

COLECCIÓN DE DERECHO
ADMINISTRATIVO
COMPARADO

LIBARDO
RODRÍGUEZ R.
(Director)

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS



editorial jurídica venezolana

Volumen III

EL RÉGIMEN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

ERNESTO JINESTA LOBO
(Coordinador)

Volumen en homenaje
al profesor Luciano Vandelli

El Instituto Internacional de Derecho Administrativo - IIDA (www.iida-deradm.com) es una institución sin ánimo de lucro, de carácter académico y científico, que tiene como objeto el fomento y la promoción de la ciencia del derecho administrativo en los diferentes países y en el marco de la comunidad internacional.

En cumplimiento de sus objetivos, el Instituto entrega a la comunidad jurídica la *Colección de derecho administrativo comparado*, cuyo propósito es publicar obras colectivas sobre temas básicos y actuales del derecho administrativo, que permitan, con fundamento en trabajos nacionales que desarrollen el respectivo tema desde la perspectiva de cada país, acometer un análisis de derecho comparado que contribuya a su mejor conocimiento y comprensión.

En ese orden de ideas, el volumen III de la Colección, que hoy se publica, se ha consagrado a *El régimen de los contratos públicos*, con el objetivo de que los especialistas y lectores puedan tener una visión global y comparada de esta materia en los diferentes países.

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS



ev editorial jurídica venezolana

ISBN 978-958-35-1234-6



ASPECTOS GENERALES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

ALEJANDRO VERGARA BLANCO*

Dos son las instituciones de Derecho Administrativo relativas a la adquisición de bienes, suministro y prestación de servicios, y a la concesión de servicios públicos, a la construcción y concesión de obras públicas: la licitación pública y el contrato administrativo. Ambas tienen naturaleza y características especiales, y serán abordadas de manera general y separada en el presente trabajo, que a solicitud del editor sirve para proporcionar una base de comparación con otras regulaciones nacionales respecto a la contratación pública¹.

1. INTRODUCCIÓN

La Administración pública chilena, en su plataforma electrónica www.mercadopublico.cl (parte esencial del sistema de compras públicas), durante 2017 logró congrega a 850 organismos públicos y 123.000 proveedores, transando un total de US\$ 12.229 millones, de los cuales, \$ 4,7 millones de pesos chilenos nominales, tuvo como destino el sector empresarial micro y pequeño (casi un 60 por ciento). Por su parte, los indicadores de la Dirección de Compras y Contratación Pública respecto a 2017, dan cuenta de un crecimiento del 39,8 por ciento al compararlos con los del año 2016².

De estas cifras podemos concluir la enorme importancia que reviste la contratación que realiza la Administración y su impacto en la economía del país. En esta materia no solo pareciera ser relevante lo relacionado con la forma en que se gastan los recursos públicos, sino también su efecto en la generación

* Profesor Titular [Catedrático] de Derecho Administrativo (Pontificia Universidad Católica de Chile). Reúno y sintetizo en este trabajo diversos desarrollos ofrecidos antes en diversas sedes. Agradezco la colaboración de Daniel Bartlett Burguera, investigador del *Programa de Derecho Administrativo Económico, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, quien realizó la dedicada labor de sistematización.

¹ Buena parte de lo que en este trabajo se muestra, formará parte de mi manual, en preparación, sobre *Derecho Administrativo General*.

² Datos obtenidos de la presentación de la Cuenta Pública Gestión 2017, por la Dirección de Compras y Contratación Pública. Disponible en www.chilecompra.cl [visitado el 21 de agosto de 2018].

de empresas o proveedores de diversos tamaños, que en su conjunto mueven buena parte de la economía.

La transparencia y competitividad mejoran con la existencia de reglas claras, justas y preestablecidas, de un ordenamiento jurídico que garantice y asegure a todas las personas la igualdad de acceder y participar como proveedores de la Administración, acompañado de un sistema de control y reclamación eficientes y expeditos, son elementos clave para alcanzar un sistema de contratación administrativa exitoso. Ello permite una actuación coordinada y eficiente de la Administración, que disminuye los costos de adquisición, por medio de la *licitación pública*, proceso abierto y competitivo, y también los costos de transacción, entregando información de manera más completa, fácil y directa a través de medios tecnológicos. A la vez, esto permite a todos los agentes económicos tomar conocimiento, participar de los procesos y cooperar en el control de su buen funcionamiento.

Una nueva institucionalidad nació en 2003 con la Ley 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios (en adelante, LBCA), conocida en la práctica como Ley de Compras Públicas o Ley de Compras³. Ella representó un gran avance no solo en materia de modernización de la Administración del Estado, sino también en lo relacionado con la transparencia y probidad de la actuación estatal. Fueron claves para avanzar con paso firme y cumplir con sus tareas el establecimiento de una normativa general en materia de contratación, una nueva institucionalidad orgánica y una plataforma electrónica. Todo ello ha representado una evolución importante, generándose una valiosa experiencia administrativa práctica del nuevo sistema de contratación administrativa y ha producido una literatura no demasiado numerosa, pero creciente en los últimos años, sobre todo dirigida a analizar los diversos aspectos de la gestión y de la contratación propiamente tal⁴.

³ Ley 19.886 de 30 de julio de 2003, "Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios".

⁴ En Chile no teníamos hasta 2003 el desarrollo que es notorio en la literatura de derecho comparado; puede verse al respecto en dos países de sistemas similares: para Argentina, JUAN CARLOS CASSAGNE, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009; JUAN CARLOS CASSAGNE, "Actuales desafíos y clásicos dilemas de la contratación administrativa", en *Derecho administrativo. Innovación, cambio y eficacia*, Lima, Thomson Reuters, 2014, págs. 191-201; para Francia: FRANK MODERNE, "La contratación pública en el derecho administrativo francés contemporáneo", en *La contratación pública*, editado por JUAN CARLOS CASSAGNE y ENRIQUE RIVERO YSERRN, Buenos Aires, Hammurabi, 2006), págs. 253-274. En el caso de la literatura chilena, véase en la bibliografía los aportes más actuales de FABIÁN HUEPE ARTIGAS, JOSÉ LUIS LARA ARROYO, LUIS EUGENIO GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA, CLAUDIO MORAGA KLENNER, NATALIA MUÑOZ CHIU, JENNY NICÓLAS TURRYS, DOROTHY PÉREZ GUTIÉRREZ, FRANCISCO PINILLA RODRÍGUEZ, ANDRÉS RUIZ IBÁÑEZ, entre otros, dirigidos al análisis de las instituciones jurídicas de fondo.

El actual sistema de contratación pública, entonces, no solo consistió en una nueva definición de materias de fondo, como la licitación y el contrato administrativo (en el cual existía una precaria bibliografía jurídica en nuestro país), sino también en una nueva organización administrativa y jurisdiccional. En efecto, se produjo en 2003 la creación *ex novo* de los siguientes órganos:

a) La Dirección de Compras y Contratación Pública o, más simple, *Dirección de Compras*, un órgano administrativo específico y descentralizado, encargado de la gestión y contratación pública. Pese a ser un servicio público descentralizado, está sometido a la supervigilancia del Presidente de la República.

b) El Tribunal de Contratación Pública (TCP). Este es un nuevo órgano jurisdiccional, creado para la resolución de las contiendas entre particulares y los organismos públicos en el contexto de las licitaciones públicas.

Con anterioridad a ese hito, existían otras disposiciones referentes a la concesión y construcción de obra pública —aún vigentes— que con la nueva institucionalidad establecida en 2003, dan cuenta de la inexistencia de una ley marco o general sobre contratación pública, debiéndose por lo tanto acudir a una u otra norma especial en función de la tipología de contrato público ante el cual estemos, sin perjuicio que puedan compartir varios principios y bases comunes.

En este trabajo me refiero, en primer lugar, a las bases constitucionales y legales de la contratación pública en Chile, así como a las influencias internacionales que la afectan. En segundo y tercer lugar, respectivamente, se desarrolla de forma separada, aquellos aspectos que dicen relación con la denominada “licitación pública”, la que comprende los íteres procedimentales que van de la elaboración de bases de licitación hasta la adjudicación del contrato, para de forma seguida tratar la “contratación administrativa”, señalando cuál es la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, los principios o bases, la tipología de contratos y los procedimientos de contratación. Por último, abordo un apartado dedicado al Tribunal de la Contratación Pública, como órgano jurisdiccional especial al que se le entrega el conocimiento de los conflictos que pudieren surgir dentro del período licitatorio. Al final se exponen unas breves conclusiones.

2. BASES CONSTITUCIONALES, LEGALES E INFLUENCIAS INTERNACIONALES SOBRE LA NORMATIVA CHILENA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como se señaló *supra*, la contratación administrativa chilena no aparece recogida en un único cuerpo normativo, sino que, como acontece respecto de otras materias del Derecho Administrativo nacional, se halla contenida en varias disposiciones de rango legal y reglamentario, y en ciertos preceptos de la Constitución de 1980 (en adelante, CPR) los cuales aluden a aquella.

Adicionalmente, como consecuencia del ingreso de Chile a la OCDE⁵, se han recibido varias influencias que afectan de manera directa o indirecta la normativa nacional.

Seguidamente hago referencia a todo lo anterior:

1. *Bases constitucionales de la contratación pública*⁶. El texto constitucional contiene varios preceptos que se refieren de forma implícita o explícita a la contratación pública.

a) *Preceptos implícitos*. Se trata de ciertos principios de carácter general o de garantías constitucionales que inciden sobre la materia, los cuales pueden ser invocados por los particulares en caso de posibles vulneraciones a sus derechos, y que serían:

i) *Artículo 8 CPR*, que consagra los principios de probidad y publicidad;

ii) *Artículos 19 numerales 2 y 22*, que establecen la igualdad ante la ley, más la prohibición de establecer diferencias o discriminaciones arbitrarias, y

iii) *Artículo 19 numeral 21*, que prevé el derecho de toda persona a desarrollar cualquier actividad económica.

b) *Preceptos explícitos*, que contenidos en los numerales 7, 8, 9, 10 y 18 del artículo 63 CPR, informan de la necesidad que se desarrolle mediante ley ciertas cuestiones, entre las cuales figura la relativa a aquellas que fijen las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de la Administración, haciendo entonces alusión indirecta a la legislación sobre contratación pública.

