



UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA Y PROBIDAD
ADMINISTRATIVA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ESPECIALMENTE
EN LA LICITACIÓN PÚBLICA. REVISIÓN DOCTRINARIA Y
JURISPRUDENCIAL**

**POR
PRISCILA RIFFO GARCÍA**

**Tesis presentada a la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción para optar al grado
académico de Magíster en Derecho**

Profesor Guía: FRANCISCO SANTIBAÑEZ YAÑEZ

Junio 2019

Concepción – Chile



© 2019 **PRISCILA RIFFO GARCÍA**

Se autoriza la reproducción total o parcial, con fines académicos, por cualquier medio o procedimiento, incluyendo la cita bibliográfica del documento.



Dedicada a mi familia y por siempre incentivarme a la búsqueda y profundización de los conocimientos. Especialmente a mí amada hija Aurora, por ser el amor de mi vida.

Agradezco a mi madre Lucinda García y a mi gran amor David Salas Sandoval, por la ayuda infinita en esta tarea y su apoyo incondicional.

Agradezco a mi profesor guía Sr. Francisco Santibañez Yáñez y a mi estimado colega Sergio Arenas Benavides por toda la ayuda brindada en este proceso.

Que la luz del conocimiento iluminen los pasos de la abogacía.

TABLA DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	iii
ABREVIATURAS	viii
RESUMEN	x
INTRODUCCION	1
CAPÍTULO I. El principio de la Probidad Administrativa: contenido, alcances, elementos, características, su implicación en la contratación pública.....	9
I. Introducción.....	9
II. Concepto de Probidad.....	10
III. Probidad Administrativa.....	12
IV. Elementos Esenciales del Principio de Probidad.....	16
1.- Conducta funcionaria acorde a la exigencia legal	16
2.- Intachabilidad	17
3.- Desempeño honesto y leal	18
3.1.- Honestidad	18
3.2.- Lealtad	18
4.- Preeminencia del interés general sobre el particular	19
V. Características de la Probidad.....	20
1.- Principio normativo	20
2.- Ámbito de aplicación	21
VI. Deberes derivados del Principio de Probidad.....	22
1.- Deber de legalidad	22
2.- Desempeño personal del cargo	23
3.- Vida social acorde con el cargo	24
4.- Respeto a la dignidad funcionaria	25
5. Imparcialidad	26
6.- Servicialidad	28
7.- Resguardo de los bienes públicos	29
8.- Eficiencia y eficacia	30

9.- Control y denuncia de malas prácticas y actos ilegales	31
VII. Probidad y Transparencia.....	33
1.- Transparencia activa	34
2.- Transparencia pasiva	34
VIII. Probidad y Corrupción.....	35
IX. La implicación de la Probidad en la Contratación Pública.....	37
X. La probidad en relación con los principios de la Contratación y la Licitación.....	42

CAPÍTULO II. Regulación de la Contratación Administrativa y Licitación Pública en el Ley 19.886 y su Reglamento: principios, elementos y etapas.....

I. Introducción.....	45
II. Breve historia de Ley de Bases de Contratación Administrativa	46
III. Conceptos y principios.....	51
1.- Conceptos	51
2.- Elementos esenciales del contrato público	56
3.- Principios	58
3.1.- Mutabilidad del contrato	61
3.2.- Rol preponderante de la administración, las “facultades exorbitantes”	62
IV. ¿Qué relaciones contractuales regulan, que contratos se exceptúan y por qué?.....	65
1.- Regla general	65
2.- Contratos exceptuados	66
V. Formas principales de contratación.....	68
1.- Convenios marco	69
2.- Trato Directo	70
3.- Licitación Privada	71
VI. Licitación Pública.....	73
1.- Concepto y principios recogidos en la Ley de Bases de Contratación Administrativa	73
2.- Principios de la licitación pública	74
3.- Fases	77
3.1. Elaboración de Bases y Llamado a Propuestas ...	77
3.2. Recepción y apertura de ofertas	81

3.3. Evaluación de las propuestas	81
3.4. Adjudicación del proyecto	84
3.5. Firma del contrato propiamente tal	85
3.6. Ejecución de la obra o suministro	86
VII. Controles de Contratación.....	87
1.- Interno	88
2.- Externo	90
2.1.- Contraloría	90
2.2.- Fiscalía Nacional Económica	91
2.3.- Tribunal de Contratación Pública	92
2.4.- Otros tribunales	93
Diagnóstico previo	94
CAPÍTULO III. Análisis de los principales mecanismos de protección de la probidad en la licitación pública.....	100
I. Introducción.....	100
II. Fase de elección de licitación Pública como procedimiento de compras y elaboración de bases.....	101
III. Fase de contacto: Llamado a licitación pública y recepción de ofertas.....	116
IV. Fase de evaluación y adjudicación.....	130
1.- Problemas de la comisión evaluadora y Directiva N° 14 de la Dirección de Compras y Contratación Pública	131
2.- Secreto de las deliberaciones	133
3.- Foco de las evaluaciones	134
4.- Problema de la revisabilidad de la evaluación, posibilidad de responsabilidad civil	136
5.- El deber de abstención de los funcionarios	139
6.- Prohibición de contacto entre oferentes y funcionarios	143
7.- Problemas en la adjudicación	145
V. Fase de aceptación y firma del contrato.....	146
VI. Responsabilidad funcionaria, civil y penal por Infracciones a la probidad.....	147
1.- Responsabilidad funcionaria	148
2.- Responsabilidad civil	149

3.- Responsabilidad penal	154
a. Delitos del funcionario	155
b. Delitos del oferente	157
VII. A manera de conclusiones del capítulo	158

CAPÍTULO IV. Principales Prácticas Infractoras de Probidad en el procedimiento de licitación pública. Análisis y sistematización jurisprudencial.....

I. Introducción.....	162
II. Elaboración de bases.....	162
III. Ingreso y Calificación de los Oferentes.....	171
1.- Admisibilidad de candidatos	172
2.- Conformación de comisión evaluadora	179
IV. Evaluación y adjudicación de proyectos.....	189
1. Deber de abstención	193
2.- Prohibición de contacto entre oferentes y licitantes	197
3.- Adjudicación	201
V. Conclusiones del Capítulo.....	204

CONCLUSIONES	207
---------------------------	-----

GLOSARIO	215
-----------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	219
---------------------------	-----

ABREVIATURAS

Art., arts.	Artículo, artículos.
CC.	Código Civil.
C. de T.	Código del Trabajo.
Cons.	Considerando.
C. Pol.	Constitución Política.
C.G.R	Contraloría General de la República.
D.	Derecho.
DFL.	Decreto con Fuerza de Ley.
DL.	Decreto Ley.
D.O.	Diario Oficial.
DS.	Decreto Supremo.
Dirección de Compras	Dirección de Compras y Contratación pública.
Edic.	Edición
Edit.	Editorial
Inc. incs.	Inciso, incisos
LOC	Ley Orgánica Constitucional.



LBGA	Ley de Bases Generales de la Administración.
LBCA	Ley de Bases de Contratación Administrativa.
Nº, Nro., Nros.	Número, números.
Op. cit.	Obra citada.
P., pp.	Página, páginas.
R.A.E .	Real Academia Española.
Regl.	Reglamento.
Repert.	Repertorio.
Rev.	Revista.
Secc.	Sección.
Sent.	Sentencia.
Sgtes., ss.	Siguientes.
T.	Tomo.
Tít., títs.	Título, títulos.
U.F	Unidad de Fomento.
Univ.	Universidad.
U.T.M	Unidad Tributaria Mensual
V.	Ver o véase.
Vol.	Volumen.



RESUMEN

En esta tesis la autora nos quiere explicar la importancia del principio de probidad como regulador del proceso de contratación administrativa, especialmente en el caso de la licitación pública. Para ello, no solamente se adentra en el concepto mismo de probidad y su importancia para la regulación del proceso licitatorio, sino que además examina los diferentes aspectos del proceso regulado en la Ley de Bases de Contratación Administrativa. Se adentra principalmente en aquellas etapas del proceso licitatorio que están más entregadas al criterio o la discreción funcionaria, como la elaboración de bases o las deliberaciones de comisiones evaluativas. Todo ello, a su vez, complementado con lo resuelto por la jurisprudencia tanto de Contraloría como de los tribunales, a partir de reclamos hechos por servicios licitantes como por oferentes u otros entes, para averiguar qué línea y conceptos se han seguido.

INTRODUCCIÓN

Una preocupación que se ha mantenido presente a través tiempo para los administrados y el sistema jurídico es que los funcionarios públicos mantengan una conducta correcta en el cumplimiento de sus funciones y que por tanto den estricto cumplimiento al principio de probidad. Es por esto que el legislador ha reforzado este principio en distintos cuerpos normativos del Derecho público, elevándolo hasta el rango constitucional, estableciendo un elevado estándar de comportamiento para todas las autoridades y funcionarios que se desempeñan en la Administración del Estado, sin distinguir la naturaleza del vínculo contractual que mantengan con el este.

La Constitución Política establece en su artículo 38 que una Ley Orgánica Constitución determinará la organización básica de la Administración del Estado, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes. En cumplimiento de este mandato constitucional se publicó la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, la cual establece una serie de principios, a los cuales los empleados deben ceñirse en el desempeño de la función pública.

El 14 de diciembre del año 1999 se publicó en el diario oficial la Ley 19.653 “Sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado”, la cual introduce una serie de modificaciones a la ley 18.575. Específicamente modifica el artículo 52 de la ley 18.575 estableciendo que el “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”. Este cuerpo normativo, “persigue objetivos hermenéuticos y pedagógicos, en la medida que pretende inspirar la interpretación del resto del ordenamiento aplicable a la Administración, así como la actuación concreta de sus órganos. Por lo tanto, en caso de duda, el verdadero sentido y alcance de los pasajes oscuros de una norma administrativo deberá entenderse del modo que más conforme parezca al debido respeto del principio de probidad”¹. Es con la dictación de este cuerpo normativo que el concepto un tanto difuso comienza lentamente a tomar forma y a desarrollar un contenido propio.

La definición entregada por el legislador es amplia y de carácter genérico pues no establece un catálogo de situaciones que pueden ser considerar como infracción del principio que se analiza, puesto que resulta imposible describir todas las conductas que en la práctica pueden constituir su infracción. “Esta definición está compuesta por tres elementos, una “conducta funcionaria

¹ Barra, Nancy (2007) *Probidad Administrativa, Aproximación a la Ley 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa* (3° edición). Santiago: Legal Publishing, p. 29.

intachable y el desempeño honesto y leal”; el ámbito de aplicación de la normativa que, sobre probidad administrativa, contiene la ley 18.575, atendiendo que ya no sólo se alude a un cargo público sino también al desempeño de una “función”; y la posición preeminente del interés general sobre el particular”.²

Respecto de este último elemento, esto es el de hacer prevalecer el interés público sobre el privado, en la misma Ley 18.575 se consagra un mecanismo que asegure su cumplimiento en el ámbito de la contratación pública, al ordenarse en su artículo 9 que los contratos celebrados por la Administración deberán celebrarse previa licitación pública en conformidad a la ley.

En la perspectiva anterior, el año 2003 se publicó la Ley 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, la que se ha configurado como la ley general y supletoria aplicable a todo tipo de contratos administrativos. Pues bien, este cuerpo legal define a la Licitación Pública o abierta como un *“procedimiento administrativo de carácter concursado mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formule propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”* (artículo 7°, letra a).

El procedimiento administrativo de licitación pública está integrado por conjunto de actos y hechos administrativos en los cuales participan diversos funcionarios de la administración y particulares que pretenden que sus propuestas publicas sean aceptadas y lograr con esto la perfección de un

²Ibíd., p. 29.

contrato administrativo que traerá aparejados beneficios de carácter económicos para ellos. El procedimiento señalado se encuentra regulado por la ley 19.886, pero además por su reglamento y por las bases licitatorias confeccionadas para cada requerimiento.

Las bases cumplen un rol trascendental en los procesos de licitación, puesto que establecerán los “aspectos relevantes y las condiciones del proceso de compra, lo cual determinará la participación de los proveedores y la calidad de los productos ofrecidos”³. Estas generalmente son confeccionadas por funcionarios de las áreas de abastecimiento de cada una de las reparticiones de la Administración, los cuales pueden verse expuestos a las influencias de proveedores inescrupulosos que intentarán conocer toda información respecto a la propuesta, características del requerimiento y la forma como se evaluarán, lo cual les otorgará ventajas para la preparación de sus ofertas, haciéndolas más atractivas que las de los otros oferentes. Esto no solo infracciona el principio de probidad, sino que también el principio de igualdad de los oferentes.

Un punto sensible que encontramos en las bases de licitación pública son los criterios de evaluación, cuya importancia es trascendental “puesto que de su aplicación se obtendrá la oferta adjudicada. Ellos establecen una orientación a los proveedores respecto a las características del servicio que se pretende

³ Dirección de Compras y Contratación Pública (2011). *Guía Práctica N° 8, Licitación Pública-Privada* [en línea] : <http://www.textos Escolares.cl/usuarios/pcompras/File/2011/ACREDITACION/GulaPrActica8LicitacionPublicaPrivada.pdf> , p. 5

contratar”⁴. La interrogante que surge es si el principio de probidad efectivamente se encuentra resguardado, puesto que un funcionario podría efectivamente manejar dichos criterios para darle ventaja a un determinado proveedor.

La Ley 19.886 y su reglamento contemplan el principio de transparencia y publicidad, que va de la mano con el principio de probidad puesto que permite a los administrados y especialmente los proveedores tomar conocimiento del proceso de licitación que se llevará a cabo por una determinada entidad, para ejercer una especie de control del mismo. Las inhabilidades, el deber de abstención, y la prohibición de contacto que existe respecto de los funcionarios con los proveedores durante el proceso licitatorio son mecanismos que establece esta ley con la finalidad de resguardar el interés público a través del principio de probidad.

Esta investigación tiene como finalidad analizar los principales mecanismos o instrumentos previstos en la regulación de la Licitación Pública, establecida en la Ley 19.886 y en su reglamento, para garantizar la observancia del principio de probidad administrativa a la luz de la jurisprudencia administrativa, determinando aquellos puntos de principal tensión en cada una de las etapas del proceso licitatorio. Lo anterior permitirá, a su vez, identificar las etapas del proceso licitatorio donde el principio de probidad se encuentra más expuesto y vulnerable a ser infringido por los funcionarios que participan en él,

⁴ Dirección de Compras y Contratación Pública (2017). *Criterios de Evaluación* [en línea]: [http://capacitacion.chilecompra.cl/pluginfile.php/3288/mod_resource/content/2/Elaboracion de Criterios de Evaluacion en licitaciones del estado.pdf](http://capacitacion.chilecompra.cl/pluginfile.php/3288/mod_resource/content/2/Elaboracion_de_Criterios_de_Evaluacion_en_licitaciones_del_estado.pdf), p, 5.

sistematización que puede fijar las bases para un eventual perfeccionamiento normativo.

La hipótesis propuesta para esta investigación, y que se pretende acreditar como resultado principal, es que a pesar de la relevancia que tiene el principio constitucional de probidad en el ámbito de la actividad jurídica de la Administración del Estado, la aplicación práctica de los mecanismos previstos en las normas de la Ley 19.886 y su reglamento para la protección de dicho principio en el procedimiento de licitación pública permite identificar vacíos que debilitan su cabal respeto en cada una de las etapas del procedimiento administrativo de contratación.

Para los efectos propuestos, en el primer capítulo se efectuará una síntesis panorámica sobre el principio de la probidad administrativa, a objeto de fijar su contenido, alcance y características esenciales, abordando de manera específica sus proyecciones en el ámbito de la contratación pública, tanto desde el punto de vista normativo como jurisprudencial. En el capítulo segundo se abordará la licitación pública como mecanismo principal de contratación del Estado en nuestro país, sistematizando su estatuto jurídico contenido en la ley 19.886 y su Reglamento, identificando sus principios, elementos y etapas, lo que permitirá, conjuntamente con el capítulo anterior, establecer el marco de análisis general aplicable al objeto de estudio de la investigación.

Por ello, es en el tercer capítulo donde se aborda el objeto principal del trabajo, pues en él se efectúa un análisis de los principales instrumentos o

mecanismos que contempla la normativa general de la contratación administrativa para resguardar el principio de probidad en el procedimiento de licitación pública, abordando en particular las inhabilidades para contratar, el deber de abstención que pesa sobre los funcionarios y la prohibición de contacto entre dichos funcionarios y proveedores. En este capítulo se analizarán también las etapas del procedimiento de licitación desde la perspectiva de su vinculación con el principio de probidad, con el objeto de establecer cuáles son los momentos del *iter contractual* donde este se encuentra más expuesto a vulneraciones, fijando especialmente la atención en la etapa de fijación de los criterios de evaluación realizando un análisis crítico de su conformidad con la probidad.

En el capítulo cuarto se efectuará un estudio sistemático de la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría general de la República en los últimos años en relación a la probidad en los procedimientos de licitación, para lo cual se revisarán los dictámenes de los últimos 5 años que se encuentra disponible en la base de datos de acceso público, a objeto de fijar aquellas hipótesis de infracción al principio de probidad de mayor ocurrencia.

Finalizará la investigación con acápites de conclusiones, donde se sintetizarán las observaciones y alcances que surjan del análisis de las distintas fuentes utilizadas para el desarrollo de la investigación.

El método de esta investigación se desarrollará, respecto de los 2 primeros capítulos, a partir de un análisis descriptivo dogmático, a través de la

consulta de fuentes doctrinales (tanto nacionales como extranjeras) y de las fuentes normativas respecto del principio de probidad y del procedimiento de licitación pública.

En el capítulo III se efectuará un análisis explicativo de los principales mecanismos contemplados en la normativa chilena para resguardar el principio de probidad en la licitación pública, abordando el marco legal y reglamentario aplicable, como también las circulares y directrices emanadas de la Dirección de Compras y Contratación Pública, órgano al cual se le ha conferido por el legislador la facultad interpretativa en esta materia.

Por último, en el Capítulo IV se efectuará un análisis descriptivo y correlacional de la Jurisprudencia Administrativa emanada de la Contraloría General de la República en los últimos 5 años que permita proponer una sistematización de las principales hipótesis de infracción al principio de probidad en el procedimiento de licitación pública, evaluando con ello la efectividad de los mecanismos que lo resguardan, e identificando - a su vez- las etapas que presentan mayores grados de vulneración.

CAPÍTULO I
EL PRINCIPIO DE LA PROBIDAD ADMINISTRATIVA: CONTENIDO, ALCANCES,
ELEMENTOS, CARACTERÍSTICAS, SU IMPLICACIÓN EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA

I. INTRODUCCIÓN.

La administración del Estado se encuentra integrada por personas, los cuales representan el elemento humano de esta y cuya finalidad es desarrollar la función pública día tras día, generando con esto el funcionamiento y la prestación de servicios en cada uno de los organismos que la componen. Debemos señalar que la principal función de la administración del Estado es servir a cada uno de los administrados y poder lograr el tan preciado bien común de nuestra nación.

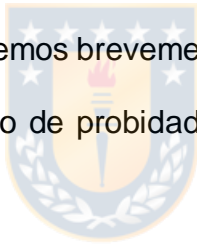
Las personas que desempeñan esta función, independiente del régimen jurídico que las vincule a ella, deben cumplir con ciertos estándares de comportamientos los cuales garantizan que ésta se desarrolle de la mejor manera posible, siempre teniendo en vista el interés de los administrados y su bienestar.

Es por este motivo que los administrados mantienen una preocupación constante de que los funcionarios que desempeñan esta función pública sean personas honorables e intachables que velen por los intereses colectivos por sobre sus intereses particulares. Es por lo anterior que nuestro legislador ha

tomados los resguardos necesarios para establecer estándares de comportamiento exigibles a las personas que desempeñan esta función y poder evitar conductas donde se manifiesten vicios o conductas inadecuadas, indebidas e ilegales.

Es por lo señalado que se les exige a los funcionarios el cumplimiento de ciertos principios que rigen la administración, puesto que su cumplimiento lleva a que la administración sea de calidad y de excelencia.

En este capítulo desarrollaremos el Principio de Probidad administrativa, su concepto, elementos, características, campo de aplicación entre otros. Junto con esto también desarrollaremos brevemente el concepto de corrupción, el cual altera la esencia del principio de probidad y su vinculación con el principio de transparencia.



Finamente, y como cuestión previa al capítulo siguiente, analizaremos brevemente la concurrencia del principio en la contratación pública.

II. CONCEPTO DE PROBIDAD.

El concepto probidad tiene su origen etimológico en la voz “Probitas”, cuyo significado es “Honradez”. La Real Academia de la Lengua define de la misma manera el concepto de probidad como “Honradez”, el cual significa “como rectitud de ánimo, integridad en el obrar”.

La palabra rectitud se define como “la cualidad de recto” o “cualidad de justo” e integridad como “Cualidad de integro”.

Las definiciones transcritas nos llevan a concluir que el concepto en estudio tiene un contenido altamente ético moral, que obliga a cada una de las personas actuar de acuerdo a ella, es decir de una manera recta, honrada, justa, intachable e íntegra para poder así lograr el tan preciado bien común que busca la sociedad y estado.

Una acepción restringida del término llevaría a limitarlo sólo a la conducta moral, haciéndolo sinónimo de honradez. Sin embargo, el concepto es más rico que aquello, por cuanto, además de lo moral, supone el cumplimiento cabal del comportamiento debido y justo, lo que en principio deriva del aspecto que el vocablo encierra.⁵

Este principio trasciende en el actuar de la persona en forma transversal y debe estar presente en todas las actuaciones que realice.

En el ámbito específico de la ciencia del derecho, este se encuentra presente tanto en la esfera pública como privada. En materia laboral este principio se encuentra en todas las relaciones regidas bajo el Código del Trabajo, es así como su infracción se encuentra como causal de despido imputable al trabajador. En la Administración pública se establece como uno de los principios básicos y esenciales en el desempeño y actuar de la función pública, a la cual deben ajustarse cada uno de los funcionarios y autoridades que desempeñan esta labor, sin importar el origen del vínculo jurídico que lo une a la administración

⁵ Reyes, Jorge (2013). *Introducción al Derecho Administrativo General*. Santiago: Legal Publishing Chile, pág. 157.

o la función que desempeñe, todo esto con la finalidad de poder llevar a cabo el correcto ejercicio de esta función.

En general podemos decir que la probidad, en términos generales, es la rectitud y moralidad a que tiene que ajustarse la conducta humana, que con lleva un comportamiento debido y justo.

III. PROBIDAD ADMINISTRATIVA.

La primera consagración del principio de probidad lo encontramos en el artículo 4° de nuestra Carta Constitucional, este precepto establece el papel instrumental del Estado, el cual debe estar al servicio de la persona humana y promover el bien común, fines que deben estar sustentado en el cumplimiento de los principios que conforman la base de la administración pública, y, entre los cuales encontramos el principio de probidad.

El principio de probidad se encuentra expresamente establecido en nuestra Constitución Política de la Republica y es así como el artículo 8 establece que “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.

El artículo 38 de la Constitución Política ordena a una “Ley Orgánica Constitucional que determine la organización básica de la Administración del Estado, garantice la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegure tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus

integrantes”. Es en virtud de este mandato se dictó la ley 18.575 “Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”, en la cual se destacan los principios que han de regir la administración pública: Responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, impulsión de oficio de procedimiento, impugnabilidad de los actos administrativos, control, probidad, transparencia y publicidad administrativa.

El 14 de diciembre del año 1999 se publicó la ley 19.653 “Sobre Probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado”, la cual introdujo una serie de modificaciones a la ley 18.575 entre las cuales encontramos la incorporación de un Título III “De la probidad Administrativa” estableciendo en el artículo 52 que “El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

En armonía con la norma señalada encontramos el artículo 12 del mismo cuerpo normativo el cual prescribe que los “Funcionarios de la administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa, y en particular, las normas generales y especiales que lo regulan”, en este mismo orden de ideas el artículo 15 señala que “el personal del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los derechos y deberes, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones”.

La probidad administrativa es un principio que se encuentra presente y que trasciende toda la administración del Estado, con independencia del vínculo jurídico que pueda unir al funcionario con la administración, porque se le aplica tanto a funcionarios en calidad de horarios, como al personal sujeto al código del trabajo, contrata y planta.

El profesor Enrique Silva Cimma, ha sostenido que “este principio rector constituye una base esencial para el correcto ejercicio de la función pública y por ello se proyecta al ejercicio de toda función pública con independencia del cuerpo de normas y especificidad de la ley estatutaria que regula a quien la desarrolla”.⁶

La Contraloría General de la República ha señalado que “A este respecto, resulta necesario recordar que el principio de probidad administrativa ha sido elevado a rango constitucional, el cual con anterioridad se encontraba consagrado en la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al disponer el artículo 8°, de la Constitución Política, que el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”.⁷

La definición de probidad administrativa señalada anteriormente es un concepto que tiene un alto contenido ético y moral. “En este sentido, es útil agregar que la probidad, en cuanto valor, corresponde a un orden superior que

⁶ Silva Cimma, Enrique (1994). *Derecho Administrativo y Comparado*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 122.

⁷ Dictamen N° 30161 de fecha 29 de junio de 2006.

la de la simple legalidad, esto es a la esfera de la ética, por lo que en la formulación de dicho concepto confluyen la moral y el derecho”.⁸

Lo anterior se refleja en los distintos deberes que debe cumplir el funcionario tales como comportarse con dignidad en el desempeño del cargo y llevar una vida privada y social acorde con la función pública desempeñada.

El principio en comento se encuentra unido de manera inexorable al principio de transparencia y publicidad, ya que este garantiza el libre acceso de la información fomentado de este modo la transparencia de las actividades y actos administrativos. La publicidad por su parte es el derecho que cada uno de los ciudadanos tiene para conocer, analizar y fiscalizar las actividades y actos de la administración, así esta garantía de control sobre las acciones del estado nos acerca más a la justicia y al desarrollo social y por lo tanto al fortalecimiento del Estado. En consecuencia, la podemos referir como aquello que nos permite apreciar en el orden político con nitidez lo que realiza el Estado.⁹

En la esfera pública, en consecuencia, la probidad impone una conducta moral y debida, esto es, un comportamiento que involucra también a la juridicidad, a la eficiencia, a la eficacia, a la subsidiariedad, a la racionalidad, a la publicidad y transparencia.¹⁰

⁸ Barra, op.cit., p. 30.

⁹ Villanueva, Ernesto (2002). *Derecho de acceso a la información pública estatal: una aproximación al estado de la cuestión en México*, México: Ed. UNAM-IIJ, pág.25-42.

¹⁰Ídem.

IV. ELEMENTOS ESENCIALES DEL PRINCIPIO DE PROBIDAD.

La probidad, en cuanto concepto jurídico ya no sólo como un mero principio, sino también como una norma positiva, es dotada por ésta de diversas características que, analizadas separadamente, constituyen deberes específicos de las instituciones y funcionarios públicos, y en conjunto conducen al cumplimiento efectivo de la institución en comento.

Estos elementos pueden desglosarse a partir de lo preceptuado en el art. 54 inc. 2º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración, y podemos señalar como los esenciales los siguientes:

1.- Conducta funcionaria acorde a la exigencia legal: Esto es una exigencia básica, habida cuenta del principio de legalidad establecido en los arts. 6 y 7 de nuestra Constitución. Implica un desempeño personal del funcionario en el ejercicio de sus funciones, tanto individualmente como en relación con los demás elementos (materiales o humanos) del servicio público.

Esto no es sino corolario del ya clásico principio de legalidad que rige a los órganos del Estado y consagrado constitucionalmente en sus arts. 6 y 7, y que tras la reforma constitucional del 2005 (que integró la probidad y transparencia al art. 8). Lo veremos con más detalle cuando veamos la relación de la probidad con otros principios, especialmente el de desempeño personal, imparcialidad y servicialidad.

2.- Intachabilidad: Esto es un concepto derivado “negativamente” del concepto de tacha, que según el diccionario oficial significa “Falta, nota o defecto que se halla en una cosa y la hace imperfecta”¹¹.

Este deber de intachabilidad puede entenderse en un sentido negativo, en cuanto prohíbe aquellos actos que ocasionen un resultado perjudicial hacia los administrados, en lo material o moral. Pero también puede entenderse en un sentido positivo, en cuanto obliga al ente o persona a disponer aquellos actos y materiales necesarios para demostrar la limpieza de las actuaciones que se ejercen.

Como lo señala el Tribunal Constitucional, en el fallo rol 1413, la intachabilidad implica, en nuestro ordenamiento, que la Constitución y las leyes no dejan espacios francos o libres, pues estatuye que en todas las actuaciones de los entes públicos debe regir este principio, incluso permitiendo, en casos calificados, la intervención privada en casos de evidente conflicto de interés.

Es decir, nuestro derecho administrativo exige un cumplimiento cabal, temprano en el tiempo y completo en el contenido, que no dé lugar a dudas de que la gestión administrativa irá en cumplimiento estricto de la necesidad pública a la que el servicio ha sido destinado por la ley¹².

¹¹“Tacha”. En: Real Academia Española (2014). Diccionario de la Lengua Española (en línea): <http://dle.rae.es>

¹²Bermúdez, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª edición), Santiago: Legal-Publishing., p. 390.

