ter* LCP expresa que:

Se prohíbe la comunicación entre los participantes o interesados en el proceso de contratación una vez iniciado el procedimiento de contratación, o entre eventuales interesados o participantes en él y las personas que desempeñen funciones en el organismo licitante que participen del proceso de adjudicación, independientemente de su calidad jurídica, salvo en lo referido directa o indirectamente a tal proceso.

No obstante, a continuación, indica una excepción:

Salvo que se realice a través del Sistema de Información y Gestión de Compras Públicas administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública y en la forma establecida en las bases de licitación, que asegure la participación e igualdad de todos los oferentes.

El artículo 35 quáter LCP señala con qué sujetos ningún organismo del Estado podrá suscribir contratos administrativos. Esta norma debe complementarse con el artículo 14 Reglamento LCP, y el artículo 35 *septies*.

5.34.2. NUEVO CAPÍTULO II REGLAMENTO LCP

El párrafo 1 de este nuevo capítulo se refiere a los “Deberes y prohibiciones de la Contratación Pública”, y contempla normas sobre:

- a) Obligaciones de probidad e integridad en la contratación pública (artículo 11).
- b) Delimitación de funciones (artículo 12).
- c) Deber de abstención (artículo 15).
- d) Fragmentación (artículo 16).

El Párrafo 2 regula la integridad de los proveedores. Particularmente, en lo relativo a programas de integridad por parte de los proveedores (artículo 17).

5.35. Reclamación Administrativa

El nuevo artículo 30 *bis* LCP establece el siguiente mecanismo:

Cualquier persona interesada, natural o jurídica, podrá deducir una reclamación administrativa, a través del Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado, contra las acciones u omisiones ilegales que se hayan cometido durante un procedimiento de contratación administrativa o en la ejecución de un contrato administrativo, regulados por esta ley.

Este reclamo deberá entablarse ante el organismo que dictó u omitió “dentro del plazo de cinco días impugnado o desde que la parte interesada haya conocido o debido conocer de la ilegalidad que alega”, existiendo un plazo equivalente (5 días hábiles) para que este responda a través del Sistema de Información. En caso que la DCCP observe que “los reclamos tratan de acciones u omisiones que puedan ser constitutivos de faltas a la probidad, delitos o infracciones a la libre competencia”, deberá remitir los antecedentes en máximo 3 días hábiles al Ministerio Público o la Fiscalía Nacional Económica según corresponda; si determina “que existen indicios de acciones u omisiones ilegales y arbitrarias de parte de organismos de la Administración del Estado, o faltas a la probidad durante un procedimiento de contratación administrativa”, en máximo cinco días remitirá los antecedentes a Contraloría General de la República.

Las normas reglamentarias sobre reclamación administrativa están contempladas en el Capítulo II reglamento LCP, que en su Párrafo 3, sobre Canal de denuncia reservada, contempla normas sobre:

- a) Administración (artículo 18).
- b) Contenido de la denuncia (artículo 19).
- c) Reserva de la denuncia (artículo 20).
- d) Revisión de la denuncia (artículo 21).
- e) De los otros mecanismos de denuncia (artículo 22).

Por su parte, el Párrafo 4 contiene reglas sobre la Plataforma de reclamos en procesos de contratación administrativa:

- a) Administración (artículo 23).
- b) Procedimiento del reclamo (artículo 24).
- c) Remisión de los reclamos (artículo 25).

5.36. Fiscalización administrativa (nuevo artículo 30 *ter* LCP)

El artículo 30 *ter* LCP señala que:

En el caso que a partir de una denuncia reservada o del monitoreo de procesos de compra, en el ejercicio de sus funciones establecidas en las letras p), r) y s) del artículo 30, la Dirección de Compras y Contratación Pública determine que existen indicios de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias por infracción de las normas de la presente ley durante un procedimiento de contratación administrativa, ya sea por los organismos de la Administración del Estado o por

los demás organismos del Estado que utilicen dicho sistema, deberá oficiar al respectivo organismo para que en el plazo de cinco días hábiles contado desde la recepción del oficio informe sobre las medidas que adoptará para subsanar los vicios existentes en el procedimiento de contratación, si es que los hubiere.

Vencido el plazo señalado en el inciso anterior sin que se haya obtenido respuesta del organismo requerido o si a juicio de la Dirección de Compras y Contratación Pública la infracción de alguna de las normas señaladas en dicho inciso no se hubiere subsanado, oficiará en el plazo de cinco días a la Contraloría General de la República para que, en el marco de sus competencias, realice las acciones que en derecho correspondan.

Asimismo, si las irregularidades observadas tratan de acciones u omisiones que pueden ser constitutivos de delitos o infracciones a la libre competencia, la Dirección de Compras y Contratación Pública remitirá en el plazo de tres días hábiles los antecedentes al Ministerio Público o a la Fiscalía Nacional Económica, según corresponda.

5.37. Nuevas reglas para el Tribunal de Contratación Pública

El Tribunal de Contratación Pública contempla en la ley reformada una nueva definición (art. 22 LCP):

Créase un tribunal, denominado “Tribunal de Contratación Pública”, que tendrá su asiento en Santiago.

El Tribunal de Contratación Pública es un órgano jurisdiccional especial, que fallará conforme a derecho y estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, de conformidad con lo que establece el artículo 82 de la Constitución Política de la República.

Asimismo, respecto de este tribunal se establecen una serie de reglas nuevas, a saber:

- a) Nueva integración (art. 22 *bis* LCP).
- b) Nueva duración (artículo 22 *ter* LCP).
- c) Nuevo funcionamiento (artículo 22 *septies* LCP).
- d) Nueva competencia (artículo 24 LCP).

5.38. Disposiciones transitorias:

En la LCP, hay disposiciones transitorias relativas los plazos de entrada en vigencia de la misma (artículo primero transitorio). En tal medida, se establece la regla general según la cual las normas de la presente ley entrarán en vigencia 1 año después de su publicación en el Diario Oficial. Sin embargo, hay excepciones, pues algunas normas entrarán a regir:

- a) Desde el momento de la publicación: normas del Capítulo VII, sobre probidad y transparencia de la ley 19.886.
- b) 18 meses después de la publicación: numerales 4, 5 y 6 del literal d) del artículo 7° del artículo primero, sobre Contratos para la Innovación, Diálogo Competitivo de Innovación y Subasta Inversa Electrónica.
- c) Dos años después de la publicación (artículo sexto transitorio): normas del capítulo VII de la ley 19.886, sobre probidad y transparencia, respecto de los contratos de ejecución y concesión de obras de los Ministerios de Obras Públicas y de Vivienda y Urbanismo. Respecto a las modificaciones reglamentarias, éstos deberán dictarse en un plazo de:
 - i. Reglamentos y bases generales sobre contratos de ejecución de obra pública: un año desde la publicación de la ley.
 - ii. Reglamento relativo a concesión de obras públicas: dos años desde la publicación de la ley.
- d) Plazo para la dictación de los reglamentos de la Ley: 180 días siguientes a su publicación.

En relación con lo anterior, se establecen las siguientes reglas:

- a) Ultraactividad de normas procesales en causas ya iniciadas en el Tribunal de Contratación Pública (artículo primero transitorio, inciso penúltimo, artículo cuarto transitorio y artículo octavo transitorio).
- b) Continuidad de permanencia en el Sistema de Información y Convenios Marcos signados con anterioridad (artículo quinto transitorio).
- c) Continuidad de permanencia de los jueces actuales y futuros auto acordados del Tribunal de Contratación Pública (artículo séptimo transitorio).

En un plazo de seis meses desde la publicación de la LCP, el Tribunal de Contratación Pública deberá dictar las normas necesarias para su adecuado funcionamiento administrativo interno a las que se refiere el artículo 22 *septies* de la Ley N°19.886, contenido en el número 32 del artículo primero. Mientras ello no ocurra, rigiendo las que se encuentren vigentes al momento de publicación de esta ley (artículo décimo transitorio).

En cuanto al reglamento LCP, este tendrá vigencia inmediata desde su publicación en el Diario Oficial, a excepción de las disposiciones sobre calificación del Proveedor (18 meses post-publicación) las disposiciones sobre categorías de Proveedores (12 meses post-publicación); y las disposiciones sobre Subasta Inversa Electrónica, Contratos para la Innovación y Diálogo Competitivo de Innovación (18 meses pospublicación).

Correrá un plazo de 45 días corridos desde su publicación para que los proveedores ya inscritos en el Registro respectivo actualicen las declaraciones juradas necesarias para inscribirse en este.

Por lo demás, la DCCP tiene el deber, desde la publicación del Reglamento, de impartir las instrucciones/orientaciones necesarias “para que los sujetos obligados ajusten su operativa en materia de suministro de bienes y servicios a lo establecido en la Ley de Compras y en el presente reglamento” (y estos, de ajustarlas).

Finalmente, el artículo quinto transitorio especifica que “Los contratos administrativos y los procedimientos de contratación cuya aprobación de Bases o términos de referencia haya ocurrido con anterioridad al 12 de diciembre de 2024, se registrarán por la normativa que estaba en vigor al momento de su aprobación”.

6. CONCLUSIONES

De la relación esquemática de la Ley de Contratación Pública y su reglamento, hemos pretendido efectuar una sucinta ordenación temático-normativa de la contratación pública en sus fuentes formales positivas actualmente vigentes.

La reforma legal (Ley 21.634) es profunda y extensa, reformulando en sus bases el estatuto legal establecido en 2003: se pasa del trámite del contrato administrativo al contrato público, expandiendo su ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, reformulando los sistemas y roles institucionales

tanto de la Contraloría General de la República como de la DCCP y, asimismo, modificando la integración, funcionamiento y competencia del Tribunal de Contratación Pública.

Cabe señalar que se abren dudas muy importantes —incluso de constitucionalidad— respecto de la transición del derecho sustantivo de la contratación administrativa —iniciada con antelación el 12 de diciembre de 2024— y del derecho adjetivo del enjuiciamiento de los contenciosos de contratación, a través de la subsistencia o ultraactividad de la Ley 19.886 antes de su modificación.

La nueva Ley de Contratación Pública, como preferimos denominar a la legislación reformada, es un cambio sistemático y desafiante tanto para las instituciones del Estado como para los cultores del derecho público y administrativo.

7. BIBLIOGRAFÍA

Ariño Ortiz, Gaspar (2007), El enigma del contrato administrativo, *Revista de Administración Pública*, N°172, 2007, pp. 79-102.

Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.) (2007), *Contratos administrativos* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).

Lara Arroyo, José Luis y Luna Bravo, María José (2024), Nueva Ley de Compras Públicas. *Análisis de cambios introducidos por la Ley N° 21.34* (Santiago, DER Ediciones).

Lazo Vitoria, Ximena, Obando Camino, Iván (edit.) y Castro Fuentes, Camila (coord.) (2024), *Nueva Ley de Compras Públicas. Estudio sistemático y práctica de la reforma a la Ley N°19.886* (Santiago, Editorial Thomson Reuters).

Moraga Klenner, Claudio (2019), *Contratación administrativa* (Santiago, Thomson Reuters, segunda

CONTRATACIÓN PÚBLICA ESTRATÉGICA EN LA REFORMA DE LA LEY DE COMPRAS PÚBLICAS EN CHILE

STRATEGIC PUBLIC PROCUREMENT IN THE REFORM OF THE PUBLIC PROCUREMENT LAW IN CHILE

TRINIDAD INOSTROZA CASTRO¹

Resumen: La modificación de la Ley de Compra, mediante la Ley 21.634, entre unos de sus aspectos más relevantes, reconoce a la contratación pública como una herramienta estratégica para promover objetivos de política pública, que van más allá de la resolución de una necesidad en particular. La sustentabilidad económica, social y ambiental, la promoción de la participación en las compras públicas de las empresas de menor tamaño, los proveedores locales, las mujeres, los grupos subrepresentados en la economía nacional, las empresas de la economía social y la inclusión de la economía circular cobran fuerza legal con la reforma del sistema de compras público chileno.

Palabras clave: Compras públicas estratégicas, sustentabilidad, economía circular, igualdad de género, economía social, Ley de Compras Públicas.

Abstract: The modification of the procurement law, through Law 21.634, among its most relevant aspects, recognizes public procurement as a strategic tool to promote public policy objectives, beyond the resolution of a particular need. Economic, social and environmental sustainability, the promotion of participation in public procurement by smaller companies, local suppliers, women, groups underrepresented in the national economy, social economy companies and the inclusion of the circular economy, gain legal force with the reform of the Chilean public procurement system.

Key words: Strategic public procurement, sustainability, circular economy, gender equality, social economy, public procurement law.

1 Abogada y Magister LLM mención Derecho Constitucional Pontificia Universidad Católica de Chile, con diplomados en Gestión de Empresas en la misma Universidad y de Gerencia Pública en la Universidad de Chile. Presidenta del Consejo Asesor Permanente para la Modernización del Estado, Exdirectora de ChileCompra, dicta clases en varias universidades.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 21.634, que modifica la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante, la “nueva Ley”), introduce importantes cambios al régimen de contratación de bienes y servicios por parte de las entidades públicas. Publicada en diciembre de 2023, tiene por objetivo abordar las debilidades identificadas por distintos actores y expertos nacionales e internacionales en sus 20 años de vigencia, entre ellos: (i) la necesidad de mejorar los estándares de probidad y transparencia del sistema, ampliando su cobertura a entidades públicas que antes no usaban el sistema; ii) la baja eficiencia y efectividad en el uso de los recursos públicos; (iii) la menor participación en compras públicas de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPymes) los proveedores locales y las de propiedad de mujeres; y (iv) la regulación de la innovación y sustentabilidad y la economía circular.

Con la modificación, se consagra legalmente la visión de que la contratación pública, como una herramienta estratégica al servicio de objetivos estatales (que van más allá de la resolución de una necesidad particular de compra), entiende el funcionamiento del mercado público con una mirada más global.

En efecto, hay una serie de nuevas disposiciones que le dan contenido a esta nueva mirada, que ya había comenzado a incorporarse en el reglamento de la Ley 19.886, en adelante Ley de Compras², a través de sus diversas modificaciones y con la emisión de directivas³ por parte de la Dirección de Compras y Contratación Pública, en adelante DCCP o ChileCompra.

Dado el gran volumen de recursos públicos que se transan en compras y contrataciones, los países han ido incorporando nuevos objetivos a alcanzar, los que van en línea con la tendencia que ha sido recogida por los países integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico: OCDE.

Según el último reporte de Government at a Glance 2023⁴ el gasto en contratación pública como porcentaje del PIB aumentó significativamente en la última década todos los países de la OCDE, pasando del 11,8% del PIB

2 Decreto 250 que aprueba Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios, septiembre 24, 2004, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

3 Orientaciones emitidas por la DCCP.

4 OECD (2023), Government at a Glance 2023, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/3d5c5d31-en>.

en 2007 al 12,9% del PIB en 2021 y en los países de la OCDE-UE, aumentó del 13,7% del PIB en 2019 al 14,8% en 2021.

2. ANTECEDENTES

a. Nacionales

En Chile, desde el año 2009, se incorpora la noción de “compras sustentables” con el propósito de impulsar, en un primer momento, la sustentabilidad ambiental en las compras públicas.

En el año 2011 se desarrolló un portal para promover, en las entidades estatales, las compras públicas sustentables⁵ y se comenzó a trabajar con el apoyo del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA, una propuesta de política.

Para reconocer y estimular las mejores prácticas en el Estado, en el año 2012 la Dirección de Compras y Contratación Pública DCCP (ChileCompra), entregó el Premio Experiencias Sustentables en Compras Públicas y recibieron la distinción, la Defensoría Penal Pública, el Instituto de Seguridad Laboral y el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

En el año 2015, se efectuaron importantes modificaciones al reglamento de la Ley 19.886, D.S (H) N°250 de 2004, mediante el Decreto Supremo de Hacienda 1.410⁶, dichos cambios estuvieron dirigidos a fortalecer la probidad en las compras públicas, reducir barreras de acceso para las MiPymes e incorporar medidas de sustentabilidad, entre otros. Entre las medidas prosostenibilidad, cabe mencionar la inclusión de las siguientes:

- Trato directo inclusivo, para compras inferiores a 10 UTM, que privilegien materias de alto impacto social, tales como aquellas relacionadas con el desarrollo inclusivo, el impulso a las empresas de menor tamaño, la descentralización y el desarrollo local, así como aquellas que privilegien la protección del medio ambiente, la contratación de personas en situación

5 <https://www.chilecompra.cl/2011/03/chilecompra-lanza-nuevo-sitio-de-compras-sustentables/>

6 Modifica Decreto Supremo N°250, De 2004, que aprueba Reglamento de la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, mayo 12, 2015, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

de discapacidad o de vulnerabilidad social, contemplado en el artículo 10 N°7 letra n) del reglamento de la Ley de Compras.

- Nuevos criterios y ponderaciones de evaluación que se pueden incorporar en las bases de licitación, artículo 23 N°3 del reglamento, derivados de materias de alto impacto social, relacionados con el cumplimiento de normas que privilegien el medioambiente, con la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social y con otras materias relacionadas con el desarrollo inclusivo; así como con el impulso a las empresas de menor tamaño y con la descentralización y el desarrollo local. Estos puntajes o ponderaciones no podrán, en caso alguno, ser los únicos que se consideren para determinar la adjudicación de la oferta más conveniente.

Además, la DCCP para orientar a las instituciones públicas en la incorporación de criterios de sustentabilidad, en el año 2016 emitió la Directiva N°25 “Recomendaciones para la contratación de bienes y servicios incorporando criterios ambientales y de eficiencia energética”, que fue elaborada conjuntamente con el Ministerio de Medio Ambiente y con el apoyo del Ministerio de Energía, el Consejo para la Producción Limpia, y del Consejo de la Sociedad Civil de ChileCompra, y que recomienda realizar un análisis previo a efectuar la compra a fin de determinar si los vehículos, lámparas, papel y productos de calefacción a adquirir cumplen con criterios de sustentabilidad, observando principios de ahorro, eficacia y eficiencia. Además, se incorporaron consideraciones de sustentabilidad ambiental en las bases de los Convenios Marco elaborado durante el año⁷.

En materia de inclusión, durante el 2016 se implementó el Sello Mujer en la Tienda ChileCompra Express, una identificación explícita para las mujeres proveedoras y para las empresas lideradas por mujeres, con más del 50% de la propiedad de una o más mujeres. Esto permite al comprador visualizar fácilmente a estas proveedoras y así acceder a ellas, facilitando, de este modo, la materialización de las recomendaciones contenidas en la Directiva N°20 de enfoque de género, emitida en noviembre de 2015.

Las Directivas emitidas por la Dirección ChileCompra que contienen recomendaciones en materias de inclusión, sustentabilidad e innovación, son las siguientes:

7 Balance de Gestión Integral, Dirección de Compras y Contratación Pública, 2017.

- Directiva N°13⁸. Instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público chileno.
- Directiva N°17⁹. Igualdad de oportunidades en el Mercado Público.
- Directiva N°20¹⁰. Enfoque de Género.
- Directiva N°25¹¹. Criterios ambientales.
- Directiva N°33¹² Recomendaciones para incorporar prácticas y herramientas de innovación en un proceso de compra pública.

b. Internacionales

La contratación pública, involucra montos muy importantes de recursos públicos, según un estudio de la Open Contracting Partnership, se estima que representa un mercado de 13 billones de dólares al año¹³, por lo que, por su gran tamaño, juega un rol relevante en la economía de los países, en la gestión pública y puede impactar positivamente en objetivos estratégicos y de política pública que se propongan los Estados .

Esta relevancia se explica en palabras del economista y jefe del Banco Mundial Indermit Gill, quien sostiene que:

Las adquisiciones gubernamentales deben ser algo más que un proceso de transacciones que ayuda a aumentar la eficiencia del gasto y a liberar espacio fiscal. Deben ser una herramienta estratégica para el cambio socioeconómico que utilice las decisiones de contratación pública y la tecnología de manera más estratégica, yendo más allá de las consideraciones de eficiencia económica y la contabilidad para respaldar objetivos de política más generales, como la gestión ambiental, el desarrollo económico resiliente e inclusivo, y la protección social¹⁴.

8 <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n13.pdf>

9 <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2022/04/Directiva-de-Contratacion-Publica-17.pdf>

10 <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2022/04/Directiva-de-Contratacion-Publica-17.pdf>

11 <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n25.pdf>

12 <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2018/08/20180614-DIRECTIVA-CPI.pdf>.

13 How governments spend: Opening up the value of global public procurement Open Contracting Partnership and Spend Network, 2020.

14 Una oportunidad oculta de usd 1billon detener el-despilfarro en la contratación pública, Banco Mundial, 2020.

Incluso hace un llamado a crear una alianza mundial para promover el uso estratégico de la contratación pública como una herramienta fundamental de desarrollo y planificación económica.

La Unión Europea, por su parte, a través de las directivas de contratación pública del año 2014 dotó de fuerza a esta visión estratégica.

Las principales directivas en esta área son:

- Directiva 2014/23/UE: relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE: sobre contratación pública, que deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/25/UE: relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Estas directivas incorporan en los contratos públicos consideraciones sociales, ambientales, técnicas y económicas¹⁵.

Para la OCDE¹⁶, la contratación pública es un instrumento estratégico que permite alcanzar objetivos de las políticas gubernamentales, como el fomento de la innovación, la promoción de la contratación pública ecológica y la economía circular, el apoyo al acceso de las pequeñas y medianas empresas (PYME) a los contratos públicos, o la promoción de la Conducta Empresarial Responsable (RBC) en las cadenas de suministro mundiales. Este uso estratégico apoya a los gobiernos a cumplir su misión de manera oportuna, económica y eficiente, haciendo que las economías sean más productivas y aumentando la confianza en las instituciones públicas. El gran poder de compra gubernamental, además:

permite promover una producción y un consumo más responsables de bienes y servicios, promueve el crecimiento sostenible, garantiza una buena relación calidad-precio y ayuda a los gobiernos a cumplir los compromisos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, en particular el objetivo 12 sobre Consumo y Producción Responsable¹⁷.

15 Observatorio de Contratación Pública, 28 febrero 2022, <https://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-organizacion-de-la-contratacion-publica-estrategica>.

16 OECD (2020), Integrating Responsible Business Conduct in Public Procurement, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/02682b01-en>.

17 OECD (2020) *ibidem*.

En España, para el profesor Gimeno Feliú¹⁸ la contratación pública se ha caracterizado por una visión burocrática de la compra pública, diseñada desde una perspectiva hacendística y con escasa prospectiva. También sostiene que, con el marco normativo europeo y español, esa visión ha evolucionado hacia la idea la contratación pública como “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”.

2. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA COMPRA PÚBLICA ESTRATÉGICA

El 29 de marzo de 2021, se ingresó a la Cámara de Diputados el Mensaje de S.E., el Presidente de la República Sebastián Piñera, un Proyecto de Ley de modernización la Ley 19.886 y otras “Leyes, 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”¹⁹, al cual se le asignó el N° de Boletín 14137-05.

El proyecto de ley tuvo una rápida tramitación en la Cámara de Diputados, y el 22 de junio de 2021 pasó a segundo trámite constitucional para su revisión por parte de la Comisión de Economía del Senado; en esta instancia el proyecto fue analizado y revisado hasta el 29 de mayo de 2023 y se efectuó un arduo trabajo, que incluyó la modificación de un número significativo de artículos del proyecto original y la eliminación de otros tantos. Se escuchó a expertos, académicos, a la Contraloría General de la República, la Fiscalía Nacional Económica, asociación de funcionarios y a representantes gremiales de las empresas de menor tamaño, lo que generó un espacio de trabajo entre el ejecutivo y asesores de los senadores y senadoras, fruto de lo cual se presentaron cinco paquetes de indicaciones.

Como experta y ex directora de la DCCP, tuve la oportunidad de presentar en dos oportunidades ante la Comisión de Economía del Senado²⁰ y hacer presente las observaciones al proyecto en trámite, así como propuestas de

18 Gimeno Feliu, José María La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad Economía industrial 415 (2020), 89-97.

19 Historia de la Ley N° 21.634, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, (BCN,2023) <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8245/>

20 BCN, 2023, Ibid.

mejora, entre las cuales estaban la de fortalecer la transparencia, la probidad, la institucionalidad de la DCCP para asumir los nuevos desafíos asignados y la necesidad de reconocer la importancia estratégica de la compra pública, dado su gran poder de compra e impacto en la economía nacional.

El proyecto de ley fue finalmente aprobado en tercer trámite constitucional, dado los cambios sustantivos introducidos en el segundo trámite. La ley 21.634, fue promulgada por S.E, el Presidente de la República Gabriel Boric, el 28 de noviembre de 2023 y publicado en el Diario Oficial, el 11 de diciembre de 2023. Se establece una vigencia diferida²¹ para los distintos capítulos de la ley, sin embargo, la mayoría de sus disposiciones comienzan a regir un año después de la publicación, esto es, el 12 de diciembre de 2024.

Cabe indicar que el Mensaje del Ejecutivo no efectuaba un reconocimiento explícito de los elementos o diversos componentes de la compra pública estratégica. En la redacción original del artículo 6º, se agregaba como aspecto a considerar en las bases de licitación, “el ciclo completo de vida del bien y la sustentabilidad ambiental”²², con lo que se acotaba el triple sentido de la sustentabilidad, no mencionando ni la sustentabilidad social ni la económica. El proyecto en su origen si reconocía la promoción de las empresas de menor tamaño, asignando a la Dirección de Compras y Contratación Pública como una de sus funciones importantes, el promover la participación de las PYMES, incluyendo la economía circular en las compras públicas y los contratos para la innovación.

Un hito importante en la tramitación del proyecto de ley fue la adición del artículo 2 *bis* de la Ley 21.634, en el que tuve la oportunidad de colaborar en su redacción, esta disposición precisa los objetivos, identifica los principios y releva la importancia estratégica de la contratación pública, reflejando ese cambio de mirada, como lo sostenía el profesor Gimeno Feliú²³:

Artículo 2 *bis*. - La contratación pública persigue satisfacer oportunamente las necesidades de las instituciones públicas y de la ciudadanía. Se rige por los

21 Según lo establecido en el artículo primero transitorio de la ley 21.634, comenzaron a regir de manera inmediata las modificaciones en materia de probidad del Capítulo VII, las normas sobre economía circular, subasta inversa electrónica, diálogos competitivos y contratos para la innovación entran en vigencia a los 18 meses desde la publicación, y la incorporación de las licitaciones del Ministerio de Obras Públicas y del Ministerio de Vivienda y Urbanismo a los 24 meses desde la publicación, aun cuando desde hace años vienen usando el sistema electrónico de compras públicas de manera voluntaria.

22 BCN, 2023, *Ibid*.

23 Gimeno Feliú, 2020, *op. cit*.

principios de libre acceso a las licitaciones, de competencia, de publicidad y transparencia de los procedimientos, de igualdad de trato y no discriminación, de probidad, y de valor por dinero. Este último consiste en la eficiencia, eficacia y economía en el uso de los recursos públicos y en la gestión de las contrataciones, y la mejor relación costo beneficio en las adquisiciones. Asimismo, se promoverá la participación de empresas de menor tamaño y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental.

3. USOS ESTRATÉGICOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA RECOGIDOS EN LA LEY 21.634

a. Promoción de la participación de empresas de menor tamaño

La Ley 21.634 incorpora un nuevo capítulo IX a la Ley de Compras, titulado “De la promoción de la participación de las empresas de menor tamaño y las cooperativas en el Sistema de Compras Públicas”.

El fomento de las empresas de menor tamaño y de las cooperativas en el nuevo texto se expresa en las siguientes modificaciones:

- Se asigna a la Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP), como una de sus nuevas funciones, promover la participación de las empresas de menor tamaño en los procesos de contratación pública, en coordinación con el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (art. 47 Ley de Compras).
- Los organismos del Estado también deberán promover la participación de las empresas de menor tamaño en los procesos de contratación pública (art. 47 Ley de Compras). Esta nueva obligación de las entidades públicas, sin duda requerirá de mayor detalle y apoyo para su implementación por parte de la DCCP. Sin embargo, se estima que uno de los aspectos que las entidades deberán verificar es no poner barreras en sus procesos de contratación, que dificulten la participación de las empresas de menor tamaño.
- Unión temporal de proveedores: la Unión Temporal de Proveedores es un conjunto de empresas de menor tamaño, sea que se trate de personas naturales o jurídicas, que se unen para la presentación de una oferta en caso de licitaciones o Convenio Marco, o para la suscripción de un

contrato, en caso de una contratación directa, sin que sea necesario constituir una sociedad (art. 51 Ley de Compras).

- Compra ágil: de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1, literal d) del artículo 7 de la Ley de Compras, el procedimiento de Compra Ágil se realizará con empresas de menor tamaño y proveedores locales. Sólo en el caso de que el respectivo organismo que solicitó el envío de cotizaciones, no hubiese recibido cotización alguna correspondiente a una empresa de menor tamaño o proveedor local, se podrá seleccionar por ese mismo medio a un proveedor que no cumpla con aquellas características (art. 56 Ley de Compras).
- Excepcionalmente y por resolución fundada, la Dirección de Compras y Contratación Pública podrá establecer Convenios Marco por un monto inferior a las 100 UTM, considerando la participación de empresas de menor tamaño en el rubro respectivo (art. 57 Ley de Compras).
- Criterios y requisitos en los Convenios Marco no podrán implicar una discriminación arbitraria en contra de las empresas de menor tamaño (art. 57 Ley de Compras).
- Contratación directa con publicidad a empresas de menor tamaño por montos inferiores a 30 UTM, y a valores de mercado, considerando las especiales características que la motivan, que deberán constar en la resolución que la autorice (art. 60 Ley de Compras).

b. Compras sustentables

En el nuevo artículo 2 *bis* de la Ley de Compras, ya citado, se incluyó expresamente la sustentabilidad: “Asimismo, se promoverá la participación de empresas de menor tamaño y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental”.

El concepto de desarrollo sustentable lo encontramos recogido normativamente en la Ley 19.300 sobre Bases Generales Del Medio Ambiente, en su artículo 2, que dispone que:

Para todos los efectos legales, se entenderá por:

- g) Desarrollo Sustentable: el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de

conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras.

Por su parte en la Directiva N°13 “Instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público chileno”, la DCCP, explica que por “contratación sustentable debe entenderse los procesos de contratación pública de bienes muebles y servicios regidos por la Ley 19.886 y su reglamento, en los que se busca un adecuado equilibrio entre los aspectos sociales, económicos y ambientales de las contrataciones que realicen las instituciones del Estado”²⁴.

En este contexto las entidades públicas, en el proceso de identificación de necesidades, definición de bases de licitación o términos de referencia (tratándose de tratos directos), selección de ofertas y ejecución contractual, deben buscar el adecuado equilibrio social, económico y ambiental entre los distintos factores o componentes de los productos o servicios que se contratan.

Las compras sustentables integran, en su elección de bienes o servicios, alguna de las siguientes consideraciones:

- Consideraciones económicas: precio, calidad, funcionalidad, costo por uso, garantías y su vida útil, entre otras.
- Consideraciones hacia el medio ambiente (“compras verdes”): los efectos que el producto y/o servicio producen hacia el medio ambiente durante todo su ciclo de vida completo incluyendo la disposición de los desechos.
- Consideraciones sociales: contribución al desarrollo económico, condiciones laborales, no discriminación por raza o género, contratación de personas en situación de discapacidad, contratación de proveedores locales e inclusión de grupos subrepresentados en la economía nacional, entre otros.

Con la nueva normativa de compras públicas, la sustentabilidad en su triple dimensión, económica, social y ambiental, cobra fuerza, dado que se la eleva a rango de principio de las compras y contrataciones públicas y se lo menciona en varios de sus artículos, además de la mención en el artículo 2 *bis*, ya citado.

En efecto, la Ley 21.634, incorpora la sustentabilidad en varias disposiciones de la Ley de Compras:

24 Resolución 462B de 23 de mayo 2011, que aprueba Directiva de Contratación Pública N° 13 Instrucciones para realizar contrataciones sustentables en el mercado público chileno.

- En el inciso final del artículo 6 de la Ley de Compras, al disponer que “En todo caso, los organismos del Estado deberán propender a la probidad, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, sustentabilidad y ahorro en sus contrataciones”.
- En la letra d) del artículo 7 de la Ley de Compras, referido a los procedimientos especiales de contratación, en el que se señala: “Estos procedimientos persiguen objetivos particulares, como son la promoción de las empresas de menor tamaño y proveedores locales, los de probidad, eficacia, eficiencia, innovación, ahorro, competencia, sustentabilidad y acceso”.
- En la misma letra d) del señalado artículo 7, en su numeral 7 referido a los “Otros procedimientos especiales de contratación”, por una parte se definen y por otra se señala la tramitación que se debe seguir para incluir estos procedimientos en el reglamento de la Ley de Compras, al indicar que, los “procedimientos especiales de contratación deberán siempre regirse por los principios de transparencia, eficiencia, sustentabilidad, libre acceso, igualdad de los oferentes, competitividad y respeto a las demás normas establecidas en esta ley, así como promover la participación de las empresas de menor tamaño y proveedores locales”.
- En el artículo 12 de la Ley de Compras, inciso segundo, sobre el Plan Anual de Compras y Contrataciones, que deben elaborar las entidades públicas, se dispone que se deben considerar “criterios de sustentabilidad y eficiencia en el uso de recursos públicos”. Además, en el inciso final de dicho artículo, se establece que en el caso de la adquisición de un bien o servicio no contemplado en dicho Plan Anual de Compras, se deberá justificar en el acto administrativo que autoriza la contratación, “los motivos por los que contratará fuera de dicho plan y se tendrá en consideración criterios de sustentabilidad y eficiencia en el uso de los recursos públicos”.
- En el artículo 30 de la Ley de Compras, que regula las funciones de la DCCP, la modificación de esta ley fortalece la institucionalidad y agrega varias nuevas atribuciones, de las cuáles, en dos de ellas, se menciona expresamente el fomento de la sustentabilidad:
 - En la función, contenida en la letra i), referida a proponer “al Ministerio de Hacienda políticas públicas sobre las compras y contrataciones regidas por esta ley, que promuevan la eficiencia, la

- transparencia, la probidad, la competitividad, la sustentabilidad y buenas prácticas en ellas”.
- Y en el nuevo rol contemplado en la letra j), que le permite impartir instrucciones de general aplicación a las entidades públicas regidas por la Ley de Compras, se dispone que tales instrucciones estarán dirigidas “a fortalecer la probidad, la transparencia, la eficiencia, la sustentabilidad y la competitividad en los procesos de contratación pública”.
 - Una de las importantes innovaciones que introduce la modificación de la Ley de Compras es la incorporación de un nuevo capítulo VIII, titulado “Comité de Compras Públicas de Innovación y Sustentabilidad”, que crea, en el artículo 40, el cual estará integrado por los Subsecretarios o las Subsecretarías de Hacienda, que lo presidirá, de Economía y Empresas de Menor Tamaño, de Medio Ambiente y de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación y por cuatro expertos. Sus funciones serán asesorar al Estado y a la DCCP en las compras públicas de innovación, sobre procesos de investigación y desarrollo, así como en la determinación de aquellas necesidades públicas que podrían ser satisfechas a través de bienes o servicios que incorporen innovación o criterios de sustentabilidad, así como también evaluar, entre otras materias, la incorporación de sustentabilidad en los bienes y servicios que adquirió el Estado, y el funcionamiento de la Ley sobre la economía circular, lo que quedará contenido en un informe que deberá elaborar anualmente.
 - En el nuevo capítulo IX “De la promoción de la participación de las empresas de menor tamaño y las cooperativas en el Sistema de Compras Públicas”, se agrega el artículo 60, que faculta contratar de manera directa con publicidad, tratándose de “adquisiciones inferiores a 30 unidades tributarias mensuales, y que privilegien materias de alto impacto social, tales como el impulso a las empresas de menor tamaño, incluidas aquellas lideradas por mujeres, los proveedores locales, la descentralización y la sustentabilidad ambiental”. Esta norma recoge la causal originalmente regulada en el artículo 10 N°7 letra n) del reglamento de la Ley de Compras²⁵, conocido como trato directo inclusivo.

25 Causal que fue incorporada al reglamento de la ley de compras mediante el D.S (H)1410 D.O. 12.05.2015.

La modificación de la Ley de Compras releva la dimensión social de la contratación pública sustentable, lo que se expresa en la incorporación de la perspectiva de género, la inclusión de grupos subrepresentados en la economía nacional y de proveedores locales.

B.1. GÉNERO EN COMPRAS PÚBLICAS

Si bien, como ya se ha señalado, las compras públicas representan un porcentaje importante del PIB de los países, las empresas lideradas por mujeres están subrepresentadas en la adjudicación de las compras públicas. Se estima que menos del uno por ciento de los 10 billones de dólares que se gastan anualmente en la contratación pública mundial se adjudica a empresas de propiedad de mujeres²⁶.

La baja participación de las empresas de propiedad femenina en los contratos públicos se explica por ciertas barreras, como la dificultad para acceder a financiamiento, brechas digitales, escasa experiencia con el sector público, y desconocimiento de las exigencias para participar en los negocios estatales²⁷.

Fomentar la participación mujeres y de empresas de propiedad o dirigidas por mujeres en los mercados públicos puede ayudar al empoderamiento económico femenino y al crecimiento de los países. Según un estudio del Ministerio de Economía²⁸ se estimó que el PIB nacional se incrementaría, en promedio, en un 0,65% si se incorporasen 100.000 mujeres al mercado laboral, además de aumentar la competencia, por la sumatoria de nuevas empresas, contribuye a alcanzar el mejor valor por el dinero público .

En el marco de un programa desarrollado por la DCCP para fomentar la participación de las mujeres en las compras públicas, se efectuó un estudio diagnóstico por parte de Comunidad Mujer en el año 2015 y se demostró la gran brecha que existe entre las proveedoras usuarias del sistema del mercado público chileno; en el caso de los proveedores que son personas naturales, se observó que un tercio eran mujeres que registraban una participación menos intensa y exitosa con relación a los hombres, representando sólo el 36% dentro del universo total las personas naturales que habían hecho transacciones a través del sistema de compras electrónico administrado

26 Harper et al., 2020, <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/participacion-de-las-mujeres-contratacion-publica/>

27 Orjuela et al., 2018.

28 Berlien, K., et al., 2016.

por la DCCP, y al revisar los montos adjudicados, esta participación bajaba al 26%²⁹ (Comunidad Mujer, 2019).

A partir de dicho diagnóstico se ejecutó un plan de acción entre los años 2014 al 2018 por la DCCP, con el apoyo técnico de Comunidad Mujer y financiado por el Fondo Multilateral de Inversiones (FOMIN) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), que tuvo por objetivo aumentar las oportunidades de negocio en el mercado público de las empresas propiedad de mujeres y potenciar las habilidades y competencias de las proveedoras para aumentar los montos transados.

El plan contempló las siguientes medidas:

- Se modificó el reglamento de la Ley de Compras públicas, mediante el Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda, N°1410 de 2014, para incluir como contenido opcional de las base de licitación, criterios de evaluación de impacto social relacionados con el desarrollo inclusivo en los procesos de compra, como son aquellas que permiten la participación activa de las mujeres en las contrataciones públicas, en el artículo 23 numeral 3 y se incorporó una nueva causal de trato directo inclusivo para compras inferiores a las 10 UTM, en la letra n) del artículo 10 N°7 del reglamento de la Ley de Compras.
- Se emitió por parte de la DCCP, la directiva de contratación pública N°20, que recomienda, de manera detallada, mecanismos para aplicar los criterios con enfoque de género, tanto en los procesos de licitación, como en las contrataciones directas de bajo monto, 10 UTM, como también, sugiere aplicar el componente de género para resolver desempates ante igualdad de puntajes.
- Se creó el Sello Mujer Empresa Mujer, que permite identificar a las empresas lideradas por mujeres o con más del 50% de la propiedad de una o más mujeres. Dado que el sistema es electrónico, se facilita la incorporación de este sello que permite distinguir a las empresas de mujeres y complementa la mencionada Directiva N°20.
- Se desarrolló un programa con capacitaciones presenciales y en línea, dirigidas a proveedoras para conocer y aprovechar las oportunidades de negocio del mercado público. Paralelamente, se realizaron capacitaciones

29 Comunidad Mujer, 2019.

a compradores públicos para aplicar correctamente el enfoque de género y las facilidades dispuestas para ello en la plataforma electrónica de compras públicas.