2. *Bases legales de la contratación pública*. Son tres:

a) *El artículo 9 de la LOCBGAE*⁷, que establece que la celebración de los contratos administrativos debe ser precedida de la correspondiente propuesta pública, bajo un procedimiento regido por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado y la igualdad de las bases que rigen el contrato. Adicionalmente fija de forma implícita que la licitación pública es la regla general; la privada procederá —en su caso— si previa resolución fundada así lo dispusiera, y salvo que por la naturaleza de la negociación cupiera acudir al trato directo.

b) *La LBCA*, que, junto con su Reglamento⁸ (en adelante, RLBCA), se refiere a los contratos de adquisición de bienes muebles, suministro y prestación de servicios, contiene la regulación general que afecta aspectos propios de los procedimientos de licitación y contratación públicos, tales como los

⁵ Su ingreso se efectuó el 7 de mayo de 2010.

⁶ Véase CORDERO, 2015, págs. 428-429.

⁷ Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

⁸ Decreto 250 de 2004.

requisitos para contratar con la Administración, los privilegios o facultades de esta, entre otros.

c) *La LBPA*⁹, que establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado, la cual indica en su primer artículo su supletoriedad respecto de otras leyes que establezcan procedimientos administrativos especiales, tales como la LBCA.

3. *Influencias internacionales sobre la contratación pública chilena.* El ingreso de Chile a la OCDE supuso la aceptación de ciertos requisitos de entrada, así como la de adaptar previamente la normativa nacional a determinadas exigencias. El referido organismo internacional, en sus funciones de asistencia a los países que forman parte de él, ha ido extendiendo diversas recomendaciones sobre varias materias, que, si bien no son vinculantes, sí son importantes para avanzar hacia mayores índices de desarrollo¹⁰.

En el campo de la contratación pública, dos son los informes o estudios que hacen referencia a esta materia:

a) *Recomendación del Consejo en materia de contratación pública, de 2015.* En dicha Recomendación, si bien tiene alcance general y no exclusivamente dirigido a Chile, se proponen varios puntos para mejorar los sistemas de contratación pública, que en resumen serían los siguientes:

i) Asegurar un nivel adecuado de transparencia y eficacia (racionalizando cuando corresponda) a lo largo de todas las fases del ciclo de la contratación pública. Para lograr ello, con esta idea se conecta la necesidad que el personal dedicado a gestionar el rubro, cuente con la aptitud y capacidad suficiente. Hacer posible la aplicación de mecanismos que favorezcan la rendición de cuentas.

ii) Que haya una tendencia hacia la integridad del sistema de contratación pública mediante normas generales y salvaguardas específicas por procesos de contratación.

iii) Hacer accesibles las oportunidades de concurrir a la contratación pública a los potenciales competidores sin importar su tamaño o volumen.

iv) En caso que la contratación pública persiga objetivos secundarios, cabrá sopesar dichas finalidades frente al logro del objetivo principal de la contratación.

v) Hacer uso de tecnologías digitales para dar soporte a la innovación, a través de la contratación electrónica.

⁹ Ley 19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

¹⁰ Véase una referencia a estas en <https://chile.gob.cl/ocde/recomendaciones> (visitado el 22 agosto 2018).

vi) Cuantificar el rendimiento de los resultados del procedimiento de contratación pública, en concreto y en abstracto. Ello enlazaría con la necesidad de definir, detectar y tratar de atenuar los riesgos en la contratación pública.

b) *Informe "Contratación Pública en Chile. Opciones de política para convenios marco eficientes e inclusivos"*. Este estudio de 2017, de la Dirección de Compras y Contratación Pública, en relación con la modalidad de contratación llamada convenio marco, de creciente importancia en Chile en los últimos años debido al constante aumento de proveedores interesados, sugiere formas para racionalizar los procesos, mejorar la eficacia del sistema e incrementar la eficiencia y promover la inclusión.

El documento, entonces, recoge una serie de experiencias comparadas, junto con informaciones brindadas por la Dirección de Compras, con el objetivo de plantear propuestas de política pública las cuales esta pudiese adoptar.

Por otro lado, al alero también de la OCDE, Chile se ha sometido a un proceso de evaluación de su sistema de compras públicas, el cual sigue la metodología MAPS¹¹, a fin de determinar sus fortalezas y debilidades, pudiendo con esos insumos servir de base para el desarrollo de un sistema armonizado, así como generar iniciativas de reforma¹².

3. LA LICITACIÓN PÚBLICA COMO FASE PRECONTRACTUAL

Siguiendo el orden expositivo anunciado, seguidamente desarrollo la "licitación pública", que es previa y no menos importante que la "contratación administrativa", pues en ella descansan los presupuestos que debieran hacer posible una coherente ejecución contractual.

A) Aspectos generales de la licitación pública

a) *Naturaleza jurídica de la licitación pública*. Como expresa SAYAGUÉS LASO, en su afamada y reconocidísima obra, "los tratadistas de Derecho Administrativo poco han estudiado la licitación pública, y menos atención le han dedicado al problema concreto de su naturaleza jurídica, limitándose las más de las veces a la exposición y crítica de las disposiciones legales vigentes", "y los pocos que ahondaron en el análisis de este problema han incurrido en

¹¹ Metodología para la Evaluación de los Sistemas de Compras Públicas, *Methodology for Assessing Procurement Systems*, en inglés.

¹² No me detengo en el desarrollo de este aspecto. Los resultados de dicha evaluación, pueden consultarse en el siguiente enlace: <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/11/MAPS-final-2017.pdf> (visitado el 23 agosto 2018).

el error de no considerar en abstracto la licitación pública, sino una licitación pública determinada, generalmente la reglamentada en su propio país¹³.

Luego, este autor, tras un breve análisis de algunas teorías respecto a la licitación, las que la consideran, por ejemplo, un contrato (en referencia a HAURIUO) o de otras que entienden que es un acto (v. gr. DELGADO Y MARTÍN), se aventura en señalar que la licitación en cuanto conjunto de actos es un procedimiento, compuesto de actos administrativos unos, y de particulares, otros. Así, de este conjunto de actos nace un vínculo contractual que tiene que ver con la forma de celebrar el contrato, el modo como se encuentran las voluntades del particular y el Estado para dar lugar al nacimiento del vínculo jurídico. En lugar de llegarse a la celebración del negocio mediante tratativas privadas, se sigue el procedimiento de licitación, cuyos trámites llevan simultáneamente a la determinación del contratante y a la concertación del contrato.

b) *Concepto doctrinal y normativo.* Doctrinariamente, la licitación pública constituye una especie de procedimiento administrativo, de carácter concursal y abierto, compuesto por una sucesión ordenada de actos unilaterales emanados de la Administración y de los particulares interesados, cuya finalidad es la adjudicación y posterior celebración del respectivo contrato¹⁴.

En nuestro país, en lo inmediato, constituye un mecanismo de aplicación general de asignación de los contratos administrativos, que sirve como medio para escoger la oferta más idónea con respecto al bien común, de entre todas aquellas que se presentan a un concurso. En lo mediano, sus efectos van más allá de la adjudicación, alcanzando la ejecución misma del contrato, en tanto un acuerdo de voluntades afinado por esta vía no puede modificarse *a posteriori* por mutuo consenso entre el Estado y el particular¹⁵.

En el plano normativo nacional hay disposiciones referentes a la licitación, contenidas, v. gr., en el artículo 9º LOCBGAE, que concibe la licitación pública como un procedimiento concursal. En el mismo sentido, el artículo 7º letra a) LBCA, que define la licitación pública como "el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las

¹³ SAYAGUÉS LASO, 1940, pág. 17.

¹⁴ ARÓSTICA MALDONADO, 2006, págs. 291 y ss.

¹⁵ Ídem nota anterior. El mismo autor en su trabajo titulado "Cómo y con quien contrata la Administración", incluido en la obra colectiva *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración por su 75º aniversario institucional)*, págs. 303-310 afirma que la licitación pública es "una especie de procedimiento administrativo, consistente en un certamen convocado por la Administración en términos amplios, para que le propongan ofertas todos los interesados que reúnan los requisitos generales previstos en las respectivas bases" (pág. 306).

bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente". A su vez, según dispone esta misma ley, la licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 UTM, salvo que se trate de las hipótesis del artículo 8º LBCA, en cuyo caso deben realizarse por licitación privada o contratación directa, debiendo acreditarse la concurrencia de esta circunstancia¹⁶.

También cabe apuntar lo dispuesto por el Reglamento de Contratos de Obras Públicas, Decreto Supremo 75 (Ministerio de Obras Públicas) de 2004 (art. 4º num. 25) que se refiere a la licitación pública como "el procedimiento mediante el cual se solicitan a los proponentes inscritos en el Registro de Contratistas del MOP, o precalificados si es el caso, cotizaciones para la ejecución de una obra pública"¹⁷.

Por su parte, la Contraloría General de la República ha entendido la licitación pública como una "invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas, pliego de condiciones, formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa, de manera que estos trámites no son sino etapas anteriores a la celebración del contrato". Luego, en este mismo sentido, ha reafirmado que "en el proceso de licitación se pueden distinguir diversas etapas, constituyendo, pues, un trámite complejo que comienza con la decisión de llamar a propuestas (lo cual implica la elaboración de las bases administrativas y especificaciones técnicas) y concluye con la adjudicación y suscripción del contrato, si así procediere"¹⁸.

¹⁶ El art. 5º LBCA, nos indica que la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa.

La principal diferencia es el grado de competencia con que se realiza el concurso. En el caso de la licitación pública la competencia es total, ya que pueden participar todos los interesados, mientras que, en la licitación privada, luego de emitir una resolución fundada, solo compiten los que han sido invitados por la entidad licitante, cuyo mínimo está definido por ley. Por lo tanto, el proceso es igual para ambos tipos de licitación, solo que difieren las formas de llamar a los proveedores a participar. Si cabe tener presente que la licitación privada, en cambio, es un mecanismo excepcional previsto por la ley y su uso se encuentra restringido a situaciones especiales, por lo que requiere de una resolución fundada. Estas excepciones son las contempladas en los artículos 8º LBCA y 10 del Reglamento de la LBCA.

¹⁷ El Decreto Supremo 236 (MINVU) de 2002, que aprueba las Bases Generales reglamentarias para los Contratos de Ejecución de Obras que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanismo, define la propuesta pública como el "Sistema de contratación consistente en concurso de ofertas que debe solicitar el Serviu públicamente, debiendo respetar al convocarla y al adjudicar las obras, la igualdad de los licitantes y las bases que rigen el respectivo llamamiento".

¹⁸ Dictamen 8.478 de 1998 y 20.555 de 1999, respectivamente.