3.- Desempeño honesto y leal: Se refiere a dos deberes que debe cumplir el funcionario o autoridad en su ejercicio del cargo. Analicémoslos por separado, para luego arribar a una conclusión conjunta:

3.1.- Honestidad: Se relaciona, pues, con el ejercicio del cargo de manera clara y correcta. El concepto de honestidad, según el diccionario oficial, es “Cualidad de honesto”, y a su vez honesto se define como “Decente o decoroso. Razonable, justo. Probo, recto, honrado.”¹³

La honestidad, en cuanto exigencia de desempeño libre de vicios ocultos, es la razón para la relación entre probidad y transparencia. De hecho, puede concluirse que esta última es una manera de garantizar aquella al permitir el escrutinio ciudadano al actuar del funcionario público¹⁴.

3.2.- Lealtad: Esto en cuanto existe un vínculo entre el funcionario y el servicio a su cargo, vínculo que no es (sólo) de origen contractual, sino que legal. La ley establece derechos y deberes entre el funcionario y su repartición, generando una relación que debe mantenerse y ejercerse con la calidad, claridad y diligencia necesaria para tener un efecto beneficioso en el servicio y los servidos¹⁵.

Este principio se relaciona estrechamente con el que veremos más adelante, de preeminencia del bien común. Si bien el funcionario no desempeña

¹³ “Honestidad” y “Honesto, ta”. En: Real Academia Española, op.cit.

¹⁴Bermúdez, op.cit., p. 192.

¹⁵Bascuñán, citado por Laporte, Michelle (2009). *El principio de probidad y publicidad de los actos de la administración y su reconocimiento constitucional*. Memoria de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile, p. 20.

su trabajo gratuitamente, debe entenderse que el ejercicio en sí del cargo se está haciendo sin atender a la necesidad pública e incluso con sospecha.

En conclusión, honestidad y lealtad son parámetros para determinar el grado de compromiso que debe tener el funcionario para con el servicio al cual presta su labor, y para con la comunidad que se beneficia o afecta con el mismo servicio.

4.- Preeminencia del interés general sobre el particular:

Habitualmente, el funcionario, persona natural, ingresa al servicio público en virtud de una relación similar a la de un trabajador (salvo los casos en que efectivamente hay una relación laboral, cuando la ley lo permite en el sector público), ya que existe una relación de derechos y deberes entre el Estado y el funcionario. Éste tiene derechos y deberes recíprocos con aquél. Hay, entonces, una confluencia de diversos intereses que, si no se cruzan o son compatibles, no ameritan mayor discusión.

El problema, entonces, se presenta cuando hay un conflicto de intereses. Y es ahí donde la ley administrativa establece diversas reglas para hacer primar el interés general, señalando prohibiciones para acceder a cargos por existencia de relaciones incompatibles, deberes de actuación positiva o negativa ante la presencia del conflicto¹⁶.

¹⁶ Véase Barra, op.cit., pp. 58-59.

Esto viene ya implícito en el art. 1 constitucional, al señalar como el deber básico del Estado el de propender al bien común. Siendo la Administración Pública parte del Estado, encargada de ejecutar la ley, debe siempre obrar encaminada a cumplir este mandato, procurando siempre que sea ese el norte de todas sus actividades, sea en conjunto, por sus órganos o por quienes integran éstos.

V. CARACTERÍSTICAS DE LA PROBIDAD

La probidad, como principio, no es sólo una directriz de comportamiento de instituciones, autoridades y funcionarios, sino un verdadero complejo jurídico en sí mismo, que tienen como finalidad que el servicio público, y por cierto los funcionarios que lo conforman, ejerzan su labor con miras a ejercer un buen servicio a la sociedad, equilibrando la satisfacción de las necesidades públicas con el cumplimiento estricto de la ley.

1.- Principio normativo

Tras la reforma constitucional de 2005, que incorporó la probidad y transparencia como bases de la institucionalidad en el art. 8, se convirtió en un elemento fundante, ya no sólo de la Administración del Estado, sino de toda la institucionalidad democrática del país, como un principio garante del sistema democrático, involucrando a todas las instituciones públicas, como el Congreso, el Poder Judicial, los organismos autónomos, en fin, a toda la función pública institucional del país. Pero también involucra a los ciudadanos, no sólo en cuanto

destinatarios o beneficiarios de la actuación administrativa, sino también como ente vigilante, sea en forma directa a través de diversas herramientas jurídicas o en forma indirecta en cuanto ciudadanía opinante o electora de autoridades.

La constitucionalización del derecho responde al desarrollo de una mayor conciencia y cultura en torno a la fuerza normativa directa e inmediata de la Constitución, en desmedro de la visión delegatoria en la ley (que a veces no es del conocimiento general de la población como sí suele serlo la carta fundamental). El sistema jurídico se nutre, así, del aporte de las corrientes iusconstitucionalistas en las que destaca la primacía de los derechos fundamentales¹⁷. La probidad, entonces, se convierte en un nuevo derecho, o una reformulación de derechos clásicos de la sociedad y el individuo frente al Estado, en cuanto éste provee de servicios fundamentales para el desarrollo de la misma sociedad.

2.- Ámbito de aplicación

Así, la probidad abarca a toda la institucionalidad pública, y con ello a la Administración Pública, involucrando a las instituciones como a las personas que trabajan en ellas como autoridades o funcionarios. Especialmente, debemos atender a que la Administración tiene un lado “objetivo”, referido a sus elementos materiales –su patrimonio: inmuebles, vehículos, dinero, créditos- y un lado “subjetivo” –las personas que lo conforman: autoridades y funcionarios-, y si bien

¹⁷ Barra, op.cit.,pp. 10-11.

la obligación de probidad recae especialmente sobre el lado subjetivo, no cabe duda de que también involucra al lado objetivo en cuanto al uso de ese patrimonio única y exclusivamente a los fines propios de la Administración.

VI. DEBERES DERIVADOS DEL PRINCIPIO DE PROBIDAD

La probidad, como dijimos, es un complejo jurídico en que varios principios se relacionan con ella y ayudan a que se exprese en los actos. Vamos a analizar aquellos que se relacionan de mejor manera con esto:

1.- Deber de legalidad: La probidad, sobre todo tras las reformas a la Ley de Bases y la Constitución (ley 19.653), adquirió fuerza normativa, por lo que se constituye en parte del ordenamiento jurídico que los servicios públicos, y por tanto sus funcionarios, se hallan en el deber de cumplir y hacer cumplir. Podríamos reiterar, simplemente, lo estudiado respecto de los arts. 6 y 7 de nuestra Carta Fundamental, pero apelando al principio de conocimiento presunto de la ley, pero debemos señalar que, por formación o por selección, o por último por saberse dentro de una dinámica de funcionamiento, el funcionario conoce el derecho de mejor forma que el ciudadano común y por tanto tiene una exigencia mayor de cumplirlo que el ciudadano común.

Esta legalidad ligada a la probidad dice relación con un principio no regulado, pero considerado importante en el funcionamiento, cual es el principio de confianza legítima del ciudadano sobre la Administración, por el cual el ciudadano espera que la administración actúe de manera apegada al Derecho,

por lo que el funcionario se halla en el deber de responder a dicha confianza, básica para la mantención del orden institucional y, por ende, social¹⁸.

La probidad, entonces, es hacer del cumplimiento de la ley la característica esencial del ejercicio de las funciones administrativas, un comportamiento asumido. Al hacerse una obligación legal la probidad, y establecer normas específicas para su mejor cumplimiento, se resguarda la confianza ciudadana en la gestión de los servicios públicos y, con ello, la satisfacción de las necesidades a que están afectos.

2.- Desempeño personal del cargo: Esto podría subsumirse en la relación entre probidad y legalidad, por cuanto el funcionario o autoridad pública se hallan obligados a cumplir con estos deberes legales. Pero en este caso, se refiere a que el funcionario debe ejercer su labor de manera presente, sin intermediarios de ningún tipo que pudieran significar desvíos de funciones y falta de transparencia en la gestión.

La LOC de Bases en su art 62 N° 2, al establecer la prohibición usar las horas y lugar de trabajo para fines propios o distintos a los del servicio, tiene relación con este principio, al obligar al funcionario a encauzar su labor en lo exclusivamente relativo a su deber funcionario, evitando el uso indebido del mismo servicio para fines personales o no relativos. Así se cumple con la máxima de que al Estado se viene a “servir” y no a “servirse” de él.

¹⁸Diez Sastre, citado por Bermúdez, op.cit., p. 110.

3.- Vida social acorde con el cargo: Esto dice relación con que la autoridad o el funcionario no dejan de serlo por no estar trabajando en su labor, sino que mantienen un deber de demostrar a la ciudadanía, de manera permanente, que hay una preocupación por cumplir la ley y no burlar su cumplimiento aprovechando las horas no laborales haciendo negocios incompatibles con su cargo.

Como actualmente no existe una forma de vigilar las 24 horas del día la labor de estos funcionarios, la principal manera de comprobar que el funcionario ha cumplido con el principio de probidad está en la declaración de intereses y patrimonio, que se estableció en la LOC de Bases de la Administración por la ley 19.653 y se exige a diversas autoridades políticas y administrativas. Esto permite saber si el funcionario tiene alguna relación que pudiera afectar su imparcialidad en la toma de decisiones, así como observar su comportamiento económico con miras a advertir si sus ingresos como funcionario son acordes con aquél¹⁹.

Fuera de lo patrimonial, esta exigencia de vida social acorde al cargo se entrapa en una nebulosa donde los límites entre comportamientos debidos e indebidos no son tan claros y no es fácil determinar cuándo un comportamiento puede afectar o no la probidad. Hay aquí también un choque entre derechos, por un lado la necesidad de que los funcionarios se comporten en todo momento con probidad, y por el otro el derecho a la privacidad y honra que tienen todos los funcionarios en cuanto personas humanas, conforme al art. 19 N° 4

¹⁹Barría, op.cit., p. 169.

constitucional²⁰. En la doctrina se acepta que en casos calificados, cuando la conducta del funcionario o autoridad tenga ribetes de escándalo y grave amenaza a la dignidad y prestigio del servicio para el que trabaja, la Administración pueda tener alguna injerencia destinada a su control²¹.

En general, observando las normas sobre declaración de patrimonio e intereses, y los delitos castigados por el Código Penal y otras normas, se puede observar que el contenido de esta obligación tiende a cargarse, por un lado, hacia el lado “material” de la Administración (patrimonial) que hacia el no material, y que por otro lado, la responsabilidad aumenta conforme el cargo es de más alto rango. En conclusión, el fenómeno que se produce en este punto es que, a mayor autoridad o poder que tenga el funcionario, mayor es la exigencia de adecuación de comportamiento propio a exigencias de probidad, no sólo por razón de su investidura y posibilidad de influir en las decisiones del servicio respectivo sino también por las implicancias que pueda tener para la opinión pública y con ello la evaluación del respectivo servicio público.

4.- Respeto a la dignidad funcionaria: No es sólo el hacerse respetar como funcionario público, sino que con el comportamiento que tiene debe hacerse respetar, pues este comportamiento hablará por él, tanto a los usuarios

²⁰Covarrubias, Ignacio. “La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)”. En: Revista Ius et Praxis, Año 21, N° 1, 2015, pp. 243 y 259.

²¹Laporte, op.cit., p. 49

del servicio como a la opinión pública en general (y por su intermedio a autoridades controladoras o legisladoras).

Precedentemente hemos hablado de esto, a propósito de la vida social acorde al cargo y el principio de confianza legítima, ya que el obrar de los funcionarios y autoridades es, en buena medida, una forma de saber o al menos sospechar si su actitud ha sido proba o no.

En nuestra opinión, este respeto al funcionario lo consigue adoptando una aptitud ética que le permite desarrollar el contenido de la ética pública, comprendiendo su significado y alcance, valorando su necesidad y concluyendo en su aplicación activa y consciente. La posesión de esta aptitud ética por el agente público le permite lograr una idoneidad moral que constituye una garantía de un desempeño acorde a la probidad²².

5.- Imparcialidad: Más ligado a la legalidad y a la justicia, este principio implica que la administración o sus agentes actuarán ante una situación con criterios objetivos y análogos para situaciones similares, sin hacer distinciones que no sean justificadas. Se basa en el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 19 N° 4 de nuestra Constitución, que establece la prohibición de establecer diferencias arbitrarias, y más directamente, en lo relativo a la probidad, en el art. 55 de la LOC de Bases, que estatuye como

²² Bascuñán, citado por Ibid, p. 20.

elementos del llamado interés general “en lo razonable e imparcial de sus decisiones”.

La imparcialidad aplica sobre todo en los casos en que la Administración debe tomar una decisión, para lo cual debe atender a parámetros específicos, independientes de la relación que pueda tener alguna autoridad o funcionario con quienes puedan verse afectados por esa decisión, y aun a no intervenir cuando esa relación claramente afecte la capacidad de decisión y amenace con resultados desfavorables para el interés estatal²³.

Esto se resguarda mediante aquellos deberes que la ley establece, como la abstención de intervenir que tienen los funcionarios o autoridades en caso de tener interés en el caso o tenerlo ciertos familiares suyos esto no es sino una forma también de proteger la garantía de igualdad ante la ley consagrada en nuestra Carta Fundamental (19 N° 2) y en la normativa administrativa (numeral 6 del art. 64 de la LOC de Bases).

Otra forma de resguardar la imparcialidad es la declaración de intereses, que permite transparentar las relaciones sociales, familiares, económicas, de un funcionario, identificando los posibles casos de riesgo, para que a futuro se sepa cuándo debiera, por ejemplo, abstenerse²⁴. También, en los arts. 54 y ss., de la LOC de Bases con las normas de ingreso para los funcionarios administrativos,

²³Bermúdez, op.cit., p. 392.

²⁴Laporte, op.cit., p. 59.

como una forma de prevención ex ante de conflictos de intereses dentro de las instituciones.

6.- Servicialidad: La probidad, como hemos visto, es una manera de velar por que la función administrativa se ejerza de manera de que se haga no sólo de manera legal, sino con el fin que debe tener un servicio público, que es el de satisfacer las necesidades que tiene la población administrada.

La idea de servicio como fundamento constitucional de la Administración pública se puede hallar a primeramente en el art. 1, inc. 4° y 5°, que establecen el deber general del Estado de estar al servicio de la persona humana y promover el bien común, y las obligaciones esenciales de facilitar la participación de la sociedad en esa tarea. Esto se traduce en que el Estado es (y está como) un servicio a la sociedad, no sólo en lo formal sino en procurar servicios de calidad, todo ello en el marco de un mejor ejercicio de los derechos fundamentales de la ciudadanía. La servicialidad implica, entonces, que los agentes institucionales y personales asuman el protagonismo de sentirse responsables en función de la posición que ocupa en el engranaje administrativo de sacar adelante intereses colectivos²⁵.

Ya que el art. 52 inc. 2o de la LOC de Bases señala que debe primar en la actividad del funcionario público (y en general de la Administración) el interés general de los administrados por sobre el interés particular que pueda tener este

²⁵Barría, op.cit, p. 13.

funcionario, es de entender, entonces, que la orientación del trabajo del funcionario debe tener como meta el brindar el servicio que espera la ciudadanía y el país en general. Los funcionarios siempre deben tener en vista el objetivo y fin de la administración pública, el cual debe primar siempre por sobre su interés.

7.- Resguardo de los bienes públicos: Los bienes y recursos que conforman el patrimonio estatal deben siempre estar destinado para los usos y fines establecidos en la normativa y no para otros distintos, ni muchos menos para interés particulares. El resguardo de estos debe ser prioridad puesto dentro de la administración, puesto que su pérdida o deterioro o su mal uso traen aparejado el menoscabo del patrimonio fiscal. Es más el artículo 68 de la Ley N° 10.336 “Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República” establece que “Todo funcionario que tenga a su cargo la recaudación, administración o custodia de fondos o bienes del Estado, de cualquiera naturaleza, deberá rendir caución para asegurar el correcto cumplimiento de sus deberes y obligaciones”. Esta norma refleja la importancia de ellos para la administración.

Este principio es un tema transcendental en materia de contratación pública, ya que el patrimonio del estado y sus organismos se ve en juego, tanto al momento de contratar el servicio o adquirir bienes, como en el evento de tener que recibir los frutos de esa inversión.

Este resguardo tiene mucho que ver con la eficiencia y eficacia del uso de los recursos, puesto que se debe usar la menor cantidad posible de éstos en la

respectiva actividad, evitando el gasto innecesario o la reiteración injustificada de pasos, para lograr el mayor y mejor resultado posible para el interés público.

Es en este resguardo patrimonial en que se funda la existencia de los presupuestos públicos, así como las facultades de revisión contable que cuentan organismos como la Contraloría, la que tiene el control contable y legal de la Administración por mandato constitucional.

A nivel de funcionarios, ya hemos visto la declaración de intereses como una forma de controlar la imparcialidad, pero también, mediante su actualización, sirve para vigilar que los funcionarios no estén usando bienes fiscales desviados de un fin público para fines particulares.

8.- Eficiencia y eficacia: La relación entre la probidad y estos principios se funda en que el desarrollo de la función administrativa no debe ser sólo legalmente correcta y sin irregularidades, sino también que debe ser eficaz y eficiente para la satisfacción de las necesidades por parte del respectivo servicio y con ello alcanzar el bien común²⁶.

Una mala utilización de esos recursos, sea por su no uso, uso tardío, incompleto, o su desviación o utilización distintas de los fines propios, es una afectación negativa al interés general, directo o indirecto, y con ello una infracción al principio.

²⁶ Barría, op.cit., p. 80.

Recordemos lo ya dicho, a propósito del resguardo de los bienes públicos como elemento configurador de la probidad administrativa. Pero también debemos incluirlo en la gestión personal del funcionario o autoridad, que debe cumplirse con prontitud (en el menor tiempo posible), actitud (con decisión consciente de lograr el resultado) y completud (haciendo la mayor acción posible con el mayor resultado posible).

En la contratación administrativa, como veremos, uno de los elementos que deben tener en cuenta los entes participantes para aprobar una oferta es que el producto o servicio contratado satisfaga la necesidad pública con el menor costo posible en la gestión y en los gastos asociados y el mayor beneficio tanto fiscal como social obtenido ya sea por la obra o servicio contratado.

Tal es la relación entre probidad y eficiencia/eficacia que la LOC de Bases establece en su art. 64 N° 8 que es una falta grave a la probidad “Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, con grave entorpecimiento del servicio o del ejercicio de los derechos ciudadanos ante la Administración”, lo que demuestra que esto va dirigido a la satisfacción del interés social.

9.- Control y denuncia de malas prácticas y actos ilegales: Al ser la probidad una forma “reforzada” de cumplimiento de la ley, existe no sólo un deber de cumplimiento, sino también de control, tanto interno como externo, a fin de limpiar al sistema de aquellos malos elementos que pudieran menoscabar el orden institucional.

La vigilancia como ya se señaló puede ser interna, dentro del organismo, por medio de los controles que existan en su seno. Asimismo, conforme estipula la ley 20.205, nace para los funcionarios públicos un deber de denunciar los hechos que pudieran ser constitutivos de delito o de infracción al principio de probidad, estableciendo este deber en el Estatuto Administrativo, y protegiendo a los denunciados de posibles represalias.

Pero también hay una vigilancia externa, que corre por dos carriles: un carril institucional, compuesto por las instituciones dedicadas a ello –como la Contraloría- y un carril no institucional, el de la vigilancia ciudadana, la cual justifica la existencia de la transparencia como un “hermano gemelo” de la probidad²⁷.

Analizando la serie de prohibiciones que se establecen en el 62 de la LOC de Bases, en cuanto a quienes pueden postular a determinados servicios públicos en razón de sus relaciones familiares, económicas o profesionales, pueden considerarse, básicamente, como una forma de mantener la imparcialidad del funcionario frente a los administrados y, con ello, proteger la probidad del servicio. Estas prohibiciones actúan como una presunción de derecho de falta de probidad cuando suceden en la realidad, ya que no se

²⁷Véase al respecto Ferrada, Juan Carlos (2000). “El Principio del control de la Administración en la Administración del Estado. El principio del control en la década 1990-2000”. En: Universidad de Chile, Facultad de Derecho (compilador). *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur, pp. 593-634.

permite probar que quien ejerce el cargo público con tal inhabilidad se encuentra de buena fe²⁸.

Este control de probidad es uno de los motivos para la íntima relación entre Probidad y Transparencia que analizaremos a continuación.

VII. PROBIDAD Y TRANSPARENCIA

El Art. 8 de la Constitución, introducido con la reforma constitucional de 2005, incorpora a la transparencia junto con la probidad como bases de la institucionalidad del Estado. Debido a esta regulación conjunta, y al hecho de que el precepto en cuestión es más desarrollado en cuanto a la transparencia y publicidad de los actos públicos, es que pudiera darse a entender que probidad y transparencia son lo mismo. Sin embargo, es claro que son cosas distintas, desde ya porque la definición de probidad del art. 52 de la LOC de Bases indica que ante todo la probidad es una norma de comportamiento, tanto de las instituciones como de las personas (funcionarios), mientras que la transparencia es más bien una consecuencia técnica, derivada del derecho de los ciudadanos a conocer el actuar de sus instituciones, que a la larga no es sino una forma de proteger los derechos fundamentales ante el actuar del Estado²⁹.

En todo caso, la transparencia está muy ligada al concepto de probidad, toda vez que como se ha dicho, la transparencia permite la vigilancia y control,

²⁸Laporte, op.cit., p. 64-65.

²⁹ Fernández, Miguel Ángel. "El Principio de Publicidad Administrativa". En: Universidad de Chile, op.cit., p. 730.

tanto institucional como de parte de la ciudadanía, de los actos de la Administración, y con ello de la buena gestión del Estado en la satisfacción de las necesidades públicas³⁰.

Nuestra Constitución establece la transparencia como principio general de las actuaciones del Estado (y por tanto de la Administración), señalando que sólo por medio de ley de cuórum calificado puede establecerse secreto sobre ciertos asuntos, que debe estar basado en cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional (art. 8 inc. final), como vemos esto obedece a razones superiores y de último fin.

La ley que rige en forma detallada este aspecto es la 20.285, que crea el Consejo para la Transparencia como órgano controlador, y establece dos tipos de transparencia a que deben sujetarse los organismos del Estado:

1.- Transparencia activa: Se trata del deber de poner a disposición de la ciudadanía, en forma física o electrónica, una serie de antecedentes que permiten controlar externamente ciertos elementos necesarios para el correcto funcionamiento de la institución (art. 7 a 9).

2.- Transparencia pasiva: Se traduce en la posibilidad del ciudadano común de acceder a información del respectivo servicio. La ley (arts. 10 y

³⁰ Véase al respecto Bermúdez, Jorge, y Mirosevic, Camilo. "El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público". En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI (Valparaíso, Chile, 2o Semestre de 2008), p. 466.

siguientes) establece que esta solicitud debe ser resuelta en el plazo de 20 días por el respectivo servicio (prorrogables por otros 10 días por causa justificada), y si la respuesta no es satisfactoria para el consultante, éste puede reclamar ante el Consejo de la Transparencia antes de 15 días desde la respuesta del servicio. El Consejo, previo traslado por diez días al servicio respectivo, debe resolver en el plazo de cinco días. De la decisión del Consejo puede reclamarse de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones del domicilio del reclamante.

VIII. PROBIDAD Y CORRUPCIÓN

La probidad, en cuanto principio, busca entre sus fines proteger al Estado del uso irregular de sus bienes y servicios, evitando que estos sean usados para fines que no sean aquellos que las normas señalan o los propios del servicio, especialmente cuando se subvierte el orden natural de preferencia del interés general sobre el particular, haciendo actos que finalmente favorecen a este último en desmedro del primero. Así, el principal fenómeno a combatir es el de la corrupción política, o en este caso, político-administrativa.

Doctrinariamente hablando, la corrupción en materia político-administrativa se define como **“la utilización de potestades públicas para el interés privado cuando éste difiere del general a que toda actuación pública se debe por mandato del precepto constitucional mencionado”**³¹. Esto

³¹Sabán, Alfonso (1993). *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Editorial Civitas S.A., p. 13.

significa que habrá corrupción cuando se mal utilice el recurso público, material o personal, y se desvíe de su fin legalmente establecido, con perjuicio para la fe pública y (o al menos el riesgo). Conforme señaló la Comisión Nacional de Ética, hay corrupción cuando un agente público, en el ejercicio de las funciones que le atribuye la legislación vigente, y a través de las mismas, consigue un beneficio privado (que puede ser monetario o de otra naturaleza). No obstante, también los agentes privados pueden ser sujetos de corrupción, pero sólo en su faz activa, como veremos.

La corrupción puede ser activa o pasiva. Será activa en cuanto el agente, público o privado, incita al funcionario o servicio a cometer el acto contrario a la probidad, y será pasiva, cuando el funcionario (nunca el agente privado) se deja seducir y termina cometiendo el ilícito³². Asimismo, la corrupción puede darse a nivel individual, esto es, la infracción a la probidad de un funcionario en particular, o institucional, cuando es un servicio, o una parte de él, quien ejecuta los actos contrarios a la probidad, sin que pueda atribuirse a un sujeto específico solamente³³.

Nuestro derecho, a la hora de regular la probidad, no ha hecho una regulación expresa del tema de la corrupción, sino que más bien se ha decantado por definirla negativamente a partir de los casos en que se falta al principio de

³²Escriche, citado por Rodríguez Collao, Luis. "Delimitación del concepto penal de corrupción". En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXV (2004), p. 342.

³³Rodríguez Collao, op.cit., pp. 351-352.

probidad (en extenso, el art. 62 de la LOC de Bases ya reseñado a lo largo del capítulo). Pero no necesariamente corrupción es un antónimo de probidad, ya que las infracciones a ésta pueden ser culposas o debidas a otras causas. Una definición más clara de actos de corrupción puede, primero, hallarse en los instrumentos internacionales, como la Convención Interamericana contra la Corrupción (conductas se encuentran establecidas en los artículos VI, XI - descripción de actos de corrupción-, VIII -Soborno Internacional- y IX - Enriquecimiento Ilícito-) o la Convención de Naciones Unidas sobre el tema; y segundo, en los delitos introducidos en el Código Penal, como el soborno activo, soborno pasivo y transnacional, el enriquecimiento ilícito, uso indebido de información reservada o de bienes del Estado, y el tráfico de influencias³⁴. En general, se acepta que el funcionario público, tanto por la calidad de su cargo y su influencia sobre la gestión y recursos públicos como por su mayor conocimiento de la ley, está sujeto a mayor sanción que el agente privado en cuanto a la sanción por actos de corrupción³⁵.

IX. LA IMPLICACIÓN DE LA PROBIDAD EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La probidad más que un principio, debiera ser considerado un metaprincipio, que rige en toda la Administración del Estado, y obliga a todos los

³⁴ Véase Laporte, op.cit., pp. 28-31.

³⁵ Rodríguez Collao, op.cit., p. 348.

organismos, autoridades y funcionarios a su cumplimiento, y en este sentido la contratación pública no podía ser una excepción.

De hecho, su aplicación aquí es sin duda esencial, puesto que involucra los dos aspectos que configuran el funcionamiento de la administración, el objetivo (patrimonio) y el subjetivo (funcionarios), quizás en su mayor expresión por ser el primero –la adquisición, uso y disposición de los recursos públicos al contratar- el que es manejado por el segundo. Tal involucramiento de la Administración implica, por tanto, una mayor preocupación de que el obrar del ente público no sólo sea legal en lo formal, sino también en lo sustancial.

Como principio, debemos señalar la implicancia que tiene probidad en la contratación administrativa, la cual se fundamenta en velar por el bien común, satisfaciendo mediante sus distintos mecanismos las necesidades de los administrados. El Estado en este caso no es sino un “mandatario” del verdadero “cliente” que adquiere el producto o servicio licitado, que es la comunidad de personas, sea local, regional, nacional, que va a hacer uso de los mismos, sea directamente por la población (como caminos, hospitales, escuelas, parques, etc.) o indirectamente, mediante el servicio que la institución correspondiente dará a la ciudadanía, para lo cual requiere de recursos materiales para su mejor trabajo³⁶. Esto quiere decir, que debe siempre preferirse el beneficio social y general como premisa a la hora de realizar contratación a favor del Estado, y

³⁶Bermúdez, op.cit, pp. 235-236.

para ello hay que vigilar y controlar que en este proceso nadie se beneficie indebidamente a costa de la necesidad pública existente.

Por lo demás, el concepto de “servicio público” definido en el art. 28 de la LOC de Bases apela a su finalidad social de satisfacer necesidades de la comunidad, esto es, el foco debe ponerse en la necesidad colectiva a satisfacer por el respectivo servicio, necesidad que por el número de beneficiarios e interés público se impone a la necesidad particular de quien no tuviera un beneficio sino indirecto del mismo, como sería el contratista o tercero que presta el servicio licitado³⁷.

El Estado es garante de lo anterior, por tanto debe velar por una contratación prístina en la que predomine la evaluación basada en criterios objetivos, conocidos no sólo por los participantes, sino también por la población en general y en especial por la que se verá directamente beneficiada en su caso; en que el proceso pueda ser seguido con seguridad en todas sus etapas, sabiéndose de antemano la exigencia de cada etapa y el modo en que deben actuar tanto oferentes como evaluadores, para evitar trampas o malos entendidos que pudieran indicar favoritismos o exclusiones no permitidas; que quien se adjudique el proceso concursal respectivo –o el trato directo cuando sea permitido- sea un participante que haya demostrado no sólo ser la mejor alternativa para el servicio público, sino en general para la ciudadanía administrada.