- Se desarrollaron campañas de difusión dirigidas a informar a las mujeres acerca de las oportunidades de negocios en el sistema de compras públicas, para fomentar la inscripción en el sistema y para la obtención del Sello Mujer.

Por este programa, Naciones Unidas reconoció a ChileCompra con el premio United Nations Public Service Awards 2019³⁰, dado que demostró ser una efectiva herramienta para favorecer el empoderamiento económico de las mujeres.

Según información proporcionada por la DCCP³¹, “durante 2023 las empresas lideradas por mujeres alcanzaron ventas en el mercado público por US \$3.255 millones de un total transado que ascendió a US \$16.288 millones y aumentaron en un 38,5% su participación, pasando a ser 33.723 empresas las que enviaron ofertas y recibieron órdenes de compra”, lo que da cuenta de la efectividad de las acciones implementadas.

Como resultado de esta exitosa experiencia pionera a nivel mundial y referente para otros países de América Latina, se consagró legalmente la incorporación de la perspectiva de género en las licitaciones públicas, en el nuevo artículo 6 de la Ley de Compras que dispone que los organismos afectos a la aplicación de la presente ley podrán establecer criterios complementarios a la evaluación técnica y económica “que promuevan la igualdad de género o los liderazgos de mujeres dentro de su estructura organizacional”.

B.2. PARTICIPACIÓN DE GRUPOS SUBREPRESENTADOS

La contratación pública inclusiva, como se sostiene en la Directiva N°17 de la DCCP³² persigue incorporar en el mercado público a aquellos grupos de la población que tienen una menor participación en la economía nacional, y se encuentran en condición de vulnerabilidad, como reafirmación de los

30 La Tercera, 2019.

31 DCCP, 2024.

32 Fue aprobada mediante Resolución Exenta N° 224-B, de 2014, y posteriormente modificada por la Resolución Exenta N° 459-B, de 2021, y por Resolución Exente 0175-B de 2022, todas de la DCCP.

principios de libre acceso, de igualdad de los oferentes y de competitividad que rigen las compras y contrataciones públicas.

Para ello se otorgan condiciones y oportunidades a aquellos oferentes que presentan alguna característica de desventaja, para eliminar o reducir las barreras que por que diversas razones no les permiten estar en una condición de igualdad material frente a quienes que no presentan esa condición y así participar con mayores opciones en un proceso de contratación pública.

Para facilitar la incorporación de grupos diversos y con menor presencia en la economía nacional y facilitar su incorporación en el mercado público, se emitió en el año 2014 la mencionada directiva de contratación pública N°17 que entrega a las entidades públicas “Recomendaciones para realizar contrataciones públicas inclusivas y que promuevan la igualdad de oportunidades en el mercado público”³³.

Se señala en la directiva que los criterios de evaluación que se incorporen en los procesos licitatorios deben estar bien definidos de manera que permitan evaluar aspectos de inclusividad y otorgar puntaje a aquellas empresas que efectivamente cumplan con el criterio.

Como ejemplos de criterios inclusivos a incorporar, se muestran aquellos relativos a personas con discapacidad mental sensorial o física, o bien, jóvenes desempleados o indígenas y minorías étnicas, igualdad de género y mejores condiciones de empleo y remuneración, así como la forma en que se pueden acreditar las condiciones requeridas.

El nuevo inciso final del artículo 6 de la Ley de Compras, incorpora esta mirada inclusiva de las contrataciones públicas, al establecer que “En las licitaciones públicas, los organismos públicos afectos a la aplicación de la presente ley podrán establecer criterios complementarios a la evaluación técnica y económica que impulsen la participación de grupos subrepresentados en la economía nacional, según lo determine el reglamento”.

B.3. CONTRATACIÓN A PROVEEDORES LOCALES

La promoción de la contratación de proveedores locales es una novedad de la modificación de la Ley de Compras, la que fue incorporada durante la

33 Esta fue la primera directiva en incorporar orientaciones sobre inclusividad en las compras regidas por la ley 19.886.

tramitación del proyecto de ley en el segundo trámite constitucional en la Comisión de Economía del Senado. Si bien, ya el reglamento de la Ley de Compras mencionaba la descentralización y el desarrollo local, en el trato directo inclusivo regulado en el artículo 10 N°7 letra m), y en el artículo 23, sobre contenido adicional de las bases de licitación, no se desarrollaba ni se precisaba el concepto.

Ahora, junto con la promoción de la participación de empresas de menor tamaño el nuevo texto legal efectúa una clara opción por estimular la economía local, lo que se manifiesta en el impulso a la participación de proveedores locales, y se expresa en varias disposiciones que se incluyen en la modificación a la Ley de Compras.

Un avance importante es la incorporación de la definición de proveedor local, que se contempla en el artículo 48 de la Ley de Compras, y que precisa que “Serán proveedores locales aquellas empresas de menor tamaño cuyo domicilio principal se encuentre en la misma región donde se entregan los bienes o se prestan los servicios y que cumplan con los demás requisitos y condiciones que establezca el reglamento”.

La forma de acreditar la condición de proveedor local será un desafío regulatorio que el reglamento deberá resolver y que por cierto el Registro de Proveedores del Estado, debiera contribuir a identificar.

A los proveedores locales en la nueva Ley de Compras se les otorgan las siguientes facilidades para participar en las compras y contrataciones públicas:

- Al igual que las empresas de menor tamaño tendrán preferencia para participar en el procedimiento de compra ágil, conforme lo indica el artículo 56 de la Ley de Compras.
- En los Convenios Marco de adjudicación regional, podrán ofertar en las zonas geográficas de su preferencia sin requerir de una presencia nacional y una vez adjudicados, podrán ampliar su oferta a otras zonas del país, según lo que se establezca en las bases de licitación, de conformidad con lo establecido en el artículo 59 de la Ley de Compras.
- Podrán participar de la contratación directa con publicidad, bajo las 30 UTM, de acuerdo a lo expresado en el artículo 60 de la Ley de Compras.
- En las licitaciones efectuadas por las municipalidades, los gobiernos regionales y los organismos públicos territorialmente desconcentrados, de montos inferiores a 500 unidades tributarias mensuales se podrán

establecer criterios de evaluación que otorguen prioridad o preferencia a los proveedores locales correspondientes a la zona geográfica en que se encuentran ubicadas dichas entidades, lo cual se encuentra en el artículo 6o de la Ley de Compras.

Un caso desatacado a mencionar en el reconocimiento de los proveedores locales es el de Colombia que regula ³⁴ la participación de pequeños productores locales agropecuarios y de la agricultura campesina, familiar y comunitaria en los mercados de compras públicas de alimentos, y establece que las entidades públicas que contraten, la adquisición, suministro y entrega de alimentos en cualquiera de sus formas de atención, están obligados a adquirir localmente el 30%³⁵ del presupuesto destinado a la compra de alimentos, a pequeños productores agropecuarios locales o a productores de la Agricultura Campesina, Familiar o Comunitaria locales y sus organizaciones.

B.4. ACCESO DE EMPRESAS DE ECONOMÍA SOCIAL

El 18 de abril de 2023 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución Promoción de la Economía Social y Solidaria para el Desarrollo Sostenible (A/RES/77/281) que fue impulsada por los gobiernos de Chile, Senegal y España con el apoyo del gobierno de Francia.

En esta resolución se define oficialmente a la Economía Social y Solidaria (ESS) y se reconoce su contribución al logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas.

La ESS es una definición compleja que contiene los siguientes elementos:

Engloba a empresas, organizaciones y otras entidades que realizan actividades económicas, sociales y medioambientales de interés colectivo o general, que se basan en los principios de la cooperación voluntaria y la ayuda mutua, la gobernanza democrática o participativa, la autonomía y la independencia, y la primacía de las personas y el fin social sobre el capital en la distribución y el uso de los excedentes o los beneficios, así como de los activos, que las entidades de la economía social y solidaria aspiran a la viabilidad y la sostenibilidad a largo plazo y a la transición de la economía informal a la economía formal, y operan en

34 La Ley 2046 de 2020, por la cual se establecen mecanismos para promover la participación de pequeños productores locales agropecuarios y de la agricultura campesina, familiar y comunitaria en los mercados de compras públicas de alimentos. <https://faolex.fao.org/docs/pdf/col199145.pdf>

35 Decreto 248 de 9 de marzo de 2021, <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=109046>

todos los sectores de la economía, que ponen en práctica un conjunto de valores que son intrínsecos a su funcionamiento acordes con el cuidado de las personas y el planeta, la igualdad y la equidad, la interdependencia, la autogobernanza, la transparencia y la rendición de cuentas, y el logro del trabajo decente y de medios de vida dignos, y que, en función de las circunstancias nacionales, la economía social y solidaria comprende cooperativas, asociaciones, mutuales, fundaciones, empresas sociales, grupos de autoayuda y otras entidades que operan según sus valores y principios.

Para difundir y posicionar políticamente la ESS se creó el Grupo de Trabajo Interinstitucional de las Naciones Unidas sobre la Economía Social y Solidaria (UNTFSSSE)³⁶.

En nuestro país, existe un proyecto de ley que regula las empresas sociales, Boletín N° 10321-03, el que, sin embargo, no ha avanzado desde su presentación en el año 2015 en la Cámara de Diputados. En la moción parlamentaria se reconoce como Empresas Sociales “a las personas jurídicas con fines de lucro en cuyos estatutos sociales pacten como parte de su objeto social el de generar un impacto positivo en la sociedad y el medio ambiente y se encuentren registradas de conformidad a esta ley”³⁷.

En el nuevo inciso noveno del artículo 6 de la Ley de Compras, se reconoce a las empresas de la economía social, como un sector que puede beneficiarse con la incorporación en las contrataciones públicas, al disponer en lo pertinente: “En las licitaciones públicas, los organismos públicos afectos a la aplicación de la presente ley podrán establecer criterios complementarios a la evaluación técnica y económica para impulsar el acceso de empresas de economía social”.

c. Economía circular

La Ley 21.634, en su artículo segundo incorporó un nuevo texto legal, que no modifica la Ley 19.886, pero que sí se aplica a las entidades públicas regidas por ella: “Artículo segundo. - Apruébase la siguiente ley sobre la economía circular en la adquisición de bienes y servicios de los organismos del Estado”.

Esta nueva normativa se compone de tres títulos y 10 artículos, y cuyos principales contenidos se refieren a regular la enajenación de bienes muebles

36 Véase en <https://unsse.org/about/?lang=es>

37 Véase en https://tramitacion.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=10321-03

en desuso en la Administración del Estado, el manejo de residuos, según el principio de jerarquía que establece la Ley 20.920³⁸, la obligación de la DCCP de disponer medios para enajenar los bienes muebles en desuso a través de un catálogo electrónico, la utilización de servicios y medios compartidos en la Administración del Estado y la modificación del Decreto Ley N°1.939, de 1977, del Ministerio de Tierras y Colonización, que establece Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado, para ajustarlo a la ley de economía circular.

Los tres principios de la economía circular, que reconoce la hoja de ruta para un Chile circular al 2040 del Ministerio del Medio Ambiente^{39 y 40} son:

- Eliminar los residuos y la contaminación desde el diseño: se relaciona con la jerarquía en el manejo de residuos, que indica que reducir es mejor que reutilizar, reutilizar es mejor que reciclar, y reciclar es mejor que desechar.
- Mantener productos y materiales en uso: lo ideal es buscar formas de conservar los materiales, la energía, y en general, todos los recursos que se encuentran en los productos y la infraestructura de nuestras economías y en los ecosistemas.
- Regenerar los sistemas naturales: el sistema económico debe buscar, activamente, la regeneración del capital natural y la biodiversidad de los territorios.

La implementación de la economía circular en la compra y contratación de bienes y servicios constituye un desafío importante para los actores involucrados, desde el desarrollo de una plataforma tecnológica para operar, hasta el cambio de procedimientos internos y por sobre todo modificaciones culturales, los que demandarán esfuerzos que probablemente se extenderán más allá, de los 18 meses que el legislador, fijó como plazo de su entrada en vigor.

38 Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje.

39 <https://economiacircular.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2021/07/HOJA-DE-RUTA-PARA-UN-CHILE-CIRCULAR-AL-2040-ES-VERSION-ABREVIADA.pdf>

40 La fundación Ellen MacArthur, líder global en economía circular identificó los tres principios en los que ella se basa, en: <https://www.ellenmacarthurfoundation.org/es/economia-circular/concepto>.

d. Innovación en las compras públicas

La Ley 21.634, abre un nuevo espacio para innovar en el sector público⁴¹, a través de las compras y contrataciones públicas, con la serie de modificaciones que sobre el particular se introducen a la Ley de Compra, a saber:

- Nuevos procedimientos de contratación, como los contratos para la innovación y los diálogos competitivos para la innovación, que se regulan en el artículo 7 letra d) números 4 y 5 respectivamente.
- Creación del Comité de Compras Públicas de Innovación y Sustentabilidad, cuya función principal será asesorar al Estado y a la Dirección de Compras y Contratación Pública en las compras públicas de innovación, (artículos 40 y 41 de la Ley de Compras).
- Elaboración cada dos años, de la Política de Compra Pública de Innovación por parte del Ministerio de Hacienda y del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, la que incluirá, al menos, lineamientos sobre las áreas del Estado dónde fomentar la compra pública de innovación, los objetivos e indicadores de resultados, y un plan de acción para el desarrollo de las capacidades públicas, necesarias para implementar la compra pública de innovación de manera efectiva (artículo 44 de la Ley de Compras).

Un cambio significativo en el nuevo procedimiento especial de contratación denominado contrato para la innovación, en relación con los procedimientos tradicionales de compras, es que el desarrollo de prototipos u otros gastos de investigación y desarrollo puedan serán costeados por la entidad licitante.

Al igual que la economía circular, la introducción de la innovación en los procedimientos de compras públicas, requerirán del apoyo cercano de las instancias especializadas, la definición de lineamientos y asesoría del Comité de Compras Públicas de Innovación y Sustentabilidad.

41 La DCCP junto al Laboratorio de Gobierno elaboraron la directiva de innovación en las compras públicas, No. 33, para incentivar la incorporación de innovaciones en los procesos de compra a fin de obtener soluciones más eficaces y pertinentes para sus necesidades y la de sus usuarios. Para testear, a pequeña escala, distintas innovaciones dentro de las actividades del proceso de compras, se trabajó en el año 2017 en tres pilotos con Carabineros de Chile, Parque Metropolitano y Servicio Nacional del Consumidor.

4. CONCLUSIONES

La modificación de la Ley 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios mediante la Ley 21.634, significa un gran cambio en el régimen de contratación de bienes y servicios de las entidades públicas regidas por ella, las que también aumentan por ampliación de la cobertura de aplicación.

Los operadores del sistema de compras, tanto públicos como privados deberán ajustar sus prácticas y procedimientos internos a esta nueva regulación, que no sólo incorpora nuevos procedimientos de contratación, establece nuevas obligaciones y eleva los estándares de transparencia y de probidad, en el uso de los recursos públicos, que se transan en el mercado público chileno, sino que asigna nuevos objetivos al actuar público.

En efecto, además de introducir cambios en la forma de hacer las compras públicas, la Ley 21.634, asigna a la contratación pública, objetivos que van más allá de la resolución de una necesidad o de una compra en particular, sino que le reconoce un rol relevante en la contribución para un desarrollo sustentable e inclusivo.

El artículo 2 *bis*, que se agrega mediante la modificación de la Ley de Compras, es una pieza importante en el reconocimiento del rol estratégico de la compra y contratación pública, para el logro de objetivos que van en beneficio de toda la comunidad, así junto con relevar los principios fundamentales de la contratación pública, se le otorga la función de promoción de la participación de las empresas de menor tamaño y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental.

Siguiendo la tendencia internacional y la de los países OCDE, al incorporar la economía circular, el estímulo a la participación, de mujeres, de proveedores locales, de grupos subrepresentados en la economía nacional y de empresas de la economía social, nuestro país se pone a la vanguardia en el reconocimiento del poder de compra estatal, como un instrumento al servicio de políticas públicas, que favorece el fortalecimiento de la democracia y la confianza ciudadana. El desafío queda ahora en manos de los llamados a implementar las modificaciones, pues el legislador ya actuó.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Banco Mundial. (19 de enero de 2022). <https://blogs.worldbank.org/>. Obtenido de <https://blogs.worldbank.org/es/voices/una-oportunidad-oculta-de-usd-1-billon-detener-el-despilfarro-en-la-contratacion-publica>
- BCN (2023) *Historia de la Ley N° 21.634*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Obtenido de <https://www.bcn.cl/historiadelaey/nc/historia-de-la-ley/8245/>
- Berlien, K., Franken, H., Pavez, P., Varela, P., & Polanco, D. (2016). *Mayor Participación de las Mujeres en la Economía Chilena*. Santiago: Subsecretaría de Economía y Empresas de Menor Tamaño – Isónoma Consultorías Sociales Ltda. Obtenido de <https://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2016/05/Estudio-Incorporacion-Mujer-.pdf>
- Comunidad Mujer. (junio de 2019). <https://comunidadmujer.cl/>. Obtenido de https://comunidadmujer.cl/wp-content/uploads/2022/04/CM_Boletin_46_Compras-publicas-con-enfoque-de-genero.pdf
- DCCP. (mayo de 2011). www.chilecompra.cl. Obtenido de <https://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2016/11/directiva-n13.pdf>
- DCCP. (7 de marzo de 2024). <https://www.chilecompra.cl>. Obtenido de <https://www.chilecompra.cl/2024/03/empresas-lideradas-por-mujeres-alcanzaron-ventas-por-usd-3-255-millones-en-mercado-publico-durante-2023/>
- Dirección de Compras y Contratación Pública. (marzo de 2017). Chilecompra. Obtenido de <https://www.chilecompra.cl/>
- Gimeno Feliu, J. M. (2020). La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad. *Economía industrial* 415 (2020), 89-97.
- International Trade Centre (2020). *Making Public Procurement Work for Women*. ITC, Geneva. Obtenido de <https://intracen.org/file/itcguidewobpp20201106webpdf>
- La Tercera. (24 de junio de 2019). <https://www.latercera.com/pulso/noticia/chilecompra-recibe-premio-al-servicio-publico-la-onu-aporte-la-participacion-mujeres-compras-publicas/713110/>. Obtenido de <https://www.latercera.com:https://www.latercera.com/pulso/noticia/chilecompra-recibe-premio-al-servicio-publico-la-onu-aporte-la-participacion-mujeres-compras-publicas/713110/>
- Leslie Harper, T. I. (9 de marzo de 2023). <https://blogs.iadb.org/>. Obtenido de https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/participacion-de-las-mujeres-contratacion-publica/#_ftn1
- Observatorio de Contratación Pública. (28 de febrero de 2022). <https://www.obcp.es/>. Obtenido de <https://www.obcp.es/index.php/opiniones/la-organizacion-de-la-contratacion-publica-estrategica>

OECD (2020), *Integrating Responsible Business Conduct in Public Procurement*, OECD Publishing, Paris, Obtenido en <https://doi.org/10.1787/02682b01-en>

OECD (2023), *Government at a Glance 2023*, OECD Publishing, Paris. Obtenido en <https://doi.org/10.1787/3d5c5d31-en>

Open Contracting Partnership and Spend Network. (2020). <https://www.open-contracting.org>. Obtenido de <https://www.open-contracting.org/wp-content/uploads/2020/08/OCP2020-Global-Public-Procurement-Spend.pdf>

Orjuela, J. y Harper, L. (2018) Toolkit Promoción de la mujer en las compras públicas. Obtenido en <https://publications.iadb.org/es/toolkit-promocion-de-la-mujer-en-las-compras-publicas>

Normas citadas

Ley N°19.300, de 9 de marzo de 1994, que aprueba Ley Sobre Bases Generales del Medio Ambiente.

Ley N°19.886, de 30 de julio de 2003, sobre Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Ley N°20920, de 1 de junio de 2016, Establece Marco Para La Gestión De Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje.

Ley N°21634, de 11 de diciembre de 2023, Moderniza la Ley N°19.886 y Otras Leyes, 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.

Decreto Supremo Hacienda N°250, de 24 de septiembre de 2004, Aprueba Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Decreto Supremo Hacienda N°1410, de 12 de mayo de 2015, Modifica Decreto Supremo N°250, de 2004, que Aprueba Reglamento de la Ley N°19.886, de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

LA EVOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

THE EVOLUTION OF THE PUBLIC PROCUREMENT AND CONTRACTING DEPARTMENT

CLAUDIO MORAGA KLENNER¹

Resumen: El artículo analiza la evolución de la Dirección de Compras y Contratación Pública en sus 20 años de existencia. Esa evolución muestra cambios funcionales e institucionales generados, no solo directamente por modificaciones legislativas, sino que también, a través del ejercicio de medios e instrumentos desformalizados de parte de esa Dirección. El hallazgo hace ver que la Dirección de Compras y Contratación Pública ha pasado de ser un servicio público gestor y asesor a una institución fiscalizadora, propiamente tal.

Palabras clave: Dirección de Compras, institución fiscalizadora o agencia, evolución de instituciones públicas.

Abstract: The article analyses the evolution of the Public Procurement and Contracting Directorate in its 20 years of existence. This evolution shows functional and institutional changes generated not only directly by legislative changes, but also using non-formalized means and instruments by this Directorate. The finding shows that the Public Procurement and Contracting Directorate has gone from being a public service manager and advisor to an oversight institution.

Keywords: Procurement Directorate, audit institution or agency, evolution of public institutions.

1 Doctor y Profesor asociado de Facultad de Derecho Universidad de Chile (cmoragak@derecho.uchile.cl).

1. PROLEGÓMENO

Para quienes hemos seguido en alguna medida la historia de la Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP) puede motivarlos la duda sobre si las organizaciones administrativas evolucionan. La pregunta es compleja, ella se puede responder con una negativa o con una afirmativa. La primera dice que las instituciones públicas no evolucionan, porque la Ley les fija un marco estricto de posibilidades de actuación, estructura internamente a la organización y define los instrumentos legales, monetarios, materiales y personales con los que cumple sus fines; mismos que han sido preestablecidos por el mismo legislador. La segunda por su parte, dice que las instituciones públicas sí pueden evolucionar, primero, porque siempre pueden volver a ser objeto de la ley. En efecto, si la ley las ha creado, definido su objeto, dotado de órganos, asignado atribuciones y determinado las reglas básicas de sus directivos, personal y patrimonio, el legislador siempre puede volver sobre sus pasos para reformar cualquiera o todos esos parámetros, incluso, para hacerlos desaparecer completamente decidiendo la extinción de la entidad (e.g. la *Oficina Nacional de Retorno*), aun cuando esto último es poco habitual, lo que muestra la extraordinaria “vitalidad” de la administración, en general, y de las entidades administrativas, en particular.

Los cambios legales que sufren las organizaciones administrativas, mientras existen, llevan por causa la necesidad de mejorar la institucionalidad en que ellas se insertan, lo que puede deberse a diferentes razones. Por ejemplo, la entidad muestra insuficiencia de medios y atribuciones, o debilidad de gestión, que le impide ser eficaz en el cumplimiento de su objeto. Ello exige dotarla de más medios e instrumentos, porque se crean nuevos organismos con competencias sectoriales similares y, por tanto, se requiere delimitarlas claramente, sea porque el nuevo organismo asume una facultad que antes se alojaba en la organización más antigua o porque el legislador se hace cargo de un problema emergente de la sociedad, antes no advertido o asumido, y formula un nuevo modelo político a cargo de solucionarlo, administrarlo o regularlo.

La respuesta negativa a la consulta del inicio de este capítulo podría ser rechazada por al menos tres distintas razones o perspectivas. Primero, las organizaciones públicas evolucionan porque cada nuevo jefe intenta modelar de alguna manera la forma como ella cumplirá sus finalidades, exigiendo aplicar unos particulares programas y políticas de gobierno, ordenando la elaboración de planes particulares, y dando preferencia a cierta clase

de acciones por sobre otras. Segundo, porque siempre queda un ámbito de competencia organizadora en manos del jefe del servicio, que de algún modo le permite estructurar, en algunas ocasiones, el organigrama interno y el modo en que los recursos personales se organizan y asignan a tareas específicas. Tercero, porque las instituciones deben, en cumplimiento de sus funciones legales, poner atención a la manera en que se transforman los problemas y necesidades colectivas que caen dentro del ámbito de acción y, desde allí, les obliga a revisar sus programas, procedimientos y decisiones, con pleno apego a la Constitución y normas dictadas conforme a ella (artículo 6° Constitución Política de la República, CPR). En otras palabras, los organismos administrativos evolucionan porque son porosos (principio de publicidad, artículo 8° CPR), están integradas por personas que no representan grupos sociales fijos y porque se exponen forzosamente al medio ambiente —entorno público—, en general. Para muchos, sin embargo, la dimensión que se acaba de explicar no deja de ser un espacio acotado de ejercicio del poder por parte de las autoridades superiores de la entidad, sobre una organización donde las grandes preguntas (la justificación de su existencia, los objetivos, la dirección y gestión, y los recursos) desde antes han sido respondidas por el legislador. Por lo mismo, aquí no hay verdaderamente evolución de la organización, sino solamente reacomodos y “estresamientos” en su interior, en función de los objetivos de las jefaturas, todo ello, dentro de las limitadas posibilidades que otorga la respectiva ley orgánica².

El caso que se presenta a continuación (la Dirección de Compras y Contratación Pública) es particular. Se trata de un servicio público que, durante su corta existencia, ha experimentado al menos dos distintas y especiales formas de evolucionar: por ley y a través de la mano administradora de sus directores.

2 Posiblemente los casos excepcionales de evolución independizada del legislador se encuentran en el seno de las universidades estatales y, en medida similar, en los Centros de Formación Técnica, particularmente cuando actúan sobre Planes de Desarrollo Institucional. En estos casos, esas instituciones están en condiciones de determinar los objetivos y metas y el sentido, modo y orientación de su desarrollo futuro, en otras palabras, de “poder regir su destino”, de “tomar [sus] propias decisiones” (Historia de la Ley 20.842, p. 84).

2. LA DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO SERVICIO PÚBLICO

La DCCP fue creada en el año 2003 por la Ley 19.886, de bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (LBCA) como un organismo administrativo ordinario, en el sentido de que su organización y estructura siguió el modelo preestablecido por la Ley 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (LOCBGAE). En efecto, la DCCP fue creada como servicio público funcionalmente descentralizado (artículos 28 y 29 LOCBGAE), con competencia sobre todo el territorio nacional, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda y con domicilio en la ciudad de Santiago (artículo 28 LOCBGAE).

En su cúspide existe un órgano unipersonal, el jefe de servicio denominado Director, cargo que es de exclusiva confianza del Presidente de la República (artículo 31 LOCBGAE). El personal de la DCCP está afecto a las disposiciones de la ley 18.834, Estatuto Administrativo de los funcionarios públicos (artículo 32), y el sistema de remuneraciones del personal de planta y a contrata corresponderá al de las instituciones fiscalizadoras, en los términos del Título I del decreto Ley N° 3.551. Este último aspecto es interesante de destacar de momento que no habiendo sido calificada la DCCP por el legislador como una institución fiscalizadora, ni habiéndosele otorgado en su origen mayores funciones y atribuciones de esa índole, sin embargo, el legislador dio un tratamiento especial al sistema remuneracional de su personal.

En resumen, la DCCP es un organismo administrativo que integra el complejo orgánico de la Administración del Estado, en los términos del artículo 1° inciso 2° LOCBGAE, que tiene una personalidad jurídica de derecho público distinta al fisco y con un patrimonio propio.

3. LAS FUNCIONES DE LA DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO SERVICIO PÚBLICO

En lo que concierne a las funciones y atribuciones de la DCCP, estas se encuentran desperdigadas en el texto de la LBCA, sin perjuicio de que el artículo 30 concentra la mayor cantidad. En el origen, la principal función asumida fue la “función de gestión”, esto es, licitar la operación del Sistema

de Información de Compras y Contrataciones de la Administración y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos, velando por su correcto funcionamiento y actuando de contraparte del operador de esos sistemas (artículo 30 letra b). Lo anterior, sin perjuicio de quedar la misma DCCP facultada para operar directamente el sistema en los casos que señalare el reglamento (DS M. Hacienda N° 250, de 2004, RLBCA). A lo anterior se sumó la función de administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores (artículo 30 letra f) y las licitaciones de bienes y servicios a través de la suscripción de Convenios Marco (letra d).

Fuera del ámbito de la gestión, propiamente tal, a la DCCP se le impusieron otras funciones de diversa naturaleza: asesora, de información, resolutive, de educación y difusión y de representación. Ello se muestra a continuación:

Función asesora (artículo 30 letra a):

- Asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones. Para ello, se le otorgó la atribución de celebrar convenios de asesoría para el diseño de programas de capacitación y de calificación y evaluación contractual.

Función de información (artículo 30 letra c):

- A través de los convenios que la DCCP suscriba con entidades públicas o privadas, puede recabar información para complementar antecedentes del registro de contratistas y proveedores.

Función resolutive y de adjudicación (artículo 30 letras h y f) y artículo 16 inciso 2° y 6°):

- Establecer políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales.
- Otorgar certificados técnicos y financieros con base en la información contenida en el Registro de Contratistas y Proveedores.
- Fijar tarifas por la operación de los sistemas de información y por la incorporación de contratistas en el Registro de Contratistas y Proveedores.
- Rechazar o aprobar las solicitudes de inscripción en el Registro de Contratistas y Proveedores.

Función o rol educador y de difusión (artículo 30 letra g):

- Promover la máxima competencia en los actos de contratación de la administración y desarrollo de iniciativas que vayan en dicha dirección.
- Difundir las normativas, procedimientos y tecnologías usadas por la contratación administrativa.

Función de representación (artículo 30 letra e):

- Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos en la licitación de bienes o servicios.

Nótese que en su origen, a la DCCP no le fueron asignadas atribuciones o funciones que se visualizan normalmente como propias de las instituciones fiscalizadoras o superintendencias. Por ejemplo, no se le entregaron atribuciones fiscalizadoras, normativas, interpretativas o sancionatorias, entre otras. De allí que la DCCP, como se mencionó antes, al nacer pareció ser nada más que otro tradicional servicio público nacional.

4. SOBRE EL USO DE HERRAMIENTAS BLANDAS PARA EVOLUCIONAR³

No siendo la DCCP una verdadera institución fiscalizadora —ni por declaración de la ley ni por la revisión de las funciones y atribuciones que le fueron asignadas en su origen—, sin embargo, en el año 2013 creó en su interior una unidad especializada, el Observatorio ChileCompra, como una herramienta de detección temprana de problemas en los procesos licitatorios y una plataforma de reclamos. En detalle, el Observatorio revisa diariamente procesos de compra publicados por las administraciones; emite recomendaciones para mejorar sus procesos de compra, tanto en el ámbito de la normativa vigente, como en prácticas que permitan hacer sus procesos más participativos e inclusivos; recibe consultas de los funcionarios responsables del abastecimiento de las instituciones públicas compradoras y, finalmente, a través de la gestión de reclamos y de su canal de contacto vía correo electrónico, resuelve dudas de compradores y proveedores del Estado y colabora en la resolución de conflictos

3 Extractado de *Claudio Moraga Klenner Contratación Administrativa*, 2da. edición, Thomson Reuters, Santiago 2019.

referidos básicamente a inconvenientes que se pueden presentar durante el procedimiento de contratación y que afecten a uno o más licitantes o, luego, una vez que el contrato se encuentra en ejecución, específicamente frente a la demora del organismo público contratante en hacer pago al proveedor.

A través de su acción de monitoreo se cumplió un objetivo preciso: aumentar la transparencia, probidad y eficiencia en las compras públicas. En efecto, sin haber tenido un reconocimiento formal expreso, el Observatorio se transformó en un referente del sistema, imponiendo su “autoridad técnica” en materia de redacción de bases o pliegos de licitación, mejoramiento de estándares aplicables a los procedimientos de contratación y como receptor informal de denuncias de licitadores y proveedores.

Se suma a la acción del Observatorio, el hecho de que el artículo 2º N° 32 RLBCA obliga a todos los organismos administrativos a dotar a sus operadores del sistema electrónico de compras públicas (usuario comprador) de las competencias técnicas suficientes para operar en el sistema, de acuerdo con las Políticas y Condiciones de Uso del Sistema de Información y Contratación Electrónica. Con mayor detalle, se aclara que tales competencias técnicas estarán referidas a los distintos perfiles de usuarios y comprenden materias relacionadas con gestión de abastecimiento, uso del portal, aplicación de la normativa y conceptos de ética y probidad en los Procesos de Compra, entre otros. Los perfiles de usuarios estarán definidos en las Políticas y Condiciones de Uso (artículo 5º *bis*).

También, se debe mencionar la importante función que ha desempeñado permanentemente la DCCP en materia de asesoramiento a los organismos administrativos en la planificación y gestión de sus procesos de compra. Aquí, un papel fundamental tiene las directivas de la DCCP, que son meras “recomendaciones” (no vinculantes) que ha dictado desde el año 2005 fundada en la función asesora del artículo 30 letra a), y cuya finalidad última ha sido “difundir buenas prácticas y fortalecer la probidad en las compras públicas, tanto por parte de los compradores como de los proveedores” (artículo 104 *bis* RLBCA). Como se aprecia, esas directrices constituyen un tipo de *soft law*, del que es difícil que los organismos públicos puedan sustraerse⁴.

4 A la fecha, la DCCP ha dictado más de 40 directivas, que se individualizan por un número y título. Solo por mencionar algunas de ellas: No. 22 “Orientaciones sobre la participación de las Uniones Temporales de Proveedores en los procesos de compra”, No. 23 “Orientaciones sobre el pago a proveedores en los procesos de contratación pública”, No. 25 “Recomendaciones para la contratación de bienes y servicios incorporando criterios ambientales”, No. 27 “Recomendaciones para favorecer la generación de datos abiertos en la contratación pública”, No. 28 “Código de

Estas directivas, en conjunto con las acciones de capacitación que desde siempre e incesantemente viene realizando la DCCP, la han convertido en una muy activa fuerza educadora y verdadera *autoritas* del sistema de compras públicas.

En una buena medida, los logros alcanzados por la DCCP vienen causados, además de la visión clara y decidida de quienes la han dirigido, por una vinculación estratégica que desde hace años se estableció con la CGR. Las acciones emprendidas por la DCCP, quizás sin haberlo tenido en mente, han venido a suplir en medida importante las deficiencias generales de control jurisdiccional y administrativo externo en las compras públicas. Las deficiencias a que nos referimos tienen, en parte su origen, en la competencia limitada del TCP y en un inexplicable retraimiento del TCP de dictar, durante el curso del juicio, medidas provisionales o cautelares que llegan cuando el contrato no tan sólo está celebrado, sino que a veces incluso él ya se ha cumplido y finiquitado y, por tanto, una eventual declaración de una adjudicación del contrato como contraria a derecho, no produce efectos reales de saneamiento del procedimiento de contratación y envía un mensaje negativo al mercado.

En resumen, si se pudiera sintetizar cuál ha sido el carácter mostrado por la DCCP desde su creación hasta el año 2023, se debiera decir que ha sido un buen administrador del sistema de compras públicas y que ha tenido una vocación material —no formal— por fiscalizar a los actores de las compras públicas.

5. LA EVOLUCIÓN A TRAVÉS DE LA ACCIÓN LEGISLATIVA

Con la última reforma de la LBCA se genera una nueva y profunda transformación de la DCCP. Los cambios, en todo caso, no han redundado en mejoras organizacionales, sino que se trata principalmente de aspectos funcionales y potestativos. Desde ya se debe destacar que a la DCCP no se le quita ninguna función o atribución que estuviere ejerciendo al momento de dictarse la ley 21.634 (diciembre de 2023); todo lo contrario, se le dota de

Ética sobre la probidad en las compras públicas”, No. 29 “Recomendaciones para realizar compras conjuntas de bienes y servicios”, No. 30 “Recomendaciones para realizar compras menores o iguales a 10 UTM”, No. 35 “Recomendaciones para el uso de la modalidad Compra Ágil”, y No. 40 “sobre recomendaciones para organismos públicos y proveedores del Estado sobre el reajuste de precios en contratos públicos”.

funciones y atribuciones adicionales. En efecto, permanece en la DCCP la antigua función de gestión, no obstante se le agregan ámbitos adicionales, cuyo es el caso del deber de administrar, a través del Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado (SIGCCE), una plataforma para recibir reclamos, denuncias u observaciones del público, respecto de los procedimientos de contratación pública que se lleven a cabo en virtud de las normas de la Ley, o la ejecución de los contratos que en virtud de estos procedimientos se celebren, siguiendo el procedimiento señalado en el artículo 30 *bis* (artículo 30 letra o).

Dentro de las funciones del todo nuevas que recibió la DCCP por ley 21.634 se cuenta:

- Función fiscalizadora:
 - Monitorear el desarrollo de los procesos de compra llevados a cabo bajo trato directo (artículo 8º *bis*).
 - Monitorear en los procedimientos de contratación pública, la realización de la máxima competencia y la incorporación de la mayor cantidad de oferentes (artículo 30 letra g).
 - 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 (artículo 30 letra p).
 - Hacer seguimiento a los procedimientos de contratación llevados a cabo por parte de los organismos públicos sujetos a la LBCA, a través del SIGCCE, para efectos de verificar el cumplimiento de la normativa aplicable por parte de la entidad compradora. En el ejercicio de esta facultad, y en caso de que tome conocimiento de eventuales infracciones a la LBCA, podrá oficiar a los organismos públicos para que se refieran sobre el particular, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 30 *ter* (investigación iniciada por denuncia reservada o derivada del monitoreo de proceso de compra) (artículo 30 letra r).
 - Monitorear las adquisiciones de bienes y servicios, en especial aquellas llevadas a cabo a través del procedimiento de Trato Directo o la Contratación Excepcional Directa con Publicidad (artículo 30 letra s).