Además, es posible señalar que el órgano contralor entiende que la regla general en esta materia la determina justamente el art. 9º LOCBGAE, el cual exige que los contratos adminis-

c) *Principios jurídicos que la informan.* Los objetivos básicos del procedimiento de licitación pública son: asegurar una gestión eficiente y eficaz de la Administración en el proceso de selección de la oferta que resulte más ventajosa para los intereses públicos y, además, garantizar el derecho de los interesados a participar en tal instancia de selección, con libertad e igualdad de oportunidades. Luego, para la materialización de estos objetivos, son dos los principios que informan a la licitación pública: la libre concurrencia al llamado administrativo y la igualdad ante las bases que rigen el contrato de conformidad con el artículo 9º LOCBGAE y los artículos 1º, 5º y 19 numeral 2 CPR.

En lo esencial, estos objetivos a su vez determinan que la tramitación debe sujetarse a principios generales previstos en la LBPA, tales como las bases de celeridad, *in dubio pro acto* o conclusivo, de economía procedimental, de informalidad, de concurrencia o competitividad, de imparcialidad, impugnabilidad, además de publicidad y transparencia¹⁹.

d) *Características de la licitación pública.* Entre las características que en Derecho Administrativo se reconocen a la licitación pública, que se encuentran íntimamente relacionadas, cabría considerar las siguientes:

i) *La regularidad.* Se relaciona con la circunstancia de que el procedimiento esté regulado en un texto de rango legal, de carácter objetivo, abstracto, obligatorio y permanente.

ii) *La solemnidad.* Se refiere a que las actuaciones comprendidas dentro del procedimiento impliquen el cumplimiento de trámites o requisitos y formas de participación exigidos a los licitantes, de manera que el incumplimiento esencial²⁰ de estos produce la inhabilidad para participar en el procedimiento.

trativos se celebren previa propuesta pública, acorde a la ley, entendiendo que una propuesta de carácter privado procederá en su caso previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo (Dictámenes 25.082 de 2003 y 42.006 de 2005).

¹⁹ En el dictamen 8.942 de 2003, la CGR dispone que el proceso de licitación pública requiere de una condición especial, "la publicidad", que se manifiesta a través del llamado general y a personas indeterminadas, en un medio de comunicación de amplia circulación, a propósito del hecho de que una publicación no fue contemplada en las bases, señalando que dicha situación no constituye una contravención a las reglas del proceso de licitación, siempre que se haya efectuado el comunicado en un periódico de amplia circulación.

Por añadidura, algunos autores —ARÓSTICA, por ejemplo— destacan que, además, toda licitación pública debe sujetarse a lo dispuesto por la Convención Interamericana contra la Corrupción, la cual recomienda a los países adoptar —entre otras medidas preventivas— sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (Publicada en el *Diario Oficial* de 2.02.1999, art. III num. 5).

²⁰ Cfr. art. 13 de la LBPA, relativo al denominado "principio de no formalización".

iii) *La publicidad.* Se refiere a una serie de aspectos tendientes a permitir la participación dentro del procedimiento a todos los interesados que reúnan los requisitos habilitantes y deseen participar u oponerse a la adjudicación del contrato que se licita. La publicidad se manifiesta desde luego en el llamado a licitación, en la apertura de las propuestas que haya, en la concurrencia de un ministro de fe y asistencia de los proponentes al acto de apertura de propuestas. Esta característica del procedimiento refuerza el principio constitucional de la igualdad ante la ley, al tender a asegurar la adecuada participación de todos quienes se encuentren habilitados para intervenir.

iv) *La imparcialidad.* Se relaciona con la igualdad de participación, la publicidad de los actos, la exclusión de cualquier participante que no cumpla con las exigencias referentes a la forma de presentar las propuestas, y con la adopción de la resolución del concurso de acuerdo con los antecedentes técnicos propuestos, con el propósito de velar por el interés general involucrado en la licitación.

v) *La objetividad.* Se refiere también a una serie de circunstancias verificables en el procedimiento, en lo que se relaciona con la publicidad del llamado a licitación; con la capacidad especial que se exige a los interesados en participar en la licitación; con la forma de presentación de las propuestas; con los encargados ante quienes deben abrirse las propuestas; con el acta que se levante con ocasión de la apertura de las propuestas; con la forma de adjudicación o rechazo de las mismas, etc. En estas circunstancias, se tiende a descartar cualquier eventualidad de una adjudicación influenciada por consideraciones de índole subjetiva.

vi) *La contradictoriedad.* Se refiere al derecho que se reconoce a favor de los proponentes participantes en la licitación, para defenderse y reclamar, cuando estimen que el procedimiento verificado en la licitación ha sido irregular, perjudicando sus legítimas opciones en la adjudicación respectiva. El conocimiento y decisión del reclamo debe considerar la audiencia del afectado y el ejercicio del derecho a la defensa que corresponda.

vii) *La responsabilidad.* Se refiere a que debe asegurarse la seriedad del procedimiento, con un sistema de garantías que se exigen a los participantes de la licitación.

e) *Requisitos y prohibiciones para contratar con la Administración*²¹. La LBCA y su Reglamento regulan tanto los requisitos para contratar con la Administración, así como los supuestos de prohibición. A continuación, los expongo brevemente:

²¹ Se refiere a la regulación contenida en la LBCA. El Decreto 75 del Ministerio de Obras Públicas, sobre el reglamento para contratos de obras públicas, contiene una regulación especial en referencia a los requisitos para contratar con la Administración, entre los cuales se establece la necesidad de inscribirse en un registro de contratistas.

i) *Requisitos para contratar*. El artículo 4º LBCA establece quiénes podrán contratar con la Administración, que, en esencia, deben reunir los requisitos mínimos exigidos por el Derecho Civil relativos a la capacidad, y especialmente una situación de idoneidad financiera conforme lo que disponga el RLBCA²² y las bases de licitación pública o privada señalen. Adicionalmente, se contempla la existencia de garantías que deben ser constituidas por los oferentes y por los contratantes en su caso²³.

Esto se ve complementado con un requisito fundamental, cual es estar inscrito en el Registro de Contratistas, regulado en la ley de manera extensa (para lo que cabe a una ley de bases), y desarrollado ampliamente en el reglamento²⁴. Junto con este catastro general de contratistas podrán coexistir otros registros especiales, cuya inscripción en ellos será igualmente obligatoria para los contratistas, y que estarán establecidos para "órganos o servicios determinados, o para categorías de contratación que así lo requieran"²⁵.

ii) *Prohibiciones para contratar*. La regulación legal de este aspecto también queda contenida en el artículo 4º LBCA, sin desarrollo reglamentario, proveyendo las siguientes causales que resumo a continuación:

- Licitadores que hubieren sido condenados, 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, por prácticas antisindicales o infracción de los derechos del trabajador, o bien por delitos concursales tipificados en el Código Penal.

- Si se obtuviera la licitación, o celebrase el convenio, registrando saldos insolutos de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social con sus actuales trabajadores o respecto a los contratados en los últimos dos años. Para este caso, más que una prohibición, se establece una obligación del licitador de solventar esta falencia y regularizar su situación, so pena de terminación contractual anticipada.

- El inciso 6º de dicho artículo, establece una prohibición especial respecto de los órganos de la Administración del Estado, de sus empresas y corporaciones, o en las que este tenga participación; con los funcionarios directivos del

²² Art. 29 RLBCA.

²³ Art. 11 LBCA (garantías para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas [desarrolladas en el art. 31 RLBCA], y las garantías para asegurar el fiel y oportuno cumplimiento [desarrolladas en los arts. 68-73 RLBCA]).

²⁴ Ver art. 16 LBCA donde dispone la existencia de un registro electrónico de contratistas de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública. Mayor desarrollo en los arts. 80-97 RLBCA.

²⁵ Art. 82 RLBCA.

mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por ciertos vínculos de parentesco, entre otros sujetos que pudieran hallarse vinculados²⁶.

B) *Procedimiento y tramitación de una licitación pública*

Las etapas de que se compone una licitación pública, son: la elaboración de bases; el llamado; período de consultas y recepción de ofertas; la evaluación de estas, y la adjudicación.

Considerando los objetivos básicos del procedimiento de licitación pública, se ha dispuesto una tramitación que en cualquiera de sus etapas debe necesariamente ajustarse a los principios de libre concurrencia al llamado administrativo y de igualdad ante las bases.

Constituyen etapas fundamentales en la tramitación de toda licitación pública las siguientes:

a) *Aprobación de las bases o pliego de condiciones.* Las bases son documentos aprobados por la autoridad competente de cada entidad licitante (art. 19 LBCA), que contienen de manera general o particular, los aspectos administrativos, económicos y técnicos del bien o servicio por contratar y del proceso de compra.

Significa lo anterior que le compete a la Administración iniciar el procedimiento de licitación determinando las bases generales o particulares de la misma a las que deban sujetarse sucesivamente, la licitación, luego la adjudicación del contrato y, finalmente, la ejecución (y terminación) del mismo.

Dentro de las bases de licitación es posible distinguir entre aquellas de naturaleza administrativa y las de carácter técnico. Las "bases administrativas" contienen el marco normativo que fija las reglas para el proceso de selección del co-contratante y, en palabras del artículo 2º numeral 4 del Reglamento de la LBCA (RLBCA) son "aquellos documentos aprobados por la autoridad competente que contienen de manera general y/o particular, las etapas, plazos, mecanismos de consulta y/o aclaraciones, criterios de evaluación, mecanismos de adjudicación, modalidades de evaluación, cláusulas del contrato definitivo, así como también los demás aspectos administrativos del proceso de compras". También contienen los elementos de la esencia del contrato que se ofrece²⁷.

²⁶ El inc. 7º del mismo art. 4º LBCA, lo hace extensivo a ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, entre otros. El efecto por la contravención de todas estas prohibiciones que atañen a los entes del sector público, se sanciona con la nulidad, además de perseguir las correspondientes responsabilidades administrativas y civiles que puedan individualizarse. Sin embargo, el último inciso de ese artículo, establece una excepción, que podrá materializarse si se cumplen determinados requisitos formales.

²⁷ Ejemplo de esto es la ley 19.542 que establece las bases para las licitaciones de concesiones portuarias en su art. 7º inc. 2º. Otro ejemplo es el Reglamento de Licitaciones y Prestación de Defensa Penal Pública, ver arts. 9º y 10.