³⁷Ibíd., p. 299.

Recordemos, además, que uno de los elementos asociados a la probidad es el resguardo del patrimonio público, en el cual la contratación pública no es sino una forma de disposición del mismo, y es necesario que esos recursos públicos sean bien utilizados, para cumplir con el propósito de que se satisfaga la necesidad pública con eficiencia en el uso de los recursos y eficacia en cuanto a conseguir el mayor número de ventajas y beneficios sociales posible con el menor costo para el erario público³⁸.

Entonces, hay que regular el proceso a fin de satisfacer ese interés colectivo cubierto mediante la contratación, previniendo los favoritismos indebidos que permitan a una propuesta ganar aunque no sea la mejor para el interés, o excluir indebidamente la propuesta que justamente podía ser mejor, o se hagan diferencias arbitrarias entre participantes (o sea, no atienda a parámetros objetivos definidos y conocidos previamente).

La regulación de la contratación administrativa, en cuanto a probidad, no se agota solamente con el tema de definir de manera clara los criterios objetivos con que trabajará el ente seleccionador, sino que además debe tener un control del proceso a fin de protegerlo y demostrar la probidad en él. Este control se da tanto interna como externamente. En cuanto al control interno, podemos señalar que el mismo procedimiento de contratación se erige como control, al establecer etapas conocidas, con reglas y plazos previamente establecidos en sus bases, con los funcionarios que deben intervenir en la evaluación y posterior decisión,

³⁸Aróstica, citado por Barría, op.cit., p. 103.

que deben ser conocidos y nombrados de antemano. También hay un deber de autocontrol del servicio a cargo, por medio de sus departamentos jurídicos o fiscalías.

En cuanto al control externo la gran instancia dedicada al mismo es la Contraloría General de la República, por medio de su control jurídico (dictámenes) y contable, o por los requerimientos que se le puedan hacer³⁹, e incluso en casos graves la Cámara de Diputados a través de sus comisiones investigadoras. Asimismo, en el caso específico de la contratación pública, este control externo se halla entregado a un órgano jurisdiccional, el Tribunal de Contratación Pública, que actúa en casos de discrepancias entre contratistas y el Estado, que si bien no revisa directamente casos de probidad, sí pueden derivarse de los conflictos sometidos a su conocimiento.

En fin, la probidad se instala como regla básica y esencial en la contratación administrativa para proteger la confianza de la ciudadanía de que los recursos del estado van a ser usados para servir a ellos como conjunto o comunidad y no para servir a unos cuantos⁴⁰.

³⁹Reyes, Jorge. "Probidad y corrupción". En: Revista de Derecho, Vol. VI, diciembre 1995, p. 88.

⁴⁰Bermúdez, op.cit., pp. 112-113.

X. LA PROBIDAD EN RELACIÓN CON LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN Y LA LICITACIÓN

La contratación administrativa en cuanto proceso administrativo y como institución, se encuentra configurada por una serie de principios que se contienen en las normas que la regulan y en las normas generales aplicables supletoriamente. En este aspecto, varios de estos principios pueden pensarse como un resguardo de la probidad de participantes y evaluadores en el proceso.

Quizás el principio de la contratación administrativa que más define a este instituto es el de la desigualdad contractual, entendida como la preeminencia de la administración en cuanto a la configuración del contenido del contrato y al control sobre el administrado. Esto se puede enlazar con la probidad porque la prerrogativa del Estado está entendida en el sentido de que la administración no está satisfaciendo un interés propio de ella, sino el general de los ciudadanos usuarios del servicio, teniendo el Estado no sólo el derecho sino el deber de vigilar a la contraparte⁴¹.

Otro principio que puede ayudar a entender la introducción de la probidad en la contratación administrativa es el principio de la “ley del contrato”, que en este caso, como veremos, incluye las bases administrativas tanto especiales como generales como parte de su contenido. El hecho de que se tenga que dar publicidad a estas bases es una forma de saber qué se hará, cuánto será el costo

⁴¹Ibíd, p. 248.

en recursos y tiempo, y así controlar el progreso de la obra o servicio, vigilando la eficiencia y eficacia en el uso de recursos públicos.

De entre los varios medios para tramitar la contratación administrativa, la licitación, pública o privada, aparece como el medio más seguro, siendo la primera de mayor preferencia que la segunda (al punto de ser la regla general y supletoria), ya que la exigencia legal de publicidad del proceso y la existencia de bases lo hace más seguro para vigilar la probidad de los funcionarios y oferentes participantes del proceso⁴². Así, la licitación privada y el trato directo son modalidades que, por su menor posibilidad de vigilancia, deben usarse de forma restrictiva y justificada⁴³.

Ahora bien, en base a los principios generales de la contratación y los específicos de la licitación, uno debe observar en qué partes es más factible hacer cumplir el principio de probidad.

El principio de entrada al proceso licitatorio es el de la libre concurrencia e igualdad de los oferentes. Por un lado, la competencia debe erigirse como un elemento que dé limpieza al proceso, para lo cual deben generarse las condiciones para que todos quienes tengan interés y puedan ofrecer el bien o servicio requerido puedan participar sin restricciones que no sean objetivas al proceso ni distinciones arbitrarias. Las excepciones a la concurrencia pueden considerarse basadas justamente en proteger la probidad, como por ejemplo los

⁴²Barra, op.cit., p. 112-113

⁴³Bermúdez, op.cit., p. 259; Barra, op.cit., p. 112-113.

casos de incumplimiento laboral, en que existe una sospecha, o los de relación entre la empresa y un funcionario.

Otro principio que puede servir a la probidad es el de sujeción a las bases. Como dijimos antes, las bases son parte del contrato público, y marcan la pauta para el desarrollo del proceso de contratación⁴⁴. La vigilancia de la probidad, entonces, se puede realizar a través de la comparación entre lo estipulado y lo efectivamente obrado, a fin de advertir las discrepancias y averiguar la razón.

Un tercer punto que considerar como base para resguardar la probidad en el proceso de licitación es la objetividad para frenar el posible conflicto de intereses, principio por el cual se estatuye que las bases y en general el proceso tengan parámetros de desarrollo, evaluación y asignación que respondan a criterios técnicos, jurídicos y de buen servicio, independientes de toda relación entre el servicio, los evaluadores y los participantes⁴⁵.

Otros principios ya fueron analizados a nivel general, por lo que reiterarlos aquí sería superfluo.

Todos estos principios confluyen en el proceso, y ayudan a que éste sea limpio, legal y efectivo en satisfacer la necesidad administrativa y –en último término- de la sociedad.

⁴⁴Barra, op.cit., p. 108.

⁴⁵Bermúdez, op.cit., p. 264.

CAPÍTULO II
REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA Y LICITACIÓN
PÚBLICA EN LA LEY 19.886 Y SU REGLAMENTO: PRINCIPIOS,
ELEMENTOS Y ETAPAS

I. INTRODUCCIÓN.

En este capítulo, se busca responder a la pregunta de los instrumentos que establece la Ley N° 19.886 de Bases de la Contratación Administrativa (en adelante LBCA) y su Reglamento para la realización de los procesos de contratación administrativa y especialmente de licitación pública.

En esta ocasión, haremos una descripción de las razones que llevaron a crear la normativa, así como los principios que rigen en general la contratación administrativa y en especial la licitación pública. Se describirán en breve los procedimientos tales como el convenio marco, el trato directo y la licitación privada, para después hacer una exposición más larga respecto de la licitación pública. Una vez hecho todo lo anterior, se pretende hacer un diagnóstico previo de la situación antes del capítulo siguiente, en que se hará un análisis más profundo de lo anterior.

II. BREVE HISTORIA DE LA LEY DE BASES DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

La LBCA surge en el año 2003, en un contexto de profundas reformas a la normativa administrativa, enmarcadas en el proceso de reforma del aparato público que se venía trabajando desde la década de 1990. De este plan de modernización surgieron, entre otros, la ley 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo, o la 20.285 de Transparencia.

La ley fue iniciada por Mensaje presidencial. En su presentación, se hace mención a un panorama general en que se observa la necesidad de regular el sistema de contratación del Estado, que hasta entonces se hallaba disperso en diversas normas y repartida en diferentes reparticiones públicas, como la Dirección de Aprovisionamiento del Estado o la Central Nacional de Abastecimiento del Ministerio de Salud, lo que provocaba inconsistencias en la aplicación de normas, llevando a duplicidad de funciones, pérdida de control, dispersión de responsabilidades, en fin, al riesgo de corrupción. En buenas palabras, se quiere adaptar la orgánica y funcionamiento público a las nuevas necesidades de la población, amén de la introducción de metodologías modernas de contratación, como lo sería el “gobierno electrónico”, que entonces recién se empezaba a vislumbrar y que tendría gran desarrollo a partir de entonces⁴⁶.

⁴⁶ Véase Bass, Constanza. “*Contrataciones bajo la ley N° 19.886: Análisis jurisprudencia de estipulaciones, prácticas irregulares y su relación con los principios de la Contratación Pública*”. En: Bocksang, Gabriel y Lara, José Luis (editores). *Procedimiento*

Se refrenda así, la labor que desarrollaron, primero, la Comisión Nacional de Ética Pública, que recomendó estimó una ley marco sobre contratos y licitaciones del Estado, que "asegure la transparencia, objetividad, imparcialidad, certidumbre del cumplimiento contractual y detallada publicidad (especialmente de volúmenes y precios comparados) de todos los procesos de adjudicaciones de compra de bienes y servicios por parte del Estado; y que, simultáneamente, dé unidad, homogeneidad y coherencia a la legislación sobre el tema", promoviendo además el uso de sistemas electrónicos; más tarde, el Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República estableció que "creación de un marco legal común para la Administración del Estado respecto a contratos y licitaciones, que admita su adaptabilidad por la vía reglamentaria para acoger la diversidad de los diferentes servicios", aparte de recomendar, entre otras cosas, la "definición de criterios objetivos y generales para determinar la procedencia de la licitación pública, la licitación privada o el trato directo, y la creación de un mecanismo para hacer públicas las personas con quienes contrata la Administración, mediante un registro informativo de fácil acceso, administrado y controlado por una institución competente y autónoma". Lo que llevó más tarde a crear el Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del

Administrativo y Contratación Pública. Santiago: Thomson Reuters-La Ley, 2013, pp. 335-338; Pérez, Dorothy. Extensión del ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas, un desafío pendiente. En: Bocksang y Lara, op.cit., pp. 481-483.

Sector Público del Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública⁴⁷.

Las innovaciones que la LBCA introdujo en el sistema de contratación pública fueron, entre otras, las siguientes:

1.- Una normativa general, para evitar la dispersión normativa existente.

2.- Establecimiento de procedimientos generales de contratación para todo el aparataje administrativo, con un sistema general y supletorio (licitación pública) y otros de aplicación especial (licitación privada, trato directo).

3.- Creación de una nueva institucionalidad controladora del proceso contractual. En efecto, se crearon dos órganos que tienen participación dirigente en el orden institucional del mismo:

- En el ámbito administrativo, se crea la Dirección de Compras y Contratación Pública, conocida popularmente como Chilecompra, como ente unificador y controlador de los sistemas de ingreso, contacto, verificación de antecedentes y gestión de las licitaciones, así como el manejo de las diferentes plataformas electrónicas del sistema de información en el que se desenvuelve la actividad contractual administrativa.

⁴⁷ Boletín número 9-341. Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica con el que inicia un proyecto de ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, de 27 de octubre de 1999.

- En el ámbito judicial, un Tribunal de Contratación Administrativa, en cargo de resolver las disputas entre las partes contratantes a propósito de las licitaciones.

Junto con la LBCA, se dictó el Reglamento LBCA, que viene a complementar aquellos detalles no explicitados en la ley. Así, por ejemplo, contiene un catálogo de conceptos, que permiten aclarar cada una de las etapas del proceso contractual, para evitar ambigüedades en la realización del procedimiento

También es importante aclarar la concurrencia de otras normas aplicables al caso, por cuanto la propia LBCA en su artículo 1 inciso primero señala que esta ley y su reglamento tienen aplicación preferente en las materias que ella regula, y que a falta de regulación ahí, deben aplicarse, primero, normas generales de derecho público y a falta de éstas, las generales de derecho privado. En este sentido, se observa que en la formación del contrato las normas civiles quedan de lado, no así en cuanto a la interpretación del contrato, desde que no hay normas especiales en la LBCA y por tanto deben aplicarse las reglas de los arts. 1560 y siguientes del Código Civil⁴⁸.

También, surge la duda si es aplicable, supletoriamente, la ley N° 19.880 de Bases del Procedimiento Administrativo, por cuanto la contratación pública pudiera enmarcarse en el concepto que esta ley señala. En general, se acepta

⁴⁸ Zambrano, Claudio. *Supletoriedad del derecho privado en la aplicación de los contratos administrativos regulados por la ley N° 19.886*. Tesis de Magister en Derecho, U. de Chile, 2014, pp. 92-93.

como norma supletoria de aquello que no se halle regulado en la LBCA, tomando en cuenta que la contratación administrativa es un acto administrativo, sobre todo en aspectos que no pueden ser vistos por el Tribunal de Contratación Pública, como la impugnación del contenido de las bases. Esto es importante para ver la posibilidad de recursos administrativos contra decisiones de la Dirección de Compras o del órgano público involucrado.

Asimismo, el Reglamento en su art 4 señala que toda institución pública debe tener un Manual de Procedimiento de Adquisiciones para tramitar estos procesos, el cual debe contener normas sobre planificación de compras, selección de procedimientos, formulación de bases y términos de referencia, criterios y mecanismos de evaluación, gestión de contratos y de proveedores, recepción de bienes y servicios, procedimientos para el pago oportuno, política de inventarios, uso del Sistema de Información, autorizaciones que se requieran para las distintas etapas del proceso de compra, organigrama de la entidad pública y de las áreas que intervienen en los procesos contractuales, mecanismos de control interno tendientes a evitar posibles faltas a la probidad, procedimiento para la custodia, mantención y vigencia de las garantías y funcionarios encargados de dichas funciones, y la forma y oportunidad para informar al Jefe del Servicio el cumplimiento del procedimiento establecido.

III.- CONCEPTOS Y PRINCIPIOS.

Para entender a qué se refiere el sistema de contratación administrativa vale aclarar los conceptos que nos acompañarán a lo largo de este trabajo.

1.- Conceptos

Conviene hacer una distinción meramente terminológica entre los conceptos de “contratación” y “contrato” administrativo, ya que mientras el primero designa el proceso administrativo en que el órgano administrativo requiere de los privados para adquirir el bien o el servicio y selecciona a su contraparte, el segundo sería más bien el resultado del anterior, esto es, en la creación del instrumento jurídico que vincula a ambas partes⁴⁹.

a.- Contratación administrativa

Podemos definir a la contratación administrativa como un sistema procedimental en la que el Estado administrador, sea directamente o por medio de sus órganos, pretende satisfacer la necesidad de un bien o servicio recurriendo a la instancia pertinente a fin de ver ofertas y seleccionar aquella que avenga mejor con la necesidad a satisfacer⁵⁰. Si bien en un sentido amplio el concepto es extensible a la contratación que hagan otros poderes del Estado – por ejemplo el Congreso, los Tribunales u otras ramas --, en específico la contratación administrativa se enmarca sólo dentro de la llamada rama ejecutiva

⁴⁹ Dromi, citado por Barra, Nancy, y Celis, Gabriel (2015). *Contratación administrativa bajo la ley de compras (4ª ed.)*. Santiago: Thomson-Reuters ,p. 117.

⁵⁰ Bermúdez, op.cit., pp. 196-197.

del Estado, especialmente en el conglomerado de instituciones que conforman la Administración Pública.

En cuanto a la conformación del contrato administrativo, esto es, el iter contractual, existen semejanzas y diferencias con la contratación privada. En cuanto a las semejanzas, en general se mantiene la idea esencial de conformación de actos jurídicos bilaterales, cuya base es el consentimiento, conformado por dos elementos, la oferta (“acto jurídico unilateral por el cual una persona propone a otra celebrar una determinada convención”⁵¹) y la aceptación (“acto jurídico unilateral por el cual el destinatario de la oferta manifiesta su conformidad con ella”⁵²). Las diferencias estriban en cuanto a que, mientras en la contratación privada el proceso es enteramente desformalizado, en la pública existe todo un procedimiento legalmente establecido, a fin de que se vele por la razón de ser especial que informa el proceso y sus resultados y por el cumplimiento de principios y reglas básicas que informan a todo poder público⁵³. Por otro lado, el principio de autonomía de la voluntad se ve reducido, debido tanto al procedimiento antes señalado como al hecho de que la relación entre las partes tiene rasgos muy disímiles al de la generalidad de las relaciones contractuales.

⁵¹ Vial del Río, Víctor (2006). *Teoría General del Acto Jurídico (5ª ed.)*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, p. 63.

⁵² *Ibíd.*, p. 66.

⁵³ Moraga, Claudio (2007). “Los contratos de la administración como instrumentos para el desarrollo de la nación”. En: Fernández, Jorge, y Santiago, Javier (coord.). *Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Instituto de Investigaciones Jurídicas U. Nacional Autónoma de México, pág. 239.

b.- Contrato administrativo

El resultado de la contratación administrativa es la celebración de un contrato administrativo, generando un vínculo jurídico de obligaciones mutuas entre el Estado o un órgano administrativo de él y un privado que se ha ofrecido para otorgar el bien o servicio requerido.

La doctrina ha señalado al contrato administrativo como un *“acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”*⁵⁴. Como se puede apreciar, recoge la idea de un acuerdo de voluntades, en que al menos uno de los cocontratantes es el Estado o una parte de él. A nivel nacional se le describe como un *“instrumento jurídico de que se vale el Sector Público Nacional para realizar función administrativa, dada la incapacidad de materializar individual y directamente esa misión, y/o la conveniencia de la colaboración de otros órganos públicos o privados, nacionales o internacionales, en la materialización de la misma, quedando regulado por un régimen jurídico mixto en que confluyen la aplicación de normas de Derecho Público complementadas por normas de Derecho Privado y de Derecho Internacional”*⁵⁵, definición que recoge, además, una posible razón para

⁵⁴Marienhoff, Miguel S. (1988) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo IIIA, N°592. Editorial Abeledo –Perrot, Buenos Aires, p. 8.

⁵⁵ Parra, Andrea. *¿Qué entender por contrato administrativo en el ordenamiento jurídico chileno actual?* Tesis de Licenciatura en Derecho U. de Chile, 2013, p. 154.

efectuar la contratación, que es la limitación que tiene el ente público para poder ejercer su labor con los medios que actualmente tiene.

A nivel normativo, no existe una definición legal, aunque la LBCA señala que el objeto a que deben orientarse el contrato administrativo, que es el desarrollo de las funciones del respectivo servicio (art. 1 inc. 2), esto es, pone énfasis en el elemento finalista del concepto, en la razón de ser de la figura.

Una característica especial de esta ley es que sólo se consideran contratos administrativos aquellos que sean onerosos, que conforme al art. 1440 del Código Civil son aquellos contratos bilaterales (o sea que contienen obligaciones mutuas) en que ambas partes reciben beneficio del mismo. No se regulan, por tanto, aquellas adquisiciones que el Estado o sus organismos efectúen a título gratuito, sin contraprestación a cambio. Es de preguntarse cómo controlar la probidad con esta clase de ver, si bien existe en el caso de las donaciones la insinuación o autorización judicial, sucede en muchos servicios descentralizados que la ley exime expresamente ese trámite cuando habla del patrimonio del mismo.

El contrato administrativo, sus características, y sobre todo el procedimiento de contratación, tienen una razón de ser, la cual es la procuración de aquellos recursos materiales necesarios para el desempeño eficiente de su función administrativa. Es esta función la que determina, por una parte, sus rasgos más distintivos que lo diferencian del contrato civil, y sobre todo el

proceso para arribar a su conclusión, para garantizar efectivamente la satisfacción de esos fines⁵⁶.

En cuanto a comparar el contrato administrativo con el contrato civil genérico, debemos señalar que son similares en el sentido de compartir los elementos identificadores del mismo: la existencia de dos partes, un objeto que es la adquisición de bienes y servicios por el servicio público y el pago al proveedor, una causa o razón de ser tanto para el oferente como para el licitante, y la concurrencia de formalidades como elemento accidental⁵⁷. Asimismo, les son aplicables las normas generales de los arts. 1545 y siguientes del Código Civil, como el principio de *pacta sunt servanda* y de buena fe contractual⁵⁸.

Las semejanzas terminan, aparte del procedimiento de contratación, cuando nace el contrato en sí, y se establece la relación jurídica entre el proveedor y el organismo. Esas diferencias las veremos más adelante, sólo resumir que por la causa pública existe una serie de limitaciones a la autonomía contractual en cuanto al contenido del contrato y al rol de las partes en la ejecución del mismo.

⁵⁶ Barra y Celis, op.cit., pp. 4-5.

⁵⁷ Rodríguez, Carolina, *La Contratación Pública en la ley de bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Revisión de sus principios*. Memoria de Licenciatura en Derecho U. de Chile, 2015, p. 11; Manríquez, Ernesto. *El principio de control administrativo en el contrato de concesión de obra pública*. Memoria de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile, 2011, p. 164.

⁵⁸ Oelckers, Osvaldo. "Los principios informadores de la contratación administrativa". En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 7, 1983, p. 164.

2.- Elementos esenciales del contrato público

a.- Satisfacción de una necesidad pública: Como dijimos en el capítulo anterior, existe el deber general del Estado de satisfacer el bien común, establecido en el art. 1 inc. 4º de la Constitución, deber que corresponde cumplir de manera especial a la Administración, conforme lo ordena el art. 3 de la LOC de Bases de la Administración, por ser el área pública más cercana a la necesidad de la población.

La parte que contrata con el Estado busca su fin particular, mientras que el Estado tiene un doble fin, interno (satisfacer su necesidad de recursos materiales) y externo (cumplir con su función para ante la ciudadanía beneficiaria de la misma), en el que éste tiene preponderancia y determina el otro fin interno⁵⁹.

Por lo tanto, el contrato administrativo debe responder a esa necesidad del servicio respectivo, no pudiendo el Estado destinar a otros fines los bienes o servicios adquiridos. Así se ha señalado, por ejemplo, en algunos acuerdos como el de Asociación entre Chile y la Unión Europea, especialmente en su art. 138, que excluye de su aplicación los contratos para fines estrictamente financieros.

b.- Participación de un órgano de la Administración del Estado como contratante: Requisito ineludible es que, al menos en cuanto al requirente, sea un órgano administrativo. Para entender el concepto, hay que señalar que

⁵⁹Silva Cimma, *Derecho Administrativo Chileno y comparado*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1994, p. 174.

conforme al art. 1 inc. final de la LBCA, se comprenden como sujetos obligados por esta ley, en “los órganos y servicios indicados en el artículo 1º de la ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley”, esto es, la generalidad de la Administración del Estado.

En cuanto a las empresas del estado, si bien están excluidas en cuanto a tener que contratar bienes o servicios por medio del sistema, queda la duda si como oferentes “privados” están sujetos a las obligaciones que éstos tienen de concurrir a las plataformas correspondientes. La respuesta es sí, ya que por mandato constitucional (art. 19 N° 21) deben tener el mismo régimen legal que cualquier empresa privada.

Queda la duda en cuanto a aquellas corporaciones de derecho privado creadas por el Estado, como CONAF o SERCOTEC. Según Contraloría, no les serían aplicables las normas de esta ley, por no pertenecer a la Administración en forma estricta⁶⁰, lo que es criticado por la doctrina al ejercer incluso funciones sancionatorias en algunos casos⁶¹.

c.- Marco especial de naturaleza preferentemente de derecho público: Al estar involucrados organismos públicos y un interés que sobrepasa el de solamente los contratantes directos, es que su régimen es mayormente de Derecho Público, especialmente Derecho Administrativo, por lo que sus normas

⁶⁰ Barra y Celis, op.cit, pp. 28-29.

⁶¹ Pérez, op.cit., pp. 489-492.

deben interpretarse según los principios de esta rama jurídica, con preferencia – cuando no exclusión- a las normas civiles normales.

3.- Principios

De los principios de la contratación estuvimos hablando brevemente en el capítulo anterior, y en esta ocasión quisiéramos centrarnos en dos de ellos que son esenciales para entender la dinámica de la contratación pública regulada en la LBCA. En todo caso, mencionaremos sucintamente los otros principios para luego adentrarnos en los que nos interesa.

a.- *Juridicidad y estricta sujeción a las bases*: Sobre el particular, concurriendo organismos públicos a los cuales les es aplicable a cabalidad lo dispuesto en los arts. 6 y 7 de la Constitución, es poco lo que se puede innovar aquí que no sea incorporar la estricta sujeción a las bases como parte del principio (y no como uno separado), atendiendo al hecho de que las bases son, en buena medida, una norma especial que rige cada proceso contractual específico, siendo el parámetro principal por el cual la autoridad debe hacer la adjudicación del respectivo contrato en conformidad a los arts. 6 y 10 LBCA⁶². Las bases, en este sentido, vienen a cumplir un rol similar a lo que el art. 1545 del Código Civil llama la “ley del contrato”, esto es, viene a conformar el contenido de lo que será el acuerdo final⁶³.

⁶² Abarca, Katerina. “Los principios de no formalización y estricta sujeción a las bases en los procedimientos de contratación pública”. En: Bocksang, Gabriel y Lara, José Luis (editores) (2013). *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Thomson Reuters-La Ley, pp. 293-294.

⁶³ Barra y Celis, op.cit., p. 83

b.- *Transparencia y publicidad*: Se incluye por mandato constitucional (art. 8 de la carta fundamental) y legal (ley 20.285, art. 7 letra a) inc. 2º LBCA). Se cumple, entre otros modos, por la existencia de una plataforma común para la concurrencia de privados y servicios públicos, la existencia de un registro de proveedores, entre otros.

La transparencia y publicidad no es sino una consecuencia ineludible de la necesidad de resguardo del principio de probidad, en términos de que la vigilancia no sólo opera por medio de los controles institucionales sino también por la posibilidad de controles ciudadanos para lo cual se requiere que la ciudadanía tenga suficiente acceso⁶⁴.

c.- *Igualdad de acceso e idoneidad del contratante*: Es una garantía de los privados que concurren al proceso contractual, siempre y cuando éstos cumplan con las exigencias legales y técnicas que exijan tanto la normativa en general como las bases en particular. Se basa en el principio de igualdad del art. 19 N° 3 constitucional.

d.- *Motivación*: Se refiere a la decisión del respectivo órgano para escoger uno u otro sistema, el órgano contratante debe fundar su decisión en razones de orden legal y técnico, dentro de los límites que el propio cuerpo legal le pone a la hora de escoger⁶⁵. Es una manera de controlar el actuar del órgano, e identificar posibles infracciones a la ley de manera pública e informada.

⁶⁴ Parra, op.cit., p. 135; Manríquez, op.cit., pp. 245-246.

⁶⁵ Bass, op.cit., pp. 362.

e.- *Probidad*: Esto es, quizás, el fin último de toda la existencia del sistema de contratación pública y su publicidad en cuanto a acceso e información.

El principio será desarrollado posteriormente en esta monografía, pero preliminarmente debemos señalar que la existencia de controles tanto internos como externos tienen como fin evitar que en sus etapas los funcionarios incurran en conductas que afecten el principio, en especial que se obtengan ganancias indebidas, desvíos de recursos, favorecimiento de candidaturas en contravención a la igualdad de concurrencia, entre otros⁶⁶. Así, la probidad, tanto funcionaria como de los proveedores, recorre todo el proceso contractual y justifica –o se le puede relacionar– con los otros principios que informan la contratación administrativa.

En el decálogo que Dirección de Compras y Contratación Pública (Chile compras), establece sobre el principio mencionado⁶⁷, se identifica claramente que sus primeros puntos son los mismos que la LOC de Bases desarrolla en sus arts. 54 y siguientes, por lo que es plenamente aplicable lo señalado en esta última norma.

⁶⁶ Secretaría Ejecutiva Agenda de Probidad y Transparencia. *Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado*, 2008, p. 104 [en línea]: https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2017/07/141009_Manual_transparencia.pdf

⁶⁷ Chilecompra, “Decálogo de Probidad en las Compras Públicas para Funcionarios del Estado”, 2017 [en línea]: <http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/05/Probidad.pdf>

Ya vistos sucintamente estos principios, pasaremos a ver dos principios especialmente gravitantes y que determinan en buena manera características especiales de la contratación y el contrato administrativo resultante.

3.1.- Mutabilidad del contrato

Esto significa que el contrato original entre la Administración y el privado no es inmutable, sino que existe una mayor facilidad para cambiar algunos de sus contenidos. Si bien la regla del art. 1545 del Código Civil permite la modificación del contrato por acuerdo entre las partes, en el caso de los contratos administrativos la facultad es unilateral del órgano público, sin perjuicio de que, en algunos casos, pueda haber un acuerdo de ambas partes, pero nunca del privado que contrata⁶⁸.