- Función de requerimientos de información:
 - Dirigirse a cualquier organismo que tenga en su poder información sobre el cumplimiento de los contratos de suministros y de servicios que se hubiere adjudicado un proveedor (artículo 16).
 - Solicitar información a los organismos públicos regidos por la LBCA, para efectos de lo señalado en los arts. 30 *bis* (reclamaciones de personas privadas) y 30 *ter* (investigación iniciada por denuncia reservada o derivada del monitoreo de proceso de compra), 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 (artículo 30 k).
 - 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 (artículo 30 letra n).
 - Implementar un canal reservado para recibir denuncias sobre irregularidades en los procedimientos de contratación regidos por la LBCA (artículo 35 *sexies*).
- Función resolutiva y de adjudicación:
 - Exigir la modificación de los planes anuales de compra de los organismos de la Administración del Estado, cuando éstos contemplen tipos de procedimiento que contravengan lo dispuesto en la LBCA, las disposiciones del reglamento, la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, o las instrucciones que haya emitido la DCCP (artículo 12).
 - Determinar, a través de instrucciones generales, la información que las entidades contratantes deben publicar en el SIGCCE (artículo 20).
 - Establecer los medios que permitan la enajenación y el traspaso de bienes muebles entre organismos de la Administración del Estado, bajo los requisitos, condiciones y el procedimiento establecido en el reglamento, y llevar a cabo dicho procedimiento, por sí, o en representación de otros organismos públicos, cuando corresponda (artículo 30 letra m).
 - Declarar inhábiles a las personas incluidas en las listas de personas naturales y jurídicas, incluyendo a sus accionistas y beneficiarios finales, declaradas inelegibles para la adjudicación de contratos, elaboradas por las instituciones financieras multilaterales, cuando

- hayan sido condenadas por delitos de cohecho, lavado de activos, o financiamiento del terrorismo (artículo 35 *septies* letra d).
- Declarar inhábil para participar en el Registro de Proveedores al proveedor que ha entregado antecedentes maliciosamente falsos, que han sido enmendados o tergiversados o se presentan de una forma que claramente induce a error para efectos de su evaluación, si es que luego de ser apercibido por la DCCP, no subsana el vicio dentro del plazo de 10 días (artículo 35 *septies* letra e).
 - Emitir pronunciamiento previo acerca de si existe interés público afectado, o sobre las consecuencias económicas, que la inhabilidad pueda provocar a la comunidad o al Estado, en casos judiciales en los que se discute la sanción de inhabilidad del Registro de Proveedores (artículo 35 *septies* letra e).
 - El acogimiento voluntario de las organizaciones privadas y de ciertas entidades del Estado a las disposiciones de la LBCA solo puede hacerse por medio de convenios con la DCCP⁵.
- Función normativa:
- Instrucciones obligatorias, de general aplicación, conducentes a fortalecer la probidad, la transparencia, la eficiencia, la sustentabilidad y la competitividad en los procesos de contratación pública de los organismos de la Administración del Estado y para regular la correcta aplicación los procedimientos de contratación (artículo 30 letra j).
 - Dictar instrucciones obligatorias para los organismos de la Administración del Estado, con el objeto de velar por la correcta utilización de las causales que justifican utilizar el trato directo o la Contratación Excepcional Directa con Publicidad (artículo 8º *bis*).

5 (i) Convenios con corporaciones, fundaciones y asociaciones en las que participe de su administración o dirección un organismo de la Administración del Estado, y que reciban transferencias de fondos públicos que en su conjunto sean inferiores a 1.500 unidades tributarias mensuales, que deseen acogerse voluntariamente a las disposiciones de la presente ley (artículo 1º), y (ii) Convenios con organismos del Estado, Banco Central y empresas públicas creadas por ley y a sociedades en las que el Estado tenga participación accionaria de más del 50 por ciento, para acogerse a la totalidad de las disposiciones de la LBCA y su reglamento (no solo al Capítulo VII).

- Función propositiva:
 - Proponer al Ministerio de Hacienda políticas públicas sobre las compras y contrataciones regidas por esta ley, que promuevan la eficiencia, la transparencia, la probidad, la competitividad, la sustentabilidad y buenas prácticas en ellas (artículo 30 letra i).
- Función de educación:
 - Poner a disposición de los organismos del Estado, a través del SIGCCE, bases y 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 de bienes y prestación de servicios que deben suscribir los órganos del Estado (artículo 30 letra q).
- Función de estudio:
 - Realizar estudios previos de factibilidad para determinar si los bienes o servicios a licitar para convenio marco cumplen con los requisitos de estandarización, de transversalidad y de regularidad en la demanda que hacen procedente este procedimiento especial de contratación administrativa (artículo 7º letra d) Nº 3).
- Función de representación:
 - Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en los procedimientos de contratación, que no solo cuando se trata de licitaciones como había sido establecido en la Ley 18.886 en su versión original (artículo 30 letra e).
- Otras funciones:
 - Apoyar la participación de las empresas de menor tamaño en los procesos de contratación pública, en coordinación con el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, y sus servicios dependientes o relacionados (artículo 30 letra l).
 - Promover la participación de las empresas de menor tamaño en los procesos de contratación pública, en coordinación con el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo (artículo 47).
 - Actuar, el Director o la Directora de la DCCP, como secretario técnico o secretaria técnica del Comité de Compras Públicas de Innovación y Sustentabilidad (artículo 42).

- Celebrar convenios de colaboración con organismos regionales, provinciales o comunales para realizar acciones de promoción para el acceso de las empresas de menor tamaño y proveedores locales a los procedimientos de contratación de bienes y servicios de los organismos del Estado (artículo 49).

6. EL CAMBIO DE PIEL DE LA DCCP

a) La DCCP, de simple organismo gestor a institución fiscalizadora compleja

Vistas las funciones de la DCCP, tanto las originarias como las conferidas por la Ley 21.634, se hace evidente que ella se ha transformado tanto en una organización extremadamente compleja a cargo de diseñar y operar el futuro sistema de compras públicas estratégicas, que una la contratación sostenible (ambiental y social) con la contratación innovadora.

Las nuevas funciones y atribuciones de la DCCP han operado, además, un cambio de su ADN, porque de ser un servicio público con un encargo especialmente de gestión administrativa, ha pasado a ser una verdadera institución fiscalizadora, en los términos que describe, a modo de ejemplo, *Brigitte Leal*:

[Órganos administrativos que] realizan una actividad de control externo y material sobre el desarrollo de actividades privadas relevantes, frecuentemente económicas, que deben ser desarrolladas de acuerdo a los marcos legales y reglamentarias que las regulan y a los actos administrativos formales (unilaterales o bilaterales) que las habilitan de manera concreta, con la finalidad de mantener y proteger el orden público asociado al desarrollo de dichas actividades⁶.

Ese carácter de institución fiscalizadora se cumple porque la DCCP tiene o ha pasado a adquirir las características propias que toman aquéllas. Por de pronto, tiene una personalidad jurídica de Derecho Público distinta a la del Fisco; es, por tanto, un organismo descentralizado (solo el SII es una institución fiscalizadora centralizada); tiene como dirección superior un órgano unipersonal, lo que es frecuente en los casos de las superintendencias chilenas (la Comisión para el Mercado Financiero es un caso excepcional);

6 *Brigitte Leal Vásquez* La Potestad de Inspección de la Administración del Estado, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Santiago 2005, p. 79.

el órgano superior, además, ejerce un cargo de exclusiva confianza, es decir, permanece en su cargo mientras cuente con la confianza de la autoridad que lo puede nombrar, en este caso, el Presidente de la República (artículo 28); el sistema de remuneraciones del personal de planta y a contrata corresponde al de las instituciones fiscalizadoras, en los términos del Título I del decreto Ley 3.551 (1981), artículo 17 de la Ley 18.091, sustituido por el artículo 11 de la Ley 19.301, y se les otorga la bonificación establecida en el artículo 5º de la Ley 19.528 (artículo 32). Pero sobre todo, la DCCP se ha transformado en una verdadera institución fiscalizadora porque la suma de sus antiguas funciones y atribuciones junto a las nuevas que le concede la Ley 21.634 lo demuestran: aquéllas permiten a la DCCP intervenir con más o menos intensidad en la esfera jurídica de los sujetos privados que están o caen dentro del ámbito de su competencia y, además, en ciertos casos especiales, en la competencia y atribuciones que ejercen otros órganos constitucionales y organismos públicos cuando se trata de sus compras públicas.

b) Funciones propias de las instituciones fiscalizadoras

Es interesante profundizar algo sobre la nueva batería de atribuciones y funciones de la DCCP y hacer un contraste con las que detentan las instituciones que tradicionalmente se han considerado como agencias reguladoras o superintendencias. A este efecto, si se analiza caso a caso las leyes orgánicas de las instituciones fiscalizadoras chilenas, se obtiene como resultado que son titulares de atribuciones de variada naturaleza como, por ejemplo, las potestades normativas, sancionadoras, inspectoras, entre otras. Más en detalle, las once atribuciones más comunes que detenta una institución fiscalizadora son, en orden decreciente:

- Fiscalizar, es decir, controlar, supervigilar, evaluar e investigar el cumplimiento de una legislación específica por parte de los sujetos destinatarios de ella.
- Dictaminar, esto es, resolver, adjudicar, autorizar, permitir o dictaminar sobre solicitudes que presentan terceros o en procedimientos iniciados de oficio por la institución.
- Sancionar, que comprende tanto la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionatorio, como la facultad para aplicar una sanción previa y legalmente establecida, incluyendo la facultad revisoria de ella en sede administrativa.

- Requerir, o sea, solicitar o exigir de los sujetos regulados la entrega de antecedentes, informes, documentos que se relacionen directamente con la actividad social o económica que despliegan y que caen dentro del ámbito de competencia de la institución fiscalizadora.
- Informar, que incluye emitir informes, divulgar información al público, en general, y capacitar.
- Normar, es decir, ejercer una potestad normativa de orden sublegal y específica que se representa por disposiciones generales y abstractas, vinculantes para los sujetos a quienes están destinadas.
- Interpretar, sea la normativa específica aplicable en el sector o ámbito de competencia de la institución fiscalizadora: es, en buena medida, una expresión más de la potestad normativa antes vista.
- Citar, es decir, la facultad de pedir o requerir la concurrencia de sujetos privados y también públicos a que concurran a prestar declaración ante funcionarios de la institución fiscalizadora.
- Proponer a las autoridades superiores y, frecuentemente, nacionales, la formulación de políticas públicas, la dictación de leyes y normas reglamentarias o, incluso, la dictación de medidas, planes y programas.
- Asesorar, que incluye un rol educador, hace referencia a actuaciones como órgano asesor o consultivo de otros órganos públicos y, en algunos casos, dar asistencia técnica y especializada a esos mismos órganos o, también, a sujetos regulados.

A todas las anteriores pueden sumarse otras distintas funciones o atribuciones que, en todo caso, no son otorgadas con regularidad por el legislador orgánico de las instituciones fiscalizadoras. En el caso de la DCCP, esas “otras atribuciones” son las de representación de otros órganos de la Administración del Estado en procedimiento de contratación, y el apoyo y promoción que puede y debe prestar a la participación de las empresas de menor tamaño en los procesos de contratación pública.

El siguiente cuadro refleja de manera esquemática lo que se viene comentando:

Servicio Público / Atribuciones	Fiscalizar	Dictaminar	Sancionar	Requerir	Informar	Normar	Interpretar	Citar	Proponer	Asesorar	Estudiar
CMF 10/11	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	N
SEC 10/11	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X	N
SSS 10/11	X	X	X	X	X	X	X	X	X	N	X
Super Salud 10/11	X	X	X	X	X	X	X	X	X	N	X
Super Educación Escolar 10/11	X	X	X	X	X	X	X	X	N	X	X
Super Educación Superior 10/11	X	X	X	X	X	X	X	X	N	X	X
Dirección Trabajo 9/11	X	N	X	N	X	X	X	X	X	X	X
Susoso 9/11	X	X	X	X	X	X	X	N	X	X	N
SII 9/11	X	X	X	X	N	X	X	X	X	X	N
SMA 9/11	X	X	X	X	X	X	N	X	X	X	N
Sernac 9/11	X	X	N	X	X	X	X	X	X	N	X
SAG 9/11	X	X	X	N	X	X	N	X	X	X	X
SIR 8/11	X	X	X	X	X	N	X	N	X	X	N
SCJ 8/11	X	X	X	X	X	X	X	X	N	N	N
Super de Pensiones 8/11	X	X	X	X	N	X	X	N	N	X	X
DCCP 8/11	X	X	N	X	X	X	N	N	X	X	X
Agencia Calidad de Educación 7/11	X	X	N	X	X	N	X	N	N	X	X
CONATEL 7/11	X	X	X	X	X	X	N	N	N	N	X
SERVEL 7/11	X	X	X	X	X	X	N	X	N	N	N
Cochilco 7/11	X	X	X	N	X	N	N	N	X	X	X
CPLT 6/11	X	X	X	X	X	N	N	N	X	N	N
Com. Nac. Acreditación 6/11	X	X	X	X	X	X	N	N	N	N	N
Aduanas 6/11	X	X	X	X	N	X	N	X	N	N	N
UAF 5/11	X	X	X	X	N	X	N	N	N	N	N

De la tabla se aprecia que la DCCP ya ha adquirido la mayoría de las atribuciones propias de una institución fiscalizadora (8 de 11), equiparándose en este sentido a la posición institucional que detentan las Superintendencias de Pensiones, de Casinos de Juego y de Insolvencia y Reemprendimiento. En consecuencia, se trata de una institución fiscalizadora formalmente constituida, que no del antiguo servicio público, mero administrador del sistema de compras públicas, con vocación de controlar. La circunstancia de que la DCCP no cuente con potestades sancionadoras, ni de interpretación de la legislación, ni pueda citar a sujetos controlados a prestar declaración en sus oficinas no resta importancia a su estampa fiscalizadora. Primero, porque otras instituciones de la misma naturaleza tampoco tienen atribuciones para sancionar directamente (e.g. Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), Agencia de Calidad en la Educación), sin que por ello se las descalifique como tales. Segundo, porque la potestad de interpretar la legislación es una derivación de la potestad normativa y, por ello, en alguna medida se incluye en esta última. Tercero, porque un poco menos de la mitad de las instituciones fiscalizadoras listadas en la tabla (10 de 24) tampoco cuentan con la facultad de citar a sujetos controlados, apoderados y representantes (e.g. no detentan tal atribución, entre otras, Cochilco, Consejo para la Transparencia, Consejo Nacional de Televisión, etc.).

Ahora bien, quiere decir esto que la DCCP ha llegado a algo así como el “fin de la historia”.

Esto no parece posible, no tanto porque siempre la ley puede decidir nuevas funciones y atribuciones que entregarle. Antes bien, es más probable que en el futuro, una vez sentida y experimentada concretamente la forma como la DCCP ejercerá sus nuevas atribuciones y cumplirá sus funciones, el legislador podrá advertir si tan importantes y complejas tareas pueden —o no— quedar en manos de un órgano unipersonal, lo que motivará cambiar la gobernanza de la organización. Estos futuros ajustes serán, posiblemente, más de tipo organizacional antes que funcional. No sorprendería, por ello, que las próximas discusiones (y eventuales reformas legales) se concentrarán en el diseño que se debe dar a la dirección superior: órgano colegiado vs. unipersonal; director vs. secretario ejecutivo; cargo designado solo por el Presidente de la República vs. cargo designado por más de un poder del Estado (e.g. Presidente y Senado), cargo de exclusiva confianza vs. cargo por tiempo fijo que solo puede cesar por la ocurrencia de una causal legal previamente establecida, etc.

7. CONCLUSIONES

¿Evolucionan las organizaciones administrativas? Creemos que sí. Lo hacen de dos distintas formas. Lo más habitual es que evolucionen atadas a su creador, esto es el legislador. Menos frecuente son los casos en que las organizaciones administrativas evolucionan independizándose de su creador, que es casi como decir que evolucionan por sí solas, a partir de la manera como son dirigidas y según la capacidad de las autoridades superiores de actuar dentro del ámbito de su competencia, pero ejerciendo las funciones y atribuciones al máximo de las posibilidades normativas.

El caso de la DCCP es paradigmático porque muestra ambas clases de fenómenos y, por ello, es digno de ser comentado.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Leal Vásquez, Brigitte (2005), *La Potestad de Inspección de la Administración del Estado* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional).
- Moraga Klenner, Claudio (2019), *Contratación Administrativa* (Santiago, Thomson Reuters, 2da. edición).

Normas citadas

Decreto Supremo Segpres N° 100, 22 de septiembre de 2005, Constitución Política de la República.

Ley 19886, de 30 de julio de 2003, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

DFL 1-19653, de 17 de noviembre de 2001, SEGPRES, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado Ley.

DFL 29, de 16 de marzo de 2005, Ministerio de Hacienda, Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo.

Decreto Supremo M. Hacienda N° 250, de 24 de septiembre de 2004, Aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Decreto Ley N° 3551, de 2 de enero de 1981, Fija Normas sobre Remuneraciones y sobre Personal para el Sector Público.

Ley 21634, 11 de diciembre de 2023, Moderniza la Ley N° 19.886 y otras leyes, 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.

LA NULIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO EN LA NUEVA LEY DE COMPRAS PÚBLICAS

THE NULLITY OF THE ADMINISTRATIVE CONTRACT IN THE NEW PUBLIC PROCUREMENT LAW

José Luis Lara Arroyo¹ y Paz Pérez Morales²

Resumen: I) Introducción; II) Ley N° 21.634 y nuevo horizonte de las compras públicas; III) Nueva ‘acción de nulidad’; IV) Situación actual en Chile de la nulidad en los contratos administrativos; V) ¿Nulidad o invalidación?; VI) Conclusión.

Palabras clave: Compras públicas, nulidad del contrato, contratación administrativa.

Abstract: I) Introduction; II) Law No. 21,634 and the new horizon for public procurement; III) New “nullity action”; IV) Current status of nullity in administrative contracts in Chile; V) Nullity or invalidation?; VI) Conclusion.

Key words: Public procurement, contract nullity, administrative contracting.

- 1 Abogado UC, Profesor de Derecho Administrativo UC, Doctor en Derecho y Magister en Ciencias Jurídicas. Director del Diplomado en Contratación Administrativa y Compras Públicas UC, Socio de Derecho Público de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (PPU).
- 2 Egresada de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, ayudante de Derecho Administrativo UC. Diplomada en Contratación Administrativa y Compras Públicas UC.

I. INTRODUCCIÓN

Transcurridos ya más de dos décadas de la entrada en vigor de la Ley 19.886 que regula las bases del contrato de suministro y prestación de servicios (Ley de Compras Públicas)³, que vino a transformar la forma en que la Administración del Estado cumple su cometido de satisfacer necesidades

- 3 Vid. Mendoza Zúñiga, Ramiro y Lara Arroyo, José Luis: Ley 19.886 y su revisión por parte de la Contraloría General de la República (et.al). Revista Universidad Finis Terrae, Año IX, N° 9. (septiembre de 2005). pp. 99-116; Lara Arroyo, José Luis, Principios Generales del Derecho aplicables a la Contratación Administrativa: el caso de la Excepción de Contrato No Cumplido (et.al), en *Revista de Derecho Administrativo* N° 3, (diciembre de 2009), Santiago de Chile; Lara Arroyo, José Luis, La Responsabilidad del Estado por su actividad Jurídica Bilateral: El caso de las Licitaciones en materia de Contrato de Suministro y Prestación de Servicios bajo la Ley 19.886. *Revista Ius Publicum* N°27 (2011). pp. 51-69. Santiago de Chile; Lara Arroyo, José Luis, *Libro Procedimiento Administrativo y Contratación Pública. Estudios a 10 años de las Leyes 19880 y 19886* (co-director). Editorial Thomson Reuters (2013); Lara Arroyo, José Luis Décimo Aniversario de la Ley 19.886: perfeccionando las compras públicas, *El Mercurio Legal*, (julio de 2013); Lara Arroyo, José Luis, La Contribución de la Jurisprudencia Contralora al Desarrollo y Delimitación de los Principios de la Contratación Administrativa (et.al), en Libro *Homenaje a los 85 años de vida institucional de la Contraloría General de la República*, (agosto de 2013); Lara Arroyo, José Luis, “Sobre las Inhabilidades para contratar con el Estado” (et.al), en Libro *Sentencias Destacadas* Lyd 2012, (2013) pp. 151-174; Lara Arroyo, José Luis, Perfeccionando las Compras Públicas. A 10 años de la Ley 19.886. *El Mercurio Legal*, (30 de julio de 2013); Lara Arroyo, José Luis, Aspectos Críticos de la Solución de Controversias en la Contratación Administrativa bajo la Ley N° 19.886: El Caso del Tribunal de Contratación Pública (et.al). en *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*, Bocksang Hola, Gabriel y Lara Arroyo, José Luis (coordinadores) Editorial Legalpublishing, Thomson Reuters, (2013), pp. 405-448; Lara Arroyo, José Luis, *Naturaleza jurídica y proporcionalidad de las multas en la contratación administrativa en la Ley N° 19.886: visión crítica de una asentada jurisprudencia administrativa* (et.al), en Actas de X Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. Editorial Thomson Reuters. (2014); Lara Arroyo, José Luis, *Aspectos Críticos y Desafíos Pendientes de la Contratación Administrativa bajo la Ley 19.886*, en Actas de Jornadas de Derecho Administrativo, (2015); Lara Arroyo, José Luis, “*Funcionamiento del sistema nacional de compras públicas y evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: propuesta de cambio*”, en Libro *Un Estado para la Ciudadanía. Estudios para su modernización*. Isabel Aninat y Slaven Razmilic (Editores), Centro de Estudios Públicos, (enero de 2018); Lara Arroyo, José Luis, *15 años de la Ley de Compras Públicas*, *El Mercurio Legal*, (julio de 2018); Lara Arroyo, *Cuando la disidencia se transforma en mayoría: Inaplicabilidad de la inhabilidad por causa laboral para contratar con El Estado. Comentario a Fallos TC que declaran inaplicable artículo 4 inciso 1 de la Ley N° 19.886*, *El Mercurio Legal*, (diciembre de 2018); Lara Arroyo, José Luis, *Derribando los Misterios de la Interpretación del Contrato Administrativo. Los Principios como fuente de solución de los conflictos hermenéuticos* (et.al), Actas de Jornadas de Derecho Público, Universidad de Concepción (2021); Lara Arroyo, José Luis, *Contratación Administrativa en Chile* (et.al), en Libro *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública en Iberoamérica* (Codirector), editorial Tirant Lo Blanch, 2020; Lara Arroyo, José Luis, *Actividad Empresarial del Estado y Contratación Pública*, et.al. en Libro “*Empresa Pública y su Régimen Jurídico*”, Jornadas de Derecho Administrativo ADAD, junio de 2022; Lara Arroyo, José Luis, *Notas sobre el Proyecto de Ley de Modernización de las Compras Públicas*, et.al. *Revista Ius Publicum* N° 50, marzo de 2023; Lara Arroyo, José Luis, “*Naturaleza sancionatoria de las multas en materia contractual administrativa*”, ediciones Centro de Estudios de la Administración (CEA) de la Contraloría General de la República, diciembre de 2023; Lara Arroyo, José Luis, *Multas en los contratos administrativos: ¿sanciones administrativas? Reflexiones bajo la nueva ley de compras públicas* (et.al). En Libro sobre *Derecho Administrativo Sancionador*, editorial Tirant Lo Blanch, 2024; Y, recientemente en Libro *Nueva Ley de Compras Públicas*, Ediciones DER, 2024.

públicas concretas. En tal sentido, se hace necesario advertir la fortaleza de dicha institucionalidad establecida (mercado público, ChileCompra, Tribunal de Contratación Pública) que comprende negocios por más de 16 mil millones de dólares anuales, así como sus desafíos, relacionados principalmente con un conjunto de sucesos, vinculados con irregularidades y faltas a la probidad, acontecidos durante los últimos años⁴.

Pareciera que nuestra normativa no contempló un mecanismo efectivo para inhibir, particularmente a los privados, de incurrir en irregularidades, debiendo quedar ello entregado más bien a la normativa general de responsabilidad y en casos graves al compromiso penal de las personas jurídicas y la reciente Ley de Delitos Económicos. Lo cierto es que la regulación prevista en la aludida Ley 19.886, dada su naturaleza, reguladora más bien de la etapa de selección del cocontratante no había previsto mayormente los riesgos de malas prácticas, particularmente como hemos enunciado, emanadas de los propios particulares en concomitancia, en no pocos casos, con funcionarios públicos.

Producto de lo anterior, durante la tramitación de la gran reforma a la Ley 19.886 (Boletín N° 14.137-05) se generaron una serie de discusiones, profundizadas con el escándalo de las transferencias de capital del sector público al privado (caso convenios o fundaciones)⁵, que hicieron que, durante la discusión de la nueva ley, especialmente a partir de su segundo trámite constitucional, se profundizara sobre la probidad y la transferencia (capítulo VII), estableciéndose una serie de inhabilidades, prohibiciones y una sanción de la mayor gravedad, cuál es la nulidad del contrato administrativo ya celebrado. Dicha razón resulta un motivo suficiente para adentrarnos en estas líneas sobre esta nueva institución que abordaremos en las páginas siguientes.

II. LEY 21.634 Y NUEVO HORIZONTE DE LAS COMPRAS PÚBLICAS

El 30 de marzo del año 2021, mediante mensaje del expresidente Sebastián Piñera Echeñique, se inicia la tramitación del proyecto de ley que moderniza la Ley 19.886, para mejorar la calidad del gasto público, aumentar los estándares

4 Caso Fuerzas Armadas, Convenios, etc.

5 Vid. Nuestro, El llamado Caso Convenios en Chile: consecuencias, lecciones y desafíos para el traspaso de fondos públicos a privados, (et.al), Revista Actualidad Jurídica UM, N°63, diciembre de 2023.

de probidad y transparencia e introducir principios de economía circular en las compras del Estado.

Dicha iniciativa se origina en la necesidad de elevar los estándares de transparencia y probidad en los procedimientos de compras públicas, mejorar la eficiencia e incorporar innovación en las mismas, establecer al “análisis de necesidad” como el primer paso en un procedimiento de adquisición de bienes y servicios, implementar los principios de economía circular, perfeccionar el funcionamiento del TCP, además de las funciones de la Dirección de CCP y, por último, promover la participación de las PYMES en los procedimientos de contratación pública.

Tras una serie de modificaciones al proyecto original y la tramitación respectiva en el Congreso Nacional, el 11 de diciembre del año 2023 se procede a su publicación bajo el título Ley 21.634. La gran mayoría de las modificaciones de esta ley entraron en vigencia un año después de su publicación, acorde a su artículo primero transitorio. Sin embargo, el nuevo Capítulo VII “De la probidad administrativa y transparencia en la contratación pública”, se encuentra en vigencia desde la fecha de publicación de la ley, acorde al inciso segundo de la disposición transitoria indicada.

Dentro de las numerosas innovaciones a distintos cuerpos legales, y en especial, en lo concerniente al tema central de nuestra investigación, corresponde referirnos al actual artículo 24. Bajo la normativa anterior, la competencia del Tribunal de Contratación Pública (TCP) se acotaba a cualquier acto u omisión ilegal, o arbitrario, que tenga lugar entre la aprobación de las bases de licitación y la adjudicación. Desde diciembre del año en curso, dicha competencia se extiende, además, a actos arbitrarios u omisiones ilegales ocurridos durante la ejecución de un contrato administrativo —con lo que se satisface un gran anhelo de los operadores del derecho en esta materia— al constituirse en un verdadero Tribunal de Contratación Pública y no meramente licitatorio como en la práctica estaba sucediendo con la estructura de la ley, a la acción de impugnación contra cualquier acto ilegal o arbitrario cometido por la Dirección de Compras y Contratación Pública en lo relacionado al Registro de Proveedores y, por último, a la acción de nulidad contra los contratos celebrados en infracción al Capítulo VII ya mencionado —y vigente— por los órganos de la Administración del Estado.

III: NUEVA “ACCIÓN DE NULIDAD”

En estricta relación con lo indicado en el apartado precedente, la Ley 21.634 crea una nueva acción, de competencia del TCP: la acción de nulidad contra los contratos celebrados por los órganos de la Administración del Estado, con infracción de las normas del Capítulo VII (normas sobre probidad y transparencia en la contratación).

La norma que crea esta institución es el nuevo artículo 24 N° 4 de la Ley 19.886, la que se origina en el mismo mensaje presidencial con cambios menores de redacción.

Ahora bien, sin perjuicio de su existencia en el proyecto original, su ámbito de aplicación se amplió en el transcurso de la tramitación. Con la redacción que entró en vigor en diciembre del presente año, esta acción se podrá interponer en contra de todo contrato celebrado por la Administración del Estado con infracción al citado Capítulo VII “De la probidad administrativa y transparencia en la contratación pública”, mientras que en la propuesta presidencial su ámbito de aplicación se restringía a ciertos contratos. En virtud del proyecto original, se excluía de su eventual interposición a los contratos de ejecución y concesión de obra pública y, además, establecía que en el caso de los organismos señalados en el artículo 1° inciso quinto de la Ley 19.886, la referida sanción sólo tendría lugar en caso de infracción al artículo 35 *quinquies* —artículo nuevo que, si bien tuvo variaciones en su redacción entre el mensaje presidencial y el proyecto final, se refiere a las causales de abstención en procedimientos de contratación pública o ejecución contractual—.

Por otra parte, es importante tener en consideración que la acción de nulidad procede respecto de contratos celebrados por la Administración del Estado, luego excluye a los contratos que celebren entidades afectas a la Ley de Compras, pero que no integran los cuadros de la administración del Estado como sucede con el Congreso Nacional, Poder Judicial, corporaciones municipales, entidades privadas afectas a la ley.

Sobre los aspectos procesales de la acción, el artículo 24 *ter* que se introduce con a Ley 21.634 establece que la demanda que se interponga a la acción de nulidad podrá ser deducida por cualquier persona, ya sea natural o jurídica, que tenga interés directo en el contrato administrativo cuya nulidad se solicita. El sujeto pasivo corresponde al organismo (integrante de la Administración del Estado) que incurrió en el vicio, acciones u omisiones denunciados y, al

mismo tiempo, el tercero que se estima ha resultado beneficiado por el vicio alegado, por lo que la acción se deberá dirigir no sólo contra la Administración del Estado, sino eventualmente, también contra este tercero. Podemos estimar que este último correspondería a aquel particular que contrató, con el Estado incurriendo a juicio del actor, en un vicio de nulidad al tenor del Capítulo VII.

Como se ahondará en el apartado número V, en caso de interponerse previamente la reclamación administrativa del nuevo artículo 30 *bis*, el plazo se suspende, el que inicia nuevamente a contar de la notificación del acto administrativo que ponga término a dicho procedimiento administrativo o desde que se certifique que dicha reclamación no ha sido resuelta dentro de plazo. Con todo, la norma es clara en señalar que la acción de nulidad no podrá ejercerse luego de dos años contados desde que se produjo el vicio que se reclama.

Esta acción, novedosa en su ámbito de aplicación, introduce el planteamiento del presente artículo: ¿Cómo se aplica la institución de la “nulidad” en la contratación pública? ¿Se tornará esta acción, acaso, como la única vía que se tendrá para solicitar judicialmente la nulidad de un contrato administrativo o habrá estatutos diferenciados dependiendo de la causal invocada? Sobre estas interrogantes se ahondará en los apartados siguientes.

IV. SITUACIÓN ACTUAL EN CHILE DE LA NULIDAD EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

En este punto, resulta necesario distinguir el tipo de nulidad que se tratará. A nivel judicial, se observa una tendencia en argumentar la nulidad de derecho público a fin de solicitar la nulidad de un contrato administrativo (v.gr. Causa Rol N° 1399/2007 (Civil), Corte de Apelaciones de La Serena; Causa Rol N° 34/2015 (Protección), Corte de Apelaciones de Valparaíso; Causa Rol N° 3660/2017 (Casación), Corte Suprema, Sala Tercera).

Sin perjuicio de lo anterior, existe un caso excepcional en Copiapó, en que una jueza titular declara de oficio la nulidad absoluta por objeto ilícito de un contrato de prestación de servicios celebrado entre Constructora Tres Montes SPA y la Ilustre Municipalidad de Tierra Amarilla, Causa Rol C-1169-2018, 3° Juzgado de Letras de Copiapó. Fallo confirmado por la respectiva Corte de Apelaciones y cuyo recurso de casación en el fondo fue rechazado por la

Corte Suprema. En la sentencia indicada, en el considerando cuadragésimo primero, la jueza indica la existencia de un vicio que:

podría calificarse como de nulidad de Derecho Público, en tanto actuación del alcalde cediendo del ámbito de su competencia, pero ese mismo vicio puede también calificarse como la falta de consentimiento de uno de los contratantes (el municipio) a lo que suma el incumplimiento de las formalidades establecidas en cuanto a la modalidad de la contratación, ambas causales de nulidad reguladas por el Derecho Privado.

Así, la jueza civil indica la concurrencia, en una misma situación, de causales tanto de nulidad de derecho público como de nulidad absoluta civil, sin perjuicio de que la pretensión inicial del demandante consista en el cumplimiento forzado del contrato con indemnización de perjuicios.

A continuación, en el mismo considerando citado, se recuerda que el contrato administrativo se rige tanto por normas de Derecho Público como de Derecho Privado, citando al efecto al autor Claudio Moraga Klenner.

Esto último observa su sustento normativo en el artículo primero de la Ley 19.886, en cuya virtud los contratos celebrados por organismos del Estado, a título oneroso, para suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieren para el desarrollo de sus funciones, se deberán ajustar a las normas de la misma ley, siendo aplicables, de manera supletoria, las normas de Derecho Público y, en su defecto, las de Derecho Privado. La Ley 19.886 se remite directa y supletoriamente a las normas de Derecho Privado, es decir, al Derecho Civil.

En virtud de lo anterior, es dable la preferencia de aquellos que, ante una eventual irregularidad de un contrato administrativo, tienden a solicitar la nulidad de derecho público para subsanar las eventuales infracciones normativas o potestativas que pudiesen tener lugar, antes que argumentar una eventual nulidad absoluta o relativa del Código Civil. No obstante, debido a la regulación supletoria civil y ante la inexistencia de pronunciamiento normativo ni en la Ley 19.886 ni la Ley 19.880, se podría colegir la eventual aplicabilidad de los artículos 1681 y ss. del Código Civil que regulan la nulidad absoluta y relativa.

Aun cuando la sentencia de Copiapó citada es clara en demostrar la posibilidad de existir en un contrato administrativo un vicio que acarree nulidad civil, ante la escasa jurisprudencia al respecto subsisten las dudas relacionadas a la materia objeto del presente artículo, ¿las causales de nulidad del Código

Civil ya sean de nulidad relativa o absoluta, tienen aplicación en los contratos administrativos celebrados? Pese a la regulación actual, no deja de ser posible la eventual existencia de una situación en que pueda tener lugar, por ejemplo, un contrato administrativo con objeto ilícito, del artículo 1.682 del Código Civil, como ocurrió en el citado caso de Copiapó.

Al entenderse la nulidad como:

La sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado⁶.

Si bien podría señalarse que la omisión de requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor del acto podría ser subsanada por una nulidad de derecho público, se estima que no todas las situaciones posibles que son cubiertas por la amplitud de la nulidad civil serían cubiertas por la nulidad de derecho público, y menos por la nueva acción de nulidad únicamente referida al nuevo Capítulo VII.

Si lo anterior se estima plausible, y ante las nuevas competencias del TCP ¿qué tribunal será competente para conocer la acción de nulidad que no diga relación con el nuevo (ya en vigencia) Capítulo VII? ¿Acaso la nulidad de los contratos administrativos se acota a las infracciones de probidad administrativa y transparencia? Se torna en aún más compleja la situación debido a la inexistencia de un criterio claro al respecto, inclusive de manera previa a la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 21.634.

De la lectura del nuevo artículo 24 podría entenderse que las competencias atribuidas por este al TCP son taxativas, señalando la norma que este “sólo será competente para conocer” de las acciones indicadas en sus cuatro numerales. Por ende, ¿existirán estatutos separados y, entonces, competencias separadas dependiendo de la causal y acción de nulidad que se invoque? En esta situación, ¿ante qué órgano jurisdiccional se debería entablar una acción en virtud de la cual existan infracciones “conjuntas”, es decir, en que concurra una causal de nulidad absoluta o relativa civil, una causal de nulidad de derecho público al tenor de los artículos 6 y 7 de la Constitución y, eventualmente, una infracción al nuevo Capítulo VII?

6 Alessandri Besa (1932), p. 4

Hasta la fecha, la Corte Suprema se ha pronunciado sobre la competencia de los juzgados civiles para conocer y fallar la acción de nulidad de derecho público, tal como se demuestra en la Causa Rol N° 5099-2021 (Casación). Al respecto, la Corte indica que “es precisamente la naturaleza de la acción —de nulidad de derecho público— aquella que determina la competencia del tribunal que, en este caso, radica legalmente en la sede ordinaria donde se sustancian los presentes antecedentes”. Por la naturaleza de la acción y lo indicado por el máximo tribunal, es posible estimar que en este contexto la competencia no variará. Ahora bien, esto no implica que existan cambios respecto a una eventual nulidad civil.

Siendo así el estado de las cosas, existe una institución más a considerar y que puede contribuir a aumentar aún más la complejidad de la materia: la invalidación. Sobre esta figura se tratará en el apartado siguiente.

V. ¿NULIDAD O INVALIDACIÓN?

Desde otra perspectiva, en nuestro ordenamiento jurídico existe otra institución que tiene por finalidad velar por la legalidad de los actos administrativos. La invalidación, institución (potestad) tratada en el artículo 53 de la Ley 19.880, que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, viene a ser aquella en virtud de la cual la Administración puede (y en realidad en palabras de la Contraloría “debe”) decidir acerca de la pérdida de eficacia del acto administrativo por causas de legalidad⁷.

A través de la lectura de la norma citada, se podría afirmar la posibilidad de invalidar (total o parcialmente), o solicitar la invalidación, de un contrato administrativo celebrado al tenor de la Ley 19.886, dentro de los dos años siguientes, en este caso⁸, de su formalización o celebración. De hecho, la Contraloría General de la República se ha pronunciado mediante sus dictámenes respecto de la posibilidad de invalidar el acto adjudicatorio de una licitación (v. gr. Dictamen N° 49.703, de fecha 05-08-2016; Dictamen N° 404.170, de fecha 13-10-2023), la licitación en sí (v. gr. Dictamen N° 24.510, de fecha: 10-09-2019), el contrato administrativo resultante de la licitación

7 BERMÚDEZ SOTO (2014) p. 168.

8 Recordemos que el artículo 51 de la Ley 19.880 lo computa desde la notificación o publicación del acto respectivo.

(v. gr. Dictamen N° 7.371, de fecha 13-02-2009), entre otros. Todo lo anterior sin perjuicio de los límites creados, tanto por la jurisprudencia de los tribunales como de la misma Contraloría, para la referida potestad invalidatoria.

Dejando salvo lo anterior, dentro de las reformas introducidas por la Ley 21.634, se advierte la creación de una vía administrativa especial para reclamar contra las acciones u omisiones ilegales incurridas durante un procedimiento de contratación administrativa o en la ejecución del contrato mismo regulado por la Ley 19.886. En virtud del nuevo artículo 30 *bis*, cualquier persona interesada, ya sea natural o jurídica, podrá deducir dicha reclamación administrativa a través del Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado —antiguo Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, cuyo nombre cambia con la Ley 21.634—. Así, el reclamo debe ser interpuesto mediante la plataforma señalada ante el organismo que incurrió en la acción u omisión denunciada. La norma indica que en caso de que la Dirección de Compras y Contratación Pública determine que existen indicios de acciones u omisiones ilegales y arbitrarias de parte de organismos de la Administración del Estado, o faltas a la probidad durante un procedimiento de contratación administrativa, deberá remitir los antecedentes del caso a la Contraloría General de la República.

El plazo para interponer dicho reclamo es de cinco días hábiles contados desde la notificación del acto impugnado o desde que la parte interesada haya conocido o debido conocer de la ilegalidad que alega. Una vez planteada esta reclamación, se interrumpe el plazo para ejercer las acciones judiciales del nuevo artículo 24, dentro de las cuales se encuentra la acción de nulidad. Sin perjuicio de lo anterior y como se había adelantado previamente, no se podrá ejercer la señalada acción después de dos años desde que se produjo el vicio que se reclama. Los plazos interrumpidos en virtud de la reclamación se comenzarán a contar a partir de la notificación del acto administrativo que ponga término a dicho procedimiento administrativo o desde la certificación de que dicha reclamación no ha sido resuelta dentro de plazo.

¿Es acaso esta reclamación administrativa una vía especial para alegar la ilegalidad de un contrato administrativo? Pareciera que sí, por lo que, desde la perspectiva del particular, debería proceder su interposición frente a la solicitud de invalidación. Lo señalado delimitaría el ámbito de aplicación de las respectivas instituciones.