Por otro lado, en el RLBCA se indica tanto los contenidos mínimos que deben tener las bases, como, entre otros, los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación (art. 22 num. 7 RLBCA), así como los contenidos adicionales que podrán incluirse en ella (art. 23 RLBCA).

A su vez, las "bases técnicas" son "aquellos documentos aprobados por la autoridad competente que contienen de manera general y/o particular las especificaciones, descripciones, requisitos y demás características del bien o servicio a contratar" (art. 2º num. 5, RLBCA).

En términos generales, siguiendo lo que se desprende de la normativa citada, el contenido de las bases es:

i) *Individualización del funcionario de la entidad licitante encargado del proceso de compras y que además es medio de contacto.*

ii) *Etapas y plazos de la licitación.*

iii) *Los requisitos y condiciones de los oferentes para que las ofertas sean aceptadas*, lo cual incluye toda la documentación y antecedentes que se estimen necesarios de los proveedores, tales como documentación que respalde la existencia jurídica/legal, informes comerciales, pago de impuestos y cotizaciones, certificaciones, permisos municipales, etc.

iv) *La naturaleza y monto de las garantías necesarias para asegurar la seriedad de la oferta y del contrato.* Estas son obligatorias cuando el monto que se debe contratar es superior a 1.000 UTM.

v) *Los mecanismos de consulta y/o aclaraciones*, señalando a quién deben remitirse las consultas y los mecanismos para ello (ej. Foro del portal ChileCompra).

vi) *Los criterios de evaluación son fundamentales y obligatorios, así como el método que se usará para comparar las alternativas*, lo que implica establecer indicadores para los aspectos claves que se desea evaluar y el modo en que se piensan calcular. Ello significa definir criterios de evaluación objetivos y, por ende, medibles. Asimismo, la LBCA establece que se debe buscar la oferta más conveniente y no atender solo al factor precio (art. 23 num. 3 inc. 3º RLBCA). Estos factores adicionales pueden ser: experiencia, calidad técnica, costos de operación y mantenimiento, plazo de entrega, servicios postventa, garantías, etc.

vii) *Los mecanismos de evaluación*, señalando quiénes evaluarán, es decir, si es una persona o una comisión evaluadora²⁸.

viii) *Los mecanismos de adjudicación*, especificando la manera en que será notificado el proveedor que se adjudique la licitación.

²⁸ Se recomienda formar comisiones debido a, entre otras cosas, que esto dará mayor confianza a los proveedores, ya que aumenta la transparencia del proceso.

ix) *La modalidad de pago del contrato*, señalando el modo de cancelación de los pagos y las condiciones para que estos se efectúen.

x) *El plazo de entrega del bien o servicio*, señalando los períodos en que se requiere contar con el bien o servicio contratado.

xi) *El requerimiento de otras actividades*, como visitas en terreno, recepción de muestras, u otras, señalando los aspectos relevantes como fechas, horarios, lugar, etc.

Estas bases tienen la característica de constituir “ley del contrato”²⁹, en tanto se reconoce su fuerza obligatoria para las partes; en este caso, la autoridad y los particulares interesados. Luego, en virtud de esta obligatoriedad, estas mismas bases se transforman en inamovibles e invariables, es decir, no se pueden modificar o sustituir en el curso del proceso, ni por acuerdo unánime de los oferentes, ni a pretexto de eventuales aclaraciones posteriores, comoquiera que estas solo tienen por objeto clarificar sus puntos dudosos o complementar con información adicional los vacíos de tales bases³⁰.

b) *Convocatoria*. Aprobadas las bases, corresponde la invitación a participar en la propuesta. Este acto es el que contiene, en forma sintética, todo dato indispensable para la correcta comprensión del objetivo de la licitación, condiciones mínimas para postular, forma en que los interesados pueden ac-

²⁹ Dictámenes 25.924 de 1992 y 61.461 de 1979.

³⁰ Excepcionalmente, se ha admitido por la jurisprudencia administrativa la posibilidad de modificar el pliego de condiciones, cuando tal modificación se funde en motivos administrativos y se produzca antes de la apertura de ofertas. Los dictámenes 22.804 de 1971, 46.981 de 1980, 14.564 de 1998, hacen referencia a este aspecto.

Con todo, la jurisprudencia de la CGR ha establecido claramente que las bases constituyen la fuente principal de los derechos y obligaciones, tanto de la Administración como de los oponentes. Así se colige del Dictamen 62.483 de 2003 y también del 46.126 de 2006, en el cual incluso se propone una interpretación finalista de las normas que establecen las formalidades en una licitación pública. Señala que el intérprete ha de considerar en forma preferente el interés público que la preceptiva encierra, debe evitar el análisis formalista, enmendando irregularidades de detalle y centrar el examen en los aspectos de fondo de cada oferta. Luego, cualquier acto que no se ajuste a las bases administrativas, además de vulnerar el principio de estricta sujeción a las mismas, desvirtúa el proceso y transgrede el principio de igualdad de los licitantes, cuya finalidad es garantizar la actuación imparcial de la administración. En este mismo sentido ha dictaminado, reiteradamente la CGR al establecer que “[...] de acuerdo con el principio de estricta sujeción de los participantes y de la entidad licitante a las bases administrativas y técnicas que la regulen, establecido en el [artículo] 10, inciso 3º, de la ley Nº 19.886, Carabineros de Chile debió reajustar los contratos en cuestión de conformidad a lo previsto en los respectivos pliegos de condiciones, esto es, considerando para ello la variación experimentada por el factor de corrección informado por el Ministerio de Hacienda del año anterior, la que debió aplicar a contar del mes de enero de la respectiva anualidad [...]” (Ver, por ejemplo el Dictamen CGR Nº 246, de 4 de enero de 2018).

ceder a las bases, indicando además plazo dentro del cual deben presentarse las propuestas, días y hora.

Esta convocatoria debe cumplirse a través de Internet, insertando el llamado a propuestas, las bases y demás especificaciones en el Sistema de Información³¹, contenido en el sitio web www.mercadopublico.cl (art. 2º num. 24 y 25, RLBCA).

c) *Presentación de ofertas*. La regla de oro en esta fase es que deben ser formuladas en tiempo y forma para ser consideradas (art. 30 RLBCA).

En "tiempo", significa dentro de la oportunidad o en el momento contemplado en las bases, como parece desprenderse del inciso 3º del artículo 20 RLBCA³².

En "forma", implica que deben acompañarse todos los antecedentes requeridos en las bases, de manera que los postulantes por medio de ellos acrediten su idoneidad técnica, profesional, financiera³³. Esto es lo que comúnmente se conoce como "concurso de antecedentes". También está el "concurso de oposición" que comprende la entrega de la oferta técnica y de la oferta económica del postulante. Estas ofertas deben acompañarse por escrito, con respaldo electrónico e incluso a veces en sobres lacrados. Puede excepcionalmente ocurrir que la licitación se limite solo a un concurso de oposición de ofertas, y no de antecedentes, como ocurre cuando es requisito indispensable que los interesados en participar estén inscritos previamente en un registro oficial de proveedores.

Todas y cada una de estas ofertas, antes de proseguir el procedimiento y con el fin de que efectivamente pasen a la siguiente etapa solo aquellas ofertas

³¹ Regulado en el Capítulo VII del RLBCA, arts. 54 a 62. Por la extensión de este trabajo, no ofrezco descripción alguna al respecto, pero basta señalar que las entidades públicas deben desarrollar todos sus procesos de compras utilizando únicamente dicho Sistema, el que es gestionado por la Dirección de Compras y Contratación Pública.

³² La jurisprudencia, a este respecto, ha precisado que debe evitarse la excesiva brevedad de los plazos (tratándose de días) existentes entre la publicación de la convocatoria y la fecha fijada para la presentación de la propuesta. La razón de esto es que se puede incurrir en una manifiesta arbitrariedad, la que de paso conculcaría el principio de la concurrencia y también de la transparencia. En este sentido, la causa Rol Nº 843-72, sede Corte de Apelaciones de Santiago, caso Banco Continental, Fallo de 26.12.1984 donde la Corte indicó que la decisión de la autoridad interventora, en orden a emitir y enajenar acciones de esa entidad bancaria, con avisos en un diario de circulación restringida y concediendo un exiguo plazo para adquirirlas, compromete la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que tal proceder "ha configurado un evidente abuso de poder, que coloca a los accionistas en una imposibilidad manifiesta de poder suscribir y pagar tales acciones en un brevísimo plazo, lo que permitió, entonces, hacerlo a terceros, órganos estrechamente vinculados con el Estado".

³³ Art. 29 inc. 2º RLBCA.

que cumplen con todos y cada uno de los requisitos previstos en las bases, pasan por una "precalificación" que en definitiva se torna en un verdadero examen de admisibilidad de requisitos de fondo y de forma de la oferta que se hubiere presentado.

En este sentido, por ejemplo, el artículo 7º inciso final LBCA prescribe que la autoridad "podrá solicitar a los oferentes, hasta antes de la apertura de la oferta económica, aclaraciones, rectificaciones por errores de forma u omisiones, y la entrega de antecedentes, con el objeto de clarificar y precisar el correcto sentido y alcance de la oferta, evitando que alguna sea descalificada por aspectos formales en su evaluación técnica".

d) *Apertura de las ofertas.* La apertura debe realizarse en una ceremonia única, de carácter solemne y público.

La regla general efectivamente es que cuando se trate de la apertura tanto de la oferta técnica como de la económica, ella se realice en una ceremonia. Excepcionalmente, también podrá realizarse en dos actos separados, cuando en uno se haga apertura de la oferta técnica y en otro de la económica; en este último caso están aquellos que por ejemplo hubiesen calificado previamente su oferta técnica. Esta última modalidad fue recogida en el artículo 34 RLBCA.

Se trata de un acto solemne, en tanto los funcionarios que hagan las veces de ministro de fe deben proceder a levantar un acta formal, donde se deja una relación circunstanciada de las ofertas presentadas, objeciones u observaciones de los asistentes o interesados. Este documento debe ser firmado por todos ellos.

Finalmente, es público, en cuanto pueden concurrir a ella no solo los licitantes, sino también otros interesados con el fin de informarse y tomar conocimiento de las ofertas presentadas. Esta publicidad, por cierto, se ajusta al principio de publicidad y transparencia contemplado para todo procedimiento administrativo en virtud de la LBPA y del artículo 8º CPR.

e) *Estudio de las presentaciones (evaluación de las ofertas).* Este estudio es realizado por una comisión que se designa para examinar las ofertas y cuya naturaleza consiste en ser en definitiva una instancia de revisión de estas. En la práctica, se les denomina "mesas de contratación", y de ellas se espera que aporten con una opinión más especializada e independiente de las materias. Se analiza esencialmente si se satisfacen las especificaciones técnicas, económicas y administrativas contenidas en las bases.