Sobre las causales para modificar o extinguir el contrato, si bien están establecidas legalmente en el art. 13 LBCA y en el art. 77 del Reglamento, la letra e) del primero de ellos permite que las bases consideren otros motivos para esta facultad administrativa, distintos de los establecidos en las normas. En todo caso, el ejercicio de la facultad modificatoria no puede ejercerse sin más por el órgano contratante, sino que debe sujetarse no sólo a lo establecido en la ley, sino también a lo señalado en las bases. Conforme al art. 79 del Reglamento, las resoluciones o decretos que dispongan la terminación anticipada del contrato definitivo o su modificación, deberán ser fundadas y deberán publicarse en el

⁶⁸Campolieti, citado por Rodríguez, op.cit., p. 17.

Sistema de Información, a más tardar dentro de las 24 horas de dictadas, salvo que concurra alguna de las situaciones señaladas en el art. 62 del Reglamento.

3.2.- Rol preponderante de la administración, las “facultades exorbitantes”

En el caso de la ejecución de una obra pública, al ser el cumplimiento de una función encargada originalmente al Estado, el concesionario no es sino un mandatario, manteniendo el Estado mandante una responsabilidad, tanto en el hecho de que asume la “cuenta y riesgo” inherente al mandato, como en el hecho de ser responsable ante la ciudadanía⁶⁹. Confluyen, en este sentido, las dos vertientes del Poder Ejecutivo: el gobierno, en cuanto parte decisoria, “política”, y la administración, en cuanto parte ejecutora, “económica”.

La vigilancia y poder exorbitante se erige como un derecho o prerrogativa de la administración, pero también como un deber, en el sentido de que no es una facultad que el ente público pueda ejercer o no ejercer por su voluntad pura, sino que responde al deber de velar por la necesidad que se satisface con esa, por lo que se hace obligatoria su intervención cuando no se esté cumpliendo con ello⁷⁰. Se da así un “desdibujamiento” de la diferencia clásica entre actos de autoridad y actos de gestión ya que las cláusulas exorbitantes son una forma de introducir el lado imperativo de la administración.

⁶⁹ Jara, Ángel. *Revisión crítica del trato o contratación directa como modalidad de contratación administrativa*. Memoria de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile, 2008, p. 2.

⁷⁰ Campolieti, Federico: “Los límites del contrato Administrativo”. En: *Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (1ª edición). México, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 2007, p.22.

Esta facultad exorbitante obra sobre el contenido del contrato celebrado, que ya vimos anteriormente, pero también en cuanto a la autoridad que tiene el órgano administrativo sobre su contraparte privada para que éste cumpla con su prestación.

Se pueden clasificar las facultades exorbitantes en dos grupos:

1.- Facultades de supervigilancia: Tienen por objetivo velar por que el contratante cumpla con la entrega del bien o servicio en los plazos y condiciones acordadas en el contrato y en las bases, a fin de satisfacer el interés de la administración de poder servirse de eso⁷¹.

2.- Facultades sancionatorias: Son las herramientas que permiten al órgano administrativo poder llamar la atención o al orden al cocontratante privado cuando no esté cumpliendo con su obligación. Las sanciones aplicables deben estar consignadas en las bases y el contrato (art. 22 N° 11 Reglamento)

Dentro de las facultades sancionatorias vamos a incluir tanto las sanciones en sentido estricto (esto es, sanciones punitivas como multas, cobro de la garantía depositada o juicio ejecutivo ante la justicia civil) como otros remedios jurídicos, tales como la sustitución del contratante o la terminación anticipada unilateral del contrato⁷², siempre que su origen sea un incumplimiento contractual del proveedor.

⁷¹ Rodríguez, op.cit., p. 17.

⁷² Digamos que la facultad de terminar unilateralmente el contrato no existe sólo como medida sancionatoria, sino que también procede en casos de urgencia o necesidad, lo que encuadraríamos como una forma extrema de modificación de la relación contractual.

La calificación del incumplimiento contractual es un asunto de derecho, dada la existencia de bases (que como dijimos forman parte de la ley del contrato) y la existencia de causales legales de infracción, por lo que pueden ser revisadas por vía administrativa o judicial⁷³. En todo caso, en concordancia con el principio de legalidad e interdicción de la arbitrariedad, la LBCA establece en su art. 79 ter inc. 3º una garantía en favor del cocontratante privado, que es la necesidad de un procedimiento sancionatorio que debe ser mencionado en las bases y/o en el contrato mismo, respetando los principios de contradictoriedad e impugnabilidad.

Podemos señalar, entonces, que este poder exorbitante de la parte que es servicio administrativo dentro de la relación contractual se traduce en un poder de vigilancia de éste para con el privado contratante, a fin de que éste satisfaga el interés de la administración pública en el tiempo y forma acordados en las bases y el contrato en sí⁷⁴.

En todo caso, este ejercicio de potestades no puede significar una sumisión absoluta del privado contratante al órgano público, ya que la propia normativa debe interpretarse por el principio pro administrado, ante la desigualdad de poderes, los organismos encargados del control del proceso

⁷³ Guajardo, Mariano. *La vía administrativa de revisión de los procedimientos licitatorios de la ley N° 19.886*. Tesis de Licenciatura, U de Chile, 2015, p. 177.

⁷⁴ Muñoz Chiu, Natalia: *Contratación Administrativa*, en: Revista de Derecho CDE N°12-diciembre de 2004, p.2.

contractual deben interpretar la norma aplicable en favor del privado contratante y no del organismo público⁷⁵.

IV.- ¿QUÉ RELACIONES CONTRACTUALES REGULAN, QUÉ CONTRATOS SE EXCEPTÚAN Y POR QUÉ?

1.- Regla general

Está consagrada en el art. 1 inc. 2º LBCA “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”. Establece así una generalidad de concepto, involucrando todos los actos en que se satisface la necesidad material del respectivo servicio para funcionar.

Básicamente, son dos los tipos de contrato que se tratan en esta ley:

a.- Contrato de suministro: se refiere a “la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles” (art. 2 inc. 1 LBCA y 2 N° 9 Reglamento).

Se incluye el suministro de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, de su mantenimiento o su fabricación, dentro de esta categoría. También, la fabricación de muebles, aun cuando los materiales los suministre el propio órgano.

⁷⁵Vásquez, Yuri y Koch, Maximiliano. *Institucionalidad, procedimiento y jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública*. Tesis de Licenciatura en Derecho U. de Chile, p. 50.

b.- Prestación de servicios: contrato en el cual las entidades de la administración encomiendan a una persona, natural o jurídica, la ejecución de tareas, actividades o elaboración de productos intangibles (art. 2 N° 9 Reglamento). Se clasifican en servicios generales (N° 10, “no requieren un desarrollo intelectual intensivo en su ejecución, de carácter estándar, rutinario o de común conocimiento”), personales (N° 11, “en su ejecución demandan un intensivo desarrollo intelectual”) o habituales (N° 12, “se requieren en forma permanente y que utilizan personal de manera intensiva y directa para la prestación de lo requerido por la entidad licitante”).

Una situación especial se produce en los llamados servicios mixtos, en que se adquieren tanto bienes físicos como servicios inmateriales. En estos casos, se calcula el porcentaje del valor asignado a cada uno, y se considerará de uno u otro tipo cuando la parte que le corresponde a cada uno supere el 50% del total (art. 2 N° 9 y 10 Reglamento).

2.- Contratos exceptuados

Se hallan mencionados en el art. 3 de la LBCA y son los siguientes:

a.- Contratación de personal (planta, contrata, honorarios): Éstos se rigen por las normas estatutarias correspondientes, como la ley 18.834 (Estatuto Administrativo), 18.883 (Estatuto del Funcionario Municipal), entre otras, o en su defecto por las reglas generales del arrendamiento de servicios de los arts. 2006 y siguientes del Código Civil.

b.- Convenios intragubernamentales: Se rigen enteramente por normas de derecho público, como el art. 38 de la LOC de Bases, que norma la asistencia de un órgano para suplir la falta de presencia de otro en un determinado lugar. Asimismo, caben aquí los convenios del art. 8 inc. 1º LOC de Municipalidades o el art. 2 inc. 2 DL 1263, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado.

c.- Contratos siguiendo un procedimiento de un organismo internacional, asociado a créditos o aportes: Se rige por las normativas internacionales pertinentes, sea un tratado internacional, el estatuto del respectivo órgano o, en su defecto por normas generales del Derecho internacional⁷⁶.

d.- Instrumentos financieros: Como dijimos, no responden al fin de suministrar bienes y servicios para el funcionamiento del servicio, por lo que mal podrían estar encuadradas en la ley analizada.

e.- Contratos de obra pública: son los referidos a la construcción de bienes inmuebles, sean para uso del servicio o de uso público. Se rigen por una ley especial, que en cada caso será la siguiente:

1. Obras Públicas concesionadas: se rigen por el DFL 164 de 1991.
2. Obras hechas por encargo del Servicio de Vivienda y urbanismo: su normativa es el DS 355 de 1976.
3. Obras urbanas realizadas en cumplimiento de la ley 19865, sobre Sistema de Financiamiento Urbano Compartido.

⁷⁶ Barra y Celis, op.cit., p. 53

e.- *Contratos ligados a la Defensa Nacional*: estos se rigen por leyes 7.144, 13.196, y 18.928.

En todo caso, pese a que no son aplicables las reglas de la LBCA en cuanto al sometimiento total a los procedimientos de esta ley, algunos de estos contratos sí deben cumplir con ciertas normativas de la misma:

1.- En todos los casos exceptuados los organismos involucrados, con excepción de las empresas públicas, deben dar cumplimiento a las reglas de publicidad establecidas en los arts. 18, 19 y 20 de la ley, y que se refieren a que deben hacer suministrar información básica sobre sus contrataciones en las plataformas establecidas en la ley. Esto no es sino un corolario legal de lo establecido en el art 8 de la Constitución⁷⁷. Se exceptúan los casos en que exista información sobre adquisiciones y contrataciones calificada como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley (art. 61 Reglamento).

2.- En cuanto a los contratos de obras públicas señalados en la letra e) del art. 3 LBCA, éstos, además, deben someterse sus conflictos entre la entidad licitante y la empresa adjudicataria de las obras a la jurisdicción del Tribunal de Contratación Pública, conforme al párrafo final de la letra mencionada.

V. FORMAS PRINCIPALES DE LA CONTRATACIÓN

Como dijéramos previamente, la contratación administrativa consta de un procedimiento reglado en que tanto los servicios públicos como los privados

⁷⁷ Ibid., p. 65.

concurrir a las instancias establecidas en la LBCA y su Reglamento para perfeccionar el respectivo contrato.

La LBCA establece en su art. 5 que son formas de contratación regidas por esta ley, y por tanto utilizables por los servicios públicos, el convenio marco, el trato directo y la licitación, que a su vez puede ser pública o privada.

Por la importancia que tiene para este trabajo, la licitación pública se dejará en un capítulo aparte.

1.- Convenios marco

Se definen como una *“modalidad de compra de bienes y servicios a través de un catálogo electrónico o tienda virtual y constituyen la primera opción de compra de los organismos públicos. Cada convenio marco se asocia a uno o varios rubros o industrias y se incluye en el catálogo a través de una licitación pública que efectúa la Dirección ChileCompra”⁷⁸*. Es un sistema de uso obligatorio para el servicio que haya celebrado un acuerdo, no pudiendo abandonar esta relación contractual salvo que algún privado ofreciera una situación más favorable para los intereses (art. 8 inc. 4º Reglamento). Se suele celebrar por parte de Dirección de Compras y Contratación Pública para el uso de los servicios públicos, y funciona generalmente por medio de un catálogo de convenios marco, el que debe ser consultado antes de proceder a una licitación o trato directo (art. 14 Reglamento).

⁷⁸ “Convenio Marco”, en el sitio web Mercado Público, dependiente de ChileCompra [en línea]: <http://www.mercadopublico.cl/Home/Contenidos/QueEsCM>

Conforme sean aceptados los proveedores pasan a ser parte del catálogo electrónico de la Dirección, pudiendo ofrecer sus productos en su tienda electrónica, para futuras contrataciones. Es obligatoria la consulta de este sistema antes de llamar a licitación o efectuar un trato directo.

En resumen, el convenio marco establece una relación duradera entre un servicio y un privado para la provisión de bienes y servicios necesarios para el buen andar de aquél.

2.- Trato Directo

Forma de contratación en la que el servicio público contacta directamente a un oferente privado de los inscritos en el Sistema de Información, a fin de celebrar el respectivo contrato. Esta clase de contratación se regula en el art. 7 letra c) del LBCA, y para que proceda su utilización en lugar de las licitaciones o convenios marcos, se deben dar los siguientes requisitos, regulados en el art. 8 LBCA:

- Inexistencia de un convenio marco para la ocasión
- Habiendo licitación pública, no se presentaron interesados, o los que se presentaron no eran idóneos conforme a las bases.
- Terminación de un contrato que se resolvió anticipadamente por incumplimiento del contratante u otras causas, existiendo un remanente inferior a 1000 UTM.
- Emergencia, urgencia o imprevisto, que impida realizar la licitación pública.
- Existencia de un único proveedor.
- Convenios con personas jurídicas extranjeras

- Servicios de naturaleza confidencial cuya difusión afecte el interés nacional
- Causales de trato directo especiales, establecidas en el Art. 10 N° 7 del Reglamento.
- Contrataciones de monto igual o inferior a 10 UTM.
- Convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional.
- Servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, determinados así por Decreto Supremo
- Cuando por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa en conformidad al Reglamento.

En todos estos casos, el órgano debe establecer una resolución fundada en la que señale los motivos para optar por esta modalidad (Art. 49 Reglamento).

Sin duda, esta forma de contratación es la menos segura en cuanto a la transparencia y probidad, ya que corresponde al propio organismo calificar la concurrencia de las causales señaladas.

3.- Licitación Privada

Previo a tratar esto, hay que definir en general qué es una licitación. Y, conforme al diccionario oficial, licitar es “Sacar algo a subasta o concurso públicos” o también “Participar en una subasta pública ofreciendo la ejecución

de un servicio a cambio de la obtención de dinero u otros beneficios”⁷⁹. Esto es, supone la idea de un concurso, de un llamado general o restringido, a una pluralidad de personas o entidades a participar en un evento del cual un tercero, en este caso el organismo público, escoge a quien será el beneficiado con la nueva relación jurídica entre ambos⁸⁰.

En la LBCA, mientras la regla general es que la licitación sea pública, es decir, abierta a todo oferente privado que cumpla con los requisitos, excepcionalmente el respectivo órgano puede hacer una convocatoria cerrada a ciertos oferentes, en las condiciones señaladas en el art. 8 de la ley, que ya hemos visto a propósito del trato directo, con excepción de la existencia del único oferente (porque se entiende que la licitación va dirigida a una pluralidad de oferentes⁸¹). Si la licitación privada procedió por falta de oferentes en una licitación pública, las bases que se fijaron para la licitación pública deberán ser las mismas que se utilicen para contratar directamente o adjudicar en licitación privada, de lo contrario deberá procederse conforme a las reglas generales (art. 8 letra a) LBCA).

En todo caso, el procedimiento a utilizar es similar al que veremos para la licitación pública (v. art 48 Reglamento), solo diferenciándose en que el número de participantes está acotado por decisión de la autoridad, que a lo menos deben

⁷⁹ “Licitar”. Diccionario de la Lengua Española (2001). www.rae.es

⁸⁰ Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo IX, s. V cap. XVI. Buenos Aires, FDA, 2014, p. 340.

⁸¹ Barra y Celis, op.cit., p. 136.

ser tres (Art 45 Reglamento), y por su carácter excepcional en cuanto a los montos involucrados o las circunstancias que le hacen procedente. Un elemento para destacar es que, en estos casos, el respectivo órgano procede mediante “invitación” a ciertos oferentes, elemento que podría también merecer atención a efectos de evaluar la mayor o menor libertad que debe tener el servicio para determinar a los candidatos.

VI. LICITACIÓN PÚBLICA

1.- Concepto y principios recogidos en la LBCA

La licitación pública puede definirse 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 bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”*, según el art. 2 N° 21 del Reglamento.

La LOC de Bases de la Administración, en su art. 9 bis inc. 1º, señala que *“Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley”*, dando a entender q el sistema de licitación pública debería ser la regla general en materia de contratación administrativa, lo que se vendría a refrendar por lo señalado en el art. 62 de esta misma ley, que considera falta a la probidad la omisión de la propuesta pública cuando la ley la dispone.

No obstante, podríamos entender que en la práctica su aplicación es excepcional debido a los montos para los cuales es obligatoria, que sólo lo es

cuando no haya una cuantía determinada o ésta sea superior a 1000 UTM (arts. 5 LBCA y 11 inc. 2º Reglamento), que hacen que el resto tenga opción de utilizar la licitación privada o el trato directo, que por estadística se convierten en las opciones más masivas⁸². Por otro lado, la licitación pública, conforme al art. 9 inc. 1º del Reglamento, opera a falta de existir un convenio marco previo, que por su tendencia a la estabilidad temporal en la relación entre órgano y proveedor sólo puede ser reemplazado en caso de existir mejores condiciones para la procedencia de la licitación⁸³.

2.- Principios de la licitación pública

En resumen, los principios de la licitación pública suelen ser los mismos que hemos visto a propósito de la contratación en general, y que miran a cuidar el interés público comprometido en cuanto sirva a la buena marcha del servicio licitante. Específicamente, la licitación pública, especialmente en sus fases convocatorias (apertura) se ha de regir por los siguientes principios.

a.- *Libertad de concurrencia al llamado*: Conforme al art. 9 inc. 2º de la LOC de Bases, esto se basa en el principio de autonomía que tienen los oferentes para decidir su incorporación al concurso, sin que puedan existir casos de concurrencia obligatoria ni coacciones para entrar en un concurso. Esto,

⁸² Pantoja Bauzá, Rolando. "La propuesta pública: ¿es obligación, en la ley chilena como modalidad general de contratación administrativa?". *La Semana Jurídica*, N° 44, 2001, pp. 5 y ss.

⁸³En todo caso, esto no convierte al convenio marco en una regla general "de facto", sino que por su estabilidad tienden a postergar la aplicación de la licitación como medio de contratación. Véase Guajardo, op.cit., pp. 107-108.

conforme al Art. 7 inc. 3° LBCA, implica que cualquier oferente idóneo puede presentar su propuesta al concurso.

b.- *Igualdad entre los oferentes*: Esta igualdad puede dividirse en dos aspectos. Uno, el trato igualitario que debe dar el respectivo servicio convocante a todos los que libremente concurren a participar (art. 6 LBCA y 20 del Reglamento). El otro, el de igualdad ante las bases, implica que la aplicación de éstas no debe significar tratos preferentes o discriminatorios entre concurrentes por parte del órgano licitante, debiendo aplicarse de igual manera todos los criterios establecidos para admitir participantes o calificar la propuesta de cada uno⁸⁴.

c.- *Juridicidad y sujeción a las bases*: Tanto la LBCA y el Reglamento son la norma clave para el desarrollo de la respectiva licitación, y rigen los aspectos generales del concurso. Asimismo, las bases son el elemento técnico que, aprobado por la autoridad competente, sirven de guía para el respectivo concurso, como se estipula en el art. 10 inc. 3° LBCA. Podemos entender que las bases son una verdadera “ley del proceso”, a tal punto que se ha dictaminado por Contraloría que el proceso evaluativo, y aun el concurso completo, puede ser invalidado si se aplican criterios que no fueron expresamente señalados en las mismas bases⁸⁵. Las bases, está claro, no pueden contravenir los principios

⁸⁴ Rodríguez, op.cit., p. 107.

⁸⁵ Barra y Celis, op.cit., pp. 83-84.

establecidos en la LBCA o su Reglamento y en general los del Derecho Administrativo.

d.- Publicidad y gratuidad de los documentos de la licitación, conforme al art. 19 inc. 2º LBCA y 28 del Reglamento. Esto permite una mayor posibilidad de vigilancia del proceso, no solo por los actores directos del mismo sino por la ciudadanía en general. Por excepción, no se incluye aquella información sobre adquisiciones y contrataciones calificadas como de carácter secreto, reservado o confidencial (art. 20 inc. 2º LBCA).

e.- Resguardo del patrimonio público: Esto puede tomarse como un corolario del principio de probidad visto anteriormente, aunque también debe relacionarse con la eficiencia y eficacia del concurso y con el ajuste que debe existir respecto del presupuesto que se le asigna a cada servicio público. Así, la contratación que no se adecue a la disponibilidad presupuestaria del respectivo órgano público implica una infracción al principio de probidad del art. 62 N° 7 de la LOC de Bases.

f.- Complejidad del proceso: esto es más bien un metaprincipio. La licitación es un proceso complejo, conformado por diversas etapas que se concadenan una tras otra para conseguir el objetivo final de obtener el bien o servicio. De esta complejidad se traducen dos subprincipios aparentemente contradictorios, pero que buscan conciliar la necesidad de avance del proceso con la protección de la fe pública. Primero, la *prohibición de dividir innecesariamente la licitación* que pudiera realizarse de una sola vez (art. 7 inciso

final LBCA). Segundo, la *independencia funcional de cada fase*, en el sentido de que la posible nulidad de una etapa no afecta a aquellas que no adolecen de ese problema (art. 53 LBCA). Esto se concilia señalando que por un lado, debe evitarse divisiones innecesarias del proceso que afecten la imparcialidad del proceso y los recursos públicos usados, pero el proceso debe mantener un estado de agilidad que permita resolver en el menor tiempo posible los problemas asociados al proceso licitatorio⁸⁶.

3.- Fases

La licitación pública consta de una serie de pasos, necesarios para que se pueda velar por el cumplimiento de las normas legales y técnicas aplicables al concurso mismo, además de permitir velar por el cumplimiento de los principios que informan la institución.

3.1. *Elaboración de Bases y Llamado a Propuestas*

Las bases son el documento por el que se establecen los requisitos, condiciones y especificaciones técnicas que describen el bien o servicio a contratar (art. 2 N° 3 Reglamento). Las bases se clasifican en Administrativas, definidas como los *“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, y demás aspectos*

⁸⁶Ibíd., p. 87.

administrativos del Proceso de Compras” (art. 2 N° 4) y Técnicas, que son los “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. 2 N°5). Conforme al art. 6 LBCA, deben establecer condiciones que permitan la mejor combinación entre los costos del producto y los beneficios que reportará al servicio.

Su contenido mínimo, conforme al art. 22 del Reglamento, son:

1. Requisitos y condiciones de los oferentes para la aceptación de sus ofertas.

2. Especificaciones de los bienes y/o servicios que se quieren contratar, las cuales deberán ser genéricas, sin hacer referencia a marcas específicas, a menos que sea necesario esto último, caso en el cual deben admitirse, en todo caso, bienes o servicios equivalentes de otras marcas o genéricos agregándose a la marca sugerida la frase "o equivalente".

3. Etapas y plazos de la licitación, plazos y modalidades de aclaración de las bases, la entrega y la apertura de las ofertas, la evaluación de las ofertas, la adjudicación y la firma del Contrato de Suministro y Servicio respectivo y el plazo de duración de dicho contrato.

4. Condiciones, plazos y modos en que se compromete el pago del Contrato de Suministro y Servicio, una vez recibidos conforme los bienes o servicios respectivos, en los términos dispuestos por el artículo 79 bis del Reglamento.

5. Plazo de entrega del bien o servicio adjudicado.

6. Monto de la garantía exigida a los oferentes, para resguardar el correcto cumplimiento del proveedor en la prestación del bien o servicio, y forma y oportunidad en que será restituida. En el caso de la prestación de servicios la garantía de fiel cumplimiento asegurará además el pago de las obligaciones laborales y sociales de los trabajadores del contratante. La garantía permite, a su vez, hacer efectiva en ella las multas y sanciones que se llegaren a aplicar. Al fijarse el monto de la misma, se tendrá presente que éste no desincentive la participación de oferentes, esto es, debe tener un valor adecuado.

7. Los criterios objetivos decisivos para la adjudicación, según la naturaleza del bien o servicio requerido, la calidad de los oferentes y antecedentes relevantes para proceder a la adjudicación, incluyendo “las mejores condiciones de empleo y remuneraciones” en el caso de los servicios.

8. Si la licitación fuere de valor entre 100 y 1000 UTM, se debe definir la opción entre suscripción de contrato o formalizar mediante la orden de compra y posterior aceptación del proveedor.

9. Medios para averiguar los antecedentes sobre la situación del proveedor para con sus trabajadores o extrabajadores en materias de remuneraciones o cotizaciones de seguridad social, lo que no puede extenderse más allá de los dos años anteriores al proceso.

10. Designación de la comisión evaluadora, en conformidad a las reglas del art. 37 del Reglamento.

11. Régimen sancionatorio del incumplimiento del proveedor, con las causales expresas y el procedimiento para su aplicación.

El llamado a propuestas debe realizarse por medio del sistema de información y debe contener al menos (art. 24 Reglamento):

1. Descripción del bien y/o servicio a licitar.
2. Nombre de la Entidad Licitante.
3. Modalidades y fechas para las aclaraciones a las Bases.
4. Fecha y hora de la recepción y apertura de las ofertas.

El plazo para publicar este llamado es de al menos 10 días corridos antes de la fecha final de recepción para las contrataciones menores a 1000 UTM, y de 20 días en caso de montos superiores (art 25 Reglamento).

Las bases pueden sumar un período adicional a efectos de que los posibles concurrentes puedan hacer preguntas y aclaraciones al servicio, cuyas respuestas deberán hacerse públicas. Esto puede llevar a modificar las bases, lo que debe ser aprobado por resolución de la autoridad y puede ser revisado por la Contraloría en los casos en que la ley lo exija⁸⁷.

Excepcionalmente, previo a la elaboración de las bases debe hacerse un análisis técnico y económico de la licitación, cuando el caso revista gran complejidad o el monto a licitar supere las 5000 UTM (art. 13 ter Reglamento).

⁸⁷ Inostroza, María Trinidad. "Licitación pública: etapas de un procedimiento reglado". En: Bocksang y Lara, op.cit., p. 392.

3.2. *Recepción y apertura de ofertas*

Ambos actos suelen coincidir en un solo evento, aunque en realidad son actos diferentes. La recepción es el acto de entregar la propuesta por el oferente al servicio público en las condiciones y plazo señaladas en bases, mientras que la apertura es de resorte del servicio, quien da a conocer para sí y el público las propuestas presentadas⁸⁸.

Para la recepción, el envío de ofertas por parte de los oferentes debe realizarse por el Sistema de Información o plataforma electrónica (art 30 Reglamento), aunque excepcionalmente se permite por soporte en papel en los casos del art. 62.

En el acto de apertura se realiza la calificación formal de los antecedentes de cada oferta, pudiendo declarar la inadmisibilidad de aquellas que no cumplan con las exigencias de las bases o la normativa, o declarar el concurso desierto cuando no hubiere ofertas o ninguna de las presentes fuese adecuado al interés contractual del servicio, lo cual deberá declararlo por resolución fundada (art. 9 LBCA).

3.3. *Evaluación de las propuestas*

La metodología debe hallarse regulada en las bases del respectivo concurso y se componen de criterios económicos y técnicos que sirven para

⁸⁸ Rufián Lizana, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Fondo de Cultura Económica, Santiago, 1999, p.60.

determinar la capacidad de la candidatura de servir al fin buscado por la institución pública (art. 38 Reglamento).

Los criterios económicos y técnicos son elementos tales como el precio, experiencia, metodología, calidad técnica, servicios de posventa, plazos de entrega, y demás elementos que puedan facilitar la entrega y uso de los bienes; en el caso de los servicios habituales, deben incluirse condiciones de empleo y remuneración, incluyendo aspectos como la jornada de trabajo existencia de incentivos, condiciones de contratación, etc.⁸⁹. Conforme a la jurisprudencia de Contraloría, el menor precio no puede ser un factor determinante, si es que no hay un equilibrio con la mayor eficiencia y calidad de los bienes o servicios brindados⁹⁰.

Para una mayor objetividad de esta evaluación el art. 37 inc. 2º del Reglamento establece que estos criterios serán evaluados mediante la asignación de puntajes, los cuales deberán tener expresa relación con las características del producto o servicio a adquirir.

Por otro lado, en cuanto a la evaluación, el art. 37 inc. 4º y siguientes del Reglamento establece que debe ser realizada por una Comisión Evaluadora, designada en las bases y publicada en los Sistemas de Información, conformada por funcionarios público que podrán pertenecer o no al servicio, aunque con mayoría de funcionarios internos. Se establece que el mínimo de integrantes de

⁸⁹Barra y Celis, op.cit., p. 106.

⁹⁰Ibid, p. 107.

la comisión es de 3 personas en las licitaciones de valor igual o mayor a 1000 UTM. Se permite la colaboración de expertos de reconocido prestigio para asesorar a la comisión.

Los oferentes no podrán tener contacto con miembros de la Comisión Evaluadora ni otros del respectivo órgano licitante, salvo los casos del art. 27 inc., final del Reglamento, esto es, para la etapa de aclaración de bases, para visitas a terreno, y los casos permitidos especialmente en las bases.

El art. 38 del Reglamento establece que los miembros de la Comisión Evaluadora no deben tener conflictos de interés de la comisión evaluadora. No obstante, no existe en la normativa una manera de recusar a algún miembro por parte de los oferentes o por quien tenga un interés en el proceso, debe ser éste quien, de propia iniciativa, demuestre su imparcialidad o se autorecuse⁹¹. Esto es importante si consideramos la plena aplicación de las normas de la LOC de Bases y el Estatuto Administrativo sobre la actuación funcionaria para protección de la probidad.