Tras todo lo anterior, frente a la posibilidad de que concurran los presupuestos que permiten entablar la acción de nulidad del artículo 24 y, asimismo,

aquellos que permiten entablar la reclamación del artículo 30 *bis*, ¿qué procedería? Si es admisible la analogía entre la solicitud de invalidación y el nuevo reclamo administrativo creado, se puede responder con el derecho de opción concedido por el artículo 54 de la Ley 19.880, en virtud del cual el particular puede optar entre la vía administrativa y la vía judicial.

En la misma línea de lo anterior, es válido cuestionarse el límite existente entre la nulidad civil, la nulidad de derecho público y la nulidad relacionada al Capítulo VII de La Ley. Esta interrogante, por todo lo expuesto, es más compleja que dilucidar el límite entre la invalidación de la Ley 19.880 y la vía administrativa especial creada por el artículo 30 *bis* de la Ley 21.634. Como se indicó, esto encontraría respuesta en la naturaleza y contenido del vicio, así como en la aplicación del criterio de especialidad tan profusamente desarrollado por la jurisprudencia judicial, por lo que primaría el artículo 30 *bis*.

Ahora bien, para distinguir los ámbitos de las respectivas nulidades, es complejo observar un criterio único. Podría utilizarse el mismo principio, es decir, la especialidad, para distinguir el ámbito entre, por un lado, la nulidad de derecho público y civil y, por otro, la nueva acción de nulidad que crea la Ley 21.634. Bajo el tenor literal de la norma, esta acción podría entablarse únicamente contra aquellos contratos celebrados por los órganos de la Administración del Estado en que exista infracción a las normas del Capítulo VII de la Ley 19.886, por lo que, dentro de este contexto, la vía especial es el artículo 24 N°4 de la citada ley.

Con todo, por lo expuesto en los acápites previos, dicho ejercicio se torna de gran complejidad si, fuera del específico escenario descrito en la norma, se quiere solicitar la nulidad del contrato bajo el alero de la Ley 19.886. Descartada que sea la acción del artículo 24, aún se tiene a disposición la nulidad civil y la nulidad de derecho público. Estimamos que la práctica judicial, más que lo que se pueda deducir de las disposiciones que rigen dichas instituciones, permitirá dilucidar los ámbitos de aplicación de las respectivas acciones en el ámbito de la contratación pública, además del tribunal competente para conocerlas.

VI. CONCLUSIÓN

Resulta evidente que la reforma introducida por la Ley 21.634 a la Ley 19.886 transformó profundamente la regulación sobre compras y contratación

pública tanto desde la perspectiva subjetiva, con la incorporación de nuevas entidades tanto públicas como privadas sujetas a la ley, como desde la perspectiva objetiva. Una consecuencia de ello resulta además la irrupción de un nuevo mecanismo de impugnación, cuál es la nulidad del contrato.

Sobre la nueva acción interpuesta por infracción al capítulo VII de la Ley (probidad y transparencia), lo cierto es que surgen diversas interrogantes respecto del legitimado pasivo, y, especialmente, en lo que respecta a su convivencia con otros mecanismos de impugnación, en atención al vicio que afecte al contrato administrativo mismo, cuestión que hace presagiar la convivencia de la nulidad de derecho público con la nulidad del contrato y la nulidad civil, amén de la siempre vigente potestad invalidatoria en sede administrativa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alessandri Besa, Arturo (1932): *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno. Tomo I.* (Santiago Ediar Editores Ltda.).
- Bermúdez Soto, Jorge (2014): *Derecho administrativo general. Tercera edición actualizada.* (Santiago, Legal Publishing Chile).
- Lara Arroyo, José Luis y Luna Bravo, María José, *Nueva Ley de Compras Públicas. Análisis de cambios introducidos por la Ley N° 21.634.* Ediciones DER, 2024.
- Lara Arroyo, José Luis y Luna Bravo, María José, “El llamado ‘Caso Convenios’ en Chile: consecuencias, lecciones y desafíos para el traspaso de fondos públicos a privados”, (et al.), *Revista Actualidad Jurídica UM*, N°63, diciembre de 2023.

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS DE CONVENIOS MARCO EN CHILE: ANÁLISIS DOGMÁTICO Y PERSPECTIVAS

ADMINISTRATIVE CONTRACTING THROUGH FRAME WORK AGREEMENTS IN CHILE: DOGMATIC ANALYSIS AND PERSPECTIVES

JENNY TURRYS NICÓLAS¹

Resumen: En el presente trabajo, se analizan las particularidades del procedimiento de contratación conocido como “Convenios Marco” en Chile y el cambio que han experimentado durante los últimos diez años, incluyendo las perspectivas esperables luego de la reciente modificación legal a la normativa que los regula.

Palabras clave: Derecho Administrativo, contratación pública, Convenios Marco.

Summary: In this paper, we analyze the particularities of the contracting procedure known as “Framework Agreements” in Chile and the changes they have undergone during the last ten years, including the expected perspectives after the recent legal amendment to the regulations that govern them.

Key words: Administrative Law, public contracting, framework agreements.

1 Abogada y Magister en Derecho mención Derecho Administrativo. Profesora de contratación administrativa, Pontificia Universidad Católica de Chile (jnicolas@uc.cl).

I. INTRODUCCIÓN²

Hace 10 años publiqué un artículo titulado “Contratación administrativa a través de Convenios Marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica”. Durante el transcurso de los años siguientes a mi publicación numerosas cosas ocurrieron relacionadas a este procedimiento de contratación administrativa lo cual culmina (¿o empieza?) con la más grande modificación legal a la Ley 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante “Ley de Compras”), materializada a través de la ley 21.634 (2023) y lo que será su nuevo reglamento, el que estará contenido en el Decreto N° 661 de Hacienda (2024), actualmente en trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República.

Estos cambios hacen interesante volver a revisar lo escrito hace 10 años y actualizarlo a lo que ha ocurrido en una década y a lo que —en mi opinión— ocurrirá a partir del 12 de diciembre de 2024, fecha en la cual entrará en vigor la modificación citada a la Ley de Compras en la materia que nos convoca.

La Ley de Compras instauró, a partir del año 2003, un sistema electrónico de contratación administrativa de bienes y servicios³, en el cual es la licitación

2 El presente artículo es una actualización del publicado por la autora, para lo cual se convida a revisar a Nicolás Turrys, Jenny (2015). “Contratación administrativa a través de Convenios Marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica”. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 20, pp. 43-80. En esta publicación, dada la extensión requerida, se ha tomado lo que se ha considerado más destacado del citado trabajo, actualizándolo a la modificación introducida a la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, de 2003, contenida en el art. 1 de la Ley N° 21.634, que Moderniza la ley N° 19.886 y otras leyes, 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, de 2023.

3 La Ley de Compras, en su art. 1° inc. 1, modificado por la Ley N° 21.634, de 2023, ya citada, establece el objeto de su regulación, señalando que se aplicará a “Los contratos que celebren los organismos del Estado a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquellas, las normas del derecho Privado”. La citada modificación legal amplió los sujetos obligados a regirse por la Ley de Compras más allá de los organismos del Estado, incluyendo a personas jurídicas de derecho privado con o sin función pública que reciban transferencias de fondos públicos en los montos que determina esta normativa, entre otros. En cuanto al reglamento de la Ley de Compras, su aplicación no es la normativa complementaria única de este cuerpo legal que se aplicará a todos los sujetos obligados por la Ley de Compras, sino que la reglamentación genérica solo será obligatoria para: a) los órganos de la Administración del Estado señalados en el inciso segundo, del art. 1°, de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el decreto con fuerza de ley N° 1-19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, exceptuando a las empresas públicas creadas por ley y el Banco Central; b) a las corporaciones, fundaciones y asociaciones de participación municipal o regional; c) a las fundaciones en las que participe la Presidencia de la República; d) las corporaciones, fundaciones

pública la regla general dentro de los procedimientos de contratación administrativa regulados por esta normativa.

La Ley de Compras regula otros procedimientos de contratación distintos al mencionado procedimiento competitivo abierto; a saber, la licitación privada —y el trato directo—, luego que entre a regir completamente la reforma legal mencionada, se incorporaran procedimientos especiales de contratación, como serán la compra por cotizaciones, la subasta inversa, los contratos para la innovación y los diálogos competitivos para la innovación, pero la regulación de todo aquello que no sea una propuesta pública, tiene un notorio carácter excepcional y proceden previa resolución fundada que así lo disponga⁴.

Además de los mecanismos de contratación de bienes y servicios mencionados, en este escenario legal surgió, desde sus inicios, una novedosa forma de contratación, de carácter obligatoria, a la cual deben recurrir primeramente los organismos públicos regidos por la Ley de Compras, incluso antes de iniciar un procedimiento de licitación pública. Esta es la modalidad conocida como “Convenio Marco”.

Este mecanismo de contratación vino a representar el 30,7% de las transacciones efectuadas a través del Sistema de Compras y Adquisiciones durante el año 2017⁵, cifra que mostraba su relevancia en dicha época, lo cual, y como se explicará en este trabajo de actualización, tuvo un franco descenso, llegando —en el año 2023— a representar tan solo el 5,6%⁶ del total de las transacciones

y asociaciones no señaladas anteriormente en las que participe de su administración o dirección un organismo de la Administración del Estado, y que reciban transferencias de fondos públicos que, en su conjunto, asciendan a una cantidad igual o superior a 1.500 UITM en un año calendario, identificadas mediante un decreto exento, emitido por el Ministerio de Hacienda en enero de cada año, esto último según establece el Decreto N° 661, de 2024, de Hacienda, que Aprueba reglamento de la ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, y deroga el Decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que, a la fecha de redacción de este estudio, se encuentra en trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República. En Chile, hasta el 11 de diciembre de 2024, exceptuando a las Fuerzas Armadas, aunque su reglamento particular es casi idéntico al general, se cuenta sólo con un texto reglamentario, diferencia interesante que tendremos con la nueva normativa, pero que, por la extensión de este trabajo no profundizaremos en esta oportunidad.

4 Con excepción del procedimiento especial de contratación denominado “Compra Ágil”, cuya regulación se encontrará en el art. 7°, letra d, numeral 1, de la Ley de Compras, el cual, para su utilización, no será necesario consultar si existe algún Convenio Marco vigente que incluya los bienes y servicios requeridos por los organismos compradores.

5 Dirección ChileCompra. *Datos Abiertos*. Disponible en <<https://datos-abiertos.chilecompra.cl/>>

6 Dirección ChileCompra. *Datos Abiertos*. Disponible en <<https://datos-abiertos.chilecompra.cl/>>

sujetas a la Ley de Compras, ubicándose incluso por debajo de la modalidad de contratación a través de tratos directos⁷.

II. ORÍGENES DEL CONVENIO MARCO: DISCUSIÓN LEGISLATIVA

El proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso Nacional, durante el mandato del presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle⁸, no hablaba de “Convenios Marco” sino de “Contratos Marco”⁹, dejando su definición para el reglamento de la ley¹⁰. Se mencionaban los mismos en relación con una de las facultades que se entregaban a la Dirección de Compras y Contratación Pública que precisamente se creaba con el proyecto y los limitaba en su utilización a los contratos de suministro de bienes excluyendo a los servicios.

Recién en el proyecto sustitutivo que se envió durante el gobierno de Ricardo Lagos¹¹, durante la tramitación del proyecto de ley en la Cámara Baja, encontramos mencionado por primera vez el concepto de “Convenio Marco”, pero, al igual como ocurrió en el proyecto de ley original, se asocia el concepto a una facultad de la creada Dirección de Compras y Contratación Pública.

En este sentido, el art. 29 de la referida indicación sustitutiva definía los “Convenios Marco” de la manera siguiente:

Art. 29. Son funciones del servicio las siguientes:

- 7 En el año 2014 señalaba que —para el 2013— el mecanismo de Convenio Marco representó el 21% del total de los montos transados a través del Sistema de Compras y Contrataciones Públicas, así como el incremento sostenido que mantuvo hasta el año 2017. Para consultar lo señalado, revisar Nicolás Turrys, Jenny, *ob. cit.*, p. 45.
- 8 Mensaje 9-341, de 27 de octubre de 1999.
- 9 En la legislación comparada, en países como Venezuela o México, se utiliza el término “Contratos Marco”. En España se conocen como “Acuerdos Marco” y en Colombia como “Acuerdos Marco de Precios”, por dar algunos ejemplos de normativa foránea, cuyo análisis no es el objetivo de este trabajo.
- 10 El art. 39 del proyecto enviado por el ejecutivo al Congreso Nacional, en su letra “d”, establece lo siguiente: “Créase un servicio público descentralizado denominado Dirección de Compras y Contratación Pública, con personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda. Tendrá su domicilio en la ciudad de Santiago y sus finalidades serán: c. Licitary celebrar contratos marco para la administración, especialmente de suministro, para lo cual podrá celebrar convenios con uno o varios órganos y servicios de la administración, en conformidad al Reglamento”.
- 11 Ricardo Lagos Escobar, con fecha 3 de mayo de 2001, formuló una indicación por la que sustituye íntegramente el texto propuesto en el mensaje del proyecto de ley original, que se tramitaba en ese momento en la Cámara de Diputados.

d) De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar la suscripción de convenios marco, los que estarán regulados en el Reglamento de la presente ley.

Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho Convenio Marco, los organismos públicos afectos a las normas de esta ley estarán obligados a comprar bajo ese convenio relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En este caso deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora.

Los organismos públicos que obtuvieren por su propia cuenta condiciones más ventajosas sobre bienes o servicios respecto de los cuales la Dirección de Compras mantiene convenios marco vigente, deberán informar de tal circunstancia a la Dirección. Con esta información, la Dirección deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos.

En el texto transcrito, que guarda mucha similitud con el promulgado y vigente hasta el 11 de diciembre de 2024, se establece claramente la importancia de los Convenios Marco en cuanto los organismos públicos regidos por la Ley de Compras estarían obligados a recurrir a ellos como primera forma de contratación, salvo que directamente obtengan condiciones más ventajosas¹².

Posteriormente, durante la tramitación del proyecto de ley, se perfeccionó la redacción del artículo respectivo citado¹³ y se agregaron excepciones para su aplicación relativas a las municipalidades, con la finalidad de preservar la autonomía financiera de las mismas e impedir que el Gobierno incida directamente en las decisiones de compra de los Municipios, dejando a su voluntad el adherir o no a los Convenios Marco vigentes¹⁴.

12 Esto ha sido reafirmado por la Contraloría General de la república (en adelante e indistintamente “CGR”, “Ente Contralor” o “Contraloría”) en diversos dictámenes como son los N° 62.857, de 2009; N° 76.521, de 2012; N° 50.442, de 2013, entre otros.

13 Los Diputados señores Alvarado, Álvarez, Cardemil, Dittborn, Hidalgo y Von Mühlen-brock, presentaron una indicación para agregar a la letra d), a continuación de la expresión “licitar” las palabras “bienes y servicios a través de”. Historia de la Ley N° 19.886; discusión en particular del proyecto en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados. En Historia de la Ley N° 19.886, p. 95.

14 Esta precisión se efectuó mediante indicación del Ejecutivo en dicho sentido durante el Segundo Trámite Constitucional del proyecto de ley ante el Senado. En Historia de la Ley N° 19.886, p. 270. A partir del 12 de diciembre de 2024, los municipios se encontrarán obligados a utilizar los Convenios Marco vigentes, dejando de estar exceptuados de su uso.

A su vez, y luego que se incorporasen al proyecto de ley las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública¹⁵ —originalmente no incluidas dentro de los organismos a los que la Ley de Compras sería aplicable— se decide excluir la aplicación obligatoria de los Convenios Marco a su respecto; pero no automáticamente, ya que esta exclusión afectaría a determinados bienes y servicios que deben ser definidos por el director de logística del Ejército, el director general de los Servicios de la Armada, el comandante del comando logístico de la Fuerza Aérea, el director de logística de Carabineros y el jefe de la jefatura de logística de la Policía de Investigaciones. Esta exclusión se fundamenta con la finalidad de “lograr un equilibrio que compense adecuadamente las normas sobre materias de seguridad nacional con la necesidad de mantener la plena vigencia de las normas de este articulado”¹⁶.

Es así como en la historia del establecimiento del texto original de la Ley de Compras encontramos solo una mención que nos puede acercar a entender el concepto que los primitivos legisladores buscaron entregarle al Convenio Marco, y esta se encuentra en el informe que el Diputado Camilo Escalona entregó a la Cámara de Diputados durante la discusión en sala, en primer trámite constitucional del proyecto de ley, donde señaló que este:

Crea la modalidad de contrato-marco, es decir, la negociación, por parte de la Dirección de Compras, de condiciones favorables a las que puedan adherir las entidades públicas, obtenidas en consideración al volumen, las que conservarán su facultad de compra directa cuando se les presenten condiciones más ventajosas que las obtenidas por el convenio-marco¹⁷.

15 El proyecto de ley, durante su tramitación en la Cámara de Diputados, excluía de su normativa a los contratos celebrados por la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, a las municipalidades y a las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, los cuales fueron incluidos dentro de los órganos regidos por la Ley de Compras durante la tramitación del proyecto de ley en el Senado.

16 Informe del diputado Camilo Escalona a la Cámara de Diputados durante el Tercer Trámite Constitucional del proyecto de ley. Historia de la Ley N° 19.886, p. 476.

17 El Diputado utilizó el concepto de “contrato-marco” y no de “convenio marco” a pesar de que cuando realizó su informe ya había sido sustituido el proyecto de ley original por el Ejecutivo, por lo que consideramos que solo fue un error de referencia del Diputado.

III. REGULACIÓN DE LOS CONVENIOS MARCO HASTA LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 21.634, DE 2023

La mención a los Convenios Marco quedó establecida en el texto original de la Ley 19.886 de 2003, específicamente en el art. 30, letra d), como una de las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública¹⁸, entregado a su reglamento la definición de qué deberíamos entender por “Convenio Marco”; y es así como el Reglamento de Compras, aprobado por el Decreto N°250 de Hacienda de 2004, en su art. 2º, número 14, definió el Convenio Marco como el “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”, regulando, en el Capítulo III, arts. 14 a 18, todo lo referente a esta forma de contratación sin señalar cuál será su modalidad de adjudicación, cuáles son sus características más fundamentales y cómo será la relación que se formará entre la Dirección de Compras y Contratación Pública, los organismos públicos y los contratistas de Convenio Marco.

Este reglamento citado, en relación con la materia en estudio, tuvo dos modificaciones relevantes. La primera de ella fue a través del Decreto N° 1.763 de Hacienda de 2009, que introduce el art. 14 *bis*, con lo que se incluye un procedimiento de adjudicación competitivo dentro de cada Convenio Marco, cuando la adquisición pretendida sobrepase las 1.000 UTM, conocido como “Gran Compra”, al cual nos referiremos más adelante. La segunda, se

18 El art. 30 de la Ley N°19.886, vigente hasta el 11 de diciembre de 2024, establece que:

Son funciones del Servicio las siguientes:

d) De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de Convenios Marco, los que estarán regulados en el reglamento de la presente ley. Respecto de los bienes y servicios objeto de dicho convenio marco, los organismos públicos afectos a las normas de esta ley estarán obligados a comprar bajo ese convenio, relacionándose directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, salvo que, por su propia cuenta obtengan directamente condiciones más ventajosas. En este caso deberán mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior por parte de la correspondiente entidad fiscalizadora.

Los organismos públicos que obtuvieren por su propia cuenta condiciones más ventajosas sobre bienes o servicios respecto de los cuales la Dirección de Compras y Contratación Pública mantiene Convenios Marco vigentes, deberán informar de tal circunstancia a la Dirección. Con esta información, la Dirección deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos.

La suscripción de Convenios Marco no será obligatoria para las municipalidades, sin perjuicio de que estas, individual o colectivamente, puedan adherir voluntariamente a los mismos.

La suscripción de Convenios Marco no será obligatoria para las Fuerzas Armadas y para las de Orden y Seguridad Pública, respecto de los bienes y servicios que respectivamente determinen el Director de Logística del Ejército, el Director General de los Servicios de la Armada, el Comandante del Comando Logístico de la Fuerza Aérea, el Director de Logística de Carabineros y el Jefe de la Jefatura de Logística de la Policía de Investigaciones, de acuerdo a los criterios que al respecto defina el reglamento.

materializó por el Decreto N° 1.410, de Hacienda de 2015, el cual regula los requerimientos de garantías para este procedimiento de compra y precisa de mejor manera la forma de realizar una “Gran Compra”.

Es importante señalar que con el nombre de “Convenio Marco” se conoce —incluso hasta hoy— tanto el procedimiento licitatorio que adjudica diferentes bienes y servicios que formarán parte de un catálogo electrónico, como el acuerdo de voluntades que nace de la adjudicación de esta licitación, que tiene características peculiares a las cuales nos referiremos en este estudio, y que viene a transformarse en un verdadero procedimiento de contratación en sí mismo, único para cada Convenio Marco que sea adjudicado.

IV. CAMBIO DE POLÍTICA DE LA DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN CON LOS CONVENIOS MARCO

Como señalamos en la introducción a este trabajo, hasta el año 2017, la utilización de los Convenio Marco, como mecanismo de adjudicación de los organismos del Estado, iba en alza, pero este protagonismo se estanca abruptamente a partir de la anualidad señalada, y la razón de ello es un cambio radical de política de la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante, e indistintamente, “Dirección ChileCompra”) a su respecto, motivada por las conclusiones que sobre la materia en estudio arrojó un informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) titulado “Contratación Pública en Chile: opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos”¹⁹, encargado a dicha organización internacional por la propia Dirección ChileCompra, siendo publicado el año 2017.

El informe citado señalaba que:

En los últimos cinco años, la cantidad de órdenes de compra aumentó en un 150 % y la cantidad de proveedores que realizaron transacciones en más de un 130 %. Sin embargo, este mayor éxito también cuestiona la sostenibilidad del modelo operativo actual de los convenios marco, que fue testigo de un

19 Disponible en <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264275614-es>>

aumento del 758 % en las solicitudes de modificaciones de productos durante el mismo período²⁰.

Esta alarmante constatación, que implicó en la práctica un aumento en los costos administrativos para operar los Convenio Marco, costos que debió solventar la Dirección ChileCompra, y que estaban asociados a la alta gestión que llevaba responder a los requerimientos —y control— de un elevado número de proveedores adjudicados en cada convenio marco²¹, puso en riesgo el modelo utilizado desde la entrada en vigencia de la Ley de Compras, lo cual contrastaba, además, con las políticas económicas del Gobierno de la época, que impulsaba cambios en la contratación pública destinados a mejorar su sostenibilidad y eficiencia²².

De esta forma, de manera paulatina, los Convenios Marco se orientaron a la búsqueda de bienes y servicios estándar, abandonando aquellos que no implicaban una demanda transversal entre los organismos públicos²³.

Asimismo, los Convenios Marco buscaron evitar su uso en adquisiciones de bajo monto, las que quedaron relegadas para una causal de contratación directa especialmente creada para apoyar este cambio de modelo, que recibió el nombre de “Compra Ágil”²⁴.

Como señalaba en mi artículo del año 2014 “A la fecha de realización de este trabajo, la Dirección de Compras mantiene 35 Convenios Marco vigentes, los

20 OCDE (2017), *Contratación Pública en Chile: Opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública (Paris, Éditions OCDE). Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264275614-es>, p. 11.

21 La Dirección ChileCompra permitía, según lo establecían las bases de licitación de cada Convenio Marco, que los proveedores adjudicados pudieran modificar sus ofertas de bienes y servicios adjudicados, lo que era evaluado por este organismo público – en cuanto a sus especificaciones y precios de los bienes y servicios – incorporando los mismos a la plataforma transaccional si consideraba que corresponde. En este sentido: OCDE (2017), *Contratación Pública en Chile: Opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos*, Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública (Paris, Éditions OCDE). Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264275614-es>, p. 16.

22 OCDE, ob. cit., p. 3.

23 Por ejemplo, el Convenio Marco “Hemodiálisis, peritoneodiálisis adultos y niños”, ID N° 2239-4-LP12, que solo podía ser utilizado, atendido el objeto del mismo, por el Fondo Nacional de Salud (FONASA).

24 La “Compra Ágil”, es, hasta el 11 de diciembre de 2024, una causal de contratación directa por monto, que permite adquirir bienes y servicios, hasta 30 UTM (aproximadamente USD 2.177), previa solicitud de al menos 3 cotizaciones, lo que se realiza a través del Sistema de Información. Se introdujo en Chile por una modificación al reglamento de la Ley de Compras, a través del Decreto N° 821, de Hacienda, de 2020, que agregó un artículo 10 *bis* al texto vigente de la época. A partir del 12 de diciembre de 2024 pasará a ser una modalidad especial de contratación, aumentando el umbral de su uso hasta las 100 UTM (aproximadamente USD 7.258).

cuales abarcan una amplia gama de productos y servicios”²⁵, ese número, en el presente año 2024, se redujo a tan solo 16 Convenios Marco²⁶, y con la entrada en vigencia de la Ley 21.634, de 2023 —en esta materia específica— es de esperar que esta tendencia de disminución se detenga, ya que la Dirección ChileCompra ha adoptado desde el año 2018, una definición más restrictiva para este procedimiento de contratación que la reforma legal solo vino a concretar en forma normativa.

V. LEY 21.634 (2023) Y UNA NUEVA DEFINICIÓN DE CONVENIO MARCO

1. Conceptualización y principales características

De la definición utilizada durante la tramitación de la Ley 19.886 de 2003, podemos entender que un “Convenio Marco”, más que un “contrato administrativo”²⁷, fue pensado como un “procedimiento contractual administrativo”²⁸. En este sentido, un Convenio Marco tendría una naturaleza meramente procesal o adjetiva, que constituye, como su nombre indica, un marco jurídico de carácter habilitante para la consecuente formulación de relaciones de coordinación o concertación con los organismos de la

25 Nicolás Turrays, J. Ob. cit., p. 54.

26 Estos 16 Convenios Marco corresponden a los siguientes ID (número de identificación) de la plataforma electrónica transaccional www.mercadopublico.cl: i) N° 2239-7-LR17 (alimentos); ii) N° 2239-9-LR21 (emergencias y prevención); iii) N° 2239-12-LR21 (pasajes aéreos y asistencia en viajes); iv) N° 2239-9-LR22 (artículos de aseo e higiene); v) N° 2239-21-LR22 (suministro de combustibles); vi) N° 2239-2-LR23 (artículos de escritorio y papelería); vii) N° 2239-3-LR23 (mobiliario general); viii) N° 2239-6-LR23 (gas licuado de petróleo); ix) N° 2239-8-LR23 (adquisición vehículos y maquinarias); x) N° 2239-12-LR23 (seguros de vida); xi) N° 2239-9-LR23 (productos y servicios de ferretería); xii) N° 2239-13-LR23 (administración y entrega de beneficios); xiii) N° 2239-14-LR23 (licencias ofimática); xiv) N° 2239-19-LR23 (desarrollo, mantención de softwares e IAAS); xv) N° 2239-21-LR23 (insumos y dispositivos médicos); y, xvi) N° 2239-1-LR24 (computadores, portátiles, desktop y AIO).

27 Que, según señala Moraga, se trata de una institución jurídica que se subsume perfectamente en el contrato del Código Civil, esto es, “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas (art. 1438)”; Moraga Klenner, Claudio (2007). *Contratación Administrativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.25. Para Bermúdez, en cambio, el contrato administrativo es “un acuerdo de voluntades entre un órgano de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas y un particular u otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones”, Bermúdez Soto, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*, Santiago: Legal Publishing Chile, p. 239.

28 Moraga Klenner, C. Ob. cit., p. 24.

Administración, que serán los verdaderos destinatarios de este, los cuales se relacionarán directamente con el contratista adjudicado por la Dirección ChileCompra, a través de la emisión de la orden de compra respectiva²⁹.

La Ley 21.634, de 2023, le entrega finalmente al Convenio Marco lo que normativamente, antes de esta modificación, se extrañaba: su rol de procedimiento de contratación separándolo de la licitación pública, al menos en lo que a definición se trate.

En efecto, en el que será —a partir del 12 de diciembre de 2024— el art. 7, letra d), considera al Convenio Marco, como un procedimiento especial de contratación³⁰, definiéndolo, en su numeral 3, como:

El procedimiento de contratación competitivo realizado por la Dirección de Compras y Contratación Pública, que persigue la eficiencia y ahorro en los costos de transacción en el suministro directo de bienes o servicios estandarizados a los organismos públicos, con demanda regular y transversal. La Dirección evaluará la oportunidad y conveniencia de llevar a cabo dichos procesos, para lo cual realizará estudios previos de factibilidad, en orden a determinar si los bienes o servicios a licitar cumplen con los requisitos de estandarización, de transversalidad y de regularidad en la demanda que hacen procedente este procedimiento especial de contratación administrativa.

De la nueva regulación legal, y de lo que se espera sea el reglamento aplicable a la materia, podemos establecer las siguientes características aplicables a un Convenio Marco:

- i. Es un procedimiento especial de contratación, distinto a una licitación pública, aunque comparte muchas características de esta, como señalaremos. Esta especialidad está dada por perseguir un objetivo particular, cual es el adjudicar bienes y servicios que formarán un catálogo que las entidades sujetas a la Ley de Compras deberán acudir para adquirir directamente

29 Art. 17, Decreto N° 250, de Hacienda, de 2004.

30 La Ley N° 21.634, de 2023, incorpora esta nueva categoría de procedimiento de adquisición de bienes y servicios, la cual agrupa modalidades tan disímiles como es la compra simplificada a través de “Compra Ágil”, los “Convenios Marco”, la “Subasta Inversa” o los “Contratos para la Innovación”, por nombrar solo algunos, definiéndola, en el que será el art. 7°, letra d), de la Ley N° 19.886, de 2003, modificada, como: “Mecanismos de contratación establecidos para la adquisición de tipos de bienes o servicios específicos, o avaluados en un determinado rango de precio, señalados en la presente ley. Estos procedimientos persiguen objetivos particulares, como son la promoción de las empresas de menor tamaño y proveedores locales, los de probidad, eficacia, eficiencia, innovación, ahorro, competencia, sustentabilidad y acceso. Cada entidad licitante será responsable de acreditar las circunstancias que la facultan para aplicar el respectivo procedimiento especial de contratación”.

los bienes y servicios que requieran que hayan sido adjudicados en cada Convenio Marco³¹, y establecer la forma en que la Dirección ChileCompra —y los organismos públicos— se relacionarán con el adjudicatario, quien solo tiene una expectativa que el bien o servicio adjudicado le será requerido durante la vigencia del Convenio Marco respectivo.

- ii. Solo puede ser realizado por la Dirección ChileCompra. Este procedimiento especial de contratación solo puede ser utilizado por la Dirección de Compras y Contratación Pública, quien actuará de oficio o a petición de uno o más organismos públicos³². Ningún otro organismo público podría adjudicar un Convenio Marco. Esta facultad asimismo, según ha señalado CGR, no posee restricciones, pudiendo la Dirección ChileCompra adjudicar Convenios Marco utilizando el pliego de condiciones que considere adecuado³³ y determinar su plazo de vigencia³⁴.
- iii. Al momento de ser licitados, su monto es indeterminado. Atendido a que en un procedimiento de Convenio Marco se adjudican proveedores de bienes y servicios para satisfacer necesidades indeterminadas, el monto que se transará a través de ellos es también desconocido al momento de su adjudicación. Dado lo anterior, no se exige que el acto administrativo de adjudicación de un Convenio Marco sea respaldado por el respectivo certificado de disponibilidad presupuestaria³⁵. Ahora bien, la Dirección ChileCompra, para publicar el pliego de condiciones que regulará la adjudicación de un Convenio Marco en el Sistema de Información y Gestión de Compras y Contrataciones del Estado (en adelante “Sistema de Información”), que se concreta en la plataforma www.mercadopublico.cl, debe utilizar alguno de los diferentes tramos

31 La modificación introducida al art. 7° de la Ley de Compras, por la Ley N° 21.634, de 2023, agregando un nuevo literal d), que define los “Procedimientos especiales de contratación”, señala, equivocadamente, que “cada entidad licitante” será responsable de acreditar las circunstancias para utilizar algún procedimiento especial, lo cual es claramente un error del legislador puesto que dichos procedimientos especiales son algo muy diferente a una licitación, al menos en la mayoría de los casos. La excepción puede ser precisamente el Convenio Marco que comparte todas las características de una licitación pública, salvo en cuanto a quien puede realizar el llamado y la adjudicación múltiple.

32 Art. 30, letra d, de la Ley de Compras.

33 Dictamen N° 7.164, de 2019.

34 Dictamen N° 7.507, de 2019.

35 Es así como a su respecto no se aplica lo dispuesto en el que será el art. 5°, del que será el nuevo Reglamento de la Ley N° 19.886, aprobado por el Decreto N° 661, de Hacienda, de 2024, a la fecha de este trabajo, pendiente de toma de razón, que establece la obligatoriedad de las entidades públicas de contar, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo, con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes.

que ha creado para la publicación de licitaciones, que están asociados a montos, donde, mayoritariamente, salvo una excepción³⁶, ha utilizado desde el año 2015 el tramo que supera las 5.000 UTM, esto es el referido a las licitaciones conocidas con el sufijo de “LR”.

- iv. Se adjudican en selección múltiple. Un Convenio Marco es adjudicado a varios proveedores del bien o servicio que serán su objeto y formaran parte del catálogo electrónico respectivo, de entre los cuales las entidades públicas elegirán con quien efectuar la compra de lo que requieran si esta es menor a 1.000 UTM, de acuerdo al procedimiento que la Dirección haya establecido para ello según veremos más adelante, o realizarán solo con ellos, un segundo procedimiento competitivo de selección si lo requerido sobrepasa el monto señalado. El art. 7°, letra d), N° 3, de la modificada Ley de Compras lo señala expresamente indicando que en los procedimientos licitatorios respectivos se seleccionará a “múltiples proveedores”³⁷, no pudiendo existir entonces una adjudicación única.
- v. Su objetivo es cubrir determinadas necesidades recurrentes de bienes y servicios estandarizados, con demanda regular y transversal entre los organismos públicos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. La Dirección ChileCompra determina las necesidades de los organismos públicos afectos a la Ley de Compras, revisando, en primer lugar, los Planes Anuales de Compras y Contrataciones³⁸ de las entidades sujetas a esta

36 La excepción fue el Convenio Marco ID 2239-13-LQ20, Convenio Marco de Mobiliario General.

37 En este mismo sentido se pronunció el Dictamen N° E32548, de 2023, en relación con la licitación realizada por la Dirección ChileCompra para adjudicar el Convenio Marco denominado “Agencia de Viajes Corporativos Online y Asistencia en Viajes, ID N° 2239-12-LR21”, el cual, en sus bases de licitación respectivas, N° 9.7, se señaló que “En este convenio marco adjudicará en la Categoría Agencia de Viajes Corporativos Online al proveedor (1 proveedor) que obtenga el mayor puntaje”. El Ente Contralor estableció que, al traducirse los Convenio Marco en un catálogo electrónico que contendrá, entre otras menciones, “la individualización de los proveedores a los que se les adjudicó el Convenio Marco”, supone que el proceso permita seleccionar a más de un oferente, a lo que hace excepción la circunstancia de que solo uno de ellos cumpla con los requerimientos previstos. Resulta curioso que, a pesar de constatar la CGR una ilegalidad, solo convida a la Dirección ChileCompra a “adoptar las medidas pertinentes para que esa situación no se reitere en lo sucesivo, debiendo establecer en las respectivas bases que la adjudicación se efectuará a más de un proveedor, siempre que sus ofertas observen las exigencias previstas en esos pliegos”, sin ordenar un procedimiento de invalidación del respectivo Convenio Marco que —claramente— no se ajustaba a derecho.

38 El art. 14 del Decreto 250, de Hacienda, de 2004, reglamento vigente de la Ley de Compras a la fecha de este estudio, establece la obligación de la Dirección ChileCompra de considerar, entre otros elementos, los Planes Anuales de Compra de cada entidad. Igual obligación se mantiene en el art. 52, del Decreto N° 661, de Hacienda, de 2024, a esta fecha en trámite de toma de razón, que será el nuevo reglamento de la Ley de Compras a partir del 12 de diciembre de 2024. Una importante diferencia que es esperable facilite la labor de la Dirección ChileCompra para poder

normativa. Buscando lograr mejores condiciones comerciales, licitará aquellos bienes y servicios cuya necesidad se aprecia como recurrente, previa evaluación de la oportunidad y conveniencia para llevar a cabo dichos procesos³⁹, debiendo la Dirección ChileCompra realizar estudios previos de factibilidad, en orden a determinar si los bienes o servicios a licitar cumplen con los requisitos de estandarización, de transversalidad y de regularidad en la demanda⁴⁰.

Los bienes y servicios —que serán parte de cada Convenio Marco— podrán ser adquiridos por los organismos públicos compradores solo en la medida que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones⁴¹.

- vi. Los bienes y servicios incluidos en un Convenio Marco forman un catálogo. Ya hemos mencionado en varias oportunidades en este trabajo que los bienes y servicios adjudicados serán parte de un catálogo electrónico. Para su elaboración, los proveedores adjudicados deberán entregar una serie de información de los bienes y servicios ofertados a la Dirección ChileCompra, quien la utilizará para catalogar los mismos en un listado que se pondrá a disposición de los compradores públicos a través de la plataforma electrónica conocida como “Tienda Convenio Marco”. La modificación a la Ley de Compras introducida por la Ley 21.634 de 2023, ya no deja ninguna duda —si es que alguien alguna vez la tuvo— de que los Convenios Marco vigentes se deben traducir en

realizar estudios de agregación de demanda es que el instrumento conocido como *Plan de Compras y Contrataciones* – el cual es definido en el art. 4^o, número 29, del citado Decreto N° 661, de 2024, como “aquella información sistematizada que cada entidad sujeta a este reglamento entrega de manera pública, relativa a los bienes y servicios que espera adquirir durante cada mes del año, con indicación de su especificación, número y valor estimado, y la naturaleza del proceso por el cual se adquirirán o contratarán dichos bienes y servicios” —será de cumplimiento obligatorio por los organismos obligados a utilizar la Ley de Compras, según establece el artículo 12 de dicha norma, en virtud de la modificación introducida por la Ley N° 21.634, de 2023.

39 El Ente Contralor, en dictamen N° E240654, de 2022, validó la realización de un análisis técnico y económico previo a la licitación de un Convenio Marco, conforme a lo dispuesto en el art. 13 *ter* del Decreto N° 250, de Hacienda, de 2004. La modificación introducida a la Ley de Compras el año 2023, agregando un artículo 35 *bis*, estableció, en su inciso cuarto, esta obligación para, entre otras, todas aquellas adquisiciones y contrataciones complejas, como sin duda es un Convenio Marco, donde es necesario realizar —previo a la licitación respectiva— un análisis de información acerca de los bienes y servicios requeridos, de sus precios, de los costos asociados, considerando el ciclo de vida útil del bien a adquirir, o de cualquier característica relevante que requieran.

40 rt. 52, inciso tercero, del Decreto N° 661, de Hacienda, de 2024, a la fecha de este trabajo en trámite de toma de razón.

41 Dictamen N° 31.429, de 2018. Importante en este sentido es la jurisprudencia de CGR sobre la adquisición de “vales de gas” por los Servicios de Bienestar de los organismos públicos compradores para ser luego vendidos a sus afiliados; en este sentido dictamen N° 17.084, de 2019 y, más recientemente, dictamen N° E435.826, de 2024.

un catálogo publicado en el Sistema de Información, que contendrá una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus precios, sus condiciones de contratación, y la individualización de los proveedores a los que se les adjudicó el Convenio Marco.

Los proveedores adjudicados en cada Convenio Marco se encuentran obligados a mantener stock de los productos incluidos en este catálogo electrónico durante toda la vigencia del convenio respectivo⁴².