Para la realización del estudio de las distintas ofertas, lo primero que debe hacer la autoridad administrativa es separar las ofertas defectuosas (con vicios esenciales) de aquellas válidamente emitidas (se considera aquí toda aquella oferta con un defecto menor que no acarrea perjuicio a los demás oferentes³⁴).

³⁴ Art. 37 RLBCA.

Pudiera ocurrir que, tras el estudio de estas ofertas resultase la no existencia de propuestas válidas, en cuyo caso se declarará desierta la licitación³⁵, pudiendo entonces la Administración convocar a una licitación privada; para proceder derechamente a un trato directo; en cualquiera de estos casos, siempre con fundamento en el mismo pliego de condiciones fijados para la licitación pública que no prosperare³⁶.

Posteriormente, tras haber seleccionado las ofertas válidamente emitidas se debe proceder a calificar su mérito.

f) *Adjudicación*³⁷. Una vez realizado el estudio de las ofertas, la Administración se encuentra en condiciones de desechar todas las ofertas o bien adjudicar el contrato. En ambos casos, cualquiera fuere su decisión, debe hacerlo a través de decreto fundado, dado que la autoridad administrativa no puede en estos casos actuar sin expresión de causa, según lo ha expresado la CGR en sus dictámenes 41.599 de 1995 y 36.368 de 1999, entre otros.

Para efectos de la decisión que tome la Administración, hay que considerar que no basta con tener en cuenta exclusivamente la oferta económica para adjudicar, pues este es uno de los varios elementos que se deben sopesar al momento de decidir cuál es la oferta más beneficiosa. Tampoco es correcto asumir que la autoridad es libre para escoger cualquiera de las ofertas presentadas, de manera que se crea con el poder de, por ejemplo, no escoger la oferta que hubiere obtenido mayor puntaje, pues la discrecionalidad de la Administración en este punto, según lo señala ARÓSTICA³⁸, no pasa de la facultad de optar o desempatar entre dos o más propuestas igualmente meritorias, siempre por medio de un acto administrativo demostrativo de que la elección recayó, objetivamente, en la mejor oferta para el bien común.

Importante es destacar que, notificada la adjudicación, este acto es irrevocable para la Administración, al igual que cabe considerar que no se pueden adjudicar las ofertas cuando³⁹:

1º No cumplan con las condiciones y requisitos establecidos en las bases de licitación.

2º El oferente se encuentre inhabilitado para establecer contratos con las entidades respectivas.

3º Emanen de quien no tiene poder suficiente para efectuarlas.

³⁵ Art. 40 bis apart. 3º RLBCA.

³⁶ Art. 8º a) LBCA.

³⁷ Arts. 10 LBCA y 2.1 y 41 del RLBCA.

³⁸ Ob. cit.

³⁹ Art. 4º *in fine* RLBCA.

g) *Perfeccionamiento del contrato*⁴⁰. En Derecho Administrativo, la voluntad de la Administración se manifiesta al dictar el correspondiente acto que sanciona el acuerdo respectivo, acto que, además, debe haber sido totalmente tramitado. El acto a que nos referimos es un decreto o resolución que comenzará a regir desde el momento en que haya sido objeto de toma de razón, en caso que corresponda, o bien, si está exento, tan pronto como la autoridad administrativa lo hubiese dictado.

4. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Los contratos en la Administración Pública constituyen una importante herramienta mediante la cual se satisface el interés público con el fin de ejecutar un servicio público, construir una obra pública, adquirir bienes o prestar servicios.

En estos contratos, a diferencia de lo que ocurre en materia civil en la que el principio básico es la "igualdad contractual", opera el principio de la "desigualdad" entre las partes contratantes, lo que en la práctica se traduce en una subordinación del particular o co-contratante a las decisiones de la Administración. Además, como a estos contratos les es aplicable el Derecho Administrativo, la Administración goza de una serie de prerrogativas en razón de la finalidad pública del contrato.

Existen dos tipos de contratos administrativos especialmente regulados en Chile, los contratos de suministro y prestación de servicios y los contratos de obra pública.

A) *Naturaleza, concepto y principios generales*

a) *Naturaleza jurídica de los contratos administrativos*. Cabe comprender los contratos administrativos dentro de una acepción genérica de acto administrativo: se manifiesta la voluntad de la Administración, en conjunto con la de un particular. Su singularidad es que la Administración, en este caso, sujeta su actuación a un esquema complejo, pues además de concurrir a la celebración del contrato, ulteriormente debe aprobar el contrato respectivo mediante otro acto administrativo (resolución o decreto).

b) *Concepto de contrato administrativo*. La LBCA no dice qué se entenderá por contrato administrativo y qué relación existe con la contratación civil, pero su artículo 1 hace referencia al ámbito de aplicación de la ley al establecer:

⁴⁰ La suscripción de un contrato es la regla general (art. 63 RLBCA), y de hecho los organismos públicos contratantes, podrán exigir que los proveedores se hallen previamente inscritos en el registro de contratistas y proveedores a cargo de la Dirección de Compras y de Contratación Pública, para poder suscribir los contratos definitivos (art. 16, inc. 4º LBCA).

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

Luego, es importante hacer notar que se excluyen de la aplicación de la LBCA una serie de contratos que se consideró, según se señala en el Mensaje de la ley, que no tienen que ver con el suministro de bienes o prestación de servicios, o bien que son incompatibles con los procesos de licitación⁴¹. Sin

⁴¹ Art. 3º LBCA: "*Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley:*

"a) Las contrataciones de personal de la Administración del Estado reguladas por estatutos especiales y los contratos a honorarios que se celebren con personas naturales para que presten servicios a los organismos públicos, cualquiera que sea la fuente legal en que se sustenten;

"b) Los convenios que celebren entre sí los organismos públicos enumerados en el art. 2º, inc. 1º del decr.-ley 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, y sus modificaciones;

"c) Los contratos efectuados de acuerdo con el procedimiento específico de un organismo internacional, asociados a créditos o aportes que este otorgue;

"d) Los contratos relacionados con la compraventa y la transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros;

"e) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas.

"Asimismo, quedan excluidos de la aplicación de esta ley, los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, como asimismo los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la ley 19.865 que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido.

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

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

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

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

embargo, aun para estos contratos, que por disposición expresa de la ley quedan al margen de su aplicación, regirá el artículo 20 LBCA. En este artículo se establece que los órganos de la Administración deben publicar, en los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública (DCCP) la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que señala el Reglamento.

c) *Principios o bases de la contratación administrativa.* Las bases que rigen esta contratación administrativa, de las cuales se desprenden derechos y obligaciones para ambas partes, son:

i) *Juridicidad o legalidad.* Se traduce en la obligación que tiene la Administración de actuar conforme a lo que la ley señala (ver art. 1º RLBCA).

ii) *Mutabilidad del contrato.* De este principio se deriva que la Administración puede introducir modificaciones en el objeto mismo del contrato, tendientes a asegurar una mejor realización del servicio público o una mejor adaptación a sus fines. Indudablemente, y en razón del principio de la seguridad jurídica, se mantendrán inmutables los aspectos relativos al equilibrio económico y al fin mismo del contrato. El reconocimiento de este principio implica que la Administración puede modificar el contrato cuando las necesidades públicas así lo requieran. Esto es expresión de lo que se ha denominado *ius variandi*, es decir, la posibilidad que tiene la Administración de modificar el contrato cuando las circunstancias que lo han motivado cambian, haciendo necesaria la correspondiente revisión y adecuación del contrato a estas circunstancias sobrevinientes. Sin embargo, este privilegio de la Administración, según el mismo Mensaje señala, debe ser acompañado de la correspondiente indemnización al co-contratante o del alza de precio del contrato en su caso⁴².

Las causales, tanto de modificación como de terminación anticipada del contrato, se contienen en el artículo 13 LBCA⁴³ y, con algo más de ampliación, en el artículo 77 RLBCA.

⁴² Así lo señala el Mensaje 9-341 de 27 de octubre de 1999, respecto del principio de la mutabilidad del contrato en términos que: "La contratación pública de la Administración, como se ha señalado regularmente va asociada a la naturaleza de las prestaciones públicas en ella involucradas. De ahí entonces que los contratos que celebre la Administración puedan verse alterados por las necesidades a las cuales ellos van asociados. La mutabilidad del contrato ofrece una doble vertiente. De una parte, es la consecuencia del *ius variandi* que se reconoce a la Administración; de otra, resulta de la admisión de una serie de teorías encaminadas a explicar, en beneficio del contratista, la adaptación del contrato en circunstancias sobrevivientes".

⁴³ "Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas:

"a) La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes.

"b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante.

iii) *Preeminencia de la Administración*. Este es, sin lugar a dudas, el principio que desde una perspectiva sustantiva caracteriza a la contratación administrativa, y que la distingue de la contratación civil, cuyo presupuesto básico es la igualdad de las partes contratantes. Se señala que esta preeminencia se expresa en la facultad de modificar el contrato, dirigir su ejecución e interpretarlo⁴⁴.

iv) *Equilibrio financiero*. Constituye una garantía para el co-contratante particular respecto de la mantención de las condiciones pactadas en el acuerdo original con la Administración, dado que esta última puede modificar las condiciones originales en razón del interés público⁴⁵.

v) *Colaboración*. En virtud del cual la Administración considera al particular que contrata con ella como un colaborador voluntario, cuyos intereses no son totalmente opuestos y que coinciden en el interés de llevar adelante el contrato.

vi) *Ejecución de buena fe*.

d) *Consecuencias jurídicas que surgen de las bases*. Las principales consecuencias jurídicas derivadas de tales bases, son las siguientes:

- i) La inalterabilidad de la oferta por parte de la Administración,
- ii) La aceptación o rechazo en bloque de la oferta por parte del co-contratante,

"c) El estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato.

"d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional.

"e) Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes.

"Las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas".