Conforme al art. 39 LBCA las deliberaciones son confidenciales, sin perjuicio de lo cual debe haber un registro escrito de ella. Esto puede ser un flanco que observar para el control de la probidad, habida cuenta de que no siempre se va a registrar todo lo que se declare en esas sesiones. Es importante señalar que la evaluación no está sometida al control de toma de razón⁹².

⁹¹ Véase el art. 12 de la ley 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo, que establece las causales de inhabilitación de un funcionario.

⁹² Barra y Celis, op.cit., p. 112

La evaluación de la comisión debe terminar en un Informe Final, que debe contener esencialmente (art. 40 bis Reglamento):

- a. los criterios y ponderaciones utilizados en la evaluación de las ofertas.
- b. si es el caso, las ofertas declaradas inadmisibles o que el concurso quede desierto.
- c. Asignación de puntajes por criterio y fórmulas de cálculo de asignación, y las formas de aplicar tales criterios.
- d. Propuesta de adjudicación, con el oferente elegido, dirigida a la autoridad que debe decidir la contratación.

3.4. Adjudicación del proyecto

Es el acto administrativo emitido por el órgano licitante que declara la oferta más conveniente para la necesidad del servicio, aceptando su contratación y al proveedor como el cocontratante escogido para perfeccionar el contrato (art. 2 N° 1 y 2 Reglamento). Es un acto unilateral de voluntad, equivalente en materias civiles a la aceptación de la oferta, pero con las variaciones propias de la ley administrativa.

La adjudicación es el proceso posterior a la evaluación de los proyectos, y está a cargo del jefe del servicio o el encargado de contrataciones del mismo (la ley no es clara al respecto). Luego de la evaluación de la comisión y la propuesta que ésta hace. Solo puede adjudicarse a un concursante que haya cumplido con requisitos de bases y no esté inhabilitado para concursar, por lo

que previo a la deliberación y decisión debe depurarse el proceso, de aquellos oferentes que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en la ley o las bases (art. 37 inc. 1º Reglamento). Al igual que la evaluación, la adjudicación tampoco está sometida al trámite de toma de razón, lo que representa un flanco a analizar en cuanto al cumplimiento de los principios de probidad, al menos en un plano preventivo.

En todo caso, una vez hecha la adjudicación, para proceder al pago de la prestación, se debe obrar por decreto o resolución fundada de la autoridad competente y debe señalar la parte del presupuesto que autorice tal gasto.

3.5. *Firma del contrato propiamente tal*

Como vimos antes, la licitación es una forma de contratación, cuyo producto es el contrato. La firma del contrato es una forma de materialización del principio conclusivo establecido en el art. 8 de la ley 19.880, en cuanto es el efecto esperado del proceso licitatorio.

Por regla general, una vez realizada la adjudicación las partes deben firmar un documento escrito que representa el contrato en sí. Este contrato, conforme a lo señalado por la jurisprudencia de la Contraloría, adquiere un carácter de solemne, puesto que sin esta firma el contrato adolecería de nulidad por falta de un requisito establecido en atención a la naturaleza del acto en sí⁹³.

⁹³ Barra y Celis, op.cit., pp. 117-118; Manríquez, op.cit., p. 166.

Por excepción, cuando el valor de bien o servicio se halla entre los 100 y 1000 UTM puede reemplazarse la suscripción del contrato por la Orden de Compra del órgano, a la que debe seguir la aceptación del proveedor escogido (art. 22 N° 8 y 63 del Reglamento). Si bien doctrinariamente hay un contrato en el sentido de haber una relación contractual, en este caso la relación es más consensual y menos formal, donde el registro en el sistema de información opera como una formalidad de prueba y no de existencia.

Junto con la firma del contrato, se debe presentar la garantía según el art. 68 del Reglamento, que puede ser uno o varios instrumentos financieros de la misma naturaleza, que en conjunto representen el monto o porcentaje a caucionar y entregarse de forma física o electrónicamente. Conforme al art. 71 del reglamento, si la garantía de cumplimiento no fuere entregada dentro del plazo indicado, la Entidad Licitante podrá aplicar las sanciones que corresponda y adjudicar el contrato definitivo al Oferente siguiente mejor evaluado.

3.6. Ejecución de la obra o suministro

Corresponde a la parte de las prestaciones debidas en el contrato administrativo, ya perfeccionado, naciendo las obligaciones mutuas entre servicio y proveedor.

Para el servicio público, la obligación es de dar, esto es, de pagar el precio del respectivo bien o servicio, que como tal, debe ser mediante un decreto o resolución, que debe estar relacionado necesariamente al presupuesto del respectivo servicio, conforme a los arts. 4 del DL y 56 de la ley 10.336.

Para entender a qué se refiere cada etapa, es necesario distinguir si se trata de un bien o de un servicio:

a) Si se trata de la entrega de bienes materiales o elementos de lo señalados en el art. 2 LBCA, hablamos de un *suministro*, que implica para obligación de dar, esto es, de poner el bien a disposición del órgano público, transfiriendo su propiedad.

b) Si en cambio estamos hablando de la realización de un servicio, incluyendo la entrega de adquisición de programas de computación a medida, esto implica para el proveedor una obligación de hacer, que es realizar las labores materiales e intelectuales que comprenden el concepto general de *servicio*.

Es en esta etapa en que las facultades exorbitantes de la Administración se pueden hacer presentes, para controlar que la prestación se realice en conformidad al interés contractual del servicio, que en este caso es el predominante, como ya hemos visto.

VI. CONTROLES DE LA CONTRATACIÓN

Al ser la contratación administrativa, en especial la licitación, un procedimiento instaurado con ocasión de la actividad administrativa del Estado, no debe quedar dudas de que debe ceñirse al principio de control establecido en el art. 3 inc. 2º y 10 de la LOC de Bases. En general, puede señalarse que el

control tiene por objetivo garantizar el cumplimiento de los principios que informan el procedimiento contractual administrativo, con especial énfasis en los de legalidad, igualdad, eficiencia y probidad⁹⁴.

El control de la contratación pública, sea a nivel general o particular, está establecido por nuestra ley en dos niveles, uno interno, dentro del proceso licitatorio o de los organismos participantes de la contratación, y otro externo, relativo a organismos que no participan del proceso licitatorio, pero que pueden o deben intervenir en razón de su función contralora o jurisdiccional.

1.- Interno

Uno podría considerar que el control parte por el propio ente licitante cuando elabora y coloca las bases en conocimiento del público, las que se entienden integradas como parte de la normativa del respectivo concurso, y luego en el proceso evaluativo de las ofertas. No obstante, este control sólo se refiere a los oferentes y no al servicio mismo, aparte de sólo ser una fase meramente informativa y no decisoria.

Pudiera considerarse el sistema de reclamo que existe en la plataforma electrónica de mercadopublico.cl. No obstante, es difícil considerarlo una verdadera forma de control, por cuanto es una creación administrativa de la Dirección de Compras y no se halla consagrado en la normativa pertinente, ni en la LBCA ni en su Reglamento⁹⁵.

⁹⁴ Bass, op.cit., p. 339; Manríquez, op.cit, p. 45.

⁹⁵ v. Guajardo, op.cit, pp. 183-184.

Otra posibilidad es la misma plataforma o Sistema de Información que utiliza la Dirección de Compras para la inscripción de proveedores, establecido en el art. 19 LBCA, que conforme al art. 2 N° 29 del Reglamento registra a los entes proveedores de bienes y servicios. A este registro deben ingresar todos aquellos interesados en participar en los procesos de contratación administrativa (arts. 16 LBCA y 94 Reglamento), asimismo es en ese lugar donde deben publicarse todos los documentos relativos a cada etapa del proceso licitatorio o contractual (art. 57 Reglamento) y en general hacer ahí todos los actos correspondientes a cada proceso (art. 18 inc. 1º LBCA). El Sistema es de acceso público y gratuito al público (art. 19 inc. 2º LBCA). El requisito que deben tener los oferentes para inscribirse en este Sistema es no presentar inhabilidades conforme al art. 92 del Reglamento. Asimismo, existe una serie de causales de exclusión del registro, en conformidad al art. 96 del Reglamento. En todo caso, es de criticar el hecho de que sea el órgano mismo que mantiene el servicio el que determine la salida o no de un oferente, sin haber claridad en cuanto a un procedimiento para declarar procedente la decisión.

Fuera de lo señalado anteriormente, uno debe hacerse la pregunta de si, ante las infracciones que puedan cometerse por los órganos administrativos o sus funcionarios, puedan ser aplicables los recursos administrativos, especialmente los de reposición y jerárquico establecidos en el art. 59 de la ley 19.880. Doctrinariamente, se ha señalado que procederían, puesto que la LBCA no los prohíbe, sin obviar que Contraloría ha reconocido su procedencia, al

menos respecto del proceso licitatorio⁹⁶. El límite, como veremos más adelante, se refiere a la competencia que puedan tener órganos externos, como la Contraloría o el Tribunal de Contratación Pública.

Asimismo, respecto de los funcionarios, cabe preguntarse por la aplicación de sanciones mediante investigación sumaria o sumario administrativo, lo que es plenamente aplicable si consideramos el principio de independencia de responsabilidades y la existencia de infracciones a la probidad administrativa en los estatutos funcionarios. El problema acá es que solo procede una vez ocasionado el perjuicio y no antes, por lo que no tendría un carácter preventivo.



2.- Externo

2.1.- Contraloría

Por mandato constitucional a la Contraloría General de la República corresponde el control de legalidad de los actos de gobierno y administración (art. 98 Constitución). Por lo que en el caso de la contratación administrativa, corresponde a la Contraloría la toma de razón de los contratos celebrados en el contexto del sistema de contratación antes descrito. Asimismo, debe velar por la legalidad de los pagos hechos por los entes públicos, entre los que se encuentran los precios pagados a los proveedores. Por último, tiene la facultad

⁹⁶ v. Bass, op.cit., p. 365.

de hacer efectiva la responsabilidad funcionaria de quienes han participado en el proceso⁹⁷.

Como límite, la Contraloría no puede intervenir en los casos que le corresponde intervenir al Tribunal de Contratación Pública, como son los conflictos entre órganos licitantes y proveedores en los procesos licitatorios⁹⁸.

Igual que en el caso del control intra-organismo, una de las principales objeciones está en que su control ex ante se halla bastante limitado por la naturaleza de los actos que componen el proceso licitatorio, tendiendo más al control ex post. Como vimos antes, no entran en su competencia las deliberaciones de la comisión evaluadora ni la adjudicación del contrato u orden de compra.

2.2.- Fiscalía Nacional Económica

Este órgano tiene por finalidad representar el interés público en materias de libre competencia, especialmente en los casos ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (arts. 22 y ss. DL 211 de 1973).

En este sentido, cabe señalar el acuerdo celebrado entre la FNE y la Dirección de Compras en 2011, para la colaboración mutua en casos de colusión entre participantes de licitaciones, permitiendo el intercambio de información y

⁹⁷ Vergara Blanco, Alejandro. "Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI, 2016, p. 364.

⁹⁸ Vergara Blanco, op.cit., p. 365.

análisis de problemas propios del tema⁹⁹. Esto, por cuanto se garantiza la libre competencia entre oferentes, protegiendo el interés público comprometido en la calidad y valor de los bienes a adquirir.

2.3.- Tribunal de Contratación Pública

Este es un órgano jurisdiccional, compuesto de 3 jueces nombrados por el Presidente de la República a partir de ternas elaboradas por la Corte Suprema.

Su competencia, establecida en el Art. 24 LBCA, se circunscribe a los conflictos entre el Estado y organismos públicos y la parte cocontratante respecto de las situaciones ocurridas durante el proceso de licitación, pública o privada, desde el establecimiento de las bases hasta la firma del contrato. Por tanto, no opera en casos de trato directo o convenio marco, ni incluye la elaboración de las bases o la ejecución del contrato¹⁰⁰.

Su procedimiento se regula en los arts. 22 a 27 LBCA y un Autoacordado de la Corte Suprema. En resumen, conoce de la acción de impugnación por aquella parte que tenga un interés comprometido en el proceso. De esta acción se notifica y pide informe al órgano público licitatorio, quien deberá evacuarlo en el plazo de 10 días. Luego de esto, o en rebeldía del servicio, se abrirá un período probatorio de 10 días, teniendo el Tribunal la facultad de ordenar pruebas de oficio de las del art. 159 CPC. Pasado el tiempo de prueba, previa cita a oír a las

⁹⁹ Fiscalía Nacional Económica (2011). *Convenio interinstitucional de Colaboración entre la Fiscalía Nacional Económica y la Dirección de Contratación y Compras Públicas*. [En línea]:

http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2011/05/coop_chc_2011.pdf

¹⁰⁰ Vásquez y Koch, op.cit., p. 83-84

partes, existe el plazo de 10 días para dictar sentencia. Contra la sentencia procede recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones de Santiago en el plazo de 5 días y en solo efecto devolutivo.

Originalmente iba a ser un organismo administrativo quien conociera de los reclamos por la tramitación de la licitación, pero luego se decidió transformarlo en una instancia judicial puesto que así tendría una mayor independencia funcional al no estar sujeto a una jerarquía o supervigilancia dentro de la administración¹⁰¹. No obstante, se le critica a este tribunal, entre otras cosas, falta de autonomía frente a la Dirección de Compras en lo económico, lo que arriesga su imparcialidad especialmente respecto de los contratantes privados¹⁰²; se aducen también problemas de procedimiento, en que la naturaleza “breve y sumaria” que señala el art. 24 LBCA se contradice con la regla de supletoriedad del libro I del CPC (art 27)¹⁰³. Asimismo, se echa en falta una mayor amplitud de casos de su conocimiento, como los relativos a la ejecución de los contratos afinados, lo que lleva a diversos conflictos con, por ejemplo, la Contraloría¹⁰⁴.

2.4.- Otros tribunales

Si fueren aplicables casos como la responsabilidad civil del órgano si por causa de la licitación (u otro tipo de contratación) se produjere daño contra

¹⁰¹ Lara y García-Huidobro, op.cit., pp. 417-418.

¹⁰² Vásquez y Koch, op.cit., p. 180.

¹⁰³ Vergara Blanco, op.cit., p. 367.

¹⁰⁴ Véase Lara y García-Huidobro, op.cit., pp. 423-429.

alguien, entonces entrarían o los tribunales civiles (juicio ordinario) o la Contraloría (juicio de cuentas). La jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública así ha reconocido reiteradamente¹⁰⁵.

En general, podemos decir que la judicatura ajena al TCP se ocupará de los casos no cubiertos por la competencia del TCP, como la creación de bases, irregularidades o reclamaciones en casos de trato directo o convenio marco, o los casos de colusión de proveedores. Esto, en aplicación del principio de independencia de responsabilidades del art. 15 inc. 1º de la LOC de Bases de la Administración¹⁰⁶.

Una última duda ¿Valdrá la acción o “recurso” de protección como forma de impugnar aspectos de las contrataciones? Al menos, no procede respecto de los casos en que el conocimiento corresponde a un organismo especial, como el TCP o la Contraloría¹⁰⁷.

Diagnóstico previo

El análisis pormenorizado de los puntos más importantes en la relación entre proceso contractual administrativo y principio de probidad se hará en el capítulo siguiente. No obstante, es bueno hacer un análisis sucinto, a partir de todo lo estudiado anteriormente, para tener una idea de antemano de aquellas

¹⁰⁵ Concha, Ricardo (2015). *Causal de nulidad y efecto anulatorio: separabilidad de los actos precontractuales. Análisis crítico a base de un estudio de grupo de casos a diez años de funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública*. En: Revista Ius et Praxis, Año 21, Nº 2, pp. 561-562.

¹⁰⁶ Véase Barra y Celis, op.cit., pp. 169-170, y Bass, op.cit., pp. 366-367.

¹⁰⁷ Vergara Blanco, op.cit., pp. 363-364.

fases o etapas del proceso contractual en que más riesgo corre el principio de probidad.

Primero, se debe recordar la necesidad de un orden general en la contratación pública ante la dispersión normativa y orgánica existente hasta entonces, motivo por el cual la LBCA se dictó, para una mayor seguridad jurídica en el aspecto. Como se ha visto, existe una doble necesidad del Estado: responder a la ciudadanía y servirla para conseguir el bien común, que podríamos llamar la “necesidad primaria”, y funcionar bien en su aparataje, tanto humano como material, para la consecución de ese fin, que sería su necesidad secundaria. Es a esta última a que se dirige el instituto de la contratación pública, específicamente en el caso de servicios y bienes muebles necesarios para un mejor ejercicio de esa labor.

Para ello, el Estado y sus organismos (en este trabajo, específicamente, su rama Administrativa) se someten a un procedimiento de formación contractual legalmente regulado, que busca ante todo velar por la limpieza del proceso, otorgando un rol vigilante a la ciudadanía y otros organismos, tanto administrativos como judiciales.

En una etapa o fase “precontractual” (aunque en sentido estricto lo precontractual es el proceso en sí hasta la adjudicación), este control se reduce, primero, a la elección del procedimiento a utilizar, y segundo, a la elaboración de las bases. En cuanto a la elección de la modalidad, existe un riesgo de arbitrariedad en cuanto a la posibilidad de escoger entre los métodos y, si

hablamos de la opción por la licitación, en la opción entre pública y privada y en el último caso de los candidatos invitados, para lo que la existencia de un marco que restringe las posibilidades de elección es fundamental.

En cuanto a las bases, por ser una fase eminentemente de creación normativa, el control no afecta directamente a los funcionarios creadores, sino al objeto creado, el cual se somete a la revisión de la Contraloría. Por tanto, el principio de probidad acá no está directamente afectado.

Pasando a la fase de llamado, es una fase eminentemente de conocimiento de la propuesta contractual del órgano público y de los oferentes privados. En esto, hay que prestar atención a los principios informadores de la contratación pública y cómo se aplican.

a. Por un lado, debemos confrontar los Principios de libre acceso y de idoneidad. La existencia de un Registro de Proveedores, su publicidad permite conocer a los participantes del mismo, lo que ayuda a una mayor vigilancia en cuanto a la posibilidad de que se dé o no una relación contractual contraria a derecho o al interés administrativo.

b. Relacionado con lo anterior, el principio de igualdad entre los convocantes se relaciona con la publicidad del proceso exigida en la ley como garantía para los participantes y para el interés público comprometido. Así, se puede advertir cuándo un concurso o trato directo está afectando esa igualdad.

c. Obviamente, en concordancia con una actividad del sector público, se ha de considerar la legalidad de las bases y relación con el objeto del contrato,

que debe permitir conocer si la modalidad escogida es la adecuada a derecho y al interés del servicio y de la comunidad que lo utiliza.

Pasando a la siguiente etapa, que es de recepción y apertura, se deben atender los principios que permiten conocer a los participantes y la posibilidad de relaciones entre ellos y los encargados del proceso.

a. Así, la publicidad del procedimiento se erige como un elemento clave para la vigilancia de la probidad de los actores del proceso, existiendo el Sistema de Información como el lugar clave en esta etapa.

b. Asimismo, los mecanismos de control de la idoneidad de los contratantes, como las garantías de seriedad (boletas) o los datos del Registro de Proveedores, sirven para que, antes de postular, los interesados sepan a qué se están sometiendo (entendiendo que actúan de buena fe)

Una vez recibidas y conocidas las ofertas, podemos avanzar a la etapa de evaluación y adjudicación. Y al parecer es en esta fase donde podría existir mayor riesgo para la probidad, dado que implica la decisión del órgano de aceptar las ofertas, implicando decisiones de personas (funcionarios) y con limitaciones legales que impiden una mayor vigilancia. Quizás el problema principal en la fase es la no revisabilidad jurídica previa de la evaluación, tanto por exigencia normativa como por la naturaleza de la actuación, lo que obliga a esperar el resultado para posibles actuaciones de reclamo:

a. Partiendo por la publicidad, uno advierte los problemas de revisar deliberaciones que son, por su naturaleza, secretas. La existencia de un registro

escrito de las deliberaciones, exigido por la ley, no siempre puede dar fe de todo lo que se dice dentro de las sesiones.

b. Por otro lado, respecto de la comisión evaluadora y sus integrantes, hay que analizar la posibilidad de controlar los casos de posible implicancia de los miembros, en lo que la actual normativa aparece como insuficiente en sus mecanismos. Así, se plantearía la necesidad de más posibilidades de controlar su imparcialidad. Por otro lado, queda la duda de por qué los miembros de esa instancia deben ser mayoría de internos al servicio público involucrado.

c. Por otra parte los criterios de evaluación, al tener su foco en la propuesta más que en los candidatos, sirven poco para vigilar la probidad del ente adjudicador.

Pasando a la fase de contrato propiamente tal, dada su dependencia de la fase anterior, implica revisar el proceso hacia atrás de nuevo. Quizás el flanco débil en esta etapa es la opción entre orden de compra y suscripción de contrato escrito, donde la mayor o menor revisabilidad de cada uno puede ser determinante para advertir la existencia de faltas al principio de probidad.

Por último, en la fase (post) contractual de ejecución, cuando es más evidente el ejercicio de las facultades exorbitantes por parte del órgano público, los temas que pueden interesar son, primero, el control de su ejercicio, y segundo, si ese mismo ejercicio puede servir para el cuidado de la probidad.

En todos estos pasos, la intervención de la autoridad es relevante para la limpieza del proceso contractual administrativo. En cuanto a su realización, la

Dirección de Compras (Chilecompra) puede considerarse el “gran coordinador” del proceso, velando por el respeto a las normas y la transparencia del mismo, requisitos ineludibles para garantizar que el bien o servicio contratado sirva al fin del beneficio del Estado administrador.

En cuanto a su vigilancia, la labor de la Dirección de Compra (Chilecompras) ayuda a eso, sin perjuicio de otros organismos como la Contraloría o el Tribunal de Contratación Pública que, desde fuera, solucionan los conflictos y dictan pautas para controlar la actividad de las instituciones, funcionarios y empresarios.

Quizás el problema más grave es la falta o escasez de controles preventivos (ex ante), frente a los reparatorios (ex post). Asimismo un aspecto a desarrollar es la debilidad de las instancias ciudadanas o públicas de control, en que falta una instancia más decisiva, de acción popular. El punto más conflictivo, a nuestro parecer, es la parte decisoria, donde los controles son mínimos, y es difícil vigilar la actividad.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA PROBIDAD EN LA LICITACIÓN PÚBLICA

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se efectuará un análisis explicativo de los principales mecanismos contemplados en la normativa chilena para resguardar el principio de probidad en la licitación pública, abordando el marco legal y reglamentario aplicable, como también las circulares y directrices emanadas de la Dirección de Compras y Contratación Pública, Órgano al cual se le ha conferido por el legislador la facultad interpretativa en esta materia.

Previamente, habíamos hecho un diagnóstico sobre aquellas fases del proceso de Licitación pública donde el principio de probidad se encuentra más expuesto y vulnerable, llegando a concluir que las fases más delicadas del proceso contractual son aquellas en que se da una mayor intervención directa del órgano licitante y en especial de los funcionarios encargados directamente de esas etapas.

Asimismo, dimos cuenta que el control interno estaba expuesto a mayor riesgo de ser afectado por las faltas a la probidad que el externo, y que hay una debilidad en nuestra institucionalidad en cuanto al control preventivo del proceso licitatorio en comparación con el control posterior de actos ya realizados.

Por tanto, nuestro trabajo en este capítulo se centrará en aquellos aspectos que más conflictos pueden dar respecto del cumplimiento de la probidad administrativa en la licitación pública, siendo en este capítulo el énfasis puesto en lo que la doctrina ha señalado, más algún análisis general de la jurisprudencia judicial, lo que nos servirá para contrastarlo con el estudio de las soluciones que la Contraloría ha propuesto a través de sus dictámenes en los últimos dos años, lo que será materia del capítulo siguiente.

II. FASE DE ELECCIÓN DE LICITACIÓN PÚBLICA COMO PROCEDIMIENTO DE COMPRA Y ELABORACIÓN DE BASES.

Como señalamos anteriormente, los riesgos que existen en la parte inicial del procedimiento de licitación pública pasan, esencialmente, por la elección de esta modalidad frente a la existencia de otras modalidades. Los mecanismos de protección de la probidad, aquí, pasan por la redirección forzada que el legislador ha establecido hacia la licitación por ser el mecanismo que permite una mayor posibilidad de vigilancia tanto de la autoridad como de la ciudadanía.

Debemos señalar que la ley junto con delimitar los casos en que es procedente la opción de licitación privada o el trato directo, estableció un piso en el cual la licitación pública fuera mecanismo obligatorio para aquellas que contrataciones que por su cuantía, importancia o por estrategia para el servicio, esto con la finalidad de poder cautelar el uso de los recursos fiscales y establecer una mayor vigilancia tanto de los organismos de control, como de la ciudadanía.

Junto con lo señalado se estableció como medida de que se pudiera evadir el proceso señalado la prohibición de poder fragmentar el proceso de contratación, lo cual se encuentra contenido en el artículo 13 del Reglamento, lo que se estableció justamente para evitar que por este subterfugio se evite tener que recurrir a la licitación pública. Es por esto que deben considerarse las circunstancias de hecho y de derechos propias del requerimiento, puesto que estas serán imprescindibles para la elección del proceso de compras. En este punto nos permitimos indicar que la fragmentación apunta a procesos distintos, por ejemplo que una licitación pública se fragmenta en tratos directos, convenios marcos o licitaciones privadas cuya finalidad sea eludir la licitación pública.

Por otro lado, tenemos el problema de qué ocurre en los casos en que el servicio ya cuenta con un Convenio Marco o este es obligatorio, debido a la concurrencia acumulativa de ambos sistemas. Para brindar una mayor seguridad jurídica al respecto el Decreto 1410 reformó el Reglamento de la Ley de Compras, incorporando un nuevo art. 14 bis que señala para las adquisiciones vía convenio marco de valor superior a 1000 UTM, denominadas “Grandes Compras” por la ley: *“En las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 UTM, denominadas Grandes Compras, las entidades deberán comunicar, a través del Sistema, la intención de compra a todos los proveedores adjudicados en la respectiva categoría del Convenio Marco al que adscribe el bien o servicio requerido.”*

Esta comunicación será realizada con la debida antelación, considerando los tiempos estándares necesarios para la entrega de la cantidad de bienes o servicios solicitados. Adicionalmente, en dicha comunicación se deberá contemplar un plazo razonable para la presentación de las ofertas, el cual no podrá ser inferior a 10 días hábiles contados desde su publicación.

Las ofertas recibidas en el marco de un procedimiento de Grandes Compras serán evaluadas según los criterios y ponderaciones definidos en las bases de licitación del convenio marco respectivo, en lo que les sean aplicables. Asimismo, las bases de licitación del convenio marco respectivo podrán establecer criterios de evaluación especiales para los procedimientos de Grandes Compras.

En la comunicación de la intención de compra se indicará, al menos, la fecha de decisión de compra, los requerimientos específicos del bien o servicio, la cantidad y las condiciones de entrega y los criterios y ponderaciones aplicables para la evaluación de las ofertas. La entidad deberá seleccionar la oferta más conveniente según resultado del cuadro comparativo que deberá confeccionar sobre la base de los criterios de evaluación y ponderaciones definidas en la comunicación de la intención de compra, cuadro que será adjuntado a la orden de compra que se emita y servirá de fundamento de la resolución que apruebe la adquisición.

Con todo, la entidad contratante podrá omitir el procedimiento de Grandes Compras en casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante

resolución fundada del jefe superior de la entidad, sin perjuicio de las disposiciones especiales para los casos de sismo y catástrofe contenidas en la legislación pertinente."

Esto es, las modificaciones al Reglamento vinieron a prevenir la aparente contradicción entre la obligatoriedad del convenio marco y la necesidad de licitación pública por razones de monto, estableciendo, en los hechos, una excepción a la fijeza del convenio marco, aplicando en su caso una suerte de híbrido entre este y la licitación, más cercana a la privada que a la pública (por la limitación a los proveedores inscritos en una determinada categoría), equilibrando la necesidad de publicidad del proceso con la preferencia hacia contratantes probados y confiables¹⁰⁸.

Se puede concluir que esta norma puede ser interpretada como una aplicación expresa y normativa de la condición de "ventaja comparativa" establecida en los arts. 14 inc. 6º y 15 del Reglamento, sólo que con una menor facultad dispositiva del servicio público.

La interrogante que surge es si existe la posibilidad de recurrir a otros mecanismos de contratación cuando, por ejemplo, habiendo previamente una licitación pública, ésta quedare desierta por falta de oferentes o fuese declarada así por el órgano licitante cuando ninguna de las ofertas cumpliera con los requisitos establecidos en las bases que rigen el proceso licitatorio, si bien el

¹⁰⁸Todo ello complementado por la Directiva N° 15, en la que a grandes rasgos se establecen procedimientos propuestos que, en nuestra visión, se condicen más con una licitación (o un modelo licitatorio).

reglamento establece presupuestos para modificar el proceso de compras, como es el caso del artículo 10 del Reglamento, el cual establece casos taxativos y describe situaciones específicas.

Lo precedentemente expuesto no establece una protección al sistema de contratación y específicamente a la Licitación Pública, puesto como el proceso general y se establece normas que evitan evadir su uso y aplicación.