- vii. Es posible agregar bienes y servicios no ofertados por los proveedores adjudicados durante la vigencia del Convenio Marco⁴³. Los Convenios Marco pueden establecer un procedimiento dinámico que permita agregar nuevos productos y servicios al catálogo que se forma con los mismos, así como quitar productos incluidos en él si los mismos no son transados en un plazo de seis meses, todo lo cual se desarrolla de acuerdo con el procedimiento establecido por las bases que regularon la adjudicación de cada Convenio Marco. El art. 7º, letra d, numeral 3, de la Ley de Compras modificada, establece que la Dirección ChileCompra puede establecer los requisitos para actualizar las condiciones de los productos ofrecidos⁴⁴ en las bases de licitación del respectivo Convenio Marco.
- viii. Una vez adjudicado, se transforma en un procedimiento de contratación único, al cual deben recurrir obligatoriamente los compradores públicos para adquirir los bienes y servicios catalogados en él. El Convenio Marco adjudicado deviene en su ejecución en un procedimiento de adjudicación que permite a los organismos públicos la contratación de bienes y servicios, la cual queda condicionada a los requerimientos previamente licitados por la Dirección ChileCompra.

Un Convenio Marco adjudicado, entonces, viene a entregar un marco jurídico habilitante para que los órganos de la Administración Pública, regidos por la Ley de Compras puedan efectuar contrataciones con determinados proveedores de bienes y servicios que han sido previamente seleccionados a través de un procedimiento competitivo efectuado por

42 Dictamen N° 2.765, de 2019.

43 Esta es la regla general en la mayoría de los Convenios Marco vigentes a la fecha de este trabajo, existiendo excepciones, lo cual se explicará en el capítulo siguiente.

44 La normativa solo se refiere a “productos” no a “servicios”, imaginamos que, por descuido del legislador, ya que en la historia de la tramitación de la Ley N° 21.634 no se establece alguna razón para esta diferenciación normativa.

la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que cada Convenio establece.

2. Órgano competente para su adjudicación: la Dirección de Compras y Contratación Pública

La Ley de Compras faculta a la Dirección ChileCompra a efectuar licitaciones para “suscribir” Convenios Marco⁴⁵. Con esta atribución legal, lo que el legislador hizo fue conceder a este Servicio Público la representación extrajudicial del Fisco para este tipo de procedimiento, que se traduce en 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 sea adjudicado.

A pesar de esta amplia facultad que la ley establece para la Dirección ChileCompra, el legislador no deja entregada a esta la fiscalización del uso de los Convenios Marco por parte de los organismos sujetos a la normativa, la cual solo puede ser ejercida por la Contraloría General de la República (en adelante, CGR), a través de alguna solicitud de pronunciamiento que realice un interesado conforme a su ley orgánica, dado que las bases de licitación respectivas no están sometidas al trámite de toma de razón⁴⁶; o por el Tribunal de Contratación Pública que es competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos durante la tramitación del procedimiento especial de contratación para adjudicar un Convenio Marco⁴⁷; o por un recurso de amparo económico; o incluso una demanda ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de darse los supuestos que lo habiliten⁴⁸. Durante su operatoria, con la modificación introducida por la Ley 21.634, de 2023, mencionada, el Tribunal de Contratación Pública podrá conocer de una nueva acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios ocurridos durante la ejecución de un Convenio Marco⁴⁹, dada la naturaleza de contratos administrativos

45 Art. 30, letra d, de la Ley N° 19.886, de 2003.

46 Según lo dispuesto en las Resoluciones N° 7, de 2019, y N° 14, de 2022, ambas de la Contraloría General de la República, que establece normas sobre exención del trámite de toma de razón y fija montos afectos, respectivamente.

47 Artículo 24, numeral 1, de la Ley N° 19.886 (2003).

48 Celiz Danzinger, Gabriel y Ortega Gutiérrez, Jorge (2020). *Manual de Convenio Marco*. Santiago: Hammurabi, p.105 a 115.

49 Es interesante destacar que el Tribunal de Contratación Pública, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.634 en cuanto a su competencia se refiere, no era competente para

que tendrán las relaciones que se formen entre los proveedores adjudicados que forman parte de cada catálogo electrónico y los compradores públicos que adquieran sus bienes y servicios⁵⁰.

IV. RELACIONES JURÍDICAS A QUE DA LUGAR UN CONVENIO MARCO

La CGR ha establecido que de los Convenios Marco nacería una “doble vinculación jurídica”⁵¹, la cual uniría, por un lado, al órgano adquirente con el proveedor adjudicado y, por el otro, a la Dirección de Compras y Contratación Pública con dichos proveedores, relación dual que pasaremos a analizar en este numeral.

1. Relación entre los adjudicatarios de un Convenio Marco y los organismos públicos

En la relación que se forma entre los adjudicatarios de un Convenio Marco y los organismos públicos que harán uso de él, podemos apreciar de mejor forma la existencia de un verdadero procedimiento de contratación licitado: los organismos públicos que deberán acudir obligatoriamente a esta forma de contratación se encuentran obligados a hacer uso de ella en la forma y condiciones que han quedado establecida en las bases de licitación respectiva y en la oferta u ofertas adjudicadas en dicho procedimiento⁵²,

conocer sobre los actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos durante los procedimientos de compra que cada Convenio Marco origina, lo cual cambiará con la modificación legal. Ahora bien, una interesante sentencia que recayó en el Rol N° 302-2019, para revisarlas presuntas irregularidades que se habrían cometido en un procedimiento de “Gran Compra” desarrollado al alero de un Convenio Marco, consideró el ente judicial que si tenía competencia para ello. El Tribunal de Contratación Pública en esta causa consideró que era competente pues, según señala en resolución de 29 de enero de 2020, “Se advierte que estas menciones, exigidas en una intención de compra, corresponden al contenido mínimo establecido para las bases de licitación regulado por el artículo 22 del Reglamento de la Ley de Compras, destinadas a seleccionar la oferta más conveniente de las formuladas en el proceso de Gran Compra, conforme a los criterios de evaluación definidos en la intención de compra, acto que en definitiva, importa una decisión de adjudicación propia de un proceso de licitación”. Esta resolución judicial guarda coincidencia con el cambio de criterio de CGR en relación con la naturaleza de lo que se denomina “intención de compra”, a la cual nos referimos en este trabajo en numerales siguientes.

50 Artículo 24, numeral 2, de la Ley N° 19.886 (2003).

51 Dictámenes N°12.083 y N°30.003, ambos de 2014.

52 En el Dictamen N° 7.640, de 2013, la CGR señala, en relación con este punto: “cuando los organismos públicos interesados en los respectivos bienes o servicios generan la orden de compra que los vinculará directamente con tales adjudicatarios, adhieren a las regulaciones ahí establecidas”.

relacionándose, con los adjudicados de cada Convenio Marco, directamente, sin intermediarios, salvo en el caso en que deban aplicar determinadas medidas por incumplimientos contractuales, donde deberán actuar a través de la Dirección de Compras, salvo en aquellos casos donde exista un “Acuerdo Complementario”, que se revisará en este numeral.

Los aspectos más relevantes de esta relación son los siguientes:

- i. Compra directa o previa cotización y desde determinado monto: como en tantas oportunidades en este artículo he señalado, los proveedores adjudicados en un procedimiento de Convenio Marco deberán tener sus productos y servicios adjudicados disponibles en un catálogo electrónico para ser adquiridos directamente por los organismos públicos sujetos a la Ley de Compras, debiendo utilizarse obligatoriamente esta modalidad de contratación siempre que el producto o servicio se encuentre catalogado y la compra supere las 100 UTM, desde el 12 de diciembre de 2024⁵³.

La forma de adquisición variará dependiendo de cada Convenio Marco, lo cual es una característica que se ha presentado desde el año 2018 en adelante en esta modalidad de contratación, a mi juicio, por la falta de toma de razón de las bases de licitación que aprueba la Dirección ChileCompra, lo que ha llevado a una dispersión de procedimientos propiciada en la absoluta libertad para poder establecerlos, no pudiendo hoy afirmar que existe una forma única de operatividad para los Convenio Marco vigentes. Esta facultad de la Dirección ChileCompra, a partir de la vigencia de la Ley 21.634 tiene consagración normativa en el art. 7, letra d), numeral 3, párrafo cuarto, que dispone que la Dirección citada “podrá definir criterios obligatorios para la elección de bienes y servicios determinados, ofertados a través de Convenio Marco”.

De esta forma, y bajo el umbral de las 1.000 UTM, podemos distinguir:

- a) Directa: si las bases del Convenio Marco así lo disponen, y las entidades compradoras no desean suscribir un acuerdo complementario con algún adjudicatario de este⁵⁴, pueden acudir directamente al Catálogo

53 A partir de la fecha señalada los nuevos Convenios Marco tendrán esta limitación, salvo excepciones fundadas por la Dirección ChileCompra, la cual deberá considerar la participación de las empresas de menor tamaño para fundarlas.

54 Lo cual es obligatorio desde las 1.000 UTM (aproximadamente USD 72.578), y bajo ese monto, a juicio de esta autora, voluntario, aunque pareciera que la Dirección ChileCompra, en algunos Convenios Marco, como el ID 2239-19-LR23, “Desarrollo y mantención de softwares e IAAS”, lo considere igualmente obligatorio bajo ese umbral, ya que las respectivas bases de licitación establecen el uso de este convenio Marco para adquisiciones que van en el rango entre 30 UTM

Electrónico disponible en www.mercadopublico.cl, emitiendo una orden de compra al proveedor adjudicado que deseen⁵⁵, es decir, eligiéndolo directamente.

Una orden de compra tiene una naturaleza dual, ya que viene a constituir un verdadero acto administrativo⁵⁶ emitido a través del Sistema de Información, y a su vez ella misma es un contrato administrativo simplificado el cual vincula al proveedor adjudicado a la entrega del bien o a la prestación del servicio en las condiciones por él ofertadas, adhiriendo el servicio público a dichas condiciones, pero especificando a través de esta orden de compra el objeto mediato del contrato⁵⁷, limitándolo a una determinada cantidad de bienes o a un servicio específico para el cumplimiento de los fines de la Administración⁵⁸ y asumiendo esta la consecuente obligación de pago.

b) Compra previa cotización y evaluación: antes de la entrada en vigor de la Ley 21.634, la Dirección ChileCompra estableció —en diversos Convenios Marco— la obligatoriedad de las entidades compradoras a realizar lo que denominó cotizaciones antes de adquirir bienes y servicios adjudicados y catalogados por umbrales menores a las 1.000 UTM. De la lectura de las bases de licitación de estos Convenios Marco vemos verdaderos procedimientos de selección similares a una Gran Compra (sobre la que nos referiremos en el numeral siguiente), donde deben existir criterios de evaluación técnicos, siendo el económico solo el precio. La única diferencia con una Gran Compra, además del monto, es que se realiza a través de un formulario que la Dirección ChileCompra coloca a disposición de los compradores públicos en el Sistema de Información⁵⁹. Una vez evaluadas las “cotizaciones” (verdaderas ofertas en la práctica),

(aproximadamente USD 2.177) y 600 UTM (aproximadamente USD 43.547) regulando la Gran Compra; a pesar de lo señalado, considero que igualmente es voluntario bajo el umbral indicado puesto que el reglamento vigente a la fecha de redacción de las bases del Convenio Marco citado establecían las 1.000 UTM como el monto mínimo para la obligatoriedad.

55 La cual deberá ajustarse a las condiciones y beneficios establecidos en el Convenio Marco respectivo.

56 El art. 3º, de la Ley Nº 19.880, Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, en su inciso segundo, define acto administrativo como “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado, en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

57 Distinguiendo “objeto inmediato” como la obligación, la cual se definió a través del procedimiento de Convenio Marco, y “objeto mediato” como la prestación.

58 Dromi, José Alberto (1995). *Licitación Pública*. Buenos Aires: Edit. Ciudad Argentina, p. 26.

59 Ejemplos de bases de licitación que exigen *cotizaciones* para seleccionar al proveedor dentro de un Convenio Marco, son: ID 2239-3-LR23 (Mobiliario); ID 2239-9-LR23 (Productos y Servicios de Ferretería); 2239-19-LR23 (Desarrollo mantención de softwares e IAAS), entre otras.

el organismo comprador deberá realizar un cuadro de evaluación que será el fundamento de la emisión de la respectiva orden de compra, cuya naturaleza dual, según lo señalado en la letra anterior, se mantiene en este caso.

- c) Acuerdos Complementarios: la totalidad de las bases de Convenio Marco, que han sido aprobadas hasta la fecha, han establecido la posibilidad para los organismos compradores de suscribir “acuerdos complementarios”⁶⁰, esto es, un contrato celebrado entre los organismos públicos sujetos a la Ley de Compras y un proveedor específico adjudicado en un Convenio Marco, cuyo objeto es precisar las particulares condiciones de una prestación de servicios o de una entrega de bienes, cuyas características generales se encuentran establecidas en el Convenio Marco respectivo, el cual sirve de habilitante para celebrar esta convención.

En estos acuerdos complementarios es posible especificar aspectos como la oportunidad y forma de entrega del bien o servicio, la forma de pago, garantías adicionales, entre otros, con lo cual se deja un margen a la autonomía de la voluntad del organismo público respectivo para ajustar a sus particulares necesidades un Convenio Marco, estableciendo solo como límite el que estos acuerdos no se aparten de los aspectos fundamentales regulados en las bases de licitación respectivas fijadas por la Dirección ChileCompra⁶¹.

Un aspecto interesante de este particular acuerdo de voluntades es la obligación de las entidades compradoras, tratándose de adquisiciones vía Convenio Marco superiores a 1.000 UTM, conocidas como Grandes Compras según explicaremos más adelante, de solicitar a los proveedores seleccionados en el respectivo procedimiento, la entrega de garantías de fiel cumplimiento, en los términos dispuestos por el actual art. 68 y siguientes del Reglamento de Compras⁶², la cual se deberá materializar en el acuerdo complementario respectivo.

Las bases de licitación de Convenio Marco han establecido un plazo máximo de vigencia para estos acuerdos complementarios, plazo que es variable,

60 Hasta el año 2009, las bases de Convenio Marco se referían a este punto como “contratos definitivos”.

61 Aspectos regulados en las bases de licitación respectivas que no podrían modificarse en el acuerdo complementario son las causales de multa y, en general, todo lo relativo a sanciones establecidas en el Convenio Marco respectivo. Para mayor detalle sobre medidas asociadas a incumplimientos en Convenios Marco, ver, Nicolás Turrys, J., Ob. cit., pp. 75 y 76.

62 A la fecha de este artículo, el Decreto N°250, de Hacienda, de 2004.

pero que en todos los casos analizados han permitido que ellos sobrepasen la vigencia del Convenio Marco mismo, lo cual ha sido validado por la Contraloría en el entendido de que existe una doble vinculación al amparo de un Convenio Marco, donde los acuerdos complementarios vienen a ser una situación independiente del Convenio Marco respectivo, aunque permitida por este, teniendo este acuerdo solo validez para las partes que lo suscriben, permitiendo un plazo mayor de vigencia para el mismo que sobrepasa el del propio Convenio Marco que lo sustenta⁶³. Con lo anterior, el acuerdo complementario no es “accesorio” a un convenio principal que es el Convenio Marco, dado que, como afirmamos, no estamos en presencia de un “convenio” sino de un “procedimiento” que sirve en este caso de habilitante para la celebración de estos acuerdos complementarios.

- d) Emisión y rechazo de Órdenes de Compra: las bases de licitación de cada Convenio Marco exigen que se acompañe —a cada orden de compra que se emita dentro del procedimiento que el pliego de condiciones elaborado por ChileCompra aprobó— un certificado de disponibilidad presupuestaria extendido por la autoridad competente, con lo cual se da cumplimiento, dentro de este particular procedimiento de contratación, al principio de legalidad del gasto público⁶⁴.

Previo a la emisión de cada Orden de Compra, el comprador público deberá verificar que no se configure la prohibición para contratar con la Administración del Estado prevista en el artículo 4º, inciso sexto, de la Ley de Compras⁶⁵, y luego de la modificación legal, aquellas que ya se encuentran vigentes establecidas en el artículo 35 *quarter* de esta normativa.

El proveedor adjudicado en cada Convenio Marco se ve obligado a aceptar la orden de compra que reciba, estableciéndose en las bases de licitación las causales específicas que permitirán su rechazo, que dicen relación, básicamente, con las condiciones de su oferta en el proceso licitatorio adjudicado.

63 Dictamen N° 74.911, de 2014.

64 El cual se encuentra establecido, en forma particular para las materias reguladas por la Ley N° 19.886, en el art. 5º, del Decreto N° 661, de Hacienda, de 2024, actualmente en trámite de toma de razón; y en el art. 3º, del Reglamento de Compras vigente a la fecha de este trabajo, que señalan, en similares términos que “Las entidades deberán contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras y a este Reglamento”.

65 Dictamen N° 21.148, de 2019.

2. Grandes Compras e Intención de Compra

Una mención especial merece las adquisiciones mayores a 1.000 UTM en un procedimiento que se desarrolla dentro de un Convenio Marco vigente, conocido como “Grandes Compras”, regulado por los reglamentos de la Ley de Compras.

El art. 56 del Decreto N° 661, de Hacienda, de 2024, en trámite de toma de razón a la fecha de este trabajo, mantiene similar redacción a la existente en el reglamento de la Ley de Compras desde 2015, donde se exige que, en las adquisiciones vía Convenio Marco superiores a 1.000 UTM, las entidades públicas compradoras comuniquen, a través del Sistema de Información, lo que se ha denominado como “intención de compra” a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría⁶⁶ del Convenio Marco al que adscribe el bien o servicio requerido.

La norma citada continúa señalando que:

Esta comunicación será realizada con la debida antelación, considerando los tiempos estándares necesarios para la entrega de la cantidad de bienes o servicios solicitados. Adicionalmente, en dicha comunicación se deberá contemplar un plazo razonable para la presentación de las ofertas, el cual no podrá ser inferior a 10 días hábiles contados desde su publicación.

Las ofertas recibidas en el marco de un procedimiento de Grandes Compras serán evaluadas según los criterios y ponderaciones definidos en las bases de licitación del convenio marco respectivo, en lo que les sean aplicables. Asimismo, las bases de licitación del convenio marco respectivo podrán establecer criterios de evaluación especiales para los procedimientos de Grandes Compras.

En la comunicación de la intención de compra se indicará, al menos, la fecha de decisión de compra, los requerimientos específicos del bien o servicio, la cantidad y las condiciones de entrega y los criterios y ponderaciones aplicables para la evaluación de las ofertas. La entidad deberá seleccionar la oferta más conveniente según resultado del cuadro comparativo que deberá confeccionar sobre la base de los criterios de evaluación y ponderaciones definidas en la comunicación de la intención de compra, cuadro que será adjuntado a la orden de compra que se emita y servirá de fundamento de la resolución que apruebe la adquisición.

66 Los Convenios Marco suelen adjudicarse por “categorías”. Para mayor claridad sobre esta forma de ordenar la adjudicación, ver Nicolás Turrays, J. Ob. cit., p. 57 y 58.

Con todo, la entidad contratante podrá omitir el procedimiento de Grandes Compras en casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la Entidad, sin perjuicio de las disposiciones especiales para los casos de sismo y catástrofe contenidas en la legislación pertinente.

El pliego de condiciones que los organismos públicos deben aprobar para un procedimiento de Gran Compra se denomina “Intención de Compra” y sobre el mismo hay una variación jurisprudencial destacable de parte de la Contraloría General de la República. En efecto, el Ente Contralor dictaminó, sin ahondar mayormente en los motivos de fondo, que un procedimiento de Gran Compra y el pliego que la regula, no constituían una licitación, no debiendo existir en este caso bases de licitación⁶⁷, constituyendo, entonces, un mecanismo de adquisición particular en relación con el monto dentro del procedimiento de Convenio Marco y el pliego que lo regula algo diferente a unas bases, quedando sin regulación específica en cuanto a su contenido, salvo lo señalado en forma genérica en la normativa aplicable a las Grandes Compras.

En mi artículo anterior sobre esta materia⁶⁸ sostuve que efectivamente no corresponde confundir una Gran Compra con un proceso de licitación pública como este es definido en la Ley de Compras, dado que el principio de libre concurrencia, de la naturaleza de este tipo de procesos, en este caso particular no se cumple al solo estar llamados a ofertar los adjudicados del respectivo Convenio Marco en una categoría específica. A pesar de lo expuesto, señalaba que este especial procedimiento posible de desarrollar dentro de cada Convenio Marco, participa de otros principios de la contratación pública, como es el de igualdad de los oferentes, dado que todos los interesados en participar en el proceso se someterán a las mismas reglas que serán fijadas a través de la “intención de compra” que defina el organismo comprador respectivo⁶⁹. Ahora bien, el ente contralor, a través del dictamen N° 7.505 de 2019, hizo aplicable al procedimiento de Gran Compra, lo establecido en el artículo 22 del decreto N° 250 de 2004 de Hacienda, específicamente su numeral 2, estableciendo que la intención de compra puede hacer referencia a productos de marcas específicas. Dicho artículo regula el contenido de las “bases de licitación”. El razonamiento de la Contraloría se basa en que :

67 Dictamen N° 69.351, de 2014.

68 Ver Nicolás Turrys, J. Ob. cit., p. 68 y 69.

69 Debemos recordar que los principios de la Ley de Compras son obligatorios en virtud del artículo 1° de dicha ley.

aceptar que la intención de compra pueda hacer referencia a productos de marcas específicas podría importar que solo los proveedores que se encuentren catalogados con ellos en la respectiva categoría tendrían la posibilidad de ser seleccionados en la correspondiente gran compra, perdiendo sentido la obligación de invitar a la totalidad de los adjudicados en dicha categoría en virtud del pertinente convenio marco⁷⁰.

La Dirección ChileCompra, si bien intentó modificar el dictamen de CGR⁷¹, terminó asumiéndolo, estableciéndose desde 2019, en cada Convenio Marco, la advertencia de no solicitar marcas específicas al momento de elaborar una Intención de Compra, produciéndose en la práctica la dicotomía de estar los bienes respectivos catalogados con “marca” en el Sistema de Información, debiendo un comprador público citar el ID de esta ficha en el respectivo formulario electrónico que se debe completar para un procedimiento de Gran Compra, debiendo hacer la precisión exigida por CGR en la Intención de Compra, más es imposible hacer esta aclaración en la ficha del Sistema de Información que es publicada, salvo que la Dirección ChileCompra mejore esta funcionalidad⁷².

En la “Intención de Compra”, las entidades compradoras definirán, según señala la norma reglamentaria modificada ya citada, “la fecha de decisión de compra, los requerimientos específicos del bien o servicio, la cantidad y las condiciones de entrega y los criterios y ponderaciones aplicables para la evaluación de las ofertas”, para seleccionar la oferta más conveniente a sus intereses⁷³.

Es así como los organismos públicos poseen cierto margen para seleccionar aquellos criterios de evaluación establecidos en las bases de licitación respectivas que les serán de utilidad en la selección del proveedor⁷⁴, como también hace posible ajustar proporcionalmente las ponderaciones que

70 Dictamen N° 10.087, de 2020.

71 Dictamen N° 10.087, de 2020.

72 Dictamen N° 21.143, de 2019.

73 Igualmente, los organismos públicos compradores, según ha dictaminado CGR, pueden señalar condiciones diferentes a las establecidas en el Convenio Marco respectivo, como, por ejemplo, cantidades mínimas de despacho y la obligación para el proveedor de mantener un stock continuo. Dictamen N° E270.375, de 2022.

74 Sobre este particular en Dictamen N° 21.801, de 2013, la Contraloría ha expresado que “no procede rechazar una oferta en virtud de criterios técnicos de evaluación distintos a los contenidos en las bases de licitación de convenio marco”.

las bases respectivas otorgan a dichos criterios⁷⁵, todo con la finalidad que “la correspondiente evaluación resulte armónica con la naturaleza y características del bien y/o servicio que se pretende adquirir”⁷⁶, pudiendo incluso llegar a establecer solo el criterio precio como único medio de selección, puesto que podría ser el único “aplicable” de todos aquellos contenidos en las bases de licitación del Convenio Marco respectivo.

A pesar de este margen que se entrega a los organismos públicos señalados, esta ponderación de criterios de evaluación aplicables no puede significar el configurar un sistema de evaluación sustancialmente nuevo y diferente al contemplado en las bases de licitación respectivas, acorde al cual se adjudicó el respectivo Convenio Marco a los diferentes proveedores que potencialmente participarán en un proceso de Gran Compra⁷⁷. Esta crítica podrá verse superada con la posibilidad que el Reglamento de Compras entrega a la Dirección de definir criterios de evaluación a ser aplicable solo en procedimientos de Grandes Compras, estableciendo las bases de licitación de Convenio Marco, desde el año 2015 en adelante, criterios específicos de uso obligatorio por los compradores públicos para procesos de adquisición sobre 1.000 UTM de un Convenio Marco, sin perjuicio de la posibilidad de omitir este procedimiento en casos de urgencia, emergencia o imprevisto⁷⁸.

3. Relación entre los adjudicatarios de un Convenio Marco y la Dirección de Compras y Contratación Pública

Los adjudicatarios de un Convenio Marco quedan sometidos a una serie de obligaciones frente a la Dirección de Compras cuya finalidad es asegurar la correcta entrega de los bienes y servicios objeto del Convenio Marco respectivo en las mejores condiciones comerciales posibles. La naturaleza jurídica de esta relación de sujeción es de carácter contractual, siguiendo el criterio señalado por la Contraloría; pero dados los particulares aspectos analizados sobre la institución del Convenio Marco en este trabajo, podría llegarse a cuestionar esta interpretación Contralora.

75 Este ajuste de ponderaciones no se encuentra señalado en el Reglamento de Compras actual ni en el que se encuentra completando su examen de juridicidad en CGR, pero es la consecuencia lógica si se permite seleccionar aquellos criterios o subcriterios de evaluación aplicables, donde necesariamente se alterarán las ponderaciones establecidas en las bases del Convenio Marco respectivo.

76 Dictamen N° 45.237, de 2014.

77 En este sentido, Dictamen N° 13.915, de 2013.

78 En este sentido ver Celiz Danzinger, G. y Ortega Gutiérrez, J. Ob. cit., p. 137.

Los particulares adjudicatarios en una licitación de Convenio Marco, no se ven obligados a prestar servicios o a proveer de bienes a la Dirección ChileCompra⁷⁹, pero, a pesar de no existir este tipo de obligaciones estos se encuentran bajo una supervigilancia administrativa e incluso correccional de dicho servicio público que administra el Convenio Marco para asegurar que los bienes y servicios adjudicados se encuentren siempre disponibles para la rápida contratación de los diferentes servicios públicos usuarios.

La Dirección ChileCompra se ve investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del convenio marco en virtud de “cláusulas exorbitantes del derecho común”⁸⁰ que este contiene, desapareciendo la igualdad entre las partes, debido al interés público comprometido⁸¹, 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 disponible⁸², prerrogativas que tendría la Dirección ChileCompra para asegurar la realización de una de las funciones que le entregó el legislador, esta es, licitar y administrar un sistema de Convenios Marcos.

En ese contexto, podría llegar a afirmarse que existe una relación especial de sujeción⁸³ de los adjudicados frente a la Dirección ChileCompra, dada esta dependencia acentuada que pasaremos ahora a explicar al desarrollar las diferentes obligaciones a que se ven enfrentados los adjudicatarios de Convenio Marco.

79 Dictamen N° 27.327, de 2007.

80 DROMI, j. Ob. cit., p. 28.

81 Oelckers Camus, Osvaldo (1983). Los principios informadores de la contratación administrativa. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Vol. 7 Universidad Católica de Valparaíso, p. 151.

82 Si bien es cierto en el caso de los Convenios Marco el interés público puede no verse reflejado en forma inmediata como en otros servicios, si pensamos en la rapidez que entrega el comercio electrónico y el innegable apoyo en la gestión pública que significa la existencia de la Tienda Electrónica, este interés es más fácil de distinguir.

83 Sobre el particular De la Riva, nos señala, que esta es una

particularmente acentuada respecto de la Administración, que se traduce en la práctica en un debilitamiento de los derechos o garantías de los súbditos involucrados. La presencia de este régimen más intenso ha sido atribuida a la mayor proximidad entre administrado y Administración causada por la inserción de aquél en la esfera organizativa de esta última, a punto tal que el primero pasa a formar parte de sus cuadros y a desarrollar en beneficio de aquella una concreta actividad manual o intelectual.

De la Riva, Ignacio (2003): La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados”, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16175>

4. Excepción a la obligatoriedad de uso del Convenio Marco: condiciones más ventajosas

El art. 30, letra d), de la Ley de Compras modificada por la Ley N° 21.634, de 2023, establece una excepción al uso obligatorio de este procedimiento de contratación para el caso que los organismos públicos obtuvieren, por su propia cuenta, condiciones más ventajosas, estableciendo como obligación el informar a la Dirección ChileCompra sobre esta circunstancia, quien deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos.

El art. 57 del Decreto N° 661 de Hacienda de 2024 en trámite de toma de razón, establece que las condiciones más ventajosas deberán referirse a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales para la entidad, tales como, plazo de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes y servicios, o bien, mejor relación costo beneficio del bien a adquirir.

La entidad compradora deberá mantener la información que respalde las condiciones más ventajosas encontradas a disposición de la Contraloría para eventuales fiscalizaciones.

De constatare la existencia de estas condiciones el comprador público se ve liberado de la obligación de recurrir a un determinado Convenio Marco, efectuando el procedimiento de compra que determine conforme a las reglas establecidas en la Ley de Compras⁸⁴. En Dictamen N° 32.280 de 2013 dicha Entidad Contralora señaló que:

Corresponderá a la respectiva autoridad administrativa ponderar si concurren las condiciones más ventajosas a que alude la norma y asimismo, acompañar los antecedentes que den cuenta de que, antes de proceder a convocar el respectivo proceso licitatorio o celebrar el correspondiente trato directo, verificó la existencia de dichas condiciones.

84 Es decir, se vuelve a la regla general en materia de adjudicación, debiendo licitar el bien o servicio respectivo, o, de ser pertinente, acudir a la licitación privada, al trato directo o a algún procedimiento especial de contratación.

VII. CONCLUSIONES

1º Han pasado 10 años desde el primer estudio que realicé en materia de Convenio Marco, reafirmando en este tiempo la conclusión a la cual llegamos, esto es, que esta “convención” constituye un verdadero procedimiento contractual administrativo el cual entrega un marco jurídico de carácter habilitante para la consecuente formulación de relaciones contractuales entre los proveedores adjudicados por la Dirección ChileCompra y los organismos de la Administración, que serán los verdaderos destinatarios del mismo.

2º Lo que sí ha experimentado cambios en este periodo ha sido el aumento de monto mínimo —y máximo— (esto último por decisión de la Dirección ChileCompra, quien ha establecido montos máximos en las bases respectivas de cada Convenio Marco) para hacer uso de un Convenio Marco y de los bienes y servicios que son su objeto (los cuales han buscado una mayor estandarización dentro de la demanda de los compradores públicos), y la modalidad de su uso, pasando de “compra directas” en el catálogo electrónico respectivo de un Convenio Marco a “cotizaciones” en los montos de adquisición menores a 1.000 UTM, cotizaciones que son verdaderos procesos de selección con criterios de evaluación incluidos.

3º La modificación a la Ley de Compras, que entrará en vigor el próximo 12 de diciembre de 2024, recoge de mejor manera la definición de Convenio Marco en cuanto al procedimiento licitatorio que realiza la Dirección ChileCompra para su adjudicación, y así también regula —a nivel legal— las facultades que esta Dirección estaba utilizando a la fecha, amparándose solo en las bases de licitación respectivas, referidas a lo señalado en el numeral 2º anterior, incluyendo también la posibilidad de regular el ingreso de nuevos productos o servicios al Convenio Marco respectivo o establecer procedimientos para selección cuando la compra es menor a 1.000 UTM.

4º Hoy, las bases de los Convenios Marco que licita la Dirección ChileCompra no se encuentran sometidas a un control preventivo de legalidad en CGR, lo que ha llevado, en mi opinión, a tener disimiles procedimientos de adquisición incorporados en cada Convenio Marco que deben ser utilizados por los compradores públicos, puesto que no existe una revisión del pliego de condiciones que pudiera entregar una visión de contrapeso a lo que desarrolla la Dirección de Compras. Esto implica que cada unidad de compra deba conocer a cabalidad todos estos procedimientos para no incurrir en errores o incluso en ilegalidades, complejizando las competencias requeridas para

utilizar este mecanismo de compra en los ya disímiles organismos públicos que, en la mayoría de los casos, no cuentan con asesoría legal en tramos de adquisición bajo las 1.000 UTM. Lo señalado hace recomendable que esta asesoría jurídica exista, sobre todo en los Convenios Marcos que exigen realizar “cotizaciones” para adquirir bienes y servicios bajo las 1.000 UTM, pues, como explicamos en este trabajo, estas cotizaciones son verdaderos procedimientos competitivos de adquisiciones que exigen, incluso, elaborar criterios de evaluación.

5° El rol que asumirá el Tribunal de Contratación Pública, luego del 12 de diciembre de 2024, cuando adquiriera una nueva competencia legal, esta vez explícita, para acciones de impugnación tanto de los actos u omisiones ilegales o arbitrarios ocurridos durante los procedimientos de adquisición que nacen de un Convenio Marco en ejecución (emisión de orden de compra ya sea directa o post cotización y grandes compras); así como durante la ejecución de los contratos particulares que se celebren bajo su alero (que pudieran generar controversia entre los proveedores y los organismos compradores), exigirá que los jueces y juezas de este tribunal contencioso administrativo especial, se encuentren igualmente familiarizados con cada uno de los procedimientos de compra que se encuentran en los distintos Convenios Marco vigentes, dado el modelo que en este trabajo analizamos, lo cual se sumará a la competencia ya existente en relación a las licitaciones que lleva a delante la Dirección ChileCompra para adjudicarlos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Bermúdez Soto, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General*. 3ª edición. Santiago: Editorial Legal Publishing Chile.
- Celiz Danzinger, Gabriel y Ortega Gutiérrez, Jorge (2020). *Manual de Convenio Marco*. 1ª edición. Santiago: Editorial Hammurabi.
- De la Riva, Ignacio (2003). La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados, disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/16175>
- Dromi, José Alberto (1995). *Licitación Pública*. 2ª Edición. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- Moraga Klenner, Claudio (2007). *Contratación Administrativa*. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Nicolás Turrays, Jenny (2015). Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica. En *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 20, pp. 43-80.

Oelckers Camus, Osvaldo (1983). Los principios informadores de la contratación administrativa. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 7, pp.151-164.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2017). *Contratación Pública en Chile: Opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos*. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264275614-es>

Normativa citada

Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 5 diciembre 1986.

Ley N° 19.880, establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 29 mayo 2003.

Ley N° 19.886, Establece Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. *Diario Oficial*, 30 julio 2003 [Ley de Compras].

Ley N° 21.634, Moderniza la ley N° 19.886 y otras leyes, 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. *Diario Oficial*, 11 diciembre 2023.

Decreto Supremo N° 250, del Ministerio de Hacienda, Aprueba Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. *Diario Oficial*, 24 septiembre 2004 [Reglamento de Compras].

Decreto Supremo N° 66, del Ministerio de Hacienda, que Aprueba reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, y deroga el Decreto Supremo N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, promulgado el 3 de junio de 2024, ingresado a trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República el 16 de junio de 2024. Disponible en <https://www.contraloria.cl/web/cgr/tramitacion-de-reglamentos1>

Mensaje 9-341, de 27 de octubre de 1999. Historia de la Ley N° 19.886. Disponible en: www.leychile.cl

Mensaje 14.175-05, de 30 de marzo de 2021. Historia de la Ley N°21.634. Disponible en: www.leychile.cl

Resolución N°7, de 2019, de la Contraloría General de la República, que Fija normas sobre exención del trámite de toma de razón. *Diario oficial*: 29 marzo 2019.

Resolución N° 16, de 2020, de la Contraloría General de la República, que Determina los montos en Unidades Tributarias mensuales a partir de los cuales los actos que se individualizan quedarán sujetos a toma de razón y establece controles de reemplazo cuando corresponda. *Diario oficial*: 17 diciembre 2020.

Jurisprudencia citada

Dictamen N° 62.857 (2009): Contraloría General de la República, 11 de noviembre de 2009.

Dictamen N° 76.521 (2012): Contraloría General de la República, 10 de diciembre de 2012.

Dictamen N° 7.640 (2013): Contraloría General de la República, 1 de febrero de 2013.

Dictamen N° 50.442 (2013): Contraloría General de la República, 8 de agosto de 2013.

Dictamen N° 12.083 (2014): Contraloría General de la República, 17 de febrero de 2014.

Dictamen N° 30.003 (2014): Contraloría General de la República, 29 de abril de 2014.

Dictamen N° 45.237 (2014): Contraloría General de la República, 20 de junio de 2014.

Dictamen N° 69.351 (2014): Contraloría General de la República, 8 de septiembre de 2014.

Dictamen N° 74.911 (2014): Contraloría General de la República, 30 de septiembre de 2014.

Dictamen N° 31.429 (2018): Contraloría General de la República, 18 de diciembre de 2018.

Dictamen N° 1.199 (2019): Contraloría General de la República, 14 de enero de 2019.

Dictamen N° 2.765 (2019): Contraloría General de la República, 25 de enero de 2019.

Dictamen N° 7.164 (2019): Contraloría General de la República, 11 de marzo de 2019.

Dictamen N° 7.505 (2019): Contraloría General de la República, 14 de marzo de 2019.

Dictamen N° 17.084 (2019): Contraloría General de la República, 11 de marzo de 2019.

Dictamen N° 21.143 (2019): Contraloría General de la República, 12 de agosto de 2019.

Dictamen N° 21.148 (2019): Contraloría General de la República, 12 de agosto de 2019.

Dictamen N° 10.087 (2020): Contraloría General de la República, 17 de junio de 2020.

Dictamen N° E240.654 (2022): Contraloría General de la República, 29 de julio de 2022.

Dictamen N° E270.375 (2022): Contraloría General de la República, 25 de octubre de 2022.

Dictamen N° E325.487 (2023): Contraloría General de la República, 24 de marzo de 2023.

Dictamen N° E435.826 (2024): Contraloría General de la República, 5 de enero de 2024.

INHABILIDAD CONTRACTUAL POR PRÁCTICAS ANTISINDICALES O INFRACCIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR EN LA NUEVA LEY 19.886

CONTRACTUAL INELIGIBILITY DUE TO ANTI-UNION PRACTICES OR VIOLATION OF FUNDAMENTAL WORKER RIGHTS UNDER THE NEW LAW 19.886

CRISTIAN ROMÁN CORDERO¹

Resumen: El presente trabajo analiza las innovaciones introducidas por la Ley 21.634 a la Ley 19.886, en lo concerniente a la inhabilidad contractual por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador.

Abstract: This paper analyzes the innovations introduced by Law N° 21.634 to Law N° 19.886, regarding contractual disqualification due to anti-union practices or infringement of the fundamental rights of workers.

Palabras clave: Inhabilidad contractual, proporcionalidad, ley, motivación, Ley N° 19.886, Ley N° 21.634.

Keywords: Contractual inability, proportionality, law, motivation, Law N° 19.886, Law N° 21.634.

¹ Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile.

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo analizaremos las innovaciones introducidas por la Ley 21.634² a la Ley 19.886³, en lo concerniente a la inhabilidad contractual para quienes sean condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador.