⁴⁴ En este sentido, el Mensaje de la LBCA, en su página 13, respecto de este principio indica: "La Administración, cuando contrata, no se encuentra en una situación de igualdad frente a su contratante. Mientras este satisface su interés particular, la Administración satisface el interés general. Las resultas de un contrato en su ejecución son de suma importancia para la Administración, razón por la que la mutabilidad del contrato deriva de un conjunto de potestades de las cuales es titular la Administración y que dinamizan la contratación. La Administración tiene la facultad para contratar y dirigir la ejecución del contrato, tiene poder, también para modificar el contrato si durante su ejecución se dan hechos que así lo justifiquen, compensando debidamente al contratante, y tiene la atribución de interpretar los contratos, sin perjuicio de las competencias que tienen los tribunales de justicia al respecto".

⁴⁵ Cabe puntualizar que este remedio o garantía, no está regulado en la LBCA o el RLCA; hay una tímida previsión en el art. 105 del decreto 75, sobre el Reglamento para Contratos de Obras Públicas.

- iii) El ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Administración sobre el co-contratante,
- iv) Modificaciones unilaterales al contrato realizado por la Administración, y
- v) Posibilidad de poner término al contrato unilateralmente por la Administración.

B) *Contrato de suministro y prestación de servicios*

Una novedad en materia de contratación administrativa constituyó la LBCA.

a) *Normas aplicables a los contratos de suministro y prestación de servicios.* Ante la falta de regulación en la ley respecto a alguna materia determinada, se aplican supletoriamente las normas de Derecho Público y, en su defecto, las del Derecho Privado⁴⁶. En otras palabras, respecto a los contratos que se celebren por la Administración del Estado, según la definición orgánica que brinda la LBCA, se aplicarán:

- i) Las normas de esta ley y su reglamento⁴⁷.
- ii) Ante los vacíos o lagunas de los anteriores, supletoriamente se aplican las normas del Derecho Público.
- iii) En su defecto, las normas del Derecho Privado.

b) *Elementos y condiciones de validez de los contratos.* En cuanto a la “capacidad”, debemos entender que, como dispone el artículo 4 LBCA, todas las personas naturales y jurídicas podrán contratar con la Administración cuando cumplan con una serie de requisitos. Por lo tanto, además de la capacidad civil, regulada en los artículos 1445, 1446 y 1447 del Código Civil, se debe cumplir con otros elementos para ser capaz en el ámbito de la contratación administrativa; estos requisitos están determinados en el reglamento⁴⁸.

⁴⁶ Art. 1º inc. 1º: “Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquellas de Derecho Privado”

⁴⁷ Cabe agregar que dentro de lo señalado tienen particular aplicación, además de la Ley y su Reglamento la Resolución 217 letra b) de la Dirección De Compras, Los tratados y la normativa interna de cada servicio.

⁴⁸ Art. 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 este señale y con los que exige el derecho común. Cada entidad licitante podrá establecer, respecto del adjudicatario, en las respectivas bases de licitación, la obligación de otorgar y constituir, al momento de la adjudicación, mandato con poder suficiente o la constitución de sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, según corresponda, con la cual se celebrará el contrato y cuyo objeto deberá comprender la ejecución de dicho contrato en los términos establecidos en esta ley”.

Respecto del "objeto", podemos señalar que debe ser comerciable, lícito, determinado o determinable, conforme a las normas establecidas en los artículos 1460 y siguientes del Código Civil. La ley no señala otros requisitos respecto al objeto, salvo al disponer que la Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación (art. 7º inc. final, LBCA).

Los contratos administrativos deben tener asimismo una "causa", la que debe ser real y lícita, conforme al artículo 1467 del Código Civil: "No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita"⁴⁹.

c) *Partes de la contratación.* Según la normativa vigente son:

i) *La Administración del Estado.* El concepto de Administración del Estado para la aplicación de la ley es aquel contenido en el artículo 1º LOCBGAE, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley⁵⁰. Este artículo de la LOCBGAE establece: "La Administración del Estado estará constituida por los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los gobiernos regionales, las municipalidades y las empresas públicas creadas por ley". Por ende, solo se excluirían los contratos que se celebren por las empresas públicas creadas por ley.

Esto significa que los organismos que la doctrina ha tipificado como organismos constitucionalmente autónomos, autonomías constitucionales, servicios públicos descentralizados, entre otras denominaciones, quedan sujetos a esta ley en el ámbito de su contratación. Es necesario recordar que estos entes tienen la particular característica de estar, según el artículo 21 LOCBGAE, excluidos de la aplicación de su título segundo, rigiéndose directamente por la CPR y sus propias leyes.

ii) *Los contratistas.* La contraparte de la Administración serán las personas naturales o jurídicas que con ella contraten. También se permite, desde 2015, la

⁴⁹ En el art. 1º LBCA podemos observar que, al definir su ámbito de aplicación, no se menciona nada con respecto a la finalidad que debe perseguir el contrato; simplemente, dispone que son aquellos a título oneroso para el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones. Sin embargo, en el Mensaje se señala, en repetidas ocasiones, que la finalidad de la contratación está constituida por los fines públicos.

⁵⁰ Art. 1º LBCA.

constitución de una *unión temporal de proveedores*, que es aquella asociación de personas naturales o jurídicas que, en caso de licitaciones, se presentan a una oferta, y en caso de trato directo, para la suscripción de un contrato⁵¹.

d) *Procedimientos de contratación*⁵². La LBCA reconoce las mismas formas de contratación que se contemplan en el artículo 9º LOCBGAE, que señala: “Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”.

Sobre el particular, el Mensaje de la LBCA señala que la regla general es la licitación pública, fundamentando esa decisión en los principios de publicidad y transparencia: “Dichos principios se traducen en que la Administración debe realizar procedimientos públicos e idóneos para seleccionar los contratantes”.

El artículo 9º RLBCA establece que la regla general para la celebración de contratos de servicios o suministro será la licitación pública, por lo que esta será la forma normal de contratación⁵³. Esto se ve complementado por lo dispuesto en su artículo 10 numeral 8 RLBCA, ya que se dice que procederá la licitación privada o el trato directo en todas aquellas compras que sean iguales o inferiores a 10 UTM. Por tanto, en todas aquellas contrataciones que superen el monto de 10 UTM, por regla general, se aplicará la licitación pública, y en aquellas iguales o inferiores a ese monto se procederá conforme al artículo 51 del reglamento; esto es, mediante trato directo efectuado por medio del sistema de información.

i) *La licitación pública*. Aspecto desarrollado exhaustivamente *supra*.

ii) *Licitación o propuesta privada*. Este procedimiento está definido en el artículo 7º letra b) LBPASCS de la siguiente manera: “Licitación o propuesta privada. El procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen

⁵¹ Art. 3º, num. 37 RLBCA. Reguladas en el art. 67 bis del mismo cuerpo normativo.

⁵² Además de los procedimientos descritos, el Capítulo III del RLBCA contempla, entre sus arts. 14 a 18, la figura de los Convenios Marco, que, al no ser propiamente un procedimiento, y por la extensión de esta obra, no ofreceré desarrollo alguno. En la especie, véase NICÓLAS (2015).

⁵³ Puntualiza no obstante el citado artículo que, “cuando no proceda la contratación a través del Convenio Marco, por regla general las entidades celebrarán sus contratos de suministro y/o servicios a través de una licitación pública [...]”.

propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente"⁵⁴. El reglamento regula esta forma de contratación en su capítulo V, artículos 44 y siguientes RLBCA.

En términos generales, procede por resolución fundada, ya que es un mecanismo de excepción, atendido que el reglamento señala que la regla general es la licitación pública. Corresponde entonces recurrir a ella solo en los casos contemplados en el artículos 8º LBCA y 10 RLBCA. Se debe dirigir la invitación al menos a tres posibles proveedores seleccionados por medio del sistema de información. A este procedimiento se aplican, en lo compatible, las normas de la licitación pública.

iii) *Trato o contratación directa.* Este procedimiento está definido de la siguiente manera en la LBPASCS: artículo 7º letra c): "Trato o contratación directa: el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento".

La contratación directa, obviamente, es procedente en aquellos contratos que por su envergadura no admiten las formas concursales, ya que estas encarecerían de tal manera el proceso, y subsecuentemente el precio de contratación, que harían imposible su realización. Como requisitos para este tipo de contratación, dispone la nueva ley que se requerirá un mínimo de tres cotizaciones previas (art. 8º LBCA), que su utilización debe ser por resolución fundada, la que debe ser publicada en el sistema de información y que solo procede en aquellos casos directamente establecidos en la LBCA y en el artículo 10 RLBCA.

¿Cuándo usar el trato directo? En las siguientes circunstancias:

1º) *Adquisición privada anterior sin oferentes:* estamos aquí en presencia de una adquisición que se hizo por licitación pública, pero en ella no se presentaron interesados, por lo cual debemos recurrir en segunda instancia a una licitación privada en la cual tampoco hubo ofertas. En este caso la opción para resolver la adquisición es el trato directo.

2º) *Remanente de una adquisición pública anterior:* se trata del caso en que debemos contratar para realizar, o finalizar, un contrato previo que se haya terminado anticipadamente por incumplimiento u otras causales. En este caso, el remanente del contrato anterior debe ser igual o menor a 1.000 UTM, para que se pueda celebrar este contrato por medio del trato directo.

3º) *Compras urgentes:* son casos de emergencias o imprevistos que nos obligan a realizar una adquisición que no estaba previamente planificada, y que

⁵⁴ Misma definición se contempla en el art. 2º num. 20 RLBPASCS.

viene a satisfacer una necesidad imperiosa e impostergable del servicio. Es fundamental que la calificación de urgente de una determinada adquisición sea realizada por resolución fundada del jefe superior de la entidad que contrata⁵⁵.

4º) *Proveedor único*: cuando solo existe un proveedor de un bien o servicio en el mercado, o bien el producto o servicio tiene características únicas, no tiene sentido realizar procesos competitivos de cotización. Debe tratarse de una situación objetiva, en la cual no existe otro proveedor que pueda brindar la prestación requerida.

5º) *Convenios de servicios con personas jurídicas extranjeras*: se trata de contratar empresas extranjeras para la prestación de servicios que deban ejecutarse fuera del territorio nacional.

6º) *Naturaleza de la contratación*: nos enfrentamos aquí a contrataciones que por su propia naturaleza hacen necesario recurrir al trato o contratación directa. Es decir, se trata de casos en que la lógica y el sentido común nos indican que el trato directo es el único mecanismo posible y resulta, por tanto, indispensable usarlo. Aquí encontramos varios criterios que debemos aplicar y que establece el artículo 10 numeral 7 RLBCA.