Por último, en el marco de la elaboración de las bases que guiarán el proceso se puede advertir un conflicto entre el principio de no formalización innecesaria del proceso licitatorio versus el de necesaria y estricta observancia a las bases, ya que uno pretende facilitar el acceso de los oferentes en igualdad de condiciones y el otro resguardar la legalidad y limpieza del procedimiento. Es un ejercicio de equilibrio, en que deben involucrarse aspectos jurídicos y fácticos, con miras a que se cumpla el objetivo general de contrataciones beneficiosas para el interés del servicio y el específico de dar una oferta clara y entendible de manera de no provocar conflictos en su aplicación.

La jurisprudencia judicial se ha pronunciado, señalando que en esta discordancia prima la desformalización siempre que no se afecten elementos de fondo que incidan en la validez de la licitación. Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Chillán en el fallo “Hotelera Somontur S.A. contra Alcaldesa de Chillán”, de fecha 27 de agosto de 2010 (rol 513-2007), en el que resolvió que los errores no esenciales no constituyen causal suficiente para rechazar postulaciones en procesos concursales. En efecto, señala que: “*Aun cuando uno*

de los principios del sistema de propuesta pública es el de estricta observancia a las bases que lo regulan, ello no obsta a que el evaluador tenga a su consideración el principio de la no formalización contemplado en el artículo 13 inciso 2 de la Ley 19.880, que señala que el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta a la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado; de este modo, los errores no esenciales no constituyen causal suficiente para rechazar postulaciones en procesos concursales”.

Aquí lo que observamos es una interpretación pro concursante o pro oferente, en el sentido de que la ley se aplica en el tenor que favorezca la postulación del privado, atendido que es la parte más “débil” en el proceso contractual con el Estado. No obstante, a nuestro juicio, esto puede verse como una contradicción con el principio esencial del sistema de contratación pública, que es cautelar el interés fiscal y la satisfacción de las necesidades públicas. Por ello, la desformalización, o flexibilidad de lo formal, no puede ser extendida al punto que no haya un parámetro en las bases que permita entender el camino a que debe dirigirse la licitación¹⁰⁹.

Pero, por otro lado, tampoco podemos pensar que deba entenderse con tal ligereza la norma que permita errores que pudieran causar un perjuicio evidente a otros oferentes y, a la larga, al órgano público contratante, cuando

¹⁰⁹ Barra y Celis, op.cit., p. 83.

exista un ánimo de burlar la ley. Así lo entendió la Corte Suprema, en causa rol 1267-2015 de fecha 27 de mayo de 2015, que restableció una sentencia del Tribunal de Contratación Pública que había sido revertido por la Corte de Apelaciones de Santiago. Invocando los principios de igualdad y transparencia, en relación con la sujeción a las bases, sentenció que *“no correspondía que la Comisión Evaluadora, constituida con motivo de la licitación en cuestión, admitiera una oferta ilegible, con errores evidentes, dando muestras la supuesta aclaración de diferencias notorias respecto de la propuesta aclarada, todo lo cual y en el evento de haber sido aceptada pudo haber significado una adjudicación en perjuicio del resto de los oferentes que, sujetándose a la bases, se condujeron correctamente. Así, el error beneficiaría a quien incurrió en él, cuestión inaceptable a la luz de los principios ya aludidos y a lo establecido en las propias bases de licitación que no permitían la presentación de ofertas ilegibles ni variar las ya propuestas, en el proceso de aclaración, en términos de constituirse en una nueva oferta”*, para luego señalar que el error del tribunal de alzada al revertir lo declarado por el TCP fue no advertir que *“la oferta aclarada a requerimiento de la entidad licitante se constituyó en realidad en una nueva propuesta, pues complementó aspectos sustanciales concernientes a las condiciones de infraestructura y al personal de apoyo del centro de mediación y, aún más, alteró información contenida en el primer anexo”*.

Misma idea encontramos en otro fallo de la Corte Suprema, que conociendo de una queja en autos “Seguridad Integral TMI S.A. con Hospital

Doctor Félix Bulnes Cerda” (rol N° 7460-2015), de 17 de septiembre de 2015, en un caso sobre una licitación denominada “Contrato de Servicio de Aseo Sede Providencia”, convocada por el Hospital antes señalado, señaló que por la forma de confección de uno de los anexos se podía producir una divergencia interpretativa que dificultara la realización de los actos exigidos en el proceso. Ante esto, la Corte señala que *“siendo uno de los principios fundamentales de la licitación pública la sujeción estricta a las bases administrativas que la regulan, se torna indispensable que sus estipulaciones sean precisas y unívocas, evitando que los oferentes puedan entenderlas de manera diversa, o que se haga primar un criterio tan estrictamente formalista para excluir una oferta que lo haga carecer de racionalidad, deficiencias que se han vislumbrado en estas bases de licitación y que llevaron a declarar inadmisibles la oferta formulada por la empresa “Seguridad Integral TMI S.A.”. Luego agrega que “constituyendo las bases administrativas el estatuto jurídico a que quedan sometidos tanto los oferentes como la Administración y que confieren garantías a las personas que van a contratar con ella, para que efectivamente se restrinja la discrecionalidad del agente administrativo se torna indispensable que sus cláusulas sean claras y no ambiguas, pues sólo así los administrados podrán ajustarse a tales estipulaciones, requisito que no se satisfizo en la especie”*, por lo que la Corte declara que la Corte de Apelaciones no debió rechazar el reclamo hecho conforme al art. 26 LBCA en relación con el 10 de la misma norma, y decide acoger el reclamo del oferente reclamante que fue rechazado por el TCP y la

corte de alzada capitalina, decidiendo dejar sin efecto el proceso de licitación señalado.

Otro asunto importante en la elaboración de las bases de una licitación es que la información que se utilice en la creación de las bases no trascienda el ámbito de quienes dirigen el proceso en el respectivo órgano, de manera tal de evitar que información sensible pueda llegar al conocimiento de algún oferente y se aproveche para tener ventajas indebidas frente a sus competidores. En este sentido, en la Directiva N° 28, recomienda en su punto 3.1, al momento de crear el documento normativo de la respectiva directiva, *“Resguardar y garantizar la confidencialidad de la información contenida en la etapa de diseño y elaboración de bases. Asimismo, deben tomarse los resguardos tendientes a evitar el uso de información privilegiada o la concurrencia de conflictos de interés durante el desarrollo de la licitación o del proceso de compra. En la etapa de diseño de las bases debe asegurarse confidencialidad, en orden a que no se puede transmitir información a posibles proveedores. Si se consulta la ayuda de expertos en el diseño de las bases, deben adoptarse las medidas para que esos expertos no participen luego en la licitación utilizando información que el resto de los competidores no tendrá.”* Esto es, si bien hay un deber de publicidad en general, dado lo delicado que es determinar las condiciones esenciales en que se hará el llamado a contratar, se debe obrar con discreción por parte del respectivo servicio público, para resguardar la igualdad de concurrencia de art. 9 LBCA y con ello el interés y patrimonio público.

Otro problema en esta etapa es la vigilancia para evitar las “tendencias” que se puedan producir a propósito de la exigencia de condiciones subjetivas, como el capital comprobado o experiencia del oferente, que pudieran servir para facilitar a uno a ganar la licitación en desmedro de otros. Esto atenta contra el principio de objetividad recogido en el art. 6 LBCA y 85 del Reglamento, y representa un riesgo para la probidad en cuanto no sólo a la posible existencia de relaciones indebidas entre oferentes y licitantes, sino a la posibilidad de descuidar los elementos objetivos como la calidad, la infraestructura de trabajo o los costos asociados, que permiten salvaguardar el interés público¹¹⁰.

Esto plantea un tema, ya que por un lado el órgano licitante tiene potestad para determinar aquellos criterios que mejor sirvan para escoger aquella oferta que satisfaga de manera eficiente y eficaz la necesidad del servicio, y por otro, se debe garantizar la limpieza y objetividad del concurso, para evitar que se usen estos criterios como un subterfugio legal. Se enfrentan la legalidad con la autonomía, garantizadas ambas en la LBCA. Ante la situación, la Contraloría ha emitido dictámenes señeros sobre la materia.

Como ha reiterado la Contraloría en diversos dictámenes (ej. 4.307-2012, 24.469-2012, 70.647-2014 y 77.815-2016) la regla general es que, en todo caso,

¹¹⁰ Véase Centro de Sistemas Públicos, Ingeniería Industrial Universidad de Chile (2016). “Estudio de relevamiento del proceso óptimo de compra, asociado a costos de transacción y satisfacción de usuarios de Chilecompra”. Programa de Modernización del Sector Público, p. 42 [en línea]: <http://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/uploads/2017/11/CSP-2016-Estudio-de-Relevamiento-del-Proceso-Optimo-de-Compra.pdf> , p. 42.

los criterios que componen la respectiva evaluación, su ponderación y asignación de puntajes, constituyen aspectos cuyo mérito, conveniencia u oportunidad le compete calificar a la propia Administración, lo cual torna un tanto difícil detectar cuándo existe una tendencia o inclinación disfrazada. Al respecto, en el dictamen 37.984-2015, resolviendo sobre una consulta acerca de un concurso hecho por la Municipalidad de La Granja para servicios de aseo, observando que el pliego de condiciones contemplaba criterios y factores de evaluación, incorporando, dentro del componente técnico, tres subfactores que eran programa de trabajo, dotación de personal y equipos, y experiencia de los proponentes, el primero de ellos estableció una diferencia en el puntaje, si el oferente incluía o no servicios adicionales, aspecto que, en la especie, motiva el presente reclamo. Sobre la materia, el organismo fiscalizador declaró que “los criterios que componen la respectiva evaluación, su ponderación y asignación de puntajes, constituyen aspectos cuyo mérito, conveniencia u oportunidad le compete calificar a la Administración, sin que proceda que esta Contraloría General intervenga en relación con tal materia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 B de la ley N° 10.336”. Por lo tanto, la entidad contralora reconoce la autonomía de los organismos para fijar los criterios objetivos o subjetivos para determinar al oferente seleccionado, sin calificar como bueno o malo preferir sus características subjetivas sobre las objetivas, siempre que estén consignados en las bases licitatorias del convenio marco fundante.

Por otro lado, el dictamen 73.049-2014, ya visto, en el cual se pronuncia sobre la consideración del comportamiento contractual anterior de un determinado oferente para ser excluido de un proceso de grandes compras, señalando al respecto lo preceptuado en el art. 14 bis, que el cuadro comparativo a elaborarse debe hacerse sobre la base de criterios de evaluación y ponderaciones que deben hallarse definidas previamente en la pauta de licitación del convenio marco respectivo. Por lo que, como control de la autonomía que en la materia pueda tener el organismo licitante, el principio de publicidad es importante a la hora de realizar las licitaciones, ya que eso permite conocer los criterios, y con ello controlar de mejor manera los posibles sesgos subjetivos en la confección de las bases con miras a favorecer o perjudicar a oferentes determinados.

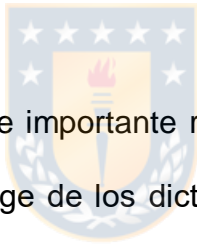
Otra consideración que hace la Contraloría en estos casos es en la especificación de estos criterios, cuyos elementos deben quedar claros para los candidatos y el público en general. Así, en el dictamen 31.412-2013, donde se responde a un oferente sobre una compra de implementos deportivos por parte de la Municipalidad de Viña del Mar, en la que se observan numerosas deficiencias en el proceso licitatorio, pero para el tema analizado, se rescata que, conforme a lo que se había puesto como base de la licitación era posible indicar que de la información contenida en el mencionado portal se aludía en relación al criterio de evaluación “calidad de la oferta”, que ésta iba a ser calificada en cumplimiento de las especificaciones solicitadas, no constando de los

antecedentes tenidos a la vista, algún documento con tales detalles técnicos, únicamente mencionado la exigencia de la marca requerida.

Por otro lado, la Contraloría ha declarado que, siendo criterios que deben constar en las bases, éstos deben ser señalados explícitamente en las mismas, sin ambigüedades a la hora de dirimir si son criterios excluyentes o sólo para efectos de la evaluación. Así lo determinó en el dictamen 14.238-2018, en el cual, conociendo de una reclamación por posible mala evaluación en proceso licitatorio convocado por CORFO para la contratación del servicio de gasfitería para sus dependencias en Santiago, señaló que, cuando en el concurso respectivo se estableció el factor “experiencia profesional” como criterio de evaluación y no de ingreso, no correspondía declarar inadmisibles las ofertas sin perjuicio de que esto lo perjudicara en la evaluación posterior. Misma doctrina se observa en el dictamen 49.339-2016, donde observando unos proyectos de arquitectura convocados por la Municipalidad de Pudahuel, se concluye que, conforme a los procesos licitatorios pertinentes, para valorar el factor experiencia en los certámenes debían considerarse los trabajos de diseño de espacios públicos llevados a cabo por los oferentes, sin posibilidad de consultar para tales efectos la obtenida por personas distintas de los proponentes.

Así las cosas, para el ente fiscalizador los criterios llamados “subjetivos” son admisibles en cuanto permiten conducir el proceso licitatorio al interés particular que tenga el respectivo servicio en cuanto a la necesidad a resolver en el momento, siendo los criterios más generales sólo una guía primaria, que no

debe seguirse tan al pie de la letra sólo por un afán normativista. En todo caso, siempre es necesario justificar el uso de estos criterios, para equilibrar el interés particular del ente público licitante con el interés general de cumplimiento de la normativa, sea legal, reglamentaria o de las bases. Así lo declara la Contraloría en el dictamen 84.937-2016, acerca de una denuncia por irregularidades en un concurso convocado por el Instituto de Previsión Social, en el cual concluye que se observó que no se dejó constancia en el acta de evaluación los motivos para no aceptar determinados antecedentes, lo que infringe la norma del art. 40 bis del Reglamento, en su numeral 4, referido a la aplicación de un criterio de evaluación.



Esto es especialmente importante respecto del principio de igualdad de los licitantes, según se recoge de los dictámenes “gemelos” números 48.177-2012 y 48.178-2012, dictados ambos respecto de la remisión de antecedentes de la Contraloría Regional del Maule sobre un informe que aprueba las bases administrativas y demás antecedentes para la licitación pública del proyecto "Normalización Consultorio General Romeral", comuna de Romeral, en los cuales el ente contralor sentencia, tras analizar la situación, que se objetaba la disposición en la que se determinó que, de persistir el empate entre oferentes, se adjudicaría el contrato al oferente cuyo domicilio contractual estuviera en la región del Maule, por infringir el principio de igualdad entre licitantes. Estos dos dictámenes pueden considerarse una excepción a la doctrina antes analizada, en la que prevalecía el respeto a la autonomía del órgano licitante, pudiendo

justificarse este cambio en que el criterio dirimente no permite determinar una ventaja que sea sustancialmente determinante en lo económico o en cuanto a la utilidad que podría reportar para el servicio.

Por otro lado, es destacable precisar que estos criterios deben, a juicio del ente contralor, estar controlados por el oferente, por lo que no pueden evaluarse variables que no puedan ser manejadas en ese sentido. Así lo pronuncia, por ejemplo, en el dictamen N° 65.449-2015 donde decide no dar curso a una licitación de servicio de mantenimiento celebrada por el Servicio Nacional de Capacitación y Empleo. Especialmente importante es que, señala la Contraloría, no puede incluirse como variable a considerar la remuneración líquida del personal, porque ese monto no depende totalmente de la voluntad del proveedor, no teniendo éste certeza total en el asunto. Por otro lado, continuó el órgano fiscalizador, se objeta como punto de evaluación el ítem “servicios adicionales”, sin que se regule en qué consiste o la forma de comparación de estos servicios.

En resumen, en la fase meramente de oferta de la licitación por parte del órgano público hay un mecanismo decisorio basado en crear un orden jurídico particular, en que el mayor riesgo se halla en la discrecionalidad que tenga el servicio para decidir el sistema a usar y justificar su uso, y en el mayor o menor cuidado que puedan tener los funcionarios encargados para velar que no trasciendan datos que pudieran romper el equilibrio entre oferentes en competencia.

Asimismo, a la Contraloría le interesa un cumplimiento estricto de las bases y una elección fundada tanto en lo jurídico como en lo técnico, a fin de velar por la realización de una elección objetiva, sin subterfugios que, aparentando cumplimiento de la legalidad, disfrazan una licitación viciada ab initio.

III. FASE DE CONTACTO: LLAMADO A LICITACIÓN PÚBLICA Y RECEPCIÓN DE OFERTAS.

En estas etapas, que trataremos conjuntamente, se desarrolla un elemento fundamental para la contratación, que es la búsqueda de la contraparte u oferente privado que tenga el bien o servicio requerido por la institución pública y que se ajuste a sus necesidades.

La existencia de un Registro de Proveedores, a cargo de la Dirección, presenta la ventaja no sólo de facilitar el contacto entre las posibles partes contratantes, sino que también se erige en un escenario que permite la vigilancia del proceso, ya que al obligar a hacer por su vía el llamado a licitación pública y la publicación de las bases, facilitando en gran medida la transparencia del proceso licitatorio, así como la legalidad de las actuaciones del ente licitante. Por otro lado, la existencia del mencionado registro garantiza a los oferentes el cumplimiento de los principios de igualdad de concurrencia y de libertad de participación, al existir una plataforma en que todos deben participar en igualdad de condiciones y en la que el órgano público, además de impedir que participen

oferentes que se encuentre afectos de inhabilidades que les impida participar, sea en forma general, sea respecto de determinados concursos y procesos.

No obstante, puede advertirse el problema del manejo de este sistema de información a cargo de un órgano administrativo que no es lo suficientemente autónomo como lo es la Dirección de Compras y Contratación Pública, ya que si bien tiene personalidad jurídica y patrimonio propio, está en una relación de supervigilancia de la autoridad política, la que indirectamente condiciona el actuar de la entidad. Asimismo, el hecho de que en la ley de presupuestos de 2013 se haya dado un punto especial a financiar la preparación de los funcionarios encargados de compras públicas ha sembrado un manto de duda sobre la dinámica interna de ese servicio¹¹¹. En todo caso, a nuestro juicio, todavía es temprano para pensar en un órgano con autonomía constitucional, dado el limitado ámbito de operación del mismo.

Otro flanco que despierta atención en cuanto a la participación de oferentes es el tema de las inhabilidades para contratar. Ya hemos visto que la inscripción en el Registro de Proveedores como requisito previo y obligatorio por parte de cualquier empresa que quiera participar en los procesos de licitación es una manera de resguardar de antemano la probidad, con el objetivo de establecer un sistema transparente y público en que los privados se den a

¹¹¹ Véase al respecto Caniuqueo, Miguel (2013). "Chilecompra: diez años de compras públicas". En: El Mostrador, 4 de agosto de 2013 [en línea]: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/08/04/chilecompra-diez-anos-de-compras-publicas/>

conocer ante la administración pública y se puedan advertir con anticipación aquellos elementos que pudieran afectar los principios de la contratación, especialmente en cuanto a la participación de personas tanto en las empresas participantes como en los servicios públicos licitantes.

Aun así, hay que hacer la distinción previa entre inhabilidad general e inhabilidad especial. En el primer caso, cuando un oferente no puede participar en ninguna licitación (ni en otro proceso de contratación pública) lo que corresponde es su exclusión del Registro de Proveedores por parte de la Dirección de Compras, previa comunicación de la causal de exclusión, lo que le impide la participación a priori en el sistema de contratación administrativa. En el segundo caso, por el contrario, no existe una facultad ni mecanismo que permita a la Dirección bloquear la participación de empresas inscritas pero que pudieran presentar alguna causal que ponga en riesgo la transparencia del proceso, ya que ello debe ser materia, por un lado, de las bases específicas de cada procedimiento licitatorio y, por otro, de resorte del órgano licitador a través de sus funcionarios encargados y/o comisión evaluadora.

En cuanto se ha hecho el llamado a licitación, los oferentes ejercen su derecho a participar en el proceso haciendo sus ofertas al servicio, que debe hacerse mediante la aportación de los datos requeridos mediante el Sistema de Información, salvo aquellos casos en que, justificadamente, se permita su interposición. Huelga repetir lo señalado a propósito de que este sistema permite la publicidad del procedimiento y con ello su transparencia, a fin de permitir al

servicio mismo, a los oferentes y al público en general, y, advertir posibles riesgos y precaverlos.

La jurisprudencia del TCP ha fallado en el sentido de que el órgano seleccionador debe obrar con objetividad, lo que implica sujeción a las bases, ni pudiendo obrar de manera desviada de ellas, ya que las mismas son un elemento normativo que guía la labor del órgano a la hora de hacer el proceso. Así, en la causa rol 77-2011 "Paisajismo Cordillera S.A. con Ilustre Municipalidad de Arica", a propósito del reclamo de un postulante por no acompañar documentos no considerados en las bases, resolvió: *"El Tribunal interpretando el acápite atinente de las bases llega a la conclusión de que el requisito para acreditar experiencia ha sido formulado en términos genéricos y no contiene referencia alguna a la calidad de las autoridades o funcionarios encargados de otorgar los certificados que la acrediten. Consecuentemente estima ilegal la decisión de la Comisión Evaluadora de considerar sólo los certificados de municipalidades emitidos por su alcalde o el secretario municipal y no los que emanen de otras jefaturas."* Podemos interpretar esto como una infracción al principio de objetividad que debe guiar el proceso y el obrar del organismo y sus funcionarios, generando una infracción al principio de igualdad entre oferentes, y con ello un peligro para la transparencia del proceso, al haber un desvío imprevisto de las facultades del seleccionador.

También hay discusión acerca de la nacionalidad de los candidatos, pese a que la ley no hace ninguna referencia a ello y, en base al principio de libertad

e igualdad, no tendría por qué haber restricciones al respecto. El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de referirse a ello en su sentencia rol 2689 de 24 de mayo de 2016, apelando a que el principio de transparencia permite una fiscalización más amplia que los instrumentos de la norma en específico: “*Que, en el caso concreto, parece necesario asumir un adecuado resguardo frente a un proveedor situado en el extranjero, con el cual se utiliza el mecanismo del trato directo respecto de un contrato con la Administración del Estado, en relación con el que existe constancia que un medio idóneo para determinar los detalles del acto administrativo fue el uso de la comunicación electrónica, cuestión que a nadie debería extrañar en la segunda década del siglo XXI*”. Si bien el fallo no alude expresamente a la nacionalidad del oferente, ni tampoco se enmarca dentro de un proceso licitatorio, es menester atender el factor de foraneidad como un elemento determinante, habida cuenta de su mayor lejanía a efectos de verificar su idoneidad como contratante. En todo caso, veremos más adelante que la existencia de sanciones en el extranjero es considerado irrelevante por la jurisprudencia para calificar la idoneidad de un participante.

Un elemento que pudiera servir de control para la probidad es la exigencia de boletas de garantía, establecidas a fin de cautelar la seriedad de los oferentes concurrentes al proceso, y que es obligatorio exigir para el servicio licitante en los casos señalados en el art. 11 LBCA y 31 del Reglamento, esto es, contrataciones iguales o inferiores a las 2.000 UTM. No obstante, este control sólo puede servir para el control de la probidad en cuanto a favorecer la

conurrencia de empresas constituidas y con actividad comprobable (la garantía puede servir de presunción de un patrimonio suficiente para ello), evitando la llegada de empresas “de papel” que participen sólo para ganarse la adjudicación y luego irse sin cumplir¹¹², pero no controla que estas empresas “serias” puedan realizar acciones indebidas que afecten la buena fe y el uso de los recursos públicos.

Así por ejemplo, el TCP, en causa rol 4-2011, “Corpbanca con Ilustre Municipalidad de Santiago”, en un asunto en que se desestimó un reclamo de un oferente en cuanto entendía vulnerado el principio de no formalización por haberse rechazado una oferta por presentar una boleta de garantía fuera del plazo establecido en las bases, señaló que *“Se estimó que no procedía la aplicación del principio de la no formalización, ya que el incumplimiento imputado al actor no tiene un carácter meramente formal sino que constituye un modo de asegurar la seriedad de la oferta, acorde a lo establecido en el art. 11 de la Ley 19.886. Asimismo, considera que la presentación de la boleta de garantía presentada por la adjudicataria, con un plazo de vencimiento superior a lo exigido en las Bases es irrelevante y no constituye una conducta que vulnere el principio de estricta sujeción a las Bases”*. Aquí podemos apreciar que los elementos definidores de una garantía no son requisitos meramente formales del proceso, sino una forma de garantizar que el oferente realmente es una empresa que puede cumplir. Así las cosas, el servicio público cuida los recursos a utilizar

¹¹² Vid. Moraga Klenner, op.cit. (2012)

previniendo que empresas puedan colarse en el proceso licitatorio sin demostrar intenciones reales de hacer la prestación pedida. La misma doctrina se observa en el caso “SAGEM SCURIT S.A. con Servicio de Registro Civil e identificación” del mismo tribunal, de 27 de junio de 2011, donde declara *“ilegal y arbitraria la resolución que adjudicó la propuesta, ya que la empresa adjudicataria incumplió su obligación de mantener la boleta de garantía de seriedad de la oferta vigente durante todo el proceso licitatorio, infringiendo con ello el principio de estricta sujeción a las bases”*.

Otro tema importante, respecto de la concurrencia, es la necesidad de mantener la competencia entre los distintos oferentes, algo importante a propósito del peligro de la colusión entre estos, y que garantiza el principio de igualdad y libertad de concurrencia consagrados en la LBCA. Para ello, la Dirección de Compras y Contratación Pública elaboró en 2009 la Directiva N° 11, destinada a dar pautas para prevenir los contubernios entre oferentes que, buscando un precio beneficioso para ellos (o el que se adjudique el contrato) terminen perjudicando el erario nacional o del servicio respectivo.

Desarrollando el contenido de esta directiva, debemos señalar que, primero, se ocupa de definir las conductas constitutivas de colusión en las licitaciones, entre las que debemos contemplar *la fijación concertada de precios, repartición de “cuotas de mercado”, cobro de comisiones, etc.*, junto con las condiciones que favorecen estas conductas, como la excesiva concentración del

mercado o la acción de gremios¹¹³; luego, pasa a ocuparse de las acciones de prevención que deberían desarrollar los encargados de los procesos licitatorios, como por ejemplo el estudio de la industria relacionada con el producto necesitado, diseños de procesos que promuevan la competencia, no exagerar en la claridad de bases a efectos de facilitar la actuación colusoria, entre otros; más adelante, establece las acciones de detección que podrían considerarse para la prevención, destacando a este respecto la existencia de una propuesta de “checklist” en uno de los Anexos de la Directiva como forma de aplicar estos criterios; seguidamente, se señala que el contacto con los oferentes, en los casos que la ley lo permita, debe tener un fin estratégico, para lo cual se aconseja a los servicios guardar antecedentes de esos contactos a efectos de futuras revisiones de las historias de las licitaciones; por último, señala recomendaciones para el uso del Sistema de Información, entre las que podemos destacar un “Sistema de alimentación de registros de monitoreo” en que se lleva un registro histórico de licitaciones.

Vistos los puntos anteriores, se recomienda, pues, que los servicios estén atentos y estudien el escenario económico para construir una propuesta de licitación en que la competencia sea la regla general para que los oferentes trabajen sus mejores propuestas, permitiendo al organismo público tener el mejor bien posible.

¹¹³San Miguel, Johannes (2018). “La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EE. UU. y América Latina”. En: Revista Ius et Praxis, año 24 N° 1, pp. 788-789

Profundizando en el tema de la relación entre licitación y libre competencia, esto adquiere importancia en cuanto a la relación entre los principios de igualdad entre oferentes y libertad de concurrencia con las reglas de un sistema de mercado en que lo que debe predominar es la disputa permanente por llevar el mejor producto al demandante. A este respecto, la Fiscalía Nacional Económica ha señalado que la existencia de características especiales de contratación hace al sistema muy susceptible para fenómenos como la colusión, ante lo cual establece una guía de análisis que debería llevarse y que considera conceptos como riesgo de mercado, periodicidad de licitaciones, barreras de participación, número de participantes y antecedentes de coordinación, para el efecto de adoptar criterios de actuación que se basan en las recomendaciones de la Dirección de Compras o la OCDE¹¹⁴. Por otro lado, el art. 3 del DL 211 de 1973 señala en su letra a) como conductas atentatorias contra la libre competencia acuerdos o prácticas concertadas entre competidores que pudieran “afectar el resultado de procesos de licitación”, sin distinguir entre públicas o privadas.