En términos muy sencillos, el artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886, antes de la Ley 21.634, establecía que quienes fueran condenados por tales conductas serían excluidos de entre los posibles contratantes de la Administración, siempre y todo caso, por el plazo de dos años⁴. Pues bien, la Ley 21.634, en relación a esta materia, agregó un nuevo artículo a la Ley 19.886 (el artículo 35 *septies*) que facultó al juez para que gradúe el plazo de dicha inhabilidad contractual (vale decir, ya no será, siempre y en todo caso, el plazo de dos años), así como también para que, excepcionalmente, la deje sin aplicación, estableciendo criterios para una y otra situación⁵.

Dicho lo anterior, a continuación expondremos: (I).- La normativa (vigente antes y después de la Ley 21.634); (II).- El contexto (el fundamento/motivación tomados en consideración por el Legislador para el establecimiento del artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886, y la innovación legislativa introducida a su respecto por la Ley 21.634; la jurisprudencia constitucional; y las opiniones doctrinarias); y (III).- Los problemas (que la aplicación de dicha innovación legislativa podría suscitar, tanto en aspectos de fondo como forma).

2 Ley N° 21.634, Moderniza Ley N° 19.886 y Otras Leyes, 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 (DO: 11/12/2023).

3 Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y de Prestación de Servicios (DO: 30/07/2003).

4 Sin que pudieran ser consideradas por el juez, a fin de graduar dicho plazo, circunstancias tales como, por ejemplo, la gravedad de las conductas, la reiteración de estas, la intencionalidad, el número de trabajadores afectados, etcétera.

5 A tales criterios los llamamos, respectivamente, “criterios de graduación” y “criterios de no aplicación”.

I.- NORMATIVA

En esta parte expondremos la redacción del artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886, antes y después de la Ley 21.634, y efectuaremos una somera interpretación de una y otra.

(A).- El artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886 antes de la Ley 21.634⁶

Artículo 4º.- Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal.

En suma, de acuerdo a este artículo, quienes eran condenados en sede laboral, por prácticas sindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, eran excluidos de entre los posibles contratantes de la Administración por el plazo de dos años; sin que al efecto pudieran ser consideradas por el juez, a fin de graduar dicho plazo, circunstancias tales como, por ejemplo, la gravedad de las conductas, la reiteración de las mismas, la intencionalidad, el número de trabajadores afectados, etcétera.

(B).- El artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886 después de la Ley 21.634

Este no innova al respecto. Es decir, en esta parte, es el mismo:

6 En correspondencia a este precepto legal, el Artículo 92, inciso 2º, número 7, e inciso 5º del Reglamento de la Ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (Decreto N° 250), señalaba, respectivamente: “Estarán inhabilitados para inscribirse en el Registro de Proveedores los que se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias: (...) 7) Haber sido condenado por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador”, y “Para las causales 4) y 7), la inhabilitación durará 2 años a contar desde que el respectivo pronunciamiento se encuentre ejecutoriado”.

Artículo 4º.- Podrán contratar con los organismos del Estado las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, y se encuentren inscritas, con su información actualizada, en el Registro de Proveedores establecido en el artículo 16, cumpliendo con los demás requisitos que este señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal.

Con todo, la Ley 21.634 agregó a la Ley 19.886, al menos dos artículos que permiten interpretarlo, conforme al criterio hermenéutico sistemático, en un sentido diverso al señalado previamente. Tales artículos son:

- Nuevo artículo 2º *bis*. Este artículo innova en el marco de la Ley Nº 19.886, al reconocer en esta los principios de la contratación pública. Y entre ellos, observa que, a través de esta, “se promoverá la participación de empresas de menor tamaño y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental”, vale decir, reconoce expresamente lo que se ha venido en denominar contratación estratégica o, si se quiere, las políticas secundarias u horizontales de la contratación pública.

En efecto, este artículo dispone⁷:

Artículo 2º *bis*.- La contratación pública persigue satisfacer oportunamente las necesidades de las instituciones públicas y de la ciudadanía. Se rige por los principios de libre acceso a las licitaciones, de competencia, de publicidad y transparencia de los procedimientos, de igualdad de trato y no discriminación, de probidad, y de valor por dinero. Este último consiste en la eficiencia, eficacia y economía en el uso de los recursos públicos y en la gestión de las contrataciones, y la mejor relación costo beneficio en las adquisiciones. Asimismo, se promoverá la participación de empresas de menor tamaño y la incorporación de manera transversal de criterios de sustentabilidad para contribuir al desarrollo económico, social y ambiental.

- Nuevo artículo 35 *septies*. Este artículo le señala al juez criterios para graduar el plazo de la inhabilidad contractual (cuyo “tope” será el plazo

7 Vigente desde el 12 de diciembre de 2024.

de dos años). Asimismo, criterios para, excepcionalmente, dejarla sin aplicación⁸. En efecto, este artículo dispone:

Artículo 35 *septies*.- Sin perjuicio de las causales de inhabilidad para formar parte del Registro de Proveedores establecidas en virtud del artículo 17, podrán quedar inhabilitados del referido Registro las siguientes personas:

- a) Quienes hayan sido condenados por delitos concursales establecidos en el Título IX del Libro II del Código Penal, o en sede penal, por delitos establecidos en los numerales 4° párrafos primero, segundo, tercero y quinto; 10° párrafo tercero; 22°; 23° párrafo primero; 24° párrafo tercero, y 25° del artículo 97 del Código Tributario.
- b) Las personas naturales o jurídicas que hayan sido condenados en virtud de una sentencia firme o ejecutoriada por incumplimiento contractual respecto de un contrato de suministro y prestación de servicios suscrito con alguno de los organismos sujetos a esta ley, derivado de culpa o falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.
- c) Quienes hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción de los derechos fundamentales del trabajador.
- d) Las personas que hayan sido condenadas por los delitos de cohecho establecido en el Párrafo 2 del Título V del Libro II del Código Penal, lavado de activos establecido en el Título III de la ley N° 19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos, o financiamiento del terrorismo contemplado en el artículo 8° de la ley N° 18.314, que determina conductas terroristas y fija su penalidad.

Para efectos de lo anterior, la Dirección de Compras y Contratación Pública declarará inhábiles a las personas incluidas en las listas de personas naturales y jurídicas, incluyendo a sus accionistas y beneficiarios finales, declaradas inelegibles para la adjudicación de contratos, elaboradas por las instituciones financieras multilaterales.

- e) El proveedor que ha informado, según lo requerido en el inciso tercero del artículo 16, antecedentes maliciosamente falsos, que han sido enmendados o tergiversados o se presentan de una forma que claramente induce a error para efectos de su evaluación.

8 Vigente desde el 11 de diciembre de 2023.

Para efectos de la aplicación de esta causal, en caso de que la Dirección tome conocimiento de que el proveedor ha presentado información en los términos descritos, deberá notificarlo, y le otorgará un plazo de diez días para subsanar el vicio. En caso que la información requerida no sea enmendada dentro de dicho plazo, procederá la aplicación de la inhabilidad para participar en el registro.

En los casos señalados en los literales a) y d), en la demanda o querrela se podrá solicitar, además, que se extienda la inhabilidad en el Registro de Proveedores a las personas jurídicas en las que el condenado participe como socio o accionista, titular de al menos el 10 por ciento de las acciones o derechos sociales, o como beneficiario final.

Respecto de la causal señalada en el literal b), en la demanda se podrá solicitar también que la inhabilidad del Registro se extienda a otras personas jurídicas que tengan un objeto similar al del demandado, e iguales socios, accionistas o beneficiarios finales, así como también, a sus beneficiarios finales, en cuanto personas naturales.

Tratándose de los casos señalados en el literal c), en la demanda se podrá solicitar la inhabilidad respecto de las personas jurídicas que hayan sido consideradas por sentencia firme o ejecutoriada como un solo empleador con el condenado, para efectos laborales y previsionales conforme al inciso cuarto del artículo 3° del Código del Trabajo, sea que se encuentren o no inscritas en el Registro.

La inhabilidad en el Registro de Proveedores será aplicable cada vez que se configure la ocurrencia de las circunstancias reguladas en los literales a), b), c), d) o e).

La inhabilidad se podrá aplicar por hasta dos años contados desde la fecha en que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia respectiva, 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, o, en su caso, la condena.

Para efectos de determinar la duración de la inhabilidad, el juez deberá considerar especialmente en los fundamentos de su sentencia el bien jurídico o derecho vulnerado, la magnitud de la infracción en consideración a los terceros afectados, la reiteración de la conducta denunciada, el interés público afectado y la proporcionalidad del probable efecto económico que tendría su aplicación en consideración a la conducta denunciada, tanto respecto

de quien haya sido directamente inhabilitado, como de todos aquellos a quienes se les extienda la inhabilidad en virtud de lo dispuesto en los incisos segundo, tercero y cuarto.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, en los casos en que la sanción de inhabilidad del Registro de Proveedores pueda causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, o sea perjudicial para el Estado, el tribunal no la aplicará. Para la determinación del interés público afectado o las consecuencias económicas que la inhabilidad pueda provocar a la comunidad o al Estado, el tribunal deberá solicitar a la Dirección de Compras y Contratación Pública su opinión fundada.

Una vez aplicada la inhabilidad en el Registro de Proveedores, el tribunal comunicará este hecho a la Dirección de Compras y Contratación Pública y le remitirá copia del respectivo fallo.

Cuando la Dirección de Compras y Contratación Pública tome conocimiento de alguna de las circunstancias señaladas en el presente artículo, dictará una resolución por la cual aplicará la inhabilidad en el Registro de Proveedores al proveedor que haya sido condenado, o rechazará su ingreso a él, en su caso, lo que le será notificado. Contra la presente resolución, el proveedor afectado podrá interponer los recursos que establezca la ley.

En suma, de acuerdo a esta nueva normativa:

- (1).- El juez podrá graduar el plazo de la inhabilidad contractual por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador. En otras palabras ya no será, siempre y todo caso, por el plazo de dos años. Así, por ejemplo, podría ser por seis meses, un año, un año y seis meses, etcétera. De esta forma, el plazo de dos años será ahora el “tope”.
- (2).- El juez podrá graduarlo “especialmente” de acuerdo a los criterios que indica, cuales son: (i).- el bien jurídico o derecho vulnerado, (ii).- la magnitud de la infracción en consideración a los terceros afectados, (iii).- la reiteración de la conducta denunciada, (iv) el interés público afectado, y (v).- la proporcionalidad del probable efecto económico que tendría su aplicación en consideración a la conducta denunciada, tanto respecto de quien haya sido directamente inhabilitado, como de todos aquellos a quienes se les extienda la inhabilidad.

A estos criterios los denominamos “criterios de graduación”.

Entendemos que estos criterios de graduación no son taxativos, sino meramente ejemplares, habida consideración el empleo por el artículo en comento, al enunciarlos, de la expresión “especialmente”. De ahí que cabría concluir, en principio, que el juez podría innovar al respecto (teniendo en vista los criterios de graduación que se aplican en otros sectores⁹).

(3).- Asimismo, esta inhabilidad contractual podría no aplicarse. Esto corresponderá determinarlo al juez, conforme a los criterios que indica, y éstos son: (i).- graves consecuencias sociales y económicas, (ii).- daños serios a la comunidad, o (iii).- sea perjudicial para el Estado.

A estos criterios los denominamos “criterios de no aplicación”.

(4).- Procedimentalmente, previo a resolver, el juez deberá requerir a la Dirección de Compras y Contratación Pública su opinión fundada para la determinación de: (i).- el interés público afectado (que es un criterio de graduación), o (ii).- las consecuencias económicas que la inhabilidad pueda provocar a la comunidad o al Estado (que es un criterio de no aplicación).

Dicho informe debe ser requerido por el juez en relación a esos específicos dos criterios. En consecuencia, estos no podrían aplicarse por aquel (para los fines propios, graduar o no aplicar, según el caso) si así no lo hace. Se trata de requerimientos debidos. Con todo, nada obsta para que pueda requerir, de oficio o a solicitud de parte, informe a dicho Servicio en relación a cualquiera de los otros criterios. Se trata de requerimientos voluntarios.

Tales informes, sea a instancia de requerimientos debidos o requerimientos voluntarios, no son vinculantes para el juez. Con todo, estimamos que tales informes sí están dotados con cierta “fuerza”, en razón del conocimiento experto con el que cuenta dicho Servicio en relación a estas materias (*auctoritas*); lo que exigirá al juez, en caso de no conformarse a estos, un fundamento especial o reforzado en la sentencia en el que explique el porqué de ello.

9 Entre ellos destacan los sistemas sancionadores eléctrico y ambiental (Leyes N° 18.410 y 20.417), pues el Tribunal Constitucional los ha señalado como ejemplares en esta materia. Véase: Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.922.

II.- CONTEXTO

En esta parte, nos referiremos a tres cuestiones: (A).-El fundamento/motivación considerado por el Legislador para el establecimiento del artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886, y la innovación introducida a su respecto por la Ley 21.634; (B).- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre él; y (C).- Las opiniones doctrinarias.

(A).- El fundamento/motivación

Ahora revisaremos el fundamento/motivación considerado por el Legislador para el establecimiento del artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886, y la innovación introducida a su respecto por la Ley 21.634.

(I).- EL ARTÍCULO 4º, INCISO 1º, PARTE SEGUNDA, DE LA LEY 19.886, ANTES DE LA LEY 21.634

Cabe destacar que el artículo 4º, inciso 1º, parte segunda de la Ley 19.886, que establece esta inhabilidad contractual para quienes sean condenados, en sede laboral, por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, no proviene de su texto original (2003), sino que se agregó con posterioridad, a través de la Ley 20.238 (2008)¹⁰.

Esta última, tal como refiere expresamente su título, tuvo por fundamento/motivación el “asegurar la protección de los trabajadores”; lo que, a su vez, quedó evidenciado en la moción que le dio origen¹¹, en tanto señaló:

6. Que la Ley N° 19.886 no exige a los proveedores del Estado requisitos elementales que aseguren la competencia leal, como sería la necesidad de mantener un cumplimiento irrestricto de las citadas regulaciones. (/) 7. Que, de este modo, se puede dar la paradoja que empresas y personas naturales que infringen las normativas laborales y tributarias que el Estado se ha fijado para cautelar los derechos de los trabajadores y asegurar el financiamiento de sus programas, sean, al mismo tiempo, favorecidos con suculentos contratos. (/) 8. Que, lo anterior, ocasiona gran desazón en los propios trabajadores que muchas veces

10 Ley N° 20.238, Modifica la Ley N° 19.886, Asegurando la Protección de los Trabajadores y la Libre Competencia en la Provisión de Bienes y Servicios a la Administración del Estado (DO: 19/01/2008).

11 De los diputados señor Pedro Muñoz Aburto, señora Adriana Muñoz D’Albora, señor Rodolfo Seguel Molina y señor Edgardo Riveros Marín.

ven como empresas que abusan reiteradamente, infringiendo la ley, no reciben sanción alguna y, peor aún, mantienen una fluida relación con el Fisco¹².

Idea que fue reiterada en múltiples oportunidades durante su tramitación legislativa, conforme da cuenta su respectiva Historia de la Ley. En efecto, a modo ejemplar, en esta puede leerse:

(i).- Que el interés de los parlamentarios fue

Incorporar medidas expresas tendientes a establecer que quienes contraten con el Estado cumplan con la normativa laboral y previsional, particularmente respecto de sus trabajadores y trabajadoras, en el marco de dotar al país de un régimen de protección laboral que alcance a la totalidad de los ámbitos de la economía nacional¹³.

[Y] regular la relación que existe entre las empresas que proveen bienes y servicios al Estado y sus trabajadores. Además, pretende asegurar la protección de aquéllos frente a ciertas irregularidades que se cometen en su contra (...) el Estado debe ser el principal garante de que se respeten las normas laborales¹⁴.

(ii).- Que el proyecto “se orienta en la línea de la protección de los trabajadores que laboran para las empresas que prestan servicios habituales al Estado y que postulan cada año a las licitaciones que efectúan los respectivos Ministerios”¹⁵.

(iii).- Que con él:

Mejoran claramente la protección de los trabajadores e incrementan los niveles de una competencia justa y equitativa, porque esta no puede fundarse en el atropello de los derechos de los trabajadores, sino en la eficiencia, la eficacia y la tecnología. No se puede abaratar el costo de la prestación de servicios en desmedro de las condiciones laborales más precarias y remuneraciones más bajas, porque ello atenta claramente contra la calidad y la equidad que debemos garantizar a nuestros trabajadores¹⁶.

(iv).- Además:

El Estado es quien debe destacarse, más que nadie, en la protección de los derechos de los trabajadores. Debe ser el ejemplo en el cumplimiento de las

12 Historia de la Ley N° 20.238, p. 4.

13 Historia de la Ley N° 20.238, pp. 6-7.

14 Historia de la Ley N° 20.238, p. 12.

15 Historia de la Ley N° 20.238, p. 24.

16 Historia de la Ley N° 20.238, p. 70.

normas que el mismo se da para los efectos de proteger los derechos laborales.
(...) En cuanto a los requisitos de dichas empresas, me parece que también se puede aplicar una serie de exigencias para contratar con ellas¹⁷.

En la tramitación de esta ley, sobre este particular, no hubo posiciones en contra, o mayores reparos. Salvo el efectuado por el Senador Longueira, quien, en lo medular, planteó que le parecía excesivo que “una infracción” produjera esta inhabilidad contractual, lo que podría “resultar excesivo”, a no ser que fuera “de tal entidad o gravedad que, por sí solo, sin necesidad de reiteración, amerite la imposibilidad de participar en estos procesos públicos de selección de contratistas” (en clara alusión, por cierto, al principio de proporcionalidad). Así estimó conveniente que se establecieran parámetros que fueran considerados por el juez al aplicarla (lo que denominó “pauta objetiva” o “ciertos criterios”) tales como, por ejemplo, la reiteración de los hechos, la gravedad de la infracción, el número de los trabajadores afectados, etcétera. De lo contrario, destacó, la aplicación práctica de esta norma podría ocasionar una concentración de los prestadores de servicios¹⁸.

En suma:

- (1).- El propósito de esta norma no fue otro que proteger a los trabajadores.
- (2).- En efecto, a través de la contratación pública (y empleando el ingente “poder comprador” del Estado), se pretendió que la Administración ya no sólo obtenga bienes o servicios en términos convenientes (cual es la finalidad clásica de la contratación pública), sino que, además, a través de ella, se logren

17 Historia de la Ley N° 20.238, p. 80.

18 En efecto, en lo medular, planteó:

El Honorable Senador señor Longueira advirtió que su preocupación más bien apunta a la frecuencia con que debe verificarse la infracción de tales derechos para producir el efecto de excluir de la licitación a una empresa postulante. (/) En efecto, en los términos en que la norma está propuesta, bastaría con una sola infracción a tales derechos para quedar al margen de un proceso de licitación, lo que podría resultar excesivo. En consecuencia, se manifestó partidario de precisar la disposición en tal sentido. (/) En su opinión, la norma debería estar dirigida a quien tenga una permanente conducta abusiva para con sus trabajadores, es decir, incurrir en tales infracciones reiteradamente en el tiempo. Añadió que no parece tan claro que la inhabilitación proceda si se trata de un caso aislado, a menos que, ese único caso sea de tal entidad o gravedad que, por sí solo, sin necesidad de reiteración, amerite la imposibilidad de participar en estos procesos públicos de selección de contratistas. (/) Señaló que, así como en el caso de las prácticas antisindicales se establece como parámetro la existencia de una sentencia judicial condenatoria que haya recaído sobre la empresa, del mismo modo, tratándose de los derechos fundamentales del trabajador, debería contemplarse alguna pauta objetiva que refleje una conducta sostenida de vulneración a tales derechos. (/) Insistió, entonces, en la necesidad de definir ciertos criterios que permitan precisar cuándo estamos en presencia de una infracción a los derechos fundamentales del trabajador que, además, signifique la exclusión de una empresa de un proceso de licitación. Lo anterior, propuso, podría ser según la frecuencia con que acontezcan los hechos, la gravedad de la infracción o el número de trabajadores a quienes afecta. Agregó que, de lo contrario, la norma resulta demasiado excluyente y ello, a la postre, sólo deviene en una mayor concentración de los prestadores de servicios” (Historia de la Ley N° 20.238, p. 23).

otros objetivos o propósitos valiosos (sociales, ambientales, económicos, etcétera) como sería, en este caso, la observancia por parte de las empresas de la Legislación protectora de los trabajadores. Se trata, por tanto, de una finalidad añadida a la contratación pública, que excede su finalidad clásica, y que, por ello, algunos autores, la denominan “exógena”.

(3).- Esta finalidad protectora de los trabajadores, a través de esta inhabilidad contractual, se logra dado que las empresas tendrán el incentivo para no incurrir en tales conductas (prácticas antisindicales o infracciones a los derechos fundamentales del trabajador), pues si lo hacen y son condenadas por ello, se les aplicará esta; que importa, en los hechos, la exclusión de entre los posibles contratantes de la Administración. Asimismo, con ella se evita: (i).- el *dumping* laboral, vale decir, que empresas participen en licitaciones con mejores ofertas, más que ello se deba al menoscabo de los derechos de los trabajadores; y (ii).- se desprestigie a la contratación pública, y con ello a la Administración; lo que acontece cuando, al no existir mecanismos como éste, se vinculan contractualmente a esta empresas que no cumplen con dicha legislación.

(4).- Por tanto, a través de este artículo se introdujo lo que se ha venido en llamar contratación pública estratégica o, si se quiere, políticas secundarias o políticas horizontales de la contratación pública, aun cuando en su tramitación legislativa no se le haya dado, en forma expresa, tal denominación.

(II).- EL ARTÍCULO 4º, INCISO 1º, PARTE SEGUNDA, DE LA LEY 19.886 DESPUÉS DE LA LEY 21.634.

Desde ya, cabe destacar que la innovación legal introducida por la Ley 21.634 a la Ley 19.886, en lo concerniente al artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, evidenciada esencialmente en el nuevo artículo 35 *septies*, antes transcrito y estudiado, reconoce como fundamento/motivación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vigente al iniciarse su tramitación legislativa¹⁹, surgida a partir de 2018²⁰, y que entendió, en lo medular, que tal inhabilidad contractual, siempre y todo caso, por el plazo de dos años, importaba una vulneración del principio de proporcionalidad (puesto que el Legislador no le había establecido al juez criterios conforme a los cuales pudiera graduarla),

19 El mensaje es del 30 de marzo de 2021.

20 Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N°s 3.570 y 3.572 (de 28 de noviembre de 2018); que llamaremos, en lo sucesivo, “sentencia UC-UCh”.

produciendo de esta forma efectos contrarios a la Constitución (y que se fundaba en atribuir a esta inhabilidad contractual la naturaleza jurídica de “sanción”, y con ello, la aplicación de los principios del *ius puniendi*.

En efecto, el mensaje que dio inicio a la tramitación legislativa que concluyó con la Ley 21.634 señala que:

siguiendo la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha declarado inaplicable el inciso primero del artículo 4° de la ley N° 19.886, las inhabilidades establecidas en los numerales i, ll, iv y v anteriores serán aplicadas por los respectivos jueces, previa solicitud de un interesado, por un plazo de hasta 2 años, debiendo ponderar el magistrado el bien jurídico o el derecho vulnerado, la extensión o magnitud de la vulneración, según el caso, la reiteración de la conducta denunciada, el interés público afectado con su aplicación, así como también, la proporcionalidad y el probable efecto económico de la medida sancionatoria. (/) Sin perjuicio de lo anterior, en los casos en que la exclusión del Registro de Proveedores pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad, o fuere perjudicial para el Estado, el juez desistirá de aplicar esta pena²¹.

Ahora bien, en su Historia de la Ley constan tres ideas relevantes en relación a esta cuestión: (i).- La opinión del Contralor General de la República respecto del antes referido artículo 35 *septies*. En lo medular, señaló que esta inhabilidad contractual era una “sanción judicial” y no una “sanción administrativa”; que el juez deberá aplicar los criterios que se establecen a fin de graduarla; y que no la aplicará cuando pudiere causar consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad o fuere perjudicial para el Estado²². (ii).- El

21 Historia de la Ley N° 21.634, p. 20.

22 En efecto, en lo medular, señaló:

Luego, revisó el artículo 35 septies, que establece las reglas para suspender (exclusión hasta por dos años) del Registro de Proveedores a las personas que hayan sido condenados por delitos concursales, incumplimiento contractual, prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador y delitos de cohecho, dejando de ser una sanción administrativa, revisable judicialmente, a ser sólo de aplicación judicial. Además, en el inciso 6o se establecen las reglas que debe considerar el juez para la aplicación de la sanción de exclusión (suspensión): 1. Bien jurídico o derecho vulnerado. 2. Magnitud de la infracción en consideración a terceros afectados. 3. Reiteración de la conducta. 4. Interés público afectado (Informe de la Dirección de Compras). 5. Proporcionalidad del probable efecto económico que tendría su aplicación (directamente sancionado y todos aquellos a quienes se les extiende).

Luego agrega que

No obstante, en los casos en que la sanción de inhabilidad o exclusión del Registro de Proveedores pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad o fuere perjudicial para el Estado, el tribunal no aplicará esta sanción”. (/)

Efectuó los siguientes comentarios sobre el particular:

Se trata de una sanción judicial, y ya no de una medida administrativa. (/) El juez está obligado a aplicar los elementos de ponderación para la aplicación de la sanción y no podrá aplicar la sanción cuando pudiere

ejemplo otorgado por la Subsecretaría de Hacienda respecto de un caso en que esta inhabilidad contractual no se podría aplicar por ocasionar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad²³. (iii).- La opinión de un académico, quien destacó que el proyecto de ley en estudio seguía la postura de la mayoría de ministros del Tribunal Constitucional, pero que internamente era debatida; que el articulado propuesto era complejo y confuso; y que muy probablemente, en caso de ser aprobado y entrar en vigor, dejaría sin aplicación práctica la inhabilidad contractual y, consecuentemente, la política horizontal de la contratación pública que a través de ella se sigue como es asegurar la protección de los trabajadores²⁴.

En suma:

causar consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad o fuere perjudicial para el Estado”. Historia de la Ley N° 21.634, pp. 234-235.

23 En efecto, en lo medular, señaló

El honorable senador señor Saavedra destacó que la norma propuesta en la indicación busca establecer una lista de proveedores que dé confianza y que, además, se ciñe a las líneas propias de la probidad y la transparencia, dando la tranquilidad y confianza que el sistema requiere. (f) Por su parte, el honorable senador señor Durana consultó sobre el alcance de la parte de la norma propuesta según la cual el tribunal no aplicará la sanción de inhabilidad si esta sanción puede causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad. (f) Para graficar el alcance de esta parte de la disposición, la Subsecretaría de Hacienda señora Heidi Berner, acudió a un ejemplo. Señaló que hace varios años atrás ocurrió que, por una tutela laboral de un académico de la Universidad de Chile, fue impedido a la Universidad ser proveedor del Estado. Dentro de ese ámbito, por ejemplo, se encuentra el Hospital Clínico de la Universidad de Chile, que presta atenciones a todo el sector norte de la capital. Ahí efectivamente hubo un problema social importante porque el Hospital no podía entregar atenciones que habían sido solicitadas en convenio con el Servicio Metropolitano Norte de Salud. En tal caso, bien específico, el tribunal contaría con la competencia para no aplicar la sanción de inhabilidad. (f) Añadió que se está pensando más en el interés público por sobre el interés privado, dependiendo, por supuesto, del tamaño de la empresa y el impacto que pudiese ocasionar, pero, también, podría darse para el caso de un proveedor que sea privado.

Historia de la Ley N° 21.634, p. 904. Tal como veremos luego, fueron estos casos extremos, relativos a grandes prestadores, y de prestaciones muy relevantes en materia sanitaria, como las Universidades Católica y de Chile, las que otorgaron el “caso concreto” que permitió al Tribunal Constitucional, en 2018, en base a tales singularidades, inaplicar el artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley N° 19.886.

24 En efecto, en lo medular, señaló:

6. Reglas sobre inhabilidad para contratar por condena por prácticas antisindicales. (f) Esta es una materia que ha sido largamente litigada ante el Tribunal Constitucional, en que ha sido declarada inconstitucional, y el proyecto asume la postura de la mayoría del mismo sobre la materia. Sin embargo, se trata de una materia debatida incluso dentro del mismo Tribunal Constitucional. (f) La regulación introducida para intentar salvar este punto es demasiado compleja y confusa, por lo que, en su parecer, la prohibición probablemente terminará en letra muerta. El problema es que esto implica una renuncia al uso de las compras públicas con una visión estratégica para conseguir otros objetivos, como pueden ser la igualdad de género, la protección del medioambiente o de los derechos de los trabajadores.

Historia de la Ley N° 21.634, p. 243. Esta opinión, conforme veremos más adelante, fue visionaria en cuanto a que la innovación legislativa propuesta se basaba en una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, entonces, era resistida internamente. En efecto, las sentencias que declaraban la inaplicabilidad del artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley N° 19.886, contenían un persistente y consistente voto disidente; mismo que tiempo después pasó a ser el voto de mayoría, cambiando así, diametralmente, la jurisprudencia de dicha Magistratura en esta materia.

(1).- El Legislador, teniendo como fundamento/motivación de esta innovación legislativa a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entonces en vigor, y, conforme a esta, atribuyéndole a esta inhabilidad contractual el carácter de sanción, reconoció la necesidad de satisfacer la observancia del principio de proporcionalidad en este caso, lo que hizo estableciéndole al juez criterios de graduación y de no aplicación que le permitan, respectivamente, graduar el plazo de ella (siendo el “tope” el plazo de dos años) y, excepcionalmente, determinar no aplicarla.

(2).- Con ello, el Legislador, implícitamente, obvió el carácter de política horizontal de la contratación pública que el mismo le había atribuido a esta inhabilidad contractual, al establecer el artículo 4º, inciso 1º, segunda parte, de la Ley 19.886, a través de la Ley 20.380, conforme se ha observado.

(3).- Paradojalmente, al momento de aprobarse esta innovación legal²⁵, dicha jurisprudencia, que fue su fundamento/motivación, había sido reemplazada por otra, surgida a partir de 2022²⁶, diametralmente opuesta, y que entendió, en lo medular, que tal inhabilidad contractual, con tales características (siempre y todo caso, por el plazo de dos años) no vulneraba el principio de proporcionalidad ni producía efectos contrarios a la Constitución (y que se fundaba en atribuir a dicha inhabilidad la naturaleza jurídica de política horizontal de la contratación pública).

(4).- Por tanto, como se observa, esta innovación legal introducida por la Ley 21.634 en relación a esta materia, perdió su fundamento/motivación en el camino.

(B).- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

A continuación nos referiremos a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, en sede de inaplicabilidad, se ha referido a este artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886.

(i).- La evolución jurisprudencial. Demandados o condenados —en sede laboral— por prácticas antisindicales o la infracción a los derechos

25 En efecto, la aprobación del Informe de la Comisión Mixta tuvo lugar el día 29 de agosto de 2023; la promulgación de la Ley N° 21.634, el día 28 de noviembre 2023; y su publicación en el Diario Oficial, el 11 de diciembre de 2023.

26 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.882 (de 2 de agosto de 2022); que llamaremos, en lo sucesivo, sentencia *Finning*.

fundamentales del trabajador, teniendo por gestión judicial pendiente una tutela laboral o un recurso de protección (en contra de la Dirección de Compras y Contratación Pública —a fin de que no declare el estado inhábil—), dedujeron requerimientos de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional en contra del señalado precepto legal, pues, plantearon, su aplicación en ellas producía efectos contrarios a la Constitución, entre estos, la vulneración del debido proceso, del principio *non bis in ídem*, del principio de proporcionalidad, de la igualdad ante la ley, etcétera.

Dichos requerimientos de inaplicabilidad corrieron distinta suerte, pudiendo reconocerse dos etapas: (1ª etapa), en la que fueron acogidos (2018-2022); y (2ª etapa), en la que fueron rechazados (2022 en adelante).

1ª Etapa: en la cual los requerimientos de inaplicabilidad fueron acogidos (2018-2022). Esta etapa comienza con la sentencia UC-UCh²⁷. En efecto, el demandado por tutela laboral y requirente de inaplicabilidad, era un órgano de la Administración del Estado, la Universidad de Chile²⁸; y a lo que se sumó el hecho que, a la par, dedujera un requerimiento análogo la Pontificia Universidad Católica de Chile. Casos concretos que, por su singularidad, ameritaban, por cierto, un estudio más detenido del criterio jurisprudencial seguido hasta entonces (en orden a rechazar estos requerimientos), por ser ambas universidades y, a la vez, grandes proveedores de la Administración (especialmente, en el ámbito sanitario); y cuya exclusión de entre los posibles contratantes de ella, afectaba, por cierto, la consecución del interés general.

Pues bien, en términos muy simples, en lo que atañe a la alegación de la vulneración del principio de proporcionalidad (a lo que limitaremos este análisis), los requerimientos de inaplicabilidad deducidos en contra de este precepto legal fueron acogidos por el Tribunal Constitucional, bajo el entendido de esta inhabilidad contractual era una “sanción” (aunque sin referirle, al menos no en modo expreso, el carácter de “administrativa” —por más que, en rigor estricto, la llevara a efecto un órgano de la Administración—), y de lo que se seguía que como tal estaba regida por los principios de *ius puniendi*, entre ellos el principio de proporcionalidad. Así, estableció que la labor del Legislador en relación a este precepto fue defectuosa, ya que éste no había contemplado criterios de graduación para que el juez pudiera fijarla (por

27 Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° 3.750 y 3.752.

28 Recordemos que, en principio, la acción de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores no aplicaba a los órganos de la Administración, lo que fue revertido por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Al respecto, véase: Román Cordero (2019).

ejemplo, el número de trabajadores afectados, el grado de vulneración de derechos fundamentales, etcétera); sino que, por el contrario, estableció que tal inhabilidad contractual sería, siempre y en todo caso, por el plazo de dos años. Por tanto, al no haber concretado el Legislador lo que se ha venido en llamar “proporcionalidad abstracta”, dicha Magistratura concluyó que el precepto legal impugnado vulneraba, en su aplicación al caso concreto, el principio de proporcionalidad, produciendo con ello efectos contrarios a la Constitución²⁹.

En efecto, la sentencia UC-UCh, en lo medular, sostuvo que:

El inciso primero del artículo 4º de la Ley N° 19.886, obsta participar a todos los empleadores condenados por igual, con independencia de su comportamiento individual y a despecho de que puedan haber cumplido el respectivo fallo condenatorio en su oportunidad. (/) Es algo muy claro que la disposición cuestionada desborda los límites que debe respetar el Legislador a la hora de perseguir y castigar a quienes comenten ilícitos, conforme a la Carta Fundamental. Por cuanto, cualquiera sea la naturaleza o entidad de gravedad, siempre e ineluctablemente la disposición legal objetada da lugar a esa sanción única de obstrucción contractual durante el lapso inamovible de dos años. (/) En circunstancias que darle a cada uno lo suyo —reconocerlo en sus particularidades— es la definición de justicia y sustento de nuestro régimen constitucional³⁰.

Agregando, que:

en estas condiciones, la oración final del artículo 4º, inciso primero, de la Ley 19.886, se presta para abusos por ser insuficiente a efectos de asegurar que la medida de castigo no trascienda la gravedad de los hechos cometidos: comoquiera que describe una conducta amplísima, que no individualiza por sus características propias cuáles son en sí mismos los hechos concretos que se valoran por sus repercusiones negativas (“prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador”), ella deviene susceptible de aplicación indiscriminada, puesto que puede llegar hasta abarcar actuaciones

29 Tal argumento, huelga observar, guardaba directa correspondencia con la jurisprudencia contenida en las sentencias del caso *Cascadas*, en materia de Derecho Administrativo Sancionador (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.922), e indirecta, con la sentencia del caso “Curtidos Bas”, en materia de potestad discrecional —desfavorable—, en el cual dicha Magistratura reprochó al Legislador la atribución al alcalde de la potestad para ordenar el “traslado de industrias mal ubicadas”, sin establecerle parámetros objetivos que delimitaran su ejercicio (ni reconocer al destinatario de esa orden el derecho a las “indemnizaciones de rigor”) (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.684).

30 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.750, considerando 9º.

de ínfima significación o apenas reconducibles a su formulación genéricas, a las que se ha de aplicar una sanción única e inexorable, prevista con un rigor que otras normas reservan para los crímenes más graves (la “exclusión” por dos años del sistema de contratación administrativa señalado). A un paso que esto muestra bien a las claras que la norma trata igual, con una misma y única pena, a quienes pueden haber cometido infracciones muy desiguales. (/) Algo muy elemental dice que el derecho a hacerse acreedor a la sanción merecida, en relación con la conducta efectivamente realizada, se encuentra aquí severamente menoscabado³¹.

Cabe destacar que el voto disidente en esta sentencia, en esencia, razonaba en orden a que esta inhabilidad contractual era una política horizontal de la contratación pública³².

2ª Etapa: en la cual los requerimientos de inaplicabilidad fueron rechazados (2022, en adelante). Esta etapa comienza con la sentencia Finning³³. En ella, el Tribunal Constitucional, en lo medular, señaló que la inhabilidad contractual que contempla el artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886, era una política horizontal de la contratación pública cuya finalidad era asegurar la protección de los trabajadores. O sea, hizo una lectura de este precepto legal diametralmente distinta a la que había hecho hasta ese momento. O, si se quiere, en sencillo, el voto de minoría pasó a ser el de mayoría. De esta manera no cabía aplicarle los principios del *ius puniendi*; y entre ellos, el de proporcionalidad.

En efecto, la sentencia Finning, en lo medular, sostuvo que:

31 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.750, considerando 10º.

32 Lo que el voto disidente desarrolló bajo el título “La implementación de políticas públicas mediante la contratación pública”. Y, en lo medular, sostuvo que:

15.- El uso de la contratación pública como herramienta para implementar políticas públicas es un fenómeno cada vez más común y ampliamente estudiado [Arrowsmith, Sue (2010): “Horizontal policies in public procurement: a taxonomy”, en *Journal of Public Procurement*, Nottingham University, Vol. 10, N° 2, pp. 149-186]. (/) 16. Este mecanismo puede asegurar el cumplimiento de leyes generales, o incluso exigencias que van más allá del marco legal, como pagar remuneraciones “justas”, asegurar la igualdad de género en la contratación, etc. Por ejemplo, el Convenio N° 94 OIT, que no ha sido suscrito ni ratificado por Chile, busca asegurar que los salarios de los trabajadores no sean un elemento de competitividad para contratar con el Estado, y por ello asegura ciertos estándares de remuneración. (...) Existen múltiples razones para que el Estado exija contratar sólo con empresas que cumplan las leyes; para evitar asociar al Estado con comportamientos ilícitos, para proporcionar incentivos adicionales al cumplimiento de la ley, para evitar vulneraciones legales en el cumplimiento del contrato, para garantizar una competencia justa, entre otras razones [Arrowsmith, p. 154].”

33 Esta sentencia es también importante, ya que ella reconoce expresamente el cambio de criterio jurisprudencia que introduce, y establece ciertos parámetros que, en lo sucesivo, han de regirlos. Véase: Román Cordero, Cristian, *Los cambios jurisprudenciales en el Derecho Administrativo*, en: Actas IV Jornadas de Teoría y Praxis del Derecho (en prensa).

El empleo de la contratación pública como herramienta para implementar políticas públicas resulta ser un fenómeno cada vez más común y ampliamente estudiado (Arrowsmith, Sue (2010): “Horizontal policies in public procurement: a taxonomy”, en *Journal of Public Procurement*, Nottingham University, Vol. 10, N° 2, pp. 149-186). A través de tal contratación “responsable”, “sostenible” o los mercados y en el comportamiento de las empresas con las cuales se relaciona para lograr objetivos de interés público. De este modo, mediante las denominadas “políticas horizontales”, “socioculturales” o “secundarias” el Estado busca asegurar el cumplimiento de leyes generales o, incluso, establecer exigencias que van más allá del marco legal, como pagar remuneraciones “justa”; asegurar la igualdad de género en la contratación; luchar en contra de la corrupción; apoyar a las pymes; luchar contra el desempleo; integrar personas con discapacidad; propiciar el comercio justo, la eficiencia y ahorro energético; proteger el medio ambiente; impulsar el ahorro energético, la innovación y el desarrollo tecnológico, etc³⁴.