7º) *Contrataciones iguales o inferiores a 100 UTM*: a fin de hacer más expeditas las adquisiciones que sean iguales o menores a 100 UTM se ha contemplado un sistema de contratación que puede ser público (abierto a todos los proveedores) o bien privado (el proceso aquí se restringe a tres proveedores a los que podemos invitar selectivamente en casos excepcionales).

C) *Contrato de obra pública*⁵⁶

Es el más tradicional en la normativa chilena, y en su regulación se trasluce claramente el interés público, lo cual explica, por ejemplo, la protección que se le da al co-contratante, al ser este un colaborador de la actividad administrativa. Por ejemplo, el RCOP declara la inamovilidad del precio o valor convenido para los precios unitarios de las obras contratadas, señalando además las posibles bonificaciones o castigos que se otorgan al contratista en el caso de un aumento de jornales, materiales, gastos variables, derechos de aduana y leyes sociales.

a) *Fases de las obras públicas*. Estas tienen cuatro fases:

i) *Licitación, concurso*.

⁵⁵ Véase arts. 14 bis (para omitir el procedimiento de grandes compras en casos de emergencia, en el Convenio Marco) y art. 10, inc. 3º respecto a la licitación privada o el trato o contratación directa, ambos del RLBCA.

⁵⁶ Véase una descripción más amplia de este contrato, en capítulo que dedico en mi obra *Derecho administrativo económico. Sectores regulados, servicios públicos, territorio y recursos naturales*, al régimen jurídico de las obras públicas (2018).

ii) *Adjudicación y aprobación del contrato.* Resolución o decreto supremo que lo aprueba, y su toma de razón.

iii) *Ejecución de la obra pública respectiva.*

iv) *En su caso, explotación de la obra:* peajes, servicio público delegado por vía concesional.

b) *Regímenes jurídicos aplicables.* Existen dos regímenes jurídicos:

i) *El tradicional, regulado por el DFL 1.340.* Se trata de la construcción pura y simple de una obra pública, sin administración posterior, contemplando solo las tres fases anteriores.

ii) *Concesiones-contrato de infraestructura, reguladas por el Decreto Supremo 900,* que contempla las cuatro fases anteriores.

5. EL TRIBUNAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una vez revisadas someramente las características de la contratación administrativa y las etapas de los procedimientos licitatorios, corresponde el estudio de este tribunal y de la acción que se puede presentar ante él.

A) *Naturaleza jurídica del Tribunal de Contratación Pública*

Podrían caer dudas acerca de la legitimidad del TCP para ejercer las funciones propias de un órgano jurisdiccional clásico, dado que, como bien puede apreciarse, aquél no pertenece ni al poder legislativo, ni al poder judicial; únicamente depende administrativamente de la Dirección de Compras Públicas, ante lo cual sería interesante examinar qué argumentos jurídicos o fácticos pueden aportarse para dar soporte a la operatividad del mentado órgano.

a) *Evidencia empírica.* El principal argumento es la realidad, la cual resulta innegable: el Tribunal de Contratación Pública no solo es, sino que se comporta como un tribunal; el perjudicado que recurre a él, lo hace para que actúe como tal, y, además, respetan las partes en contienda sus decisiones; en fin, la institucionalidad lo reconoce como tal.

b) *Bases constitucionales.* El artículo 76 de la CPR dispone en su inciso 1º: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley". A continuación, el inciso 2º reza: "Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión". Por último, el inciso 3º dispone: "Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el poder judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública

o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine”.

De lo anterior se extrae lo que sigue:

i) Que la tarea jurisdiccional solo les corresponde a aquellos tribunales legalmente previstos.

ii) Que activado el mecanismo legalmente previsto por el cual deban entrar a conocer de una contienda de su especialidad, deben desplegar su actividad jurisdiccional.

iii) Por último, que si bien la norma fundamental dota de poder de ordenar ejecutar lo juzgado o de que se realicen actos de instrucción previstos por la ley a los tribunales ordinarios y especiales que integran el poder judicial; para el caso de los demás tribunales (esto es, el caso del TCP, por ejemplo), se hará en la forma que la ley determine.

c) *Atribuciones en el Código Orgánico de los Tribunales.* El artículo 5º inciso 4º de la ley 7.421, de 1943 (en adelante, Código Orgánico de los Tribunales) establece que los tribunales especiales —distintos a los que integra el poder judicial— se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales del Código Orgánico de Tribunales. En el artículo 5º inciso 1º del Código Orgánico de Tribunales se establece: “A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la constitución y las leyes”.

d) *Previsión en la LBCA.* Finalmente, el Capítulo V de la LBCA establece la previsión legal necesaria y regulación del TCP, resaltando los siguientes puntos:

i) Creación, composición, aspectos orgánicos y financieros⁵⁷.

ii) Establecimiento de la competencia, de los extremos tocantes a la acción de impugnación y procedimiento⁵⁸.

iii) Potestades del TCP en la dictación de la sentencia y recursos que proceden⁵⁹.

En definitiva, puede observarse que la legitimidad en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales del TCP proviene no solo de la norma constitucional más las legales que lo desarrollan, sino también de la realidad fáctica sobre la cual, los interesados, conociendo su existencia, y percibiendo al TCP como

⁵⁷ Arts. 22 y 23 de la LBCA.

⁵⁸ Arts. 24, 25 y 26 de la LBCA.

⁵⁹ Arts. 26 y 27 de la LBCA.

una solución ante vulneraciones de derechos acaecidas con ocasión de un procedimiento licitatorio, acaban acatando el producto de lo enjuiciado por el citado órgano jurisdiccional.

e) *Organización, funcionamiento, competencia y procedimiento del Tribunal de Contratación Pública.* El siguiente es un breve esquema de la regulación y procedimiento ante el TCP y de la acción que se puede presentar ante él:

i) *Aspectos generales de la organización, funcionamiento y competencia del tribunal.*

1º. *Organización y funcionamiento.* Están tratados en el capítulo V, artículos 22 y 23 de la LBCA más en el auto acordado que a continuación se dirá. En términos generales, podemos afirmar que el TCP, con asiento en Santiago, estará compuesto por tres abogados designados por el Presidente de la República, previa propuesta en ternas realizada por la Corte Suprema, las que se formarán a partir de una lista constituida mediante concurso público. Estos miembros elegirán un presidente, quien durará en su cargo por dos años. El TCP está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Su funcionamiento fue regulado mediante auto acordado de la Corte Suprema publicado el 30 de diciembre de 2003, posteriormente refundido, tras varias modificaciones a este, en virtud del auto acordado de la Corte Suprema, publicado el 22 de marzo de 2011; siendo este último sustituido por el auto acordado de la Corte Suprema de 14 de septiembre de 2018, que, entre otras cosas, adecuó el contenido del de 2011, a los cambios que experimentó el RLBCA, referentes —entre otras cosas— a una ampliación de sus sesiones de funcionamiento.

2º. *Competencia.* En cuanto a su competencia, el TCP conocerá de la acción de impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con órganos públicos regidos por la LBCA, estableciéndose un procedimiento especial para dichas acciones.

Conviene precisar desde ahora que su campo de conocimiento, se acota a la revisión de la legalidad del procedimiento de licitación y de adjudicación del contrato —ambos inclusive— (durante “los procedimientos administrativos de contratación”, dice la LBCA en su art. 24); quedando fuera del ámbito competencial los conflictos derivados de la ejecución del contrato respectivo, como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia.

Por otra parte, el referido órgano somete a su enjuiciamiento no solo los libelos que se vinculan a las contrataciones regidas por la LBCA, sino que, adicionalmente, se extiende a controversias promovidas a propósito de contratos que quedan excluidos conforme al artículo 3º, letra e) de la LBCA de su aplicación: “los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas”, sin embargo, a reglón seguido señala que “no obstante las exclusiones de

que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de la LBCA, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria". Esto implica que el Capítulo V de la LBCA, referido al "Tribunal de Contratación Pública", se aplica plenamente y que, tratándose del artículo 3º de la LBCA, las demás disposiciones de esta ley se aplican en forma supletoria, por lo que en el caso de no existir norma especial a propósito de estos contratos se aplicará supletoriamente lo dispuesto en la LBCA⁶⁰.

B) Procedimiento. Acción de impugnación

a) *Legitimación activa y plazo.* Esta acción puede ser presentada por toda persona natural o jurídica que tenga un interés actual comprometido en el proceso, dirigiéndose en contra de todo acto u omisión ilegal o arbitraria que se verifique entre la aprobación de las bases de la licitación y su adjudicación, en un plazo de diez días hábiles, contado desde el conocimiento o publicación del acto u omisión impugnada (art. 24 LBCA).

b) *Procedimiento.* El procedimiento de tramitación es regulado en el artículo 24 LBCA y siguientes. Y consiste en el siguiente: la demanda, que debe señalar los hechos que constituyen el acto u omisión, las normas legales o reglamentarias que impliquen su ilegalidad o arbitrariedad y peticiones concretas que se someten al conocimiento del TCP, se presenta directamente ante este o ante la gobernación o intendencia respectiva, que la enviará al TCP.

En caso que el tribunal advierta algún defecto en la demanda, puede declararla "inadmisible" y ordenar que se subsanen los defectos dentro del quinto día desde la notificación de la resolución; término este "inadmisible" tal vez poco acertado, por cuanto su significado evoca más bien a un efecto fatal en la tramitación de la demanda, que no suspensivo, como pretendiera expresar.

Continúa el artículo 25 LBCA: admitida a tramitación, se oficiará al ente recurrido para que informe, dentro del plazo de diez días hábiles desde la recepción del oficio, acerca de la materia impugnada. Una vez recibido el informe o transcurrido el plazo que tenía el organismo público para evacuarlo, el TCP puede recibir la causa a prueba fijando sus puntos; si estima que hay controversia sobre hechos sustanciales y pertinentes, por un término de diez días hábiles, pudiendo decretarse desde este momento medidas para mejor resolver, las que deben estar cumplidas antes del vencimiento del plazo para

⁶⁰ Como precisión, cabe establecer que para los referidos contratos—ejecución y concesión de obras públicas— también será aplicable directamente el inc. 6º del art. 16 de la LBCA, el cual establece que el cauce para reclamar contra la decisión de la DCCP de rechazar/aprobar las inscripciones en el registro de contratista, serán las reglas establecidas en el Capítulo V de la referida ley; es decir, por la acción de impugnación que conoce el TCP.

dictar sentencia. Todos los incidentes que se promuevan en el juicio no suspenden el curso de este y se substanciarán en ramo separado.