En este aspecto, resulta interesante saber acerca de la posible colisión entre competencias de los tribunales respectivos (de Contratación Pública versus el de Defensa de la Libre Competencia), cuando un mismo hecho pueda

¹¹⁴ Fiscalía Nacional Económica (2011b). Compras Públicas y Libre Competencia”, Serie “Sector Público y Mercados [en línea]: <https://web.archive.org/web/20120112224748/http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoción-1-Compras-públicas-Abr2011.pdf>

ser calificado como infracción a la libre competencia y a la normativa sobre compras públicas. Al respecto, conforme al art. 10 de la ley 20.169 el TCP, al sentenciar, debe remitir antecedentes a la Fiscalía Nacional Económica si es que advierte la existencia de actos de competencia desleal, para que ésta requiera al TDLC. Para algunos autores, no obstante, dada la laxitud con que la LBCA regula el tema, procedería una competencia acumulativa entre ambos tribunales, permitiendo al demandante ocurrir ante cualquiera de los dos ¹¹⁵. Sobre el particular, el TDLC se ha pronunciado en el célebre caso “Sonda S.A. contra Servicio de Registro Civil e identificación” (rol 132-2013), de 25 de octubre de 2013, en donde decretó que este último órgano había infringido la regla del inc. 1º del art. 3 del DL 211, al restringir la competencia en una licitación sobre provisión de documentos de identidad y viaje mediante la inadmisión de la propuesta técnica del demandante por razones de acreditación de experiencia, siendo que este aspecto era un elemento de evaluación y no de admisión, por lo que el TDLC condenó al servicio público a una multa de 200 UTA pero desestimó anular la licitación. En conclusión, creemos posible una competencia acumulativa en estos casos, que permita a los afectados recurrir al TDLC.

¹¹⁵ Romero, Alejandro (2015). “El derecho al juez natural y la competencia de los tribunales especiales (la aplicación de la regla: electa una via per partem ad aliampotestvenire). Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 6 de agosto 2014. Reclamo contra sentencia Tribunal de la Libre Competencia dictada en los autos ‘Sonda S.A. contra el Servicio de Registro Civil e Identificación’ rol CS N° 13.972-2013”. En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 22 N° 1, p. 603.

Un tema por tratar y que incide en el avance a etapas posteriores, es la posibilidad o necesidad de que deba retrotraerse el proceso por causa de modificaciones a las bases surgidas tras el proceso de consulta de los posibles oferentes. En este sentido, el elemento a considerar es la procedencia de hacer el cambio, y si ello puede afectar la transparencia y probidad del proceso. La publicidad del procedimiento permitiría vigilar esta actividad, pero hay que tener cuidado con los derechos y expectativas de los que fueron oferentes en la participación en el respectivo concurso. Cuando analicemos la jurisprudencia de la Contraloría, veremos que ésta se inclina por señalar que la etapa de aclaraciones no es una instancia de modificación de bases.

En cuanto a las causales para decretar desierta una licitación pública, la jurisprudencia ha señalado que debe existir una causa fundada y entendible para ello, esto en atención a lo que obligan el art. 9 LBCA y 11 y 41 de la Ley 19.800 de Bases de Procedimientos Administrativos. Es lo que resolvió el Tribunal de Contratación Pública con fecha 22 de diciembre de 2013 en autos “Constructora Soto y Briceño Limitada c. Dirección Social de la Armada de Chile”(rol 15-2012). Señaló en sus considerandos 7 y 8 de su sentencia, que *“La palabra ‘fundar’ la define la enciclopedia Sopena, como “apoyar una cosa con razones eficaces”. De las normas legales referidas y del significado otorgado por el diccionario español, no puede sino concluirse, que la exigencia de fundar la resolución, que expresa el artículo 9 de la Ley N°19.886, implica el cumplimiento de dos elementos copulativos, el primero referido a necesidad de expresar en la propia*

resolución las razones en que se apoya la decisión y el segundo, referido a la necesidad de que las razones que se señalan en la resolución, sean eficaces para arribar a la decisión adoptada". Así las cosas, se puede entender la afectación a la probidad en un sentido de que no se use este mecanismo para burlar la legalidad y con ello preferir otros modos de contratación menos eficaces en el ámbito de transparencia y buen uso de los recursos fiscales.

Asimismo, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 29 de agosto de 2016, en la causa "Sociedad Prodiagnóstica Limitada con Servicio de Salud Maule" (rol 8672-2016), confirmando la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública, señaló que *"En efecto, se advierte que la Resolución Exenta declarada ilegal y arbitraria por el Tribunal de Contratación Pública no contiene un análisis coherente, lógico o racional que justifique la decisión de declarar desierta la adjudicación realizada a favor del actor, tanto porque dicha decisión no emana del órgano establecido, ex ante, en el artículo 23 de las Bases Administrativas, como tampoco se explica de manera razonada, por qué debía adoptarse dicha decisión, sobre la base de parámetros matemáticos serios y justificables que demuestren que los precios por los que se adjudicó la licitación al actor, superaban el presupuesto por partida de la licitación del Hospital Regional de Talca. En consecuencia, la decisión emanada de la Resolución Exenta debe ser calificada como arbitraria, porque carece de razonabilidad y no posee justificación lógica que la sustente desde que no justifica la falta de presupuesto disponible para la adquisición de las líneas de carros, cuestión que*

conlleva al rechazo del presente reclamo". Aquí, podemos advertir que, además de la incoherencia de la decisión, hubo una infracción al principio de competencia e investidura del art. 7 de la Constitución, ya que un órgano se atribuyó facultades no previstas en las bases, que son una norma especial del concurso.

En sentido contrario, el TCP resolvió en causa "Telesystem S.A. con Ilustre Municipalidad de Peñaflor", de 25 de julio de 2013 (rol 60-2013). Conociendo de una reclamación sobre una licitación de un sistema de red de datos para la institución municipal aludida, el tribunal llega a la conclusión de que hubo ilegalidad y arbitrariedad en el Acta de Evaluación y la posterior declaratoria de Desierto del Concurso, toda vez que hubo reconocimiento por medio de éste que el proceso se hizo en contravención de las normas tanto generales como especiales que guían el proceso licitatorio, revirtiendo lo señalado por el TCP. En especial se señaló por el tribunal: *"con un mejor estudio de los antecedentes de la licitación, recomendó dejar sin efecto el Decreto Alcaldicio impugnado, la Alcaldía dispuso el Decreto Alcaldicio N°2744 de 24 de Abril que dejara sin efecto el Decreto Alcaldicio N°1245 y ordenó continuar con el proceso licitatorio (...)el decreto impugnado se fundamentó en un error de la entidad licitante y no a un incumplimiento de los requerimientos formulados en las bases imputable a su representada, motivo por el cual su oferta no debió ser rechazada"*, lo que a nuestro juicio implica que no debe cargarse al oferente con una carga no establecida en la ley.

Pero no solamente es el elemento jurídico el que debe ser considerado a la hora de declarar o no una licitación como desierta, sino también el elemento económico, lo que se condice con el fin último de la licitación y de la contratación pública en general, que es responder a criterios de eficiencia, eficacia y resguardo de los recursos públicos. Así ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 26 de julio de 2016, en los autos “Kychental Médicos Asociados Limitada con Centro de Referencia de Salud Dr. Salvador Allende Gossens”, en que se reclamaba contra una declaración de inadmisibilidad que fue respaldada por el TCP. En su fallo, la corte señala que la decisión del órgano público se hallaba conforme con el art. 9 LBCA, ya que a su respecto *“Sin duda, de su tenor literal resulta imperatividad y atiende a la conveniencia para los intereses del ente licitante, la que se demostró con la comparación de montos contenida en el fallo cuestionado. De esta forma, no se advierten las infracciones al principio de legalidad, desde que no se produjo una sustracción ilegítima del régimen de la Ley N° 19.886, sino simplemente el uso de una facultad que el legislador otorga a la Administración -declarar desierta las ofertas cuando las presentadas no sean convenientes a los intereses de la institución-, contando, además, el ente licitante con los fondos necesarios al efecto.”*. esto es, debe considerarse la conveniencia para el interés fiscal como elemento decisor de la actuación del ente licitador, que debe a su vez ser un elemento preponderante en la elaboración de las bases, respetando así el principio de cautela del interés

contractual del servicio como base de la fundamentación de una declaración de desierta de una licitación.

En resumidas cuentas, la jurisprudencia analizada quiere buscar el equilibrio entre evitar la rigidez legalista de un proceso licitatorio y resguardar el interés del ente público de que los recursos asignados en la licitación sean usados para satisfacer la necesidad del servicio. Se admite flexibilidad, pero siempre que ayude al fin público y no al fin privado.

IV. FASES DE EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN

Ya analizados las fases de convocatoria a la licitación, quizás pasamos al punto más importante de este procedimiento, ya que posibilita la perfección de la relación contractual entre el servicio público y el oferente privado, que es la evaluación y adjudicación, que también trataremos conjuntamente por estar muy íntimamente relacionadas.

Como ya dijimos, en esta etapa el centro de la acción se traslada desde un punto más normativo, entendido en el cumplimiento de bases y plazos, para ir a un punto más voluntarista, donde es mayor la incidencia de la decisión personal en el resultado.

Asimismo, el panorama empieza a oscurecerse en cuanto a la transparencia del proceso, en que el fuero interno de los participantes juega un rol mayor, al no haber normas muy estrictas en cuanto a la forma en que deba darse la deliberación o cómo conocer la circunstancia en que el funcionario obra.

Básicamente, porque en esta etapa juegan aspectos no sólo jurídicos sino también económicos y de administración del órgano mismo, que no pueden ser regulados por normas escritas y no son fáciles de controlar.

Por ello, el quid del asunto está en si el control de la discrecionalidad de los funcionarios es más eficiente a priori o a posteriori. Nuestra tesis previa es que, viendo la LBCA y otras normas, dado lo limitado de sus controles previos, es más efectivo el control a posteriori, aun con las limitaciones propias de retrotraer procesos ya avanzados, o no hacerlo debido a restricciones legales.

1.- Problemas de la comisión evaluadora y Directiva N° 14 de la Dirección de Compras y Contratación Pública

Partamos por analizar a quien está encargado de evaluar las ofertas, que es la Comisión Evaluadora. Integrada, como señala el art 37° del Reglamento, por un número plural de miembros que, para el caso de las licitaciones públicas de 1000 UTM, debe ser al menos de 3 miembros.

Un primer elemento a criticar es que conforme a la normativa, la mayoría de los miembros de esa comisión deben ser pertenecientes al servicio mismo que está haciendo la licitación. Se podría argumentar a favor que, por ser parte del mismo, los miembros tienen un mayor conocimiento de la situación del órgano y así pueden dar una visión más autorizada por la experiencia interna y las necesidades que viven cotidianamente en la respectiva repartición pública. Sin embargo, se puede argüir en contra que los miembros externos pueden dar

una visión mucho más objetiva del asunto, además de aportar experiencias comparadas.

Como una forma de aclarar estas situaciones, la Dirección de Compras y Contratación Pública emitió la Directiva N° 14, en la que establece reglas de funcionamiento que pueden adoptar los servicios públicos a la hora de conformar comisiones evaluativas. En sus puntos esenciales, se establecen como parámetros deseables de actuación:

a) En cuanto a la designación de los miembros de la comisión, recomienda primeramente evaluar la competencia profesional y moral de los posibles integrantes, para lo cual se recomienda que estos miembros hayan aprobado la Prueba de Acreditación que efectúa la Dirección de Compras para estos efectos. Asimismo recomienda que la comisión sea designada mediante un acto administrativo –con publicación en el Sistema de Información– con anterioridad a la fecha de apertura de ofertas, para que puedan estar presentes en ese acto y se pueda resolver los cuestionamientos que pudieran surgir.

b) En cuanto a la calidad de los funcionarios miembros de la comisión, se recomienda que sean de planta o a contrata, y sólo excepcionalmente a honorarios. Asimismo y en aras de la completa evaluación se recomienda un perfil heterogéneo, esto es, profesionales conocedores tanto de los aspectos jurídicos como de los fácticos, científicos, económicos, etc.

c) Por otro lado, y a fin de expresamente evitar prácticas contrarias a la probidad, se debe distinguir en la asignación de roles y responsabilidades,

promoviéndose en este caso la inhabilidad de los miembros de la comisión evaluadora con el resto de las funciones dentro del concurso, como elaboración de bases, asesorías, o ejercer la autoridad de adjudicación de la oferta.

Asimismo, la Directiva N° 28 ya vista, en su punto 3.2.3, recomienda a los miembros de la comisión evaluativa inscribirse como sujetos pasivos de la “ley de lobby”, a efectos de registrar todas las actividades que pudieran realizar con personas relacionadas con los oferentes, incluyendo recepción de donativos. Esto, en este sentido, puede ayudar a proteger al funcionario a fin de que se advierta de las influencias indebidas que reciba y que puedan determinar un resultado en el concurso divergente con el interés de la institución licitante.

2.- Secreto de las deliberaciones

Otro tema es el secreto de las deliberaciones, una cuestión que contradice en cierto modo el espíritu de la LBCA, que era dar mayor transparencia al proceso y con ello una mayor posibilidad de vigilancia; este secreto se contradice aún más con la reforma constitucional de 2005, en que la transparencia se erigió como fundamento de la institucionalidad, y en que el secreto sólo se admite de forma excepcional, por razones de seguridad pública o interés nacional, y mediante ley de quórum calificado¹¹⁶.

Bien es cierto que hay casos en que la necesidad de secreto o reserva es patente. Por ejemplo, aquellas compras en que se vean afectadas la soberanía

¹¹⁶Allesch, Johann, y Obando, Iván (2004). “Una Visión Crítica Sobre La Normativa de Acceso a los Actos e Información Administrativa”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 10 N° 2, pp. 57-58.

o la seguridad nacional (como las referidas a las Fuerzas Armadas). Por otro lado, un argumento a favor de este secreto de las deliberaciones es evitar que en ellas se pueda ejercer la influencia de los candidatos o de relacionados con ellos, garantizando decisiones libres de presión y enfocadas en lo realmente objetivo del tema, que es la calidad de la oferta y si ésta satisface el interés del servicio.

Pero el conocimiento del proceso no debe ser sólo en aquello que sea meramente formal o normativo, también se hace necesario el conocimiento de qué razones determinan la elección de la oferta más conveniente, y ello ocurre precisamente en esas deliberaciones. Claro, es fácil remitirse a las bases y señalar con puntajes, pero sucede que a veces no es claro determinar cómo se llegó a ese puntaje, cuáles fueron los elementos considerados, qué argumentos se dieron para llegar a esa decisión.

Si bien la normativa exige que se levante acta de lo deliberado en esas sesiones, esta acta se elabora por escrito y con posterioridad a las reuniones, por lo que no es posible determinar con total certeza que lo declarado en esa instancia que pueda ser concordante con la verdad factual de lo realmente conversado ahí.

3.- Foco de las evaluaciones

Otro flanco abierto en materia de probidad administrativa aplicable a la evaluación es su énfasis en los aspectos técnicos y económicos de las propuestas más que en la calidad de los candidatos relativa a su relación con el

servicio y aquellos elementos que podrían incidir en la probidad y transparencia del proceso contractual, según se advierte de los arts. 6 inc. 1° LBCA y 38 del Reglamento. Esto no es muy adecuado al momento de regular el margen de discrecionalidad de los funcionarios, puesto que no considera aquellos aspectos que, no relacionados con la calidad y utilidad del producto, sí son determinantes para que el ente evaluador o sus miembros tomen una decisión al respecto.

Más adelante desarrollaremos el tema del deber de abstención de los funcionarios como regla general para proteger la probidad, no sólo en el procedimiento de licitación sino que en general en cualquier acto administrativo que implique decisiones. Por lo pronto, este énfasis en el ámbito representa una debilidad de este elemento como controlador de la probidad del proceso, puesto que el aspecto meramente técnico puede opacar aquellas relaciones o circunstancias que afectan el principio, o servir de excusa plausible. Uno pudiera pensar que esto se compensaría con lo establecido en el art. 4 LBCA sobre la idoneidad legal de los contratantes, pero esto escapa a lo que se está analizando aquí, ya que eso fue controlado en etapas anteriores y no debería ser objeto de revisión en esta etapa del proceso¹¹⁷.

¹¹⁷ Al respecto, Bielsa criticaba que factores como el precio fueran determinantes pues atentaban contra la seriedad del proceso, lo cual era un riesgo inherente a la licitación, pública o privada. Véase Bielsa, citado por Guajardo, op.cit., p. 96.

4.- Problema de la revisabilidad de la evaluación, posibilidad de responsabilidad civil

Pero quizás el mayor problema en esta instancia sea la aparente imposibilidad de revisión jurídica previa de la evaluación. Dado que es una actividad en que se combinan elementos de orden económico, técnico, científico, histórico, y tantos otros, y en que los que intervienen no necesariamente son letrados en derecho, sino en otras áreas profesionales respectiva, es que a primera vista pudiera entenderse que la revisabilidad jurídica de la evaluación resulte poco adecuada y con menos posibilidad de efecto jurídico relevante.

Sin embargo, existe una zona gris, en que se conjugan los elementos fácticos con los jurídicos, como los criterios establecidos en las bases según el art. 37 inc., 2º del Reglamento, o la regla general del art. 6 LBCA sobre la combinación más ventajosa entre beneficio del bien o servicio y costo asociado presente o futuro. Estos elementos sí pueden ser controlados, pero depende mucho de los factores no jurídicos señalados anteriormente, para configurar el cumplimiento o incumplimiento, y en este último caso si es una infracción total o parcial.

Ante esta imposibilidad, surge la idea de hacer efectiva la responsabilidad del Estado por esta discrecionalidad mediante el respectivo juicio civil¹¹⁸. Esto, por cuanto el art. 4 y 42 de la LOC de Bases de la Administración dan pautas

¹¹⁸ Véase al respecto Cordero, Luis (2014). "Responsabilidad del Estado y actos discrecionales". En: El Mercurio Legal, 26 de septiembre de 2014 [en línea]: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903354&Path=/0D/C8/>

muy generales en cuanto a los elementos que configuran esta responsabilidad, y si es que consideramos la tesis objetivista defendida, entre otros, por Eduardo Soto Kloss, en que el Estado debe responder a todo evento¹¹⁹.

A nuestro parecer, la mayor dificultad para aplicar el instituto de la responsabilidad del estado en la materia radica en probar una relación causal entre el hecho de la decisión del órgano y un daño pecuniario subsiguiente. Debemos decir, al respecto, que el oferente al participar en la respectiva licitación solo tiene una mera expectativa de ser elegido o no, por lo que no hay un derecho indubitado que pudiera ser considerado para estos efectos como parte de su patrimonio.



Así lo ha resuelto la jurisprudencia. La Corte Suprema, en causa rol 11.364-2014, conociendo de una casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que revocó una del TCP y en definitiva denegó una indemnización a favor de un postulante a licitación, basado en que la participación en la licitación no otorga ningún derecho al participante más allá de la posibilidad de ser parte del concurso, por lo que la adjudicación es sólo una mera expectativa. Así, *“la declaración de ilegalidad contenida en la sentencia dictada por el Tribunal de Contratación Pública a propósito de la licitación de que*

¹¹⁹ Vid. Soto Kloss, Eduardo (2013). *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales* (3ª ed.). Santiago: LexisNexis, pp. 815-817 y 838-842. Esto, obviamente, sería incompatible si defendiéramos la tesis subjetivista o por culpa que defienden, entre otros, Luis Cordero (*Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed.). Santiago: LexisNexis, 2015, pp. 708-717), Enrique Barros (*Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 506) o Silva Cimma (Silva Cimma, op.cit., pp. 216-217), entre otros.

se trata es insuficiente por sí sola para reconocer al reclamante el derecho a ser indemnizado por los daños que reclama, en especial porque el oferente tiene una mera expectativa (y no un derecho adquirido como ha sostenido el actor) de adjudicarse el contrato, posibilidad que para concretarse depende, entre otros factores, de que la Administración califique su oferta como la más conveniente al interés público. En ese sentido los falladores recalcan que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto y no eventual, de lo que se colige, tal como lo consignan expresamente, que el afectado ha debido acreditar la responsabilidad del servicio demandado, la naturaleza de los daños que reclama y la relación causal respectiva. Finalmente los sentenciadores aciertan al sostener que la demanda tampoco puede ser acogida desde que el actor, además, no demandó los daños relacionados con el proceso de licitación y con su participación en él como oferente (...) para que proceda la indemnización exigida es preciso que se demuestre la concurrencia de todos y cada uno de los supuestos de la acción resarcitoria intentada, sin que baste a este fin y por sí sola la declaración de ilegalidad efectuada por el Tribunal de Contratación Pública. Asimismo, se debe descartar la tesis sostenida por el demandante consistente en que contaba con un derecho adquirido para adjudicarse la licitación en comento sino que, a la inversa, se debe subrayar que la suya sólo era una mera expectativa que nada le aseguraba a este respecto, constatación que refrenda la necesidad en que se hallaba de probar los fundamentos fácticos de su demanda, lo que no aconteció en la especie”.

En el Derecho Comparado ha habido diferentes respuestas a ello. Por ejemplo, en Colombia se ha reconocido la indemnización en caso de probar que la propuesta del demandante era mejor que la adjudicada, pero ha habido evolución jurisprudencial en cuanto al monto a que debe aspirar y las razones por qué debe ser así¹²⁰. En España, se ha invocado el principio de confianza legítima para aceptar la responsabilidad patrimonial de la administración por infracción a la ley en la tramitación de la contratación pública¹²¹.

5.- El deber de abstención de los funcionarios.

Un deber general, que si bien se da con mayor incidencia en las etapas decisorias del proceso licitatorio, es aplicable a lo largo del mismo, es la abstención que deben tener todos aquellos funcionarios que pudieran poseer algún elemento o situación que afectare su imparcialidad a la hora de actuar.

En la materia, el DS 1410, modificatorio del Reglamento de la LBCA, incorporó un nuevo art. 6 bis en que explicita el deber ya establecido a nivel general en el art. 62 N° 6 de la LOC de Bases de la Administración, señalando que las autoridades y funcionarios, incluyendo los contratados a honorarios, deben abstenerse de participar en los procesos licitatorios en los que existan circunstancias que les resten imparcialidad, que remitiendo a la norma de la otra ley, se refieren a las relaciones de parentesco siguientes: cónyuge, hijos,

¹²⁰ Rico, 2007, pp. 117-128.

¹²¹ Escrihuela, 2008, pp. 174-175 y 326.

adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

A nuestro entender, el deber de abstención establecido en el art. 6 bis, introducido por el Decreto 1410, es un elemento esencial para resguardar la actuación directa de los funcionarios públicos en el contexto de una contratación pública, puesto que confirma la aplicación de una norma básica del ordenamiento administrativo como lo es la LOC de Bases. Sin embargo, no contempla los casos en que el funcionario, si bien no participa del proceso, puede ejercer una influencia sobre otros funcionarios, internos o externos, como aquellos encargados de diseñar las bases o recibir los antecedentes. Por otro lado, la norma citada, el art. 62 N° 6 LOC Bases de la Administración, sólo se refiere a las relaciones que puedan tener el funcionario y los familiares señalados, pero no otras personas relacionadas al funcionario que no sean esos parientes. Sin perjuicio de lo anterior, la Directiva N° 28 de la Dirección de Compras y Contratación Pública, en el apartado 3.2.1, señala que “Sin perjuicio de las inhabilidades para contratar , descritas en los párrafos anteriores, los funcionarios públicos siempre tendrán el deber de abstenerse de participar en los procedimientos de contratación, cuando exista cualquier circunstancia que les reste imparcialidad”, que amplía el campo de acción, pero no tiene fuerza obligatoria y sólo es recomendación del ente regulador.

No existe una regla especial para determinar la forma de alegar la incompetencia de un funcionario, por lo que debe recurrirse a las normas

especiales en la materia. No suelen haber en las bases instancias de recusación por las cuales los oferentes puedan discutir la imparcialidad de alguno de los miembros de esas comisiones, lo que obliga a recurrir al instituto de impugnar en general las bases.

Por otro lado, en cuanto al efecto posterior de una infracción al deber de abstención, si bien el inciso 1º del art. 53 de la ley N° 19.880 establece como sanción la nulidad del acto, la jurisprudencia del TCP ha sido más bien flexible en este aspecto. Por ejemplo, en un fallo del 20 de mayo de 2011 en los autos “Jaime Iván Sotomayor Neculman c. Delegado Provincial del SERVIU de Osorno”, rol 67-2010, se decretó que la infracción a este deber de abstención no trae como consecuencia necesaria la invalidez del acto. Se señala además por el tribunal que, en todo caso, para impugnar una resolución fundada en un procedimiento establecido en las bases de licitación hay que impugnar oportunamente las mismas, lo que no ocurrió en el caso. Igualmente, en sentencia de 8 de junio de 2012 en autos “Gestión Ecológica de Residuos S.A. con Ilustre Municipalidad de Huechuraba”, en que conociendo de una acción de impugnación de una licitación sobre gestión de residuos, señaló que la declaración judicial de arbitrariedad o ilegalidad de una acción u omisión, no produce por sí misma un efecto anulatorio, ya que el tribunal puede ordenar otras

acciones que a su juicio sean necesarias para restablecer el imperio del derecho¹²².

Cierta doctrina no concuerda con esta solución jurisprudencial. En efecto, autores como Ricardo Concha reprochan esto, señalado que el argumento de que el interés público permite recurrir a una salida diferente a la nulidad del contrato es inadmisiblesi no hay una argumentación que sustente su posición frente a la alternativa por el respeto a la legalidad, cosa que no suele suceder en la jurisprudencia. Asimismo, descarta la idea de que la nulidad sea inoficiosa ante hechos consumados si atendemos a lo señalado en el art. 11 del Código Civil, en relación con el art. 23 del mismo, en orden a que aun en caso de no haber contravención al fin de la ley debe dejar de anularse un acto viciado¹²³.

En nuestra opinión, la crítica de Concha no es admisible, por cuanto implica dejar de lado principios fundamentales que rigen no sólo la contratación pública, sino la actividad administrativa en general, como son la eficiencia o la eficacia, además de la continuidad de funcionamiento de los servicios públicos que podría verse afectada con una nulidad de licitación o contrato, sobre todo en los casos que esos bienes o servicios estén siendo utilizados por el respectivo organismo. Por tanto, es admisible una flexibilización de las consecuencias,

¹²² Sobre un panorama general de la jurisprudencia del TCP, véase Concha, op.cit. (2015), pp. 553 – 566.

¹²³ Concha, Ricardo (2016). “Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportado en un procedimiento ilegal”. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 46, pp. 293-294.

siempre que se respete, por un lado, el principio de independencia de responsabilidades (para perseguir las que correspondan), y por otro, para que se respeten los derechos adquiridos por las partes contratantes¹²⁴.

6.- Prohibición de contacto entre oferentes y funcionarios

El art. 39 del Reglamento establece que no puede haber contacto entre oferentes y el órgano licitante o sus funcionarios, salvo en actividades que tengan directa relación con la evaluación, tales como solicitud de aclaraciones, visitas a terreno, entrega de muestras, entre otras. Este precepto fue modificado por el Decreto 1410 de Hacienda de 2015, que introdujo reformas a este Reglamento de la LBCA con el objeto de fortalecer la transparencia en los procesos administrativos y en especial la labor funcionaria relativa al mismo.

Esta norma se hizo, sobre todo, pensando en la actividad de cabildeo más conocida como “lobby”, que buscaba controlar la influencia de entidades privadas en la gestión públicas mediante la promoción de sus ideas o intereses. En este aspecto, dado que el procedimiento de licitación se halla normado con la motivación de garantizar la objetividad técnica y económica en la decisión de los encargados de resolver el concurso, es que debe haber cuidado de que la influencia de los lobistas no altere esta esencia¹²⁵.

¹²⁴ Véase Guajardo, op.cit., pp. 139-140.

¹²⁵ Véase al respecto Ministerio Secretaría General de la Presidencia (s/f). “Guía para Administradores Institucionales de la Plataforma Lobby y Administradores de Chile Compra”. En: Ayuda Plataforma Ley de Lobby [en línea]:http://ayuda.leylobby.gob.cl/site/assets/files/1083/gui_a_para_administradores_chilecompra_y_lobby_190515.pdf.

El tema acá es el control que se pueda tener de estos contactos, ya que la norma en comento habla de “contactos”, los que no necesariamente deben ser a nivel de persona. Como veremos en el capítulo respectivo, la Contraloría ha extendido este concepto a incluso actos unilaterales de la administración, como petición de información adicional, doctrina que a nuestro juicio se aleja del fin pretendido por el legislador. Por otro lado, existe indefinición acerca de lo que se permite como contacto, siendo esencial para discernir lo permitido y lo prohibido, y, su directa relación con la resolución de la licitación,

Otra crítica es relacionada con que esta prohibición de contacto para algunos es muy estricta, aunque tiene que ver más con el procedimiento licitatorio en sí más con este elemento. Al respecto, cabe destacar el caso “Sobrepuestos”, en que se licitaban equipos para la detección de droga en la zona norte del país, y en el que se terminó pagando un precio 4 veces mayor al que correspondía según el mercado. Respecto de este caso, se concluyó que en casos como el investigado la licitación pública aparecía como un mecanismo demasiado rígido para el caso, aun en aras de garantizar la competencia y transparencia del proceso, en vista de la existencia de intermediarios que pueden obrar de manera contraria al interés fiscal, y donde la prohibición de contacto aparecía más como una traba para un conocimiento previo de los bienes o

servicios a contratar, pudiendo existir una excepción que permita una selección más beneficiosa para el ente público¹²⁶.

7.- Problemas en la adjudicación

Como vimos anteriormente, la adjudicación es un resultado de la deliberación y decisión de la Comisión Evaluadora. Es por decirlo de algún modo, la expresión de aquello que en la instancia antes señalada se decide. Por tanto, muchos de los problemas que se observan en esta sede no son sino heredados del estadio anterior.