(ii).- El *quid* de esta jurisprudencia. Luego de analizar detenidamente ambas etapas jurisprudenciales, y en especial, las sentencias que dan comienzo a cada una de ellas, estimamos que, bajo los argumentos que se esgrimen en una y otra, subyacen dos cuestiones que constituyen, en esencia, la *ratio decidendi*: La primera, la distinta naturaleza jurídica que se asigna a esta inhabilidad contractual: para unos ministros, es una sanción (y así regido por los principios del *ius puniendi*, y entre estos, el principio de proporcionalidad); en tanto que para otros, es una política horizontal de la contratación pública (y como tal, no regida por tales principios -siendo así admisible una inhabilidad contractual “plana”, vale decir, siempre y todo caso, por el plazo de dos años-). Y la segunda, que se halla por debajo de la anterior, el fin de la contratación pública: para unos ministros, debe ser el fin clásico de esta (obtener bienes y servicios en los términos más convenientes para la Administración); en tanto que para otros, el fin moderno, que, aparte de aquél, incorpora otros (que por ello se les llama “exógenos”) como la obtención de objetivos o propósitos valiosos (sociales, ambientales, económicos, etcétera) como sería, en este caso, la protección de los trabajadores³⁵.

34 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.882, considerando 9°.

35 En este sentido, Arrowsmith ha observado que:

El uso de la contratación pública como herramienta política es un fenómeno de larga data muy analizado, que cubre una amplia gama de áreas como el apoyo a condiciones laborales justas, el desarrollo regional y la provisión de oportunidades económicas para grupos desfavorecidos.” (Arrowsmith, 2019, p. 224).

Asimismo, que se funda en

Una primera razón para adoptar tales políticas es simplemente evitar asociar al gobierno con un comportamiento ilegal, tanto para dar ejemplo como para evitar las críticas del público. Un segundo conjunto de razones para justificar las políticas que refuerzan el cumplimiento del ordenamiento jurídico es proporcionar herramientas

Así el *quid* de esta jurisprudencia —y cambio jurisprudencial— (evidenciado en los votos de mayoría y de minoría de estas sentencias) no sería otro que la confrontación de distintas visiones sobre la contratación pública. Por un lado, la visión clásica, que no admite en esta las políticas horizontales, y otra moderna que sí³⁶. Y esto es muy patente en las sentencias antes referidas, que dan inicio a cada una de dichas etapas jurisprudenciales.

En efecto, la sentencia UC-UCh, con la que se da inicio a la etapa en la que se acogen los requerimientos de inaplicabilidad deducidos en contra del artículo 4º, inciso 1º, segunda parte, de la Ley Nº 19.886 (2018-2022), está centrada en la visión clásica de la contratación pública (y así rechazan las políticas horizontales en esta), y al efecto, en lo medular, señala:

Según es dable apreciar, entonces, la exclusión a priori de que se trata no atañe a la regulación material que es propia de los contratos administrativos, transformándose por esto en un exigencia inconducente a su respecto, que atenta contra el interés general que merced a esos contratos se busca cumplir y los derechos constitucionales de los interesados que en el considerando 2º se han indicado³⁷.

Enfatizando su carácter “exógeno” respecto a la contratación pública, al referir que es un “factor de eliminación de candidatos que no condice ni guarda relación con el fin u objeto del acuerdo de voluntades que por su intermedio se busca concretar”, “condiciones impertinentes” o “requisitos no atingentes”³⁸.

de cumplimiento adicional para asegurar la observancia de la ley general y/o castigar las violaciones, así como reducir el riesgo de violaciones de la ley general durante la ejecución del contrato”. (Arrowsmith, 2019, p. 229).

Del mismo modo, Gallego Córcoles ha destacado que:

Es este concepto amplio en el que se incluyen “compra pública social” y “compra ética”. La llamada “compra pública social” tiene por objeto integrar las inquietudes sociales en los procedimientos de adjudicación de un contrato público al tomar en consideración aspectos como la lucha contra el desempleo, la calidad en el empleo, la perspectiva de género, la contratación de personas con discapacidad o la reserva de contratos a Empresas de inserción y Centros Especiales de Empleo. Por su parte, la “compra ética” engloba otros supuestos en los cuales los elementos a valorar tienen más que ver con el cumplimiento de estándares éticos establecidos en las convenciones internacionales sobre condiciones laborales dignas, salarios mínimos y derechos de los trabajadores” (Gallego Córcoles, 2021, pp. 83-84).

36 Cabe destacar que mientras en Chile se observa cierta inclinación hacia la primera; en el Derecho Comparado, muy especialmente el europeo, se observa una inclinación hacia la segunda. Un libro muy claro a este respecto es: PALACÍN SÁENZ (2022). Asimismo: Arrowsmith (2019), Díez Sastre, Silvia (2017), Gallego Córcoles (2021), Molina Navarrete (2016), Rodríguez Castaño y Sanjurjo González (2018).

37 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 3.750, considerando 6º.

38 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 3.750, considerandos 12º y 13º. Estos señalan: DECIMOSEGUNDO: Que, desde otro ángulo, la exclusión de que se trata distorsiona todo el procedimiento contractual, al introducir un factor de eliminación de candidatos que no condice ni guarda relación con el fin u objeto del acuerdo de voluntades que por su intermedio se busca concretar. (f) Efectivamente, toda

En tanto que la sentencia Finning, con la que se da inicio a la etapa en la que se rechazan dichos requerimientos de inaplicabilidad (2022 en adelante), está centrada en la visión moderna de la contratación pública (y así admite las políticas horizontales en esta), y al efecto, en lo medular, señala:

Tradicionalmente, se adjudicaban estos contratos a quienes ofrecían el menor precio posible y cumplían ciertos estándares de calidad exigidos por el respectivo organismo. Sin embargo, en la última década se ha puntualizado que esa eficiencia, eficacia y ahorro si bien implican buscar el mejor “valor por el dinero” (*value for money* o *best value*), ello no lleva necesariamente a adjudicar el contrato a quien efectuó la oferta más baja, sino que deben considerarse además una serie de otros factores para elegir aquella que cumpla de mejor forma con los requerimientos del organismo y de los usuarios finales. De este modo para la adjudicación deben sopesarse diversos factores: el precio, la calidad, el cumplimiento de las normas, los riesgos asociados, el costo total de la vida del producto, el presupuesto, la sustentabilidad y la competencia para lograr la consecución de ciertos bienes de relevancia pública. (*Economic benefits of better procurement practices*, Deloitte, (2015)³⁹).

En suma, la verdadera diferencia entre los ministros de dicha Magistratura en relación a esta materia, se refiere a los fines de la contratación pública. Así, mientras unos adhieren a la visión clásica, y no admiten las políticas horizontales en ella; otros, a la visión moderna, y sí las admiten. Y esto no es de extrañar, ya que esta misma confrontación de visiones sobre la contratación pública se observa en el Derecho Comparado⁴⁰ (y en la doctrina nacional, conforme veremos más adelante).

licitación debe regirse por unas bases que resguarden la igualdad de los postulantes, de suerte que si -en la etapa de adjudicación- la Administración necesariamente debe preferir a uno y descartar a los otros, esta diferenciación no puede ser arbitraria, ya que únicamente habrá de basarse en aquellos factores de evaluación previstos en esas bases, que conciernen a la selección de la mejor oferta, así como a asegurar el cumplimiento eficiente y eficaz del contrato. (//) Ciertamente, la ley o su reglamento pueden disponer que las bases contemplen determinados requisitos o factores de evaluación, como por ejemplo lo hace la propia Ley N° 19.886 (artículo 10, inciso segundo). Pero lo que está constitucionalmente prohibido es que introduzcan condiciones impertinentes, conducentes, por ello, a la materialización de una diferencia arbitraria; (//) DECIMOTERCERO: Que la intromisión de requisitos no atingentes, como éste, deviene en barreras de entrada artificiales en los procesos de licitación convocados por el Estado, al impedir una mayor competitividad y la afluencia de oferentes acreditados, cuyo es el caso de la Casa de Estudios Superiores requirente. (//) Todo lo cual redundaría en desmedro del propio bien común general que a través del respectivo contrato se busca satisfacer”.

39 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.882, considerando 18°.

40 En este sentido, por ejemplo, se ha señalado que:

La visión tradicional de la contratación pública pivota en torno al contenido económico de los contratos públicos y su impacto en el mercado. El derecho de la contratación pública debe evitar una adjudicación contraria a los principios de competencia, transparencia, igualdad y no discriminación, fundamentalmente. Desde esta perspectiva, el principio de competencia es el núcleo en torno al que se deben articular las reglas europeas de contratos públicos. (...) Frente a esta visión pro-competitiva de los contratos públicos, ha existido una tendencia a explorar las posibilidades de la contratación pública para la puesta en marcha de políticas públicas y el logro de objetivos de carácter no económico. En ese sentido, se habla de la contratación estratégica, responsable o sostenible. En todos los casos se alude a la utilización de la adjudicación de contratos

Pues bien, esto:

(1).- Explica la tendencia evidenciada en la jurisprudencia de esta Magistratura en esta materia en orden a resolver los requerimientos de inaplicabilidad deducidos, prescindiendo del caso concreto, lo que es anómalo en esta forma de control de constitucionalidad represivo de la ley⁴¹.

(2).- Configura la inmisión del Tribunal Constitucional, bajo el –aparente– ejercicio del control de constitucionalidad a través de la inaplicabilidad, en decisiones propias del Legislador, vale decir, de mérito legislativo, como es la determinación de los fines de la contratación pública, o, si se quiere, la opción entre la visión clásica o moderna de esta. Y así lo entiende, paradójicamente, esta misma Magistratura en tanto observa que “Ciertamente, la ley o su reglamento pueden disponer que las bases contemplen determinados requisitos o factores de evaluación, como por ejemplo lo hace la propia Ley N° 19.886 (artículo 10, inciso segundo)”⁴²; así como también la doctrina (comparada), en tanto ha señalado, en relación a estas inhabilidades contractuales (también conocidas como “prohibiciones para contratar”). Que aquí se está tomando en consideración un aspecto “metacontractual”, la vulneración de una normativa por la que el licitador ha sido condenado, vulneración que no se ha producido en el contrato objeto de licitación, pero aun así no se le permite licitar por interesante que pueda ser su oferta. Es una decisión política que no tiene que ver ni con la adecuada calidad y precio de la prestación, ni con la libre competencia (al menos no directamente en el caso concreto) pero es totalmente lógico que un ente público (aun cuando no sea una Administración) no pueda actuar en forma que premie el incumplimiento de normas imperativas por adecuada que pueda ser la prestación ofertada⁴³.

públicos como un medio de consecución de objetivos no económicos, de carácter social y medioambiental principalmente” (Díez Sastre (2017), p. 199).

Asimismo, que:

la contratación pública no puede concebirse exclusivamente como una herramienta de aprovisionamiento de los poderes público, sino como un poderoso instrumento para llevar a cabo políticas públicas tan diversas como la promoción de la innovación, el fomento de la Pymes o la sostenibilidad social y ambiental (...) Esta visión instrumental de la contratación pública implica la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos para el interés general, sin que necesariamente estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato. De esta forma, se consideran objetivos secundarios o políticas horizontales aquellos objetivos que no justifican la contratación, pero que conllevan aparejada una mejora con respecto a la situación preexistente” (Gallego Córcoles, 2021, p. 62).

41 Ugalde Silva (2022), p. 28.

42 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.750, considerando 12°.

43 Rodríguez Castaño y Sanjurjo González (2018), p. 297.

Y ambas cuestiones pueden constatar, en las sentencias UC-UCh y Finning, pues ambas contienen una parte inicial en la que se analizan las conveniencias, según el caso, de la visión clásica o moderna de la contratación pública⁴⁴, en términos teóricos-partidarios; lo que es impropio de una sentencia de inaplicabilidad, singularizada por el carácter de control concreto de constitucionalidad, y más propio de un artículo de doctrina, sino de un proyecto de ley. De ahí que no sea de extrañar que el mensaje con el que se dio inicio a la tramitación legislativa que concluyó con la Ley 21.634, haya referido como fundamento/motivación de la innovación legislativa que propuso en esta materia, expresamente, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional entonces vigente (1ª etapa, entre 2018-2022).

(C).- La doctrina

En general, las opiniones doctrinarias sobre el artículo 4º, inciso 1º, segunda parte, de la Ley 19.886, han sido variadas. Ahora, entre ellas, en cuanto a la admisión o no de las políticas horizontales en la contratación pública, podemos distinguir:

(i).- Doctrina que rechaza las políticas horizontales de la contratación pública. Algunos autores, siguiendo una visión clásica de la contratación pública, rechazan las políticas horizontales en esta (calificándolas como elementos “exógenos” de esta). Asimismo, otorgan a esta inhabilidad contractual el carácter de “sanción”.

En este sentido, Lara y Helfmann han planteado que este precepto legal adiciona

Factores exógenos a la contratación como criterios de “entrada” o bien como “factores positivos” en la evaluación, desatendiendo el verdadero sentido de la contratación administrativa, esto es, dotar a la Administración de un eficaz y eficiente mecanismo —en la esfera patrimonial— para el cumplimiento del cometido propio de cada órgano público, es decir, la satisfacción de necesidades públicas concretas en su respectiva esfera competencial con miras al bien común⁴⁵.

Lo anterior, agregan:

44 Véanse, en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.750, considerandos 3º-7º, bajo el título “*Antecedentes*”; y en la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.882, considerandos 17º-25º, bajo el título “*Implementación de Políticas Horizontales en la Contratación Pública*”.

45 Lara Arroyo y Helfmann Martini (2013), p. 163.

No puede sino distanciarse del espíritu y tenor de nuestro ordenamiento constitucional en cuanto garante y promotor del rol subsidiario del Estado, respetuoso de la autonomía de los cuerpos asociativos y por sobre todo, garantista de la libre iniciativa económica, circunstancias que resultan afectadas cuando el Estado y sus organismos, vienen a intentar directa o indirectamente en otras oportunidades, orientar la economía por la vía de la imposición de este tipo de “barreras” o “premios” ajenos a lo propio de la contratación administrativa en cuanto herramienta que mira a la eficiencia y eficacia de la satisfacción de necesidades públicas. (/) Dicha circunstancia, no puede sino preocuparnos, cuando advertimos determinadas disposiciones legales que desde hace algún tiempo esconden un verdadero direccionamiento del comportamiento económico del Estado, como si este debiera corregir errores del mercado y/o desvirtuar su rol económico incorporando una vocación sancionatoria o social que al menos en este aspecto no le es propio⁴⁶.

Por su parte, Lara, celebrando la sentencia UC-UCh, ha observado que:

Pues bien, siempre es imperativo y deseable la promoción del cumplimiento de la normativa, pero no a cualquier precio o pudiendo avasallar los derechos de las personas. Ello, desde que la incorporación de verdaderas barreras a la entrada para contratar con el Estado no solo afectan principios estructurantes de la contratación pública, como lo es la “libre concurrencia” e “igualdad entre los oferentes”, previstas en la Ley N° 18.575 y Ley 19.886, sino que “distorsionan” lo que debería ser lo esencial en la decisión de contratación por parte del Estado, esto es, la vieja y básica ecuación resultante del “precio” y “calidad” del bien o servicio que se contrata. A contrario sensu, nos podrán plantear que el Estado debe “predicar con el ejemplo”, no pudiendo contratar con infractores, sin embargo, dichos infractores ya están asumiendo su responsabilidad en la sede respectiva, en este caso laboral, por lo que imponer una nueva sanción que, por lo demás, resulta instantánea, conculca el *non bis in idem* y el debido proceso que deben conducir necesariamente todo procedimiento sancionatorio⁴⁷.

Por lo que concluye que:

No queda sino celebrar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en lo que respecta a proseguir delineando los contornos del derecho administrativo sancionador, resguardando al ciudadano frente a la imposición del legislador de verdaderas barreras a la contratación con el Estado que no hacen sino desvirtuar el sentido mismo del contrato administrativo, que es, hacerse de

46 Lara Arroyo y Helfmann Martini (2013), p. 163.

47 Lara Arroyo (2018).

los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de necesidades públicas bajo las condiciones más idóneas tanto técnica como económicamente⁴⁸.

(ii).- Doctrina que admite las políticas horizontales de la contratación pública. Hay otros autores que admiten las políticas horizontales de la contratación pública, aunque con limitaciones.

En este sentido, Flores, comentando la sentencia UC-UCh, sostiene que este precepto legal establece una política horizontal de la contratación pública. En este contexto, observa que:

La incorporación de una norma de esta naturaleza responde a lo que la doctrina comparada denomina “contratación estratégica”, consistente en incorporar en la legislación contractual administrativa elementos exógenos que le permitan a los órganos públicos, por la vía del contrato administrativo, satisfacer necesidades públicas anexas o complementarias, como por ejemplo la protección del medio ambiente, el respeto de los derechos sociales o laborales, la observancia de los derechos de los consumidores, entre otras⁴⁹.

Con todo, destaca que:

La aplicación de la contratación estratégica sin una clara orientación teleológica y sin una depuración precisa de su relación con el contrato administrativo puede generar un efecto contrario, tales como inhibir ofertas beneficiosas para el Estado desde el punto de vista técnico por no cumplir obligaciones anexas⁵⁰.

En este contexto observa que las políticas horizontales de la contratación pública tienen limitaciones, entre las que destaca, por una parte:

En la implementación de las cláusulas sociales en los contratos públicos se disponga de parámetros objetivos para determinar la naturaleza de las cláusulas, sus límites y alcances, puesto que podrían configurarse cláusulas cuya imposición dificulten el cumplimiento del objeto contractual. En otras palabras, no se debe perder de vista que la cláusula social es un medio (un anexo) y, por lo tanto, su imposición no puede afectar el cumplimiento del contrato administrativo, debiendo guardar relación con el objeto y los plazos regulados del contrato⁵¹.

48 Lara Arroyo (2018).

49 Flores Rivas (2019), p. 344.

50 Flores Rivas (2019), p. 345.

51 Flores Rivas (2019), p. 346.

[Por otra, que] la norma que habilite a la Administración a introducir cláusulas sociales dentro los procesos de licitación y, por ende, en los contratos administrativos, debe implementar criterios de razonabilidad y proporcionalidad, que le permitan a la autoridad distinguir la naturaleza del incumplimiento, su duración y la relación con la sanción aplicable y los efectos del incumplimiento de la cláusula social, a fin de que no exista una sola reacción exclusiva y excluyente al incumplimiento de una cláusula social, como la regulada en el artículo 4º de la Ley N° 19.886⁵² y ⁵³.

Asimismo, Ugalde observa:

Que las exclusiones para contratar no son ilegítimas en sí mismas, empero que han de seguir una serie de criterios para que, por una parte, logren sus objetivos, y por la otra, no creen efectos negativos, desproporcionados o injustos para los distintos interesados en participar en las licitaciones públicas⁵⁴.

Así sugiere, en relación con este precepto legal (antes de la Ley 21.634):

Dado que es el interés público lo que debe protegerse mediante estas contrataciones y, además, deben respetarse las garantías constitucionales, podría analizarse modificar el artículo 4 de la LBCA para moderar estos efectos negativos. Esto podría lograrse introduciendo una graduación en el tiempo de la inhabilitación para que lo determine el juzgado del trabajo respectivo —tal como sucede en el caso del Tribunal de la Libre Competencia—, estableciendo parámetros que permitan esa graduación, como podría ser la reincidencia, la acumulación de sentencias condenatorias, la gravedad de la conducta, etcétera. De este modo, podría, por una parte, continuarse con esta política que busca incentivar el

52 Flores Rivas (2019), p. 346-347.

53 Requisito este último que no cumpliría el artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, ya que, señala Flores:

la inhabilidad de contratar con el Estado por el plazo de 2 años como consecuencia de condenas laborales, en los términos regulados en el artículo 4º de la Ley N° 19.886, no se ajusta al principio de proporcionalidad. Por una parte, porque no admite graduaciones (gravísimas, graves y menos graves) que le permitan al juez o al órgano administrativo calificar los hechos denunciados y adecuarlos razonablemente a la sanción. Y, por otra parte, porque la aplicación automática de la sanción impide la utilización de otros medios menos intensos que persiguen un resultado similar, como la retención de pago para fines previsionales o laborales” (Flores Rivas, 2019, p. 357).

54 Ugalde Silva (2022), p. 32.

cumplimiento de la normativa laboral, y, por la otra, moderarse los efectos negativos que pudiera tener^{55 y 56}.

III.- PROBLEMAS

En esta parte revisaremos los problemas que el artículo 4º, inciso 2º, parte segunda, de la Ley 19.886, en la nueva interpretación que permite la Ley 21.634, en especial a partir del nuevo artículo 35 *septies*, muy posiblemente ocasionará. Estos son de fondo como de forma.

(A).- Problemas de fondo

(i).- Imprecisiones de la nueva normativa. Conforme observábamos, son manifiestas las imprecisiones del nuevo artículo 35 *septies* de la Ley 19.886 (agregado por la Ley 21.634), en cuanto el alcance de los criterios de graduación y de no aplicación. Por lo pronto, los criterios de graduación son muy particulares y, por tanto, muy distintos a aquéllos que pueden observarse en otros sectores; en tanto que los criterios de no aplicación, únicos, pues no reconocemos otros análogos en otros sectores. A lo anterior se suma el hecho que la enumeración de los criterios de graduación no es taxativa, sino que meramente ejemplar (y que concluimos del encabezado del inciso respectivo, en cuanto emplea la expresión “especialmente”), lo que permitiría al juez considerar otros que estime pertinentes.

55 Ugalde Silva (2022), p. 33. Y en relación al proyecto de ley que concluyó con la Ley N° 21.634, nos observa:

Cabe señalar, en todo caso, que parte de lo recién propuesto está siendo discutido en el proyecto de ley Boletín 14137-05 —proyecto que, al momento de escribir este trabajo, se encontraba en segundo trámite constitucional en el Senado—, que busca modernizar la Ley 19.886. En esa reforma se eliminaría la mayoría del artículo 4 citado, y aunque se mantiene la inhabilidad para formar parte del Registro de Proveedores, así como de los registros del Ministerio de Obras Públicas y del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, en caso de que una empresa sea condenada por prácticas antisindicales o infracción a los derechos de los trabajadores, se establece criterios de proporcionalidad. Así, se determina que el juez laboral debe calificar la conducta como grave —utilizando una serie de criterios, como la reincidencia, afectación al interés público, etcétera, además de considerar si la inhabilidad puede tener consecuencias sociales y económicas graves— y pronunciarse expresamente respecto de la exclusión, que puede establecerse en hasta dos años. De prosperar esa reforma, el problema en cuestión se resolvería de una manera que creemos satisfactoria (UGALDE SILVA (2022), pp. 33-34).

56 Otros estudios doctrinarios en relación a este precepto legal son: Alegría Bello (2018), Marín Iturra (2018) y Boutaud Scheuermann (2022). Los dos primeros son críticos del artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley N° 19.886, y adhieren a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que lo inaplicó a partir de la sentencia UC-UCh. El tercero analiza la naturaleza jurídica de esta inhabilidad contractual, en específico si puede ser entendida o no como una sanción administrativa.

Esto, por cierto, otorga al juez un enorme poder interpretativo, en circunstancias que esta materia debiera ser regulada, en forma detallada, por la ley⁵⁷ (ya que, si se atribuye a esta inhabilidad contractual la naturaleza jurídica de “sanción”, estos criterios integrarían, al menos indirectamente, su “tipo”). En efecto, en este contexto, el alcance de ambos criterios (y la enumeración de los criterios de graduación) dependerá, finalmente, de la interpretación que aquél realice, y con ello, la aplicación o no de esta inhabilidad contractual y, en el caso de aplicarla, el plazo de esta. Esto, sumado al principio de los efectos relativos de las sentencias, podría importar una vulneración de la seguridad jurídica y de la igualdad (ante la ley); singularmente relevantes en estas materias. A mayor abundamiento, dable es prever que habrá algunos jueces más sensibles respecto de los derechos de los trabajadores, que dejen sin efecto estos criterios (aplicando así esta inhabilidad contractual, y en el máximo plazo posible), y otros más sensibles respecto de los derechos de las empresas (o, si se quiere, respecto de la libertad económica), que amplíen estos criterios (no aplicando esta inhabilidad contractual, o bien al hacerlo, en el mínimo plazo posible). Esta crítica es grave, pues el fundamento/motivación de esta innovación legislativa fue atender la jurisprudencia Tribunal Constitucional (vigente entre 2018-2022), y satisfacer la observancia del principio de proporcionalidad en esta materia, mas esta falencia mantiene el cuestionamiento inicial, y peor aún, abre otros como, por ejemplo, la — aparente— inobservancia del principio de legalidad-tipicidad (y en especial, si se atribuye a esta inhabilidad contractual la naturaleza jurídica de “sanción”).

Con todo, esto podría ser corregido, en la práctica, de dos maneras: (1).- Entendiendo que los informes que expida la Dirección de Compras y Contratación Pública en relación a tales criterios, ya sean a instancia de requerimientos debidos o voluntarios, que si bien no vinculan al juez, en caso de no conformarse a ellos, exigen a éste un fundamento especial o reforzado en la sentencia en el que explique el porqué de ello. De esta forma, y bajo el entendido que dicho Servicio mantendrá coherencia en lo que informe en distintos y sucesivos informes (valga la redundancia), se tenderá a dar cierta estabilidad a las decisiones judiciales en esta materia. (2).- Entendiendo que la judicatura laboral deberá observar sus decisiones anteriores respecto de casos análogos (“precedentes”), en especial respecto de la extensión del plazo de esta inhabilidad contractual. Así, de no hacerlo (es decir, cuando no siga el “precedente”), deberá otorgar un fundamento especial o reforzado

57 Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° 479 y 480.

en la sentencia en el que explique el porqué de ello. Así, en este contexto, los litigantes podrán impugnar tales decisiones, invocando casos análogos anteriores en los que la extensión del plazo de la inhabilidad contractual fue menor al que entonces se ha aplicado, simplemente por no seguir el “precedente” (o bien, por no otorgar el fundamento especial o reforzado que explicara el porqué de ello). De ahí la conveniencia de que la judicatura laboral a este respecto cuente con una tabla de baremos. Cabe destacar que esto ya tiene lugar respecto de las impugnaciones de multas que exceden la práctica anterior de la Administración, y ha sido reconocida abiertamente por la Corte Suprema⁵⁸; la cual incluso ha señalado que al efecto ha requerido a su Dirección de Estudios la elaboración de tablas de baremos, en base a las multas históricamente aplicadas por ciertos órganos de la Administración respecto de determinadas conductas infraccionales. A esta doctrina la hemos denominado “proporcionalidad-igualitaria”⁵⁹.

(ii).- El (menor) efecto disuasivo. Como consecuencia de las imprecisiones de esta nueva normativa, antes apuntadas, cualquiera empresa que incurra en prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales de los trabajadores, y sea condenada por ello, no necesariamente se le aplicará tal inhabilidad contractual por dos años, sino que por el plazo que el juez determine, en base a los criterios de graduación; pudiendo incluso éste decidir no aplicarla, en base a los criterios de no aplicación. Así el efecto disuasivo de esta inhabilidad contractual respecto de la comisión de tales conductas, se ve fuertemente disminuido. Podría, incluso, darse el caso de ciertas empresas, respecto de las cuales corresponda aplicar todos o algunos de los criterios de “no aplicación”, por lo que no deba serles aplicada esta inhabilidad contractual, razón por la que no tendrán incentivo alguno para cumplir con la Legislación protectora de los trabajadores (sin perjuicio de otros mecanismos que, en otros planos, operen al efecto). Ahora bien, este efecto disuasivo disminuido es, por cierto, contradictorio con la esencia de esta inhabilidad contractual, ya sea que se la entienda como una sanción o como una política horizontal de la contratación pública, y especialmente en esta última hipótesis.

Con todo, esto podría ser corregido, en la práctica, entendiéndose que la regla general ha de ser la aplicación de esta inhabilidad contractual por el plazo de dos años, tal como establece el artículo 4º, inciso 1º, parte segunda de la

58 A modo ejemplar, véanse: sentencias de la Corte Suprema Roles N° 83.664-2020 y 38.165-2021.

59 Román Cordero (2023a), Román Cordero (2023b).

Ley 19.886; que, huelga destacar, la Ley 21.634 no modificó en lo absoluto. Así, cuando una empresa haya sido condenada por prácticas antisindicales o infracción a los derechos del trabajador, la aplicación de dicha inhabilidad contractual con un plazo menor a dos años, o derechamente su no aplicación, al hacer excepción de dicha regla general, y especialmente en este último caso, exigirá al juez un fundamento especial o reforzado en la sentencia en que él explique el porqué de ello.

(B).- Problemas de forma

(i).- El fundamento/motivación de la Ley 21.634 en esta materia. Entendemos que todos los poderes públicos están regidos por el principio de interdicción de la arbitrariedad⁶⁰, incluido el Legislador⁶¹; razón por la cual todas y cada una de las decisiones que adopten, en el ejercicio de sus funciones, deben contar con fundamento/motivación, incluida la ley. En este sentido, cabe destacar que el Tribunal Constitucional, en sede de inaplicabilidad, ha analizado el fundamento/motivación de diversas leyes, a fin de determinar la concurrencia o no de la arbitrariedad legislativa⁶², observando como indicio de esta, la omisión al respecto en su respectiva Historia de la Ley⁶³. Así, por ejemplo, recientemente en una sentencia de inaplicabilidad, ha indicado que:

La ausencia de justificación de la norma legal analizada comienza a desprenderse de la historia de la ley, en la cual consta que no hay mención alguna (ni expresa ni tácita) sobre las razones que la justificarían. (...) Es decir, no existe antecedente alguno que permita explicar la opción legislativa objetada⁶⁴.

Pues bien, en el caso que nos convoca, cabe destacar que la innovación legislativa introducida por la Ley 21.634 a la Ley 19.886 en esta materia, efectivamente, contó con fundamento/motivación: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la 1ª etapa (que acogió los requerimientos de

60 Román Cordero (2010a), CAUDAL (2013) y Gómez Sotomayor (2022).

61 Román Cordero (2010b) y Philip-Gay (2013).

62 Al respecto, por todos, véase: Fernández (1998).

63 En este sentido se ha observado que:

La motivación o fundamentación de la ley la encontramos en la historia de la ley, en su mensaje o moción sea el caso, y en toda discusión parlamentaria, en la cual quedan registradas las discusiones y las finalidades que ha tenido en vista el legislador para regular una materia en un sentido determinado. Ahora bien, puede ser que la historia de la ley sea insuficiente o incompleta, es decir, hay motivación, pero es insuficiente, incompleta o incongruente, entre el mensaje la moción y la discusión parlamentaria y el texto final. La labor del Congreso Nacional, para evitar estas situaciones requiere de un mayor profesionalismo o técnica en su producción” Gómez Sotomayor (2022), p. 90.

64 Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.519, considerando 10°.

inaplicabilidad deducidos en contra del artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886, y que se extendió entre los años 2018 y 2022). Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Tiene algún efecto el hecho que dicha jurisprudencia, al momento de aprobarse, promulgarse y publicarse la Ley 21.634, haya sido reemplazada por otra (diametralmente opuesta) dejando así a esta última sin fundamento/motivación? Y en específico: ¿Podría el Tribunal Constitucional, en el marco de una gestión judicial pendiente idónea, por ello inaplicar el señalado artículo 35 *septies* de la Ley 19.886, en la parte que establece los criterios de graduación o de no aplicación?

Estimamos que no. Simplemente, porque tal innovación legislativa sí tuvo un fundamento/motivación, razón por la que no es admisible sostener a su respecto la ausencia de este, y con ello la arbitrariedad legislativa. El asunto es otro: este fundamento/motivación se perdió con posterioridad. Así bien podríamos sostener, replicando la teoría del acto administrativo, que acá ha habido una suerte de decaimiento de la ley por una circunstancia sobreviniente como lo es, en este caso, el reemplazo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que le sirvió de fundamento/motivación, por otra, diametralmente opuesta. En suma, dicha innovación legislativa no tiene a este respecto un vicio intrínseco que permita sostener que, aplicada, produce efectos contrarios a la Constitución, o derechamente que contraviene esta.

(ii).- Contradicción de esta innovación legislativa con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2022 en adelante). Es patente que la innovación legislativa introducida por la Ley 21.634 a la Ley 19.886 en esta materia, basada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional vigente entre 2018-2022, entra en contradicción con su jurisprudencia posterior, vigente desde el año 2022. Por tanto, bien cabe preguntarse: ¿Podría dicha Magistratura, en el marco de una gestión judicial pendiente idónea, inaplicar el artículo 35 *septies*, en la parte que establece los criterios de graduación o de no aplicación, por producir en ella efectos contrarios a la Constitución (en específico, contradecir esta última jurisprudencia)? Obsérvese que, en este caso, de prosperar un requerimiento de inaplicabilidad como este, subsistiría el artículo 4º, inciso 1º, parte segunda, de la Ley 19.886, que no fue modificado en lo absoluto por la Ley 21.634, y que aún alude a la inhabilidad contractual por el plazo de dos años, mismo que el juez de la gestión judicial pendiente invocada, en su resolución, debería finalmente aplicar.

Estimamos que no. Simplemente porque, conforme destacamos con anterioridad, dicha jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiene como fundamento basal la opción por una específica visión de la contratación pública,

la moderna, misma que admite las políticas horizontales en la contratación pública⁶⁵; opción que, entre esa visión moderna y la clásica, corresponde tomar al Legislador; siendo, en consecuencia, un asunto de mérito legislativo. Por tanto, no sería admisible que, a través del control de constitucionalidad represivo de la ley (ya sea inaplicabilidad o inconstitucionalidad), dicha Magistratura superponga su opción al respecto, por sobre la opción tomada, en una materia que le es propia, por el Legislador democrático.

CONCLUSIONES

Toda la discusión sobre la inhabilidad contractual para quienes sean condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, pivota sobre la visión que se tenga respecto de la contratación pública. Mientras la visión clásica reconoce como fin de esta el proveer bienes o servicios a la Administración en términos convenientes (aludiendo, en esencia, a costo y calidad); la visión moderna reconoce como fin de esta, aparte de aquél, el logro de objetivos o propósitos valiosos (en materias sociales, económicas, laborales, medioambientales, etcétera) como, en este caso, la protección de los trabajadores; esto es, las llamadas políticas horizontales. En efecto, el Legislador la incorporó a nuestro Ordenamiento Jurídico, inspirándose en la visión moderna, pero recientemente la modificó, inspirándose en la visión clásica; la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto ha oscilado entre una y otra (y, a su vez, ha dividido, internamente, a sus ministros); y lo propio ha acontecido en la doctrina nacional (aunque con algunos matices). En suma, nos hallamos en ese preciso momento en que existen dos visiones jurídicas sobre un mismo asunto o materia, quedando ambas —por un tiempo— a la par, aunque lentamente, una por sobre la otra, prevalecerá.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Alegría Bello, Christian Andrés (2018), *Análisis crítico a la eficacia y alcance de la sentencia laboral por tutela de derechos fundamentales en la Ley 19.886 sobre Compras*

65 Véase Tribunal Constitucional Rol N° 12.882, considerandos 17°-25°, bajo el título *Implementación de Políticas Horizontales en la Contratación Pública*.

- públicas* [Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales] (Santiago, Universidad de Chile).
- Arrowsmith, Sue (2019), Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 21, pp. 223-261.
- Bertazzo, Silvia (2016), La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública. La experiencia europea, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI, pp. 225-285.
- Boutaud Scheuermann, Emilo José (2022), Sanciones y medidas administrativas desfavorables afines, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 251, pp. 165-201.
- Caudal, Sylvie (2013), *La motivation en Droit Public* (París, Editions Dalloz, primera edición).
- Díez Sastre, Silvia (2017), *Las cláusulas sociales en la contratación pública*, AFDUAM, N° 21, 195-219.
- Fernández, Tomás-Ramón (1998), *De la arbitrariedad del Legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional* (Madrid, Editorial Civitas, primera edición).
- Figuroa Mendoza, Mauricio y PIANINI MONTIVERO, Daniella (2024), Los criterios de sustentabilidad en el contrato público como deber estratégico del Estado, *Revista de Derecho Administrativo*, N° 39, pp. 43-60.
- Flores Rivas, Juan Carlos (2019), Inhabilidad para contratar con el Estado: comentario de los fallos del Tribunal Constitucional Rol N° 3570 y Rol 3702, de 2018, en *Libertad y Desarrollo* (edit.), *Sentencias Destacadas 2018* (Santiago, Libertad y Desarrollo), pp. 341-358.
- Gallego Córcoles, Isabel (2021), Cláusulas sociales y contratación pública: la experiencia del Derecho de la Unión Europea, *Ius et Veritas*, N° 62, pp. 82-97.
- Gómez Sotomayor, Alejandro (2022), *La motivación. Principio General de Derecho Público* (Santiago, Editorial Hammurabi, primera edición).
- Horgué Baena, Concepción (2022), *La contratación pública como instrumento estratégico para la protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático en la comunidad autónoma andaluza*, en Instituto Andaluz de Administración Pública (edit.), I Jornadas del Instituto Clavero Arévalo en homenaje al profesor Manuel Clavero Arévalo, Sevilla, 23 y 24 de septiembre de 2021, (Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública), pp. 225-248.
- Lara Arroyo, José Luis y Helfmann Martini, Carolina (2013), Tribunal Constitucional y Contratación pública: inhabilidades para contratar con el Estado y restricciones de libertades económicas, en *Libertad y Desarrollo* (edit.), *Sentencias Destacadas 2012* (Santiago, Libertad y Desarrollo), pp. 151-173.

- Lara Arroyo, José Luis (2018), *Cuando la disidencia se transforma en mayoría. Inaplicabilidad de la inhabilidad por causa laboral para contratar con el Estado*. Disponible en: <<https://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/22430-profesor-jose-luis-lara-cuando-la-disidencia-se-transforma-en-mayoria-inaplicabilidad-de-la-inhabilidad-por-causa-laboral-para-contratar-con-el-estado-comentarios-a-fallos-tc-que-declaran-inaplicable-el-articulo-4-inciso-1-de-la-ley-19-886-roles-3570-17-y-3702-17>>
- Marín Iturra, Marco Antonio (2018), *Efectos sancionatorios de la acción de tutela laboral. Un conflicto de derechos* [Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales] (Santiago, Universidad Finis Terrae).
- Molina Navarrete, Cristóbal (2016), Cláusulas sociales, contratación pública: Del problema de “legitimidad” al de sus “límites”, *Temas Laborales*, N° 135, pp. 79-110.
- Palacín Sáenz, Bernabé (2022), *A la responsabilidad social por la contratación pública* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, primera edición).
- Philip-Gay, Mathilde (2013), *La motivation des lois*, en Caudal, Sylvie (edit.), *La motivation en Droit Public* (Paris, Editions Dalloz), pp. 161-173.
- Rodríguez Castaño, Antonio y Sanjurjo González, Carmen (2018), La contratación pública desde la perspectiva social, *Revista Española de Control Externo*, Vol. XX, N° 60, pp. 295-310.
- Román Cordero, Cristian (2023a), *La proporcionalidad-igualitaria en el Derecho Administrativo Sancionador*. Disponible en: <<https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/la-proporcionalidad-igualitaria-en-el-derecho-administrativo-sancionador/>>
- Román Cordero, Cristian (2023b), Derecho Disciplinario e infidelidad matrimonial (comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 17.750-2019), *Revista de Derecho Público Iberoamerica*, N° 23, pp. 149-180.
- Román Cordero, Cristian (2020), Derecho Administrativo Sancionador en Chile: “Ubicación” y “Límites”, *Revista Derecho y Sociedad*, N° 54, Tomo I, pp. 155-170.
- Román Cordero, Cristian (2019), Función pública: entre la laboralización y la deslaboralización. Comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.853, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 29, pp. 163-178.
- Román Cordero, Cristian (2010a), La interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el Derecho Público chileno, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, N° 7, pp. 353-392.