Agrega el artículo 26 LBCA que, vencido el período de prueba se citará a las partes a oír sentencia, naciendo con esta resolución el plazo de diez días que tiene el tribunal para dictar sentencia, la que debe ser notificada por cédula. En la sentencia el tribunal debe pronunciarse sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho.

Contra dicha resolución procederá recurso de reclamación en el solo efecto devolutivo, cuyo plazo de interposición para la parte agraviada es de cinco días hábiles desde la notificación de la sentencia, debiendo presentarse ante el TCP para ser conocido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la que lo conocerá en cuenta, salvo determinación o solicitud en contrario. Se agrega en forma extraordinaria a la tabla y no se puede suspender conforme a la causal establecida en el artículo 165 numeral 5 de la Ley 1.552, de 1902 (en adelante, Código de Procedimiento Civil), esto es, por solicitarlo de común acuerdo alguna de las partes o pedirlo sus procuradores o abogados. El recurso se debe fallar en el plazo de diez días hábiles siguientes a la vista de la causa o al acuerdo. Contra esa resolución no procederá recurso alguno.

c) *Causales de impugnación.* Se concretan en las siguientes:

Si observamos los distintos aspectos del procedimiento de contratación administrativa, en particular del proceso de licitación, vemos que existen varios casos que pueden dar origen a una reclamación ante el TCP. Por ejemplo, según se determina en el artículo 20 del RLBCA, las bases no pueden afectar la igualdad en el trato para todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias en relación con las características del bien o servicio objeto de la licitación.

El artículo 25 del RLBCA, por su parte, establece plazos mínimos entre el llamado y la apertura de las ofertas. Su no cumplimiento, al igual que el deber de considerar, en la redacción de las bases de licitación, el contenido mínimo del artículo 22 RLBCA, también sería objeto claro de impugnación por parte de los particulares participantes en la licitación. El artículo 27 del RLBCA se refiere a las aclaraciones, estableciendo la obligación de dar a conocer las preguntas efectuadas por los proveedores, a través del sistema de información, a disposición de todos los interesados en ella, a fin de que puedan elaborar sus ofertas en base a las nuevas instrucciones contenidas en las aclaraciones. En este sentido, lo que hemos señalado se conecta con la prohibición de que la entidad licitante tenga algún tipo de contacto con los oferentes distintos a estas solicitudes de aclaración, las excepciones de contacto previstas en el último inciso del artículo 27 RLBCA y los supuestos establecidos en el artículo 39 del mismo cuerpo reglamentario. Por tanto, cualquiera otra comunicación distinta de las referidas en este sentido podría ser constitutiva de un vicio impugnante ante el TCP.

Existe además la posibilidad de que el ente licitante decida efectuar la licitación en dos etapas; esto implica que primero se debe realizar una oferta técnica y luego analizarse las ofertas económicas de aquellos que hayan pasado la primera etapa; por lo tanto, la exclusión del oferente en relación a la ineficacia de su oferta técnica también puede ser objeto de impugnación.

Asimismo, para no caer en una enumeración de posibles vicios de procedimiento, puesto que estos pueden ser numerosos, señalamos algunos otros aspectos que pueden ser impugnados. Por ejemplo, cuando se establezcan mecanismos de preselección de las personas que puedan participar en una licitación y un posible oferente no sea preseleccionado, podrá reclamar en contra de este acto administrativo; de igual forma, cuando se acepte una oferta que no cumpla con los requisitos de las bases, cuando no se entregue garantía de seriedad de la oferta debiendo hacerse y se seleccione a ese oferente, cuando un documento de la licitación no sea público o gratuito, conforme establece el artículo 28 del RLBCA.

Para cerrar, a propósito de estos criterios, dispone el artículo 38 del RLBCA que las entidades licitantes podrán considerar la experiencia de los oferentes, la calidad técnica de los bienes, la asistencia técnica y soporte, entre otros elementos. Cada uno de ellos tendrá establecido un puntaje y ponderación según las respectivas bases, por lo que cualquier vulneración de estas ponderaciones implicará una acción u omisión arbitraria o ilegal.

6. CONCLUSIONES

1º La contratación pública, de creciente importancia con los años para la economía chilena, queda principalmente regulada en varios cuerpos normativos: para los contratos de prestación de servicios y adquisición y suministros de bienes, en la LBCA y en su Reglamento; para los contratos de obras públicas, en el Decreto 75 de 2004, no existiendo, entonces, una integración de la contratación pública en una única norma.

2º Desde el punto de vista doctrinario, entiendo que es útil dividir las dos fases que componen la contratación pública: por un lado, la relativa a la licitación (que se inicia con el llamado a los proveedores) y, por otro, la de contratación (tras el perfeccionamiento del contrato). Respecto de ambas fases es posible vislumbrar importantes conexiones sobre sus normas y principios.

3º La existencia de un sector estratégico para el crecimiento económico, requiere de un órgano administrativo que vele por su correcto funcionamiento (la Dirección de Compras y de Contratación Pública, como ente descentralizado y técnico), así como de un sistema de resolución de conflictos, el Tribunal de Contratación Pública; si bien este último únicamente conoce de las controversias suscitadas desde la aprobación de bases de licitación hasta la adjudicación del

contrato, relegándose a los tribunales de justicia ordinarios, el conocimiento de las fases relativas a la ejecución y terminación del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ARÓSTICA MALDONADO, IVÁN (2002): "Cómo y con quien contrata la Administración", texto incluido en la obra colectiva *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración por su 75° aniversario institucional)*.
- (2006): "Licitación pública: concepto, principios y tramitación", en *Revista Actualidad Jurídica, de la Universidad del Desarrollo*, año VII, núm 13, Santiago, Chile, Universidad de Desarrollo.
- CORDERO VEGA, LUIS (2015): *Lecciones de Derecho Administrativo*, Santiago, Editorial Thomson.
- DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA (2017): *Cuenta Pública Gestión 2017. Compras públicas, una herramienta para la eficiencia y probidad en el Estado* (Presentación, disponible en https://www.chilecompra.cl/wpcontent/uploads/2018/05/ChileCompraCuentaPublica_2017final.pdf
- NICÓLAS TURRYS, JENNY (2015): "Contratación administrativa a través de Convenios Marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica", en *Revista de Derecho Administrativo Económico* núm. 20 enero-junio, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- OCDE (2015): "Recomendación del Consejo sobre contratación pública", 18 de febrero de 2015. Disponible en <https://www.oecd.org/gov/ethics/OCDE-Recomendacion-sobre-Contratacion-Publica-ES.pdf>.
- (2017): *Contratación pública en Chile. Opciones de política para convenios marco eficientes e inclusivos*. Estudios de la OCDE sobre gobernanza pública, París, Éditions OCDE.
- SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE (1940): *La licitación pública*, Montevideo, Peña & Cía. Editores.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO (2018): *Derecho administrativo económico. Sectores regulados, servicios públicos, territorio y recursos naturales*, Santiago, Editorial Thomson-Reuters.
- (s/f): *Derecho administrativo general* (título provisional). Libro del autor en preparación.

Jurisprudencia administrativa citada

- Dictamen 22.804(1971): Contraloría General de la República, 8 de abril 1971.
- Dictamen 61.461 (1979): Contraloría General de la República, 10 de octubre 1979.
- Dictamen 46.981 (1980): Contraloría General de la República, 10 de diciembre 1980.

Dictamen 25.924 (1992): Contraloría General de la República, 22 de octubre 1992.
Dictamen 41.599 (1995): Contraloría General de la República, 26 de diciembre 1995.

Dictamen 8.478 (1998): Contraloría General de la República, 9 de marzo 1998.
Dictamen 14.564 (1998): Contraloría General de la República, 21 de abril 1998.
Dictamen 20.555 (1999): Contraloría General de la República, 8 de junio 1999.
Dictamen 36.368 (1999): Contraloría General de la República, 30 de septiembre 1999.

Dictamen 8.478 (2003): Contraloría General de la República, 5 de marzo 2003.
Dictamen 25.082 (2003): Contraloría General de la República, 17 de junio 2003.
Dictamen 42.006 (2005): Contraloría General de la República, 7 de septiembre 2005.
Dictamen 46.126 (2006): Contraloría General de la República, 29 de septiembre 2006.

Dictamen 246 (2018): Contraloría General de la República, 4 de enero 2018.

Jurisprudencia judicial citada

Caso Banco Continental (1972): Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 843-72.

Normativa citada

Constitución Política de la República de Chile de 1980. *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005 (CPR).

Ley 1.552, del Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial*, 30 de agosto 1902.

Ley 7.421, del Código Orgánico de los Tribunales. *Diario Oficial*, 9 de julio 1943.

Ley 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 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. *Diario Oficial*, 5 de diciembre de 1986.

Ley 19.542, moderniza el sector portuario estatal. *Diario Oficial*, 19 de diciembre 1997.

Ley 19.886, Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. *Diario Oficial* 30 julio 2003.

Decreto con Fuerza de Ley 1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la Ley 4.808, sobre Registro Civil; de la Ley 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos; de la Ley 16.618, ley de menores; de la Ley 14.908, sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones. *Diario Oficial*, 30 de mayo 2000.

- Decreto Supremo 495, del Ministerio de Justicia, aprueba el Reglamento sobre licitaciones y prestación de defensa penal pública. *Diario Oficial*, 19 de agosto 2002.
- Decreto Supremo 75, del Ministerio de Obras Públicas, deroga Decreto 15 de 1992, y sus modificaciones posteriores y aprueba reglamento para contratos de obras públicas. *Diario Oficial*, 1 de diciembre 2004.
- Decreto Supremo 236, aprueba bases generales reglamentarias de contratación de obras para los servicios de vivienda y urbanización. *Diario Oficial*, 1 de julio 2003.
- Decreto 250, del Ministerio de Hacienda, aprueba el reglamento de la Ley 19.886, de Bases de Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios. *Diario Oficial*, 24 de septiembre 2004.
- Decreto 1.879, del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulga la Convención Interamericana contra la Corrupción. *Diario Oficial*, 2 de febrero 1999.
- Auto Acordado de la Corte Suprema de 20 de octubre de 2003. Acta 81-2003. *Diario Oficial*, 30 de octubre 2003.
- Auto Acordado de la Corte Suprema de 11 de marzo de 2011 texto refundido, Acta 16-2011. *Diario Oficial*, 22 de marzo 2011.
- Auto Acordado de la Corte Suprema de 14 de septiembre de 2018, texto refundido sobre funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, Acta núm. 165-2018.