Así, uno puede preguntarse si debería haber un control ex ante de la adjudicación del contrato, que en Chile parece no haberlo. En el derecho comparado existen ejemplos de una revisión previa de la decisión, en que incluso puede suspenderse la firma o entrada en cumplimiento si hay reclamaciones¹²⁷. Al respecto, en la doctrina local existe críticas a la aparente necesidad de inmediatez en contratar, señalando que debería existir una suspensión obligatoria (y no la facultativa que actualmente existe) del procedimiento ante impugnaciones, sea total o parcial, estableciendo un tiempo de espera entre la adjudicación y la suscripción del contrato, con posibilidad de ampliación en caso de existir acciones pendientes. A su juicio, la urgencia de la prestación no

¹²⁶ Véase al respecto Wilhelm, Karina (2016). *Caso Sobreprecios en el Plan Frontera Norte*. Tesis de Magister en Gestión y Políticas Públicas, Universidad de Chile, pp. 26-29 y 39-41.

¹²⁷ Véase Instituto Nacional de Administración Pública, 2009, pp. 124-125.

debería ser óbice a estos ajustes, existiendo otros sistemas de contratación en la propia ley, aparte de facilitar la aplicación del instituto de la nulidad por parte del tribunal en caso de invalidación total del procedimiento¹²⁸. Estas ideas, de *legeferenda*, a nuestro juicio pueden ser útiles, pero en la medida en que no se usen como formas subrepticias de anular procesos ya afinados.

V. FASE DE ACEPTACIÓN Y FIRMA DEL CONTRATO

Pasando a la fase de contrato propiamente tal, dada su dependencia de la fase anterior, implica revisar el proceso hacia atrás de nuevo. Por tanto, huelga señalar lo ya estudiado en las etapas anteriores.

Quizás el flanco débil en esta etapa es la opción entre orden de compra y suscripción de contrato escrito, donde la mayor o menor revisabilidad de cada uno puede ser determinante para advertir la existencia de faltas al principio de probidad. En este sentido, la existencia de una opción preferente por la suscripción de un acuerdo más formal aparece como una exigencia de mayor detalle y con ello más “informadora” de los elementos de la contratación, frente a la orden de compra, que es un trámite más expedito y por tanto más susceptible a omisiones que puedan afectar al principio de transparencia y, con ello, a la vigilancia de la probidad del proceso.

La suscripción de un contrato contiene un mayor contenido en cuanto a las partes, las condiciones de la contratación y las medidas a seguir para cautelar

¹²⁸ Concha, op.cit. (2016), pp. 295-298.

el cumplimiento efectivo de la obligación por parte del adjudicatario. Permite, asimismo, mayor publicidad de esos elementos a fin de permitir la vigilancia tanto institucional como ciudadana del mismo, lo que facilita las cosas a efectos de resguardar la probidad en este asunto. En todo caso, la orden de compra, al tener que hacerse por vía del Sistema de Información, facilita de alguna manera la publicidad de los antecedentes. En nuestra doctrina, Moraga señala que ante la necesidad de una mínima seguridad jurídica se debe obrar, por parte de licitantes y oferentes, con una claridad en cuanto a la identidad de las partes involucradas, a efectos de facilitar la comprensión de los derechos y deberes emanados del contrato que corresponden a cada uno¹²⁹.

VI. RESPONSABILIDAD FUNCIONARIA, CIVIL Y PENAL POR INFRACCIONES A LA PROBIDAD.

Dado que no siempre los controles ex ante funcionan, surge con fuerza la posibilidad de los controles ex post de los actos relativos a la actuación del respectivo organismo público y/o de sus funcionarios, que provoquen un daño pecuniario o moral a contratistas o candidatos, o al interés público en que los recursos materiales del estado sirvan al fin de la respectiva institución y en general al bien común. No obstante, existiendo perjuicio al Estado o a particulares con las acciones civiles, cabe preguntarse por la concurrencia de otros regímenes de responsabilidad, como la administrativa o la penal.

¹²⁹Moraga, op.cit. (2007), p. 253.

Partiendo por la idea de la independencia de responsabilidades consagrada en el art. 120 del Estatuto Administrativo, estos mismos regímenes pueden que se crucen o no cuando se trata de reprimir actividades dentro de un proceso licitatorio que hayan provocado esta clase de perjuicios, y tienen consecuencias diferentes y a veces contradictorias¹³⁰.

1.- Responsabilidad funcionaria

Partiendo por la responsabilidad que les cabe a los funcionarios, al no haber reglas especiales en la LBCA debemos atenernos a lo estipulado entre los arts. 18 y 61 de la LOC Bases de la Administración y su aplicación mediante los arts. 126 y ss. del Estatuto Administrativo. Esto es, la responsabilidad funcionaria se expresa mediante el correspondiente proceso sumarial, en el que se investigan los hechos constitutivos de infracción a la ley administrativa y la participación del funcionario, siéndole aplicables las sanciones establecidas en el art. 121 y ss. del Estatuto Administrativo. Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, que puede o no surgir, dependiendo de la existencia de un daño a reparar económicamente (civil) o de un hecho típico, antijurídico y culpable (penal) relacionado con tal¹³¹.

El tema, obviamente, es la identificación de aquel funcionario que haya cometido la infracción a la probidad, lo cual tiene directa relación con la normatividad del acto o etapa de licitación respectivos, o sea mientras las

¹³⁰Secretaría Ejecutiva Agenda de Probidad y Transparencia, op.cit., p. 144-145.

¹³¹ Véase Barra y Celis, op.cit., pp. 159-160.

cuestiones sean más “de mérito”, menos posibilidad hay de que se pueda caer en responsabilidad, como lo veremos cuando analicemos la jurisprudencia de Contraloría.

2.- Responsabilidad civil

Ya la hemos visto a propósito de algunas sentencias acompañadas en el análisis de diversos elementos de control, que existe siempre la posibilidad de demandar el perjuicio causado por la discrecionalidad del Estado.

Una primera interrogación aparece respecto de la naturaleza de esta responsabilidad, si es contractual o extracontractual. Podría uno confundirse ya que el proceso licitatorio corresponde a la creación de un contrato, pero sucede que el tipo contractual sólo opera en el marco de la respectiva relación contractual, por lo que el resto de personas afectadas debe ser tratado conforme al instituto extracontractual o civil-delictual.¹³² Otro tema pasa también por el reconocimiento de la responsabilidad pre-contractual como un instituto aplicable en la materia, lo que para alguna doctrina es aplicable e incluso reconocido en el texto de la LBCA¹³³, lo que pudiera ser plausible o no si entendiéramos la licitación como una instancia precontractual o derechamente contractual.

¹³² 44. Pérez, María Dolores, y Sánchez, Miguel (2015). *Manual de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, p. 547.

¹³³ Vázquez y Koch, op.cit., pp. 18-19.

Así, dependiendo de quién es el afectado y quién es el autor de la falta a la probidad, procederá la responsabilidad extracontractual, sólo con las reglas del Título XXXV del Libro IV del Código Civil si el autor es o pertenece a un oferente privado, o con las normas de los arts. 4 y 42 y los principios de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, si el autor del daño es un organismo público o un funcionario, sin perjuicio de la posibilidad que tiene la Administración de repetir, o sea demandar en contra del funcionario involucrado, conforme al art. 42 inc. 2º de la LOC de Bases de la Administración, lo que se ejerce mediante el correspondiente juicio de cuentas que está regulado en los arts. 85 y ss., de la ley 10.336 y cuya competencia cae en la Contraloría.

Los problemas que se advierten de esta solución es que, para el caso, tiene un fin meramente reparador del daño ya cometido, y sólo sirve como una suerte de “advertencia” para casos similares, pero no es preventivo. Por otro lado, conforme al art. 3 inc. 2º del Código Civil, sólo tienen fuerza para el caso específico, no influyendo en otras situaciones análogas. Solamente podrían servir de mera advertencia para los casos a futuro, dependiendo de la inclinación jurisprudencial, pero nada asegura que eso se mantenga a futuro.

Por otro lado, está el hecho de que la responsabilidad civil, en buena parte de los casos, requiere de la declaración previa de existencia de irregularidades a partir de un proceso ante el TCP, lo que obliga a una doble persecución, primero en la instancia especial de la materia, y seguidamente ante el juez civil, lo que dificulta enormemente la posibilidad de reparar el daño en un plazo

razonable, aparte de la discordancia de criterios entre tribunales. Algunas propuestas de reforma incluyen la posibilidad de que se resuelva ante el mismo TCP el conflicto indemnizatorio derivado de la licitación irregular para evitar esta duplicidad jurisdiccional¹³⁴.

Por último, hay un tema respecto a qué es lo que se debe indemnizar atendido a lo que el oferente “perdió” por una licitación mal realizada. En estos casos, la jurisprudencia ha accedido a la indemnización a oferentes rechazados en casos en que la licitación se ha efectuado con infracción a las normas legales. Un caso señero en esta materia es el fallo de la Corte Suprema en la causa “Automática y Regulación S.A. con Fisco de Chile” (rol 19.233-2017), donde se había demandado al Fisco por parte de una empresa de servicios tecnológicos por una licitación para colocar semáforos inteligentes en la ciudad de Puerto Montt, que fue adjudicada a otra empresa, la que luego fue declarada ilegal por el TCP por no cumplir con las bases de la licitación, reconociendo al reclamante el derecho a reclamar indemnización. La Corte, en la sentencia de casación, señaló que la realización de un procedimiento indebido implicó una falta de servicio que con llevó la responsabilidad patrimonial de la Administración en términos del art. 42 LOCBGAE, rechazando lo pedido por el ente público y confirmando lo sentenciado por el 8º Juzgado Civil de Santiago y la Corte de

¹³⁴Véase al respecto Del Río, Gabriel (2016). “Hacia una protección efectiva de derechos en las licitaciones públicas”. En: El Mercurio Legal, 19 de octubre de 2016 [en línea]: <http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/10/19/hacia-una-proteccion-efectiva-de-derechos-en-las-licitaciones-publicas.aspx> .

Apelaciones de la misma ciudad. En todo caso, señaló que no procedía considerar el gasto por participar de la licitación como un daño emergente, atendido a que ese desembolso se hubiera realizado igual en caso de que la licitación se hubiera hecho acorde a derecho, y en cambio sí consideró como lucro cesante la utilidad que pudo generar el proyecto de haber sido adjudicado al reclamante.

Esto representa un cambio en lo señalado por jurisprudencia anterior, en la que se ha declarado la improcedencia de estos resarcimientos dada la inexistencia de un daño tangible por existir sólo una mera expectativa del oferente no seleccionado¹³⁵. La Corte adopta, en este sentido, la llamada “pérdida de oportunidad” como una ponderación válida para asignar responsabilidad por la licitación mal elaborada, entendiéndose que mediante esta tesis se busca resarcir la oportunidad de evitar un daño u obtener un beneficio, más que lo efectivamente obtenido, siendo esta reparación menor en montos a la obtenible si se demandara lucro cesante.¹³⁶

Con todo, puede hacerse un par de cuestionamientos al fallo antes reseñado. En primer lugar, cabe preguntarse cuál es la afectación patrimonial

¹³⁵Véase al respecto Diario Constitucional (2018). “Acerca de la indemnización por contratos no concedidos”, editorial del 8 de mayo de 2018 [en línea]: <http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/jurisprudencia-judicial/2018/05/08/acerca-de-la-indemnizacion-por-contratos-no-concedidos/>

¹³⁶Ríos, Ignacio (2015). “Corte Suprema, licitación y pérdida de la oportunidad (chance)”. En: El Mercurio Legal, 23 de noviembre de 2015 [en línea]: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904363&Path=/0D/CC/>

sufrida por el demandante, si no fue el adjudicatario, ya que, en este caso, el demandante quedó en segundo lugar, aun cuando el TCP señaló que si se hubiera cumplido con las bases sería contratado. Pero se pierde uno de los elementos esenciales de la responsabilidad civil, cual es la existencia de un daño que además debe ser directo.

Otro cuestionamiento se refiere a que debería ser el contratante adjudicado, que perdió su derecho, el que debería reclamar la indemnización del estado, ya que el acto licitatorio viciado lo afectó directamente, al ser privado de los efectos de un contrato, habiendo adquirido -o creído adquirir- un derecho de esa relación. En nuestra opinión sí debería tener derecho, porque se le creó una situación -no una mera expectativa- en la que gozó de una posición y derechos contractuales, habiendo un actuar ilícito del estado¹³⁷.

Otro fallo que también reconoce el derecho a resarcir perjuicios de oferentes no seleccionados en licitaciones declaradas ilegales fue el emitido por la Corte Suprema en causa rol 2795-2015, caratulado “Sociedad Comercial e Industrial Titanium Limitada vs. Instituto Nacional de Deportes”. En esta resolución, conociendo de un recurso de casación en el fondo, la suprema instancia judicial señala, además de que la responsabilidad de la Administración es de naturaleza “subjetiva”, es decir, requiere una culpa, y de que se configura

¹³⁷Curimil, Mauricio (2017). *¿Debe la Administración del Estado adjudicar una licitación pública al mejor oferente si este cumple con todos los requisitos de la convocatoria? Análisis particular de la licitación del litio en Chile del año 2012*. Memoria de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile, pp. 82-83.

especialmente por la falta de servicio del órgano público, decreta que la evaluación ilegal en una licitación que favorece a un oferente en perjuicio de otro configura falta de servicio. En este caso, el tribunal revierte la decisión del 4º Juzgado Civil de Santiago, confirmada por la Corte de Apelaciones de esta ciudad, que había rechazado la indemnización pedida a causa de malos manejos en una adjudicación de una licitación, en que arbitrariamente se modificaron puntajes para favorecer a una empresa en desmedro de la reclamante.

Entre los elementos en común de estos fallos podemos hallar que la declaración previa de la TCP no implica la existencia del perjuicio, manteniéndose la necesidad de un criterio de culpa o “subjetivo”, basado en la falta de servicio. Pero podríamos preguntarnos si se podría presumir perjuicio por la ilegalidad cometida. Por lo señalado por la anterior jurisprudencia, no. Por lo que no hay una culpa normativa, sino que debe probarse que hay una falta imputable, que se identifica en estos casos con la “falta de servicio”.

3.- Responsabilidad penal

Ahora bien, la probidad puede ser protegida de la forma más enérgica mediante la *última ratio* que es el Derecho Penal, sólo para los casos en que las otras soluciones no sirvan para corregir o disuadir de las conductas contrarias a la ley.

Ante esto, hay que distinguir entre los delitos que sólo pueden cometer los funcionarios públicos y los que pueden cometer los contratistas u otro sujeto privado.

a. Delitos del funcionario.

Estos delitos se hallan regulados en el Título V y el párrafo IV del Título III, ambos del Libro II del Código Penal, y que en definitiva son los delitos relativos a la función pública en general, aplicables. Si bien el art. 260 CP establece una definición estricta del concepto de funcionario público, la jurisprudencia penal lo ha extendido a cualquiera que sea el carácter del órgano o la naturaleza del vínculo que una al funcionario con el respectivo servicio¹³⁸.

Para estos efectos, los delitos relativos con la probidad en licitación pública se refieren tanto a aquellos que se cometen en (o con ocasión de) las etapas del proceso de licitación, como los que se cometen con relación al mismo, pero sin afectarlo directamente. Por ello, debe hacerse un ejercicio de relación entre lo preceptuado en la LBCA y los arts. 62 de la LOC de Bases y los tipos penales que se analizan a continuación.

Así, los delitos que se pueden relacionar con la contratación pública serían:

i) Entre los que implican una afectación directa del patrimonio, la malversación de caudales públicos de diversas formas como sustracción, desvío o retención indebida de fondos (arts. 233 a 237 del Código Penal), el fraude al fisco propiamente tal, en que el funcionario defrauda al Fisco o un órgano (art. 239 CP), el cohecho o soborno pasivo del funcionario (art. 248 CP).

¹³⁸ Ministerio Secretaría General de Gobierno (2016). *Conceptos generales sobre infracciones administrativas a la probidad y delitos funcionarios más comunes*. Documento técnico N° 96., p. 20.

ii) Entre los que no implican una afectación directa al patrimonio, sino a la fe pública, la negociación incompatible (art. 240 CP), tráfico de influencias entre funcionarios (art. 240 bis CP), exacción ilegal de recursos a privados (arts. 257 y 141 CP), infracción en custodia y violación de documentos, incluyendo el uso de información privilegiada (arts. 242 a 247 bis CP), nombramientos ilegales (art. 240 CP), usurpación de atribuciones (arts. 221 y 222 CP).

Un gran problema para la persecución de estos delitos, aparte de tener que coincidir las conductas con los tipos penales, es primero identificar al responsable de estos delitos, lo cual se hace difícil cuando la decisión se toma mediante colectivos, como lo es la comisión evaluadora, donde la responsabilidad suele diluirse entre todos los que participan en ella. Segundo, se requiere probar, en los casos en que el bien jurídico sea de orden económico, la existencia de un detrimento en el patrimonio del Estado o el organismo público con la comisión del delito, lo que es difícil de ponderar dada la existencia de diversas consideraciones tanto jurídicas como fácticas que terminen decidiendo eso en un concurso público, por lo que se hace más difícil determinar su directa vinculación con el delito cometido. En todo caso, las reformas legales hechas en el último tiempo a estos tipos penales, ampliando los casos en que se puede satisfacer la exigencia del tipo penal, nos demuestran la intención del legislador

de proteger de mejor manera la recta administración de los negocios del estado, y en esto cabe la contratación pública¹³⁹.

Por otro lado, se requeriría para iniciar la investigación de estos delitos que se diera cuenta del hecho irregular a la Contraloría o los tribunales especiales de la materia, siendo complicado, aunque no imposible, la denuncia directa a Fiscalía o tribunales ordinarios, incluso en este caso se requeriría un informe previo del ente fiscalizador.

b. Delitos del oferente.

Como el oferente no puede cometer delitos funcionarios, quizás el único tipo penal en el que puede incurrir en el proceso licitatorio sería el soborno o cohecho activo, consagrado en el art. 250 CP, o el uso de información privilegiada del art. 247 bis del mismo. Este delito puede cometerse tanto por el mismo como por persona interpósita, como un subcontratista o mandatario, siempre que se pruebe la relación tanto subjetiva (entre interpósito y oferente) como objetiva (provocar la afectación de conducta)¹⁴⁰.

Por otro lado, la ley 20.393 de Responsabilidad Penal de las personas jurídicas establece que éstas responden sólo en ciertas materias, como las de lavado de dinero, terrorismo y cohecho, por lo que previamente hay que hacer un ejercicio entre estos tipos penales y su realización en un contexto de

¹³⁹ Véase Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed. 2005, pp. 487-488 y 507-508.

¹⁴⁰Ibíd., p. 490.

contratación pública. Lo que más predominaría sería el cohecho, aunque no descártese la presencia de empresas “de fachada”. Por otro lado, debe destacarse que una de las penas a que pueden exponerse las personas jurídicas es, justamente, la imposibilidad de celebrar contratos con el Estado y sus instituciones sea temporal o perpetuamente.

Por último, igual que en materia civil, las sentencias sólo tienen fuerza obligatoria en el caso juzgado, no siendo aplicable extra omnes.

VII. A MANERA DE CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

1.- Los principales problemas de la relación entre licitación pública y probidad pasan por la discrecionalidad que la ley da a los sujetos que participan en el proceso, especialmente en áreas sensibles como la aceptación de los candidatos o la decisión de adjudicar, incluyendo la fase de evaluación. Si bien las bases pueden limitar el campo de acción de estos organismos o sus funcionarios, previniendo la arbitrariedad, no queda dudas que existe un margen en que el obrar de estos queda sin una restricción, impidiendo un mejor control a priori de su decisión y obligando a usar los controles a posteriori como remedio, a veces insuficiente, para determinar el riesgo contra la probidad.

2.- En esto, las directrices de la Dirección de Compras y Licitación Pública pueden servir como un parámetro para observar la forma en que los organismos públicos debieran obrar para el resguardo de la probidad en estos procesos. Sin embargo, dado que son sólo propuestas de este órgano (lo que algunos llaman

“softlaw”) no son aplicables de manera obligatoria, lo que lleva a otro grado de discrecionalidad del servicio, ahora más general, debilitando la seguridad en que se aplicará la opción más adecuada al interés del organismo.

3.- La justicia ordinaria ha fijado variados criterios en relación a la participación de los organismos públicos en los procesos de licitación y/o de sus funcionarios.

a.- En materias de inicio del proceso, su posición ha sido de equilibrio entre una parcial desformalización y un cumplimiento efectivo de la ley, primando uno u otro dependiendo de si contribuyen a satisfacer la necesidad del órgano licitante y la debida y sana competencia entre ofertas. En elaboración de las bases, declara la primacía de la desformalización, siempre que se respeten las reglas de la lógica y la claridad para el entendimiento de todos quienes participan del proceso.

b.- Sobre la admisión de candidaturas, si bien admite que el principio de desformalización implica no hacer una interpretación tan rigurosa de los requisitos exigidos, tampoco puede haber laxitud que perjudique la igualdad entre oferentes o que permita burlar exigencias legales. Para ello, las bases son el instrumento que media entre el órgano público que licita y los proveedores que participan, por lo que su cumplimiento es de especial importancia para el avance del proceso contractual.

c.- En lo relativo al proceso de evaluación, se reconoce que la postulación no otorga ningún derecho a los candidatos, sino sólo una mera expectativa, así

como que las infracciones legales no siempre se sancionarán con nulidad, apelando un poco a la teoría de los derechos adquiridos.

d.- En cuanto a la firma del contrato y al cumplimiento posterior, se inclina por una posición pro-contratista en cuanto al ejercicio de las facultades exorbitantes de la administración, y en el tema de la perfección del contrato, aun cuando su interpretación vaya a contramano con los principios que (en teoría) informan la contratación pública.

Se le puede criticar que su apreciación es en el mayor de los casos estrictamente legalista, aunque lo relacione con aspectos económicos de la licitación. Eso se debe a que son tribunales de justicia, no de economía, lo que explica su limitado efecto en los casos que debe resolver, existiendo zonas grises en que lo fáctico y lo jurídico se confunden o traslapan, y no siempre el ejercicio de discernimiento resulta a efectos de una solución que tenga un efecto en la protección de probidad.

4.- Se puede criticar que en el actual sistema legal los controles preventivos son bastante débiles, reducidos a normativas generales sobre inhabilidades e incapacidades, sin haber un procedimiento para ejercerlo (lo que obliga a recurrir a las normas generales) y con falta de una instancia de participación ciudadana o de los oferentes interesados.

5.-Por tanto, son los controles ex post, o sea cuando ya hay decisión, los que priman para la vigilancia de la probidad en estos procesos, pero su problema es que habiendo un daño, mientras más avanzado esté la licitación más difícil

será corregir los vicios del contrato, atendiendo por un lado a la existencia de una regla protectora de los derechos ya adquiridos, y por otro, por cierta laxitud de la jurisprudencia judicial que determina que la nulidad de la licitación no es la única salida a esta clase de problemas.

6.- En este sentido, la LBCA no establece normas que pudieran perseguir la responsabilidad administrativa, civil o penal de quienes vulneren el principio de probidad, debiendo recurrirse a los textos legales generales que regulan tales actividades; en todo caso, son aplicables aquí los principios generales de la LOC de Bases (art. 4 y 42) para lo civil, el Estatuto Administrativo (arts. 121 y ss.) para lo administrativo-funcionario, y pueden concurrir los delitos establecidos en diversos artículos del Código Penal. Con ello, se evidencia una debilidad del sistema de perseguir posibles responsabilidades derivadas del proceso licitatorio.

CAPÍTULO IV
PRINCIPALES PRÁCTICAS INFRACTORAS DE PROBIDAD EN EL
PROCEDIMIENTO DE LICITACIÓN PÚBLICA. ANÁLISIS Y
SISTEMATIZACIÓN JURISPRUDENCIAL

I. INTRODUCCIÓN.

Este capítulo estará dedicado a un estudio sistemático de la jurisprudencia administrativa emanada de la Contraloría General de la República en los últimos años en relación a la probidad en los procedimientos de licitación, para lo cual se revisarán los dictámenes de los últimos cinco años que se encuentra disponible en la base de datos de acceso público, a objeto de fijar aquellas hipótesis de infracción al principio de probidad de mayor ocurrencia.

Para esta ocasión, usaremos el mismo orden usado en el capítulo anterior, en que se analizaban diversos puntos que mantenían conflicto con la probidad, y su resolución por la instancia institucional respectiva.

II. ELABORACIÓN DE LAS BASES

Como dijimos, la elaboración de las bases es un proceso que debe atender a las características propias del servicio, por lo que puede aceptarse y conviene cierto grado de discrecionalidad atendida la contingencia de la necesidad a resolver por el organismo mediante este procedimiento¹⁴¹. Sin

¹⁴¹ Rodríguez, op.cit., p. 96.

embargo, es posible controlarlos por vía administrativa, por ser un procedimiento reglado por la ley en cuanto a su contenido mínimo y forma de expresarlo.

En este aspecto, el principio general que debe guiar a juzgar por lo ordenado el 2 de febrero de 2016 en el dictamen N° 8.485, en el que se recalca que los criterios de evaluación de las ofertas se determinan conforme con la necesidad que debe satisfacer el organismo licitante. En especial, el organismo contralor sostiene que *“De las normas citadas se desprende que corresponde a la entidad licitante determinar los servicios que requiere contratar y las especificaciones técnicas de los mismos de acuerdo con sus necesidades como, asimismo, fijar los criterios a los que se ajustará la respectiva evaluación, que le permitan seleccionar la oferta más conveniente*. En este caso, se advierte que en las bases administrativas aprobadas a través de la resolución N° 398, de 2015, de la referida junta, que rigen la contratación del servicio de suministro de raciones alimenticias para los beneficiarios de los programas de alimentación escolar y de párvulos para el periodo comprendido entre el año 2015 y el mes de febrero del año 2018, no se incluyó la regulación que objeta el petionario, por lo que en esta ocasión no se materializaron las vulneraciones a los principios a que alude el recurrente”. Esto nos debe llevar a concluir que el fin último del proceso de licitación es la satisfacción de la necesidad material del órgano, por lo que la evaluación debe guiarse por este principio antes que por la estrictez de las bases, aun cuando estas sean la guía del proceso y aun con el deber de cuidado que veremos más adelante.

Un primer tema a tratar en este aspecto es aquellas situaciones que implican cambiar el contenido de las bases, y cómo ello afecta al procedimiento, y qué ha establecido la Contraloría para proteger el principio de probidad y sus elementos anexos. En este sentido, el dictamen N° 53.563 de 14 de julio de 2014, en que conoce de una reclamación sobre una licitación de la Empresa Portuaria Puerto Montt, para construir un terminal portuario en el sector de Panitao, el que en definitiva se declaró desierto, se abstiene de resolver el asunto, señalando en este sentido *“considerando que la elaboración de las bases administrativas es una facultad de la Administración, radicada en este caso en el Directorio de la Empresa Portuaria Puerto Montt, actuando en el ejercicio de la potestad que le confiere la ley, a esta Entidad no le corresponde intervenir cuestionando las razones de mérito, oportunidad o conveniencia que la autoridad administrativa tuvo en consideración al momento de su confección y establecer en ellas condiciones, así como tampoco sobre el alcance del resultado del proceso que, a juicio del interesado, resultaría perjudicial para los intereses de terceros, toda vez que ello excede el ámbito del control jurídico que le compete a este Organismo de Control, más aún cuando en la especie el proceso fue declarado desierto por no existir oferentes interesados”*. Se considera, entonces, que la elaboración de las bases, fuera de las formalidades exigidas por la ley, entra en la esfera de legítima discrecionalidad del órgano en cuanto a la elaboración de las bases, atendida las necesidades internas. Asimismo, la Contraloría declara la inhabilidad de la misma para controlar el mérito fáctico de su elaboración,

atendido a que son asuntos de orden económico, técnico o práctico, que no son susceptibles de catalogarse como elementos de legalidad. En nuestra opinión, quizás debió ahondar un poco más en las razones de mérito, atendido a que pueden existir aspectos que, aunque no se refieran directamente a elementos normativos, sí tienen influencia en aquello que regule el proceso.

Otro tema tratado por la jurisprudencia contralora es el efecto que puede tener la etapa de aclaración de las bases y el ejercicio del derecho por parte de los oferentes postulantes. En tal sentido, la Contraloría ha señalado que este ejercicio puede tener un efecto importante, como lo declaró el 10 de noviembre de 2013 en el dictamen N° 58.574, en el cual se pronuncia absteniéndose de cursar una resolución de Chiledeportes sobre un cuestionario de preguntas en relación a licitación de servicios de aseo del Estadio Nacional por no ser materia de control de ese organismo. Aun así, el órgano fiscalizador señaló, en cuanto a la materia, que *“si las aclaraciones y respuestas a las consultas realizadas durante el procedimiento licitatorio implican alterar lo establecido en las bases, corresponde que dichos lineamientos concursales sean modificados oportunamente por un acto administrativo sometido al trámite de toma de razón, situación que no aconteció en esta oportunidad”*. En este caso, podemos apreciar la aplicación de un principio general del derecho, que es “las cosas se deshacen del mismo modo en que se hacen”. Si las bases deben ser aprobadas por un trámite administrativo, no cabe la menor duda de que lo mismo debe hacerse para su modificación. Esto, para resguardar el principio de igualdad de

procedimiento y con ello la seguridad jurídica, necesaria para que los participantes del proceso puedan obrar sin temor a ser perjudicados pero también buscando persuadir