Román Cordero, Cristian (2010b), El requerimiento de inaplicabilidad como mecanismo de control de la arbitrariedad del legislador, *Revista de Derecho Público*, N° 72, pp. 347-382.

Ugalde Silva, Francisca (2022), Las políticas horizontales en la legislación de la contratación pública chilena, *Revista de Derecho Aplicado LLMUC*, N° 10, pp. 1-41.

Normas citadas

Ley N° 21.634, del 11 de diciembre de 2023, Moderniza Ley N° 19.886 y otras Leyes, 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.

Ley N° 20.238, de 19 de enero de 2008, Modifica la Ley N° 19.886, Asegurando la Protección de los Trabajadores y la Libre Competencia en la Provisión de Bienes y Servicios a la Administración del Estado.

Ley N° 19.886, del 30 de julio de 2003, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y de Prestación de Servicios.

Jurisprudencia citada

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 479.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 480.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.684.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2.922.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.519.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.750.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 3.752.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 5.267.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 5.695.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7.126.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7.753.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 7.785.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 8.294.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 8.703.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 9.895.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 10.028.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 10.065.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 10.066.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 10.613.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 11.081.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 11.251.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 11.272.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 11.547.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 11.924.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 11.929.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.003.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.031.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.051.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.159.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.192.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.319.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.382.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.585.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.595.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.635.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.750.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.717.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.776.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.782.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.804.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.805.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.882.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.901.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.925.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.939.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 12.989.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.017.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.018.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.072.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.074.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.077.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.184.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.282.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.289.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.404.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.445.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.591.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.740.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.967.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 13.946.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 14.008.
Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 14.147.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 83.664-2020.
Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 38.165-2021.

LA “ADMINISTRACIÓN INVISIBLE” ANTE LA REFORMA A LA LEY DE COMPRAS PÚBLICAS

THE “INVISIBLE ADMINISTRATION” IN THE FACE OF THE REFORM OF THE PUBLIC PROCUREMENT LAW

JAIME PHILLIPS LETELIER¹ Y LORETO VILLA MUÑOZ²

Resumen: En este artículo se abordará la noción de “Administración invisible” en relación con la entrada en vigencia de la Ley 21.634 que moderniza la normativa de compras públicas. Examina a la luz de la jurisprudencia, diversas organizaciones como corporaciones, fundaciones y asociaciones que, aunque se constituyen bajo el derecho privado por autoridades administrativas, han estado sometidas a un severo escrutinio por no cumplir con los estándares propios del derecho público. Concluye que, cualquiera sea la función pública o financiamiento de estas organizaciones, la extensión que se hace a ellas del régimen de derecho público obedece a la idea de ser ramificaciones de organismos administrativos.

Palabras clave: Administración invisible, derecho privado, ramificación del Estado, financiamiento público, fines públicos.

Abstract: This article analyzes the so-called “Invisible Administration” in relation to Law 21.634, that modernized the legal regime of public procurement. Through the lens of the administrative and judicial case-law, it examines a plethora of private non-profit associations and public corporations that, although created under private law by administrative bodies, have been under severe scrutiny for not complying with public law standards. It concludes that, whatever the public function or financing of these organizations, the extension of the public law regime to them is due to the idea that they are ramifications of administrative agencies.

Key words: Invisible Administration, private Law, State ramification, public financing, public ends.

1 Profesor Asistente, Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho Universidad de Chile (jphillips@derecho.uchile.cl).

2 Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Finis Terrae. Alumna regular, Magíster en Derecho Público: Transparencia, Regulación y Control, de la Universidad Finis Terrae (lvillam@uft.edu).

INTRODUCCIÓN

De la diversidad de órganos que conforman la Administración del Estado, han cobrado especial relevancia aquellas entidades que quedan comprendidas dentro de la “Administración invisible”. Dicha denominación alude a personas jurídicas creadas por órganos administrativos mediante actos ajustados al derecho privado, tales como corporaciones, fundaciones y sociedades del Estado.

En forma tradicional se consideró que estas entidades —de carácter privado— se regían por las reglas propias del derecho común. Sin embargo, en los últimos años la jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República han contribuido a someterlas de modo progresivo a las normas y principios del derecho público. Lo anterior sería una consecuencia de advertir que estas entidades reciben financiamiento público, desarrollan una función pública y son, en definitiva, una extensión o ramificación de la Administración del Estado.

Un camino similar ha seguido la Ley 21.634 que modernizó la normativa de la Ley 19.886, sobre contratos de suministro y prestación de servicios en el Estado. En virtud de esta reforma, las corporaciones y fundaciones municipales, regionales o vinculadas a la presidencia de la República y otras sociedades, o asociaciones creadas por órganos estatales, pasaron a estar regidas por esta normativa de derecho público.

El presente trabajo hará un estudio de los criterios que ha utilizado la jurisprudencia administrativa y judicial, y el legislador, para extender la normativa de derecho público a estas organizaciones. Permitirá lo anterior precisar qué elemento es el que de modo definitivo permite adscribir una organización a la denominada “Administración invisible”; lo cual también servirá como criterio interpretativo para aplicar las normas de la Ley 19.886 reformada por la Ley 21.634, en aquellas situaciones donde existan dudas.

Para lograr lo anterior, se desarrollan tres capítulos. En primer lugar, se estudia el concepto de “Administración invisible” en cuanto recogido por la doctrina, jurisprudencia judicial y administrativa. En segundo lugar, se analiza de modo especial el caso de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República en materia de corporaciones y fundaciones municipales, por ser un relevante desarrollo de carácter reciente. En tercer lugar, se estudia la reforma introducida por la Ley 21.634 desde el punto de vista del tratamiento que hace de la Administración invisible. Por último, se culmina con unas breves conclusiones.

1. LA LLAMADA “ADMINISTRACIÓN INVISIBLE”

Desde el punto de vista de la organización administrativa el Poder Ejecutivo está compuesto por varios tipos de organizaciones: una Administración Centralizada y otra Descentralizada; por organismos autónomos; empresas públicas y un grupo de organizaciones que se denominan como “Administración Invisible”. Estas últimas son organizaciones creadas por un órgano administrativo en virtud de un acto ajustado al derecho privado. Son corporaciones o fundaciones sin fines de lucro creadas de acuerdo con libro I del Código Civil, las cuales reciben fondos públicos y colaboran con el cumplimiento de la función administrativa³; o las “sociedades del Estado”: organizaciones empresariales creadas de acuerdo con las normas societarias correspondientes, en la que el Estado participa a través de sus organismos previa autorización por una ley de quórum calificado⁴.

La doctrina las denomina con la gráfica expresión “Administración Invisible”, pues se estima que son instituciones de carácter privado y que no forman parte de la Administración del Estado en los términos del artículo 1º de la Ley 18.575; no obstante, es indudable que son “ramificaciones” de la Administración del Estado⁵. Su existencia bajo este régimen es responder al fenómeno conocido como “huida del derecho administrativo”, es decir, el afán de buscar un régimen jurídico flexible (como es el propio del derecho privado) para la ejecución de una misión de carácter público⁶. Conforman esta tipología las corporaciones y fundaciones creadas por organismos administrativos, sociedades en que el Estado tiene participación y los denominados “fondos”⁷.

En cuanto a su régimen jurídico, se solía estimar que era el propio del derecho privado, aunque la legislación ha consagrado varios controles de derecho público para las sociedades o entidades en que el Estado tiene participación mayoritaria⁸. Sin embargo, en los últimos años, se ha puesto énfasis en que se trata de organizaciones que son una extensión de la Administración del Estado,

3 Valdivia (2018), p. 101.

4 Bermúdez (2022), p. 429.

5 Valdivia (2018), p. 101.

6 Cordero (2023), p. 482.

7 Cordero (2023), pp. 482-486.

8 Artículo 16, inciso 2º, Ley 10.336 de 1964; artículo 10, Ley 20.285 de 2008; artículo 8º, Ley 18.918 de 1990; artículos 44 y 46, Decreto Ley 1263 de 1975 y artículo 54, Ley 18.575 de 1986. Ver, Cordero (2023), pp. 487-492.

a las que se deben aplicar ciertos principios básicos de gestión pública⁹, como el principio de transparencia de la función pública¹⁰. Más recientemente, se ha expandido la tendencia a aplicar a estas reglas propias de la Administración del Estado como normas sobre probidad y procedimiento administrativo¹¹. También se ha estimado que la consulta indígena del convenio 169 de la OIT sería aplicable a estos organismos en atención a la función pública que cumplen¹², a pesar de ser personas jurídicas de derecho privado.

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República solo ha utilizado el concepto “Administración invisible” de modo oblicuo¹³. Con todo, sí tiene su propia jurisprudencia de los principios jurídicos que deben regir a este tipo de organizaciones. Por ejemplo, a propósito de la Corporación Nacional Forestal existe jurisprudencia reciente sobre su carácter público¹⁴, en especial de serle aplicable la ley de procedimiento administrativo¹⁵, a pesar de haber sido creada como una corporación de derecho privado a la que en forma tradicional se le aplicaban sólo las normas de derecho privado¹⁶. A propósito de la Fundación para la Promoción y Desarrollo de la Mujer se señala en qué casos procede que sus directivos hagan declaración de intereses y patrimonio¹⁷. Respecto de la Fundación Educacional para el Desarrollo Integral de la Niñez se reconoce su carácter privado, pero se les aplican principios básicos del derecho público dado, que reciben financiamiento público y cumplen funciones del mismo carácter, pudiendo sus empleados tener responsabilidad disciplinaria y serles aplicable las normas de circulación de vehículos estatales¹⁸.

La jurisprudencia constitucional tiene pronunciamientos donde se recoge la categoría de “Administración invisible”. En dos oportunidades se resolvió sobre la inaplicabilidad del artículo 301 del Código del Trabajo. Tal norma regula la negociación colectiva, pero la restringe respecto de aquellas instituciones públicas o privadas que se financian en más de un 50% por transferencias del Estado en cualquiera de los dos últimos años calendario. El inciso 4º

9 Valdivia (2018), p. 101.

10 Dictamen CGR N° 37.493-2010.

11 Cordero (2023), pp. 486-295. En forma más específica, respecto del procedimiento administrativo, ver Corte Suprema, 5 de enero de 2017, rol 40.604-2016, considerando 8º y 10º.

12 Rogers y López de Maturana (2013), pp. 90-92.

13 Dictámenes CGR N° 31.941-2015 y 39.562-1997.

14 Dictamen CGR N° E389.863-2023.

15 Dictamen CGR N° E33.624-2020

16 Paredes (2015), p. 46.

17 Dictamen CGR N° E235.340-2022.

18 Dictamen CGR N° E405.358-2023.

contiene una contra-excepción en el caso de establecimientos de educación administrados por corporaciones privadas, en los que sí se puede llevar a cabo negociación colectiva.

En ambos casos, una corporación de educación a la que se le aplicó la regla descrita dedujo una reclamación ante el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco. En ese contexto, se solicitó al Tribunal Constitucional que declarara la inaplicabilidad del precepto, *inter alia*, por existir una discriminación arbitraria respecto de otros organismos en el que legislador restringía la posibilidad de negociación colectiva y que tal regla ya no tendría sentido en virtud de la entrada en vigor de la Ley 20.845 que eliminó el lucro en la educación, no existiendo ya una relación desequilibrada entre el empleador y la entidad sostenedora.

La acción fue rechazada, en esencia, porque la Constitución establece la excepcionalidad de las prohibiciones de negociación colectiva, que es un derecho de los trabajadores, y no contempla ningún mandato de hacer extensiva una excepción a ese derecho a la institución requirente. Con todo, un voto minoritario explicó que la norma sí debió ser declarada inaplicable pues las entidades pertenecientes a la denominada “Administración invisible” se asimilan a las instituciones públicas financiadas en un 50% o más con recursos del Estado; de manera que la contra-excepción debió ser declarada inaplicable por contener una discriminación arbitraria¹⁹.

También la Corte Suprema ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el uso de la categoría de la “Administración invisible” del Estado. En el caso “Luis Carillo con Contraloría General de la República” se interpuso un recurso de protección por parte de un funcionario de la Corporación Nacional Forestal, por haber iniciado —dicha entidad de control— un sumario en su contra por supuestas irregularidades en la venta de un bosque. Argumentó que ello le afectaba su derecho al debido proceso porque su empleador era una entidad de carácter privado. La Corte Suprema rechazó el recurso considerando que el artículo 16 de la Ley 10.336 le otorga potestades a la Contraloría General para fiscalizar a instituciones privadas donde el Estado tiene aportes mayoritarios, esto es, aquellas que pertenecen a la Administración invisible²⁰.

19 Tribunal Constitucional, 13 de agosto de 2020, rol 7983-2019 y Tribunal Constitucional, 13 de agosto de 2020, rol 7591-2019.

20 Corte Suprema, 24 de junio de 2003, rol 2129-2003.

Además, en la causa “Consortio de Valparaíso S.A. con Cuerpo de Bomberos de Valparaíso” pudo pronunciarse sobre qué organizaciones no pertenecen a la Administración invisible. Se resolvió una acción de amparo económico deducida contra el mencionado cuerpo de bomberos. Ello obedeció a que la municipalidad de Valparaíso le puso término anticipado a un contrato de concesión de estacionamientos y le asignó cientos de plazas de estacionamientos al cuerpo de bomberos a través de un permiso de uso, sin licitación, para que las explotara y así obtener financiamiento para sus labores.

Al respecto, se argumentó que el cuerpo de bomberos es calificado por la legislación como un servicio de utilidad pública²¹ (para lo cual también recibe aportes del Estado²²). Por ello, en opinión del recurrente, requiere de una ley de quórum calificado para ejercer la actividad económica de cobro por el servicio de estacionamiento. Sin embargo, el recurso fue rechazado porque se consideró que, aunque ejercen una función de utilidad pública y reciben recursos públicos, no forman parte de la Administración del Estado dado que sus integrantes son voluntarios no remunerados, manteniendo la Ley 20.564 su carácter privado²³.

En virtud de este análisis, se puede observar que las instituciones que forman parte de la “Administración invisible” tienen un carácter ambivalente. Por un lado, tienen una misión pública y funcionan con recursos públicos, pero se visten del ropaje del derecho privado. Como consecuencia de esto, en los últimos años se les ha ido extendiendo cada vez más un régimen propio del derecho público en materia de procedimiento administrativo, probidad, transparencia, declaraciones de intereses, *lobby*, entre otras materias. Y en ocasiones, tal como se observa en las sentencias del Tribunal Constitucional analizadas, estas mismas instituciones reclaman un régimen similar al de instituciones públicas.

Con todo, a propósito del caso del Cuerpo de Bomberos de Chile parece haber una tendencia distinta. Tal organización, aunque realiza una actividad de “utilidad pública” y recibe recursos públicos, se estimó que no por ello se integra a la “Administración invisible” del Estado. ¿En qué se diferencia esta institución de otras como CONAF o las corporaciones municipales de

21 Artículo 17, Ley 18.959 de 1990.

22 Por ejemplo, para el año 2024, se contempló un presupuesto de aproximadamente 50 miles de millones de pesos para la actividad del Cuerpo de Bomberos de Chile (cfr. Ley 21.640 partida 5, capítulo 10, programa 4).

23 Corte Suprema, 6 de enero de 2020, rol 22.116-2019, considerando 11º.

educación? Pareciera que la Ley 20.564 les mantiene su carácter privado porque, a pesar de todo, son una genuina asociación de particulares que se reúnen para un fin; a diferencia de otros casos donde lo decisivo no es el origen de sus recursos o su finalidad, sino lo que señala Valdivia: el ser ramificaciones de los órganos definidos como parte de la Administración del Estado por la legislación.

Existen instituciones privadas que cumplen con un servicio público, como son los servicios de transmisión y distribución eléctrica, definidos así por la ley 19.940. Podrían incluso recibir aportes del Estado para ello. Pero ello no convertiría a las transmisoras y distribuidoras en organismos del Estado. En tal sentido, la jurisprudencia de la Contraloría General podría ser complementada y ello colaborar en la futura aplicación de la reforma a la Ley 19.886.

2. FUNDACIONES Y CORPORACIONES MUNICIPALES ANTE LA CGR

La jurisprudencia de la Contraloría General de la República ha evolucionado bastante en forma reciente respecto de las fundaciones y corporaciones municipales, como entidades que forman parte de la Administración invisible municipal. Durante el año 2010, por ejemplo, un diputado denunció ante la Contraloría General las eventuales irregularidades en que habría incurrido la Corporación Municipal de La Florida durante los años 2009 y 2010 al celebrar contratos de prestación de servicios de transporte para el traslado de estudiantes bajo la modalidad de trato directo y sin sujeción a la ley de compras públicas. Sobre el particular, se concluyó que la referida normativa está destinada a regular los contratos a que ella se refiere cuando sean celebrados por la Administración del Estado, entendiendo por tales, los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la Ley 18.575. En dicha norma, no se encuentran comprendidas las corporaciones municipales, toda vez que en su formación, funcionamiento y extinción se regulan por las normas del derecho privado²⁴.

En el mismo sentido, durante el año 2014, se denunciaron irregularidades cometidas en un procedimiento licitatorio llevado a cabo por una corporación vinculada a la municipalidad de Maipú. La Contraloría se abstuvo de emitir

24 Dictamen CGR N°33.116-2010.

pronunciamiento, pues consideró que las normas sobre licitación no le eran aplicables a las corporaciones municipales por no estar incluidas en el artículo 1º de la Ley 18.575²⁵.

No obstante, en forma reciente, se ha avanzado en reconocer el carácter público de las corporaciones y fundaciones municipales, para hacerles aplicables reglas de la gestión estatal, aunque no se encuentren entre los organismos mencionados en la Ley 18.575. En ese sentido, les son aplicables las normas sobre procedimiento administrativo, contrato de suministro y servicios en el sector público, acceso a la información pública y registro de *lobby* y probidad²⁶.

Para lograr esto, la Contraloría utiliza la idea de “primacía de la realidad” y así extender la aplicación de las normas de gestión estatal a estas organizaciones originadas en actos jurídicos ajustados al derecho privado. A pesar de tratarse de personas jurídicas de derecho privado, cuyo nacimiento y extinción se encuentra regulado por las normas del derecho común, durante su vigencia desempeñan funciones públicas, reciben fondos públicos y se relacionan directamente con las municipalidades²⁷. De este modo, no son organizaciones en forma genuina privadas, sino organismos más bien públicos.

A propósito del procedimiento administrativo, la Ley 19.880 indica en su artículo 2º que sus preceptos serán aplicables –entre otros organismos–, a los ministerios, intendencias, gobernaciones y los servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa. Dentro de este último concepto, la nueva jurisprudencia de la Contraloría incluye a aquellos organismos que no se encuentran mencionados de modo explícito en la ley; así como otras entidades que, sin pertenecer a aquellos, ejecutan una función administrativa de carácter público, como lo son las corporaciones y fundaciones municipales²⁸.

Por otro lado, en relación con la aplicación de la Ley 19.886, ha resuelto la Contraloría que los fondos que estas organizaciones reciben como aportes

25 Dictamen CGR N° 14.917-2014.

26 Dictamen CGR N° E160.316-2021.

27 Por ejemplo, en Dictamen N° E239.939-2022 a propósito de la disolución de la Corporación Municipal de Desarrollo Social de la comuna de Cerro Navia, se dispuso que el personal del área de salud administrado por la Corporación debía incorporarse a la Municipalidad “en lugar de poner término a los vínculos laborales, toda vez que, en atención al principio de primacía de la realidad, este ha estado desempeñando funciones públicas, lo que obliga a preferir la continuidad de la relación jurídica”.

28 Dictamen CGR N° E428.359-2023.

fiscales y subvenciones para una finalidad concreta solo pueden ser aplicados a esos fines sin poder disponer de ellos en forma discrecional²⁹. Esto aplica incluso cuando las corporaciones celebran actos o contratos utilizando recursos provenientes de sus propias actividades. Así en 2023 se dictaminó que los fondos generados por la propia entidad, y los de origen fiscal o municipal, deben destinarse solo a los fines establecidos por la legislación³⁰.

Los criterios jurisprudenciales citados se fundamentan en que las corporaciones y fundaciones municipales son un instrumento para el cumplimiento de los fines de las municipalidades, es decir, tienen un fin de carácter público, para lo cual reciben también financiamiento público. Al respecto, señala la Contraloría:

Las corporaciones municipales constituyen el medio a través del cual los municipios cumplen con algunas de sus labores, desarrollando al efecto una función pública mediante la cual satisfacen determinadas necesidades de la comunidad local. Para dichos propósitos, perciben financiamiento de origen fiscal, y aportes y subvenciones de las municipalidades. Tales fondos públicos se encuentran destinados a una finalidad concreta, de modo que únicamente pueden ser empleados en los objetivos específicos para los que fueron conferidos³¹.

También en materia de aplicabilidad de la Ley 19.880 (sobre procedimiento administrativo) se sigue el mismo criterio para extender el régimen de sus disposiciones a las entidades en que participa el Estado: (i) tratarse de entidades creadas para el cumplimiento de una función pública y (ii) recibir financiamiento público. Al respecto señala también la Contraloría:

En la medida que se trate de entidades creadas para la satisfacción de necesidades públicas, en las que se encuentre comprometido el interés público y sean financiadas con recursos públicos, constituyen organismos a través de los cuales el Estado ejerce sus funciones indirectamente. Por consiguiente, no puede sostenerse que se rigen solo por las normas de derecho privado, debiendo analizarse cada caso a fin de determinar su régimen jurídico³².

En materia de compras públicas también se sigue el criterio del origen de los recursos y de la función que cumple la institución. Al respecto señala el organismo contralor:

29 En este sentido, véanse los dictámenes Nros. E160.316-2021, E179.239 de 2022 y E235.694-2022.

30 Dictamen CGR N°E316.441-2023.

31 Dictamen CGR N° E160.316-2021.

32 Dictamen CGR N° E428.359-2023.

La aplicación de la normativa que regula los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios a las corporaciones municipales no se fundamenta exclusivamente en el uso de fondos públicos, sino también en que el organismo que contrata cumpla funciones públicas, por lo cual, siendo tales entidades el medio a través del cual los municipios cumplen con algunas de sus labores, se justifica que se les apliquen determinadas normas en términos similares a esos órganos, justamente para resguardar dicho interés público y cautelar que la actuación del Estado a través de ellas no adolezca de irregularidades³³.

Por otra parte, la aplicación de la ley de acceso a la información pública ha sido abordada desde un eje distinto. En efecto, se ha indicado que, dado que al alcalde le es plenamente aplicable la Ley de Transparencia conforme a lo indicado en el inciso primero de su artículo 2º, y a su vez, es el presidente de una corporación municipal, tiene la obligación de velar para que esta persona jurídica de derecho privado cumpla correctamente con la normativa que la rige en materia de transparencia³⁴. De este modo, la extensión de las normas de derecho público a estas entidades ya no sólo se funda en la función pública que cumplen, ni en el financiamiento que reciben, sino que obedece más bien a un criterio orgánico.

3. REFORMA DE LA LEY 21.634: HISTORIA Y PROYECCIONES

El artículo 1º de la Ley 19.886, reformado por la Ley 21.634, señala a qué instituciones les serán aplicables las normas sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Ciertamente, estas incluyen a organismos de la Administración invisible. Para efectos expositivos, podemos clasificar a los organismos mencionados en los siguientes grupos:

- i. Organismos administrativos señalados en el artículo 1º de la Ley 18.575 (artículo 1º, Ley 19.886, inciso 2º, primera parte).
- ii. Personas jurídicas vinculadas a municipalidades: corporaciones, fundaciones y asociaciones de participación municipal o regional (artículo 1º, Ley 19.886, inciso 2, segunda parte).
- iii. Fundaciones en las que participa la presidencia de la República (artículo 1º, Ley 19.886, inciso 3º, primera parte).

33 Dictamen CGR N°E316.441-2023.

34 Dictamen CGR N°16.630-2018.

- iv. Personas jurídicas administradas o dirigidas por un organismo de la Administración del Estado que reciban transferencias de más de 1500 unidades tributarias mensuales en un año (artículo 1º, Ley 19.886, inciso 3º, segunda parte).
- v. Personas jurídicas administradas o dirigidas por un organismo de la Administración del Estado que reciban transferencias menores a 1500 unidades tributarias mensuales en un año (artículo 1º, Ley 19.886, inciso 4º).
- vi. Organismos públicos con autonomía constitucional o legal (artículo 1º, Ley 19.886, inciso 5º).
- vii. Organismos del Estado en general no incluidos en los incisos anteriores, Banco Central, empresas públicas y sociedades donde el Estado tenga un 50% o más de participación (artículo 1º, Ley 19.886, inciso 6º).
- viii. Personas jurídicas receptoras de fondos públicos reguladas en la Ley 19.862.

Las normas citadas incluyen algunos órganos de la Administración invisible y otros organismos autónomos, centralizados, descentralizados e incluso personas jurídicas genuinamente privadas. Son parte de la Administración invisible: (ii) las corporaciones, fundaciones y asociaciones de participación municipal o regional; (iii) fundaciones en que participa la presidencia de la República, y (iv) y (v) personas jurídicas administradas o dirigidas por un organismo estatal.

Todas estas organizaciones son de aquellas regidas por el derecho privado que, sin embargo, están vinculadas a un organismo administrativo. La idea de incluirlas en el régimen jurídico de la Ley 19.886 obedece a consideraciones de transparencia y probidad. La historia legislativa consigna fuertes palabras sobre estas organizaciones, señalando que “son fuente de corrupción”, “caja oscura” de ciertas administraciones municipales, “bancos de empleo para pagar favores políticos”³⁵, entre otros adjetivos.

En una primera versión de la ley, se quiso asimilar estas instituciones a organismos de la Administración del Estado, pero tal idea se terminó por descartar porque ello contravenía el artículo 1º de la Ley 18.575, que no las

35 Biblioteca del Congreso Nacional (2023), pp. 1159, 1298 y 1302, respectivamente.

incluye en dicha categoría³⁶. Ausente dicha asimilación, se presentó la duda de cuál es el fundamento jurídico que permite incluir a las organizaciones regidas por el derecho privado dentro del régimen de la Ley 19.886³⁷. Durante la tramitación legislativa un senador explicitó que parecía ser el espíritu de la reforma el extender este régimen jurídico a todas las entidades que tuvieran existencia mayoritaria en virtud de aportes del erario³⁸. De hecho, una primera versión de la ley establecía una exigencia expresa de que la entidad sea financiada con más de un 50% de fondos públicos³⁹. Sin embargo, en el texto tal idea no quedó plasmada.

En ese sentido, la nueva legislación no utiliza en forma principal el criterio del financiamiento con recursos públicos, ni tampoco el criterio de la finalidad del organismo para hacer extensivo el régimen de compras públicas. Se sigue más bien un criterio orgánico: lo importante es que la institución esté vinculada a un órgano administrativo que la dirige o administra; de manera que se trata “órganos con participación estatal”⁴⁰, porque la autoridad administrativa participa en su dirección o administración. Es decir, se sigue la idea de que son parte de la Administración invisible aquellas entidades que, estando regidas por el derecho privado, son ramificaciones de la Administración del Estado.

No utiliza la ley el criterio de la finalidad para determinar si a un órgano de la Administración invisible le es aplicable la Ley 19.886. Por otro lado, la mención al financiamiento público solo se hace para crear un régimen de excepción para aquellas organizaciones que reciban menos de 1500 unidades tributarias al año de recursos públicos. Pensamos que esta última regla no hace que estas organizaciones estén fuera de la Administración invisible, sino que simplemente las excluye por razones de relevancia en relación con la cantidad de recursos públicos que reciben; las que se pueden adscribir voluntariamente al régimen de la Ley 19.886.

El criterio principal para hacer aplicable la Ley 19.886 a la Administración invisible sería que la fundación, corporación o asociación tenga participación municipal, de la Presidencia de la República o de algún organismo de la Administración del Estado. Respecto de organizaciones que no sean ramificaciones de un órgano administrativo, podría ser aplicable la Ley 19.886

36 Biblioteca del Congreso Nacional (2023), p. 249.

37 Biblioteca del Congreso Nacional (2023), p. 248.

38 Biblioteca del Congreso Nacional (2023), p. 1155.

39 Biblioteca del Congreso Nacional (2023), p. 321.

40 Biblioteca del Congreso Nacional (2023), p. 759.

por tratarse de personas jurídicas receptoras de fondos públicos regidas por la Ley 19.862, tal como señala el inciso final del artículo 1º de la Ley 19.886. En tal caso, se trataría de organizaciones que son auténticamente privadas a las que el Estado les brinda financiamiento público, independiente de la finalidad que persigan (privada o pública). Pero la aplicabilidad de la nueva normativa a estas instituciones será determinada por el reglamento que se dictará.

Una novedad de esta legislación es el concepto de “asociaciones de participación municipal o regional”. El concepto no parece estar referido a las corporaciones reguladas en el Código Civil, que también se llaman “asociaciones”, pues ello resultaría redundante⁴¹. De hecho, la Asociación de Municipalidades de Chile, durante la tramitación legislativa, consultó cuál sería el contenido de ese concepto señalando que “les interesa delimitar el concepto de ‘asociaciones de participación municipal’ que se usa en el proyecto, y que no tienen claridad de su sentido y alcance”⁴².

Pensamos que este concepto es una mención de carácter general destinada a evitar que otras organizaciones vinculadas a municipalidades o gobiernos regionales escapen de la aplicación de la Ley 19.886. Existen leyes especiales que regulan otras organizaciones con personalidad jurídica que escapan de la clásica distinción entre corporaciones, fundaciones o sociedades del Estado.

Por ejemplo, la Ley 19.418 sobre juntas de vecinos y organizaciones comunitarias, regula una entidad que llama “organización comunitaria funcional”. La define la ley como “aquella con personalidad jurídica y sin fines de lucro, que tenga por objeto representar y promover valores e intereses específicos de la comunidad dentro del territorio de la comuna o agrupación de comunas respectiva”⁴³. Nada impide que estas entidades sean constituidas por funcionarios municipales y se comporten como extensiones de la misma municipalidad, e incluso pueden recibir aportes públicos.

En control preventivo, se pronunció el Tribunal Constitucional, para determinar la conformidad a la Constitución de aquellas normas que podrían revertir el carácter de orgánicas constitucionales. Lo anterior es relevante, pues, como se dijo, el principal criterio utilizado por la reforma para extender sus disposiciones a la Administración invisible es uno de carácter orgánico:

41 Artículo 545, Código Civil.

42 Biblioteca del Congreso Nacional (2023), p. 759.

43 Artículo 2º, Ley 19.418.

se extienden las normas de la Ley 19.886 a instituciones que, regidas por el derecho privado, son ramificaciones de la Administración del Estado.

Con el voto dirimente de la presidenta del tribunal, se descartó el carácter orgánico constitucional de los incisos 2º y 3º del artículo primero, en lo que se refieren a las corporaciones, fundaciones y asociaciones de participación municipal o regional, y a las fundaciones en las que participa la Presidencia de la República⁴⁴. Sin embargo, un voto minoritario de cuatro ministros estuvo por considerar tal artículo como propio de ley orgánica constitucional, pues afectaba el régimen básico organizativo de la Administración del Estado de acuerdo con el artículo 38 de la Constitución.

Esto último abona a la idea de que para la ley de compras públicas reformada lo relevante para extender su régimen a la Administración invisible es la conexión orgánica con un organismo administrativo, ya que una minoría importante consideró que esta normativa afectada la organización básica de la Administración estatal. Así la extensión del régimen público de suministro y prestación de servicios obedece, no necesariamente a la existencia de un fin o financiamiento públicos de la entidad; elementos que en general estarán presentes, pero no son causa suficiente para que una entidad se le sea aplicable el régimen de la Ley 19.886 reformada por la Ley 21.634. A falta del mencionado vínculo orgánico, la institución en forma genuina privada (aunque cumpla un fin público y reciba para financiamiento del Estado) se regiría por el inciso final del artículo 1º, que regula a las entidades privadas receptoras de fondos públicos.

CONCLUSIONES

El concepto de “Administración invisible” agrupa un conjunto de organizaciones que, aunque son creadas y operaron de acuerdo con criterios de derecho privado, se encuentran vinculadas de una u otra forma con los órganos de la Administración del Estado.

La jurisprudencia judicial y administrativa, así como el legislador, ha comenzado a hacerles extensivos criterios de gestión propios del derecho público. Se debe lo anterior a que estas organizaciones tienen tres factores de conexión con la Administración del Estado: (1) el ser financiadas con

44 Tribunal Constitucional, 15 de noviembre de 2023, rol 14.707-2023, resuelvo n° 2.

recursos públicos, (2) el cumplir una función de carácter público o (3) el ser administradas o dirigidas por un órgano de la Administración del Estado.

De los tres criterios, resulta que el de mayor preponderancia parece ser el tercero: el ser administradas o dirigidas por un órgano de la Administración del Estado. Se debe lo anterior a que existen organizaciones que cumplen una función pública y que reciben para ello fondos públicos, pero que se las estima como “genuinamente privadas” por ser una asociación de voluntarios, como es el caso de Bomberos de Chile. En cambio, lo que diferencia a Bomberos de Chile con, por ejemplo, las corporaciones y fundaciones llamadas “municipales”, es que son administradas o dirigidas por un órgano estatal, configurándose como verdaderas extensiones o ramificaciones de una entidad estatal.

En el sentido descrito, se observa una evolución jurisprudencial que tiende a aplicar cada vez más principios y regulaciones propias de la gestión pública a estos órganos, como la Ley de Acceso a la Transparencia, Ley de Procedimiento Administrativo, Ley de *Lobby* y, especialmente, la Ley de Compras Públicas.

La Ley 21.364, que moderniza la normativa de compras públicas, incluyó de modo expreso dentro de su régimen a órganos que forman parte de la “Administración invisible”, entre ellos: las corporaciones, fundaciones y asociaciones de participación municipal o regional; fundaciones en que participa la presidencia de la República, y personas jurídicas administradas o dirigidas por un organismo estatal.

Inspiró a esta normativa el tercer criterio de conexión mencionado que podemos llamar “orgánico”. Con el fin de hacer extensivo el régimen de derecho público de suministro y prestación de servicios, para la ley lo relevante es la conexión orgánica de la organización “privada” con un organismo administrativo, que lo dirige o administra, y no simplemente la presencia de un fin o financiamiento públicos. A falta de esta conexión, las entidades genuinamente privadas, incluso si cumplen un fin público y reciben financiamiento estatal, serán reguladas por disposiciones aplicables a las entidades privadas receptoras de fondos públicos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Bermúdez Soto, Jorge (2022), *Derecho administrativo general* (Santiago, Legal Publishing Chile, 3º edición).

- Biblioteca Del Congreso Nacional (2023), *Historia de la Ley 21.634*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/8245/>.
- Cordero Quinzacara, Eduardo (2023), *Curso de derecho administrativo* (Valparaíso, Editorial Libromar).
- Paredes Letelier, Christian (2015), El acto administrativo ambiental como objeto mediato de la acción general de reclamación de la Ley N° 20.600, *Justicia Ambiental*, N° 7, pp. 33-60.
- Rogers Bozzolo, Sebastián y López de Maturana Castillo, Andrea (2013), *Elementos para una adecuada implementación de la consulta indígena del convenio 169 de la OIT*, *Justicia Ambiental*, N° 5, pp. 83-111.
- Valdivia Olivares, José Miguel (2018), *Manual de derecho administrativo* (Valencia, Tirant lo Blanch).

Normas citadas

- Código Civil (DFL N° 1, Ministerio de Justicia, del 30 de mayo de 200).
- Ley 21.640, del 18 de diciembre de 2023, Ley de presupuestos del sector público correspondiente al año 2024.
- Ley 20.564, del 3 de febrero de 2012, establece Ley marco de los Bomberos de Chile.
- Ley 20.285, del 20 de agosto de 2008, sobre acceso a la información pública.
- Ley 19.940, del 13 de marzo de 2004, regula sistemas de transporte de energía eléctrica, establece un nuevo régimen de tarifas para sistemas eléctricos medianos e introduce adecuaciones que indica a la Ley General de Servicios Eléctricos.
- Ley 19.418, del 9 de octubre de 1995, establece normas sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias.
- Ley 18.959, del 24 de febrero de 1990, modifica, interpreta y deroga normas que indica.
- Ley 18.918, del 5 de febrero de 1990, orgánica constitucional del Congreso Nacional.
- Ley 18.575, del 5 de diciembre de 1986, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado.
- Decreto Ley 1263, del 28 de noviembre de 1975, sobre administración financiera del Estado.
- Ley 10.336 (Decreto 2421), del 10 de julio de 1964, fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

Jurisprudencia citada

Control de constitucionalidad del proyecto de ley que moderniza la Ley 19.886 y otras leyes, 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, correspondiente al boletín N° 14.137-05 (2023): Tribunal Constitucional, 15 de noviembre de 2023, rol 14.707-2023.

Consortio de Valparaíso S.A. con Cuerpo de Bomberos de Valparaíso (2020): Corte Suprema, 6 de enero de 2020, rol 22.116-2019.

Béndel con Instituto de Fomento Pesquero (2017): Corte Suprema, 5 de enero de 2017 (acción de protección), rol 40.604-2016.

Corporación Educacional El Bosque con Inspección Comunal del Trabajo de La Florida (2020): Tribunal Constitucional, 13 de agosto de 2020, rol 7591-2019.

Liceo Camilo Henríquez con Inspección Comunal del Trabajo de Temuco: Tribunal Constitucional, 13 de agosto de 2020, rol 7983-2019.

Luis Carillo con Contraloría General de la República (2003): Corte Suprema, 24 de junio de 2003, rol 2129-2003.

Jurisprudencia administrativa citada

Dictamen N°E428.359 (2023): Contraloría General de la República, 15 de diciembre de 2023.

Dictamen N°E405.358 (2023): Contraloría General de la República, 17 de octubre de 2023.

Dictamen N°E389.863 (2023): Contraloría General de la República, 06 de septiembre de 2023.

Dictamen N°E316.441 (2023): Contraloría General de la República, 28 de febrero de 2023.

Dictamen N°E235.694 (2022): Contraloría General de la República, 18 de julio de 2022.

Dictamen N°E235.340 (2022): Contraloría General de la República, 15 de julio de 2022.

Dictamen N°E239.939 (2022): Contraloría General de la República, 08 de julio de 2022.

Dictamen N°E179.239 (2022): Contraloría General de la República, 26 de enero de 2022.

Dictamen N°E160.316 (2021): Contraloría General de la República, 21 de noviembre de 2021.

Dictamen N°33.624 (2020): Contraloría General de la República, 04 de septiembre de 2020.

Dictamen N°16.630 (2018): Contraloría General de la República, 03 de julio de 2018.

Dictamen N°31.941 (2015): Contraloría General de la República, 23 de abril de 2015.

Dictamen N°14.917 (2014): Contraloría General de la República, 26 de febrero de 2014.

Dictamen N°37.493 (2010): Contraloría General de la República, 07 de julio de 2010.

Dictamen N°33.116 (2010): Contraloría General de la República, 18 de junio de 2010.

Dictamen N°39.562 (1997): Contraloría General de la República, 01 de diciembre de 1997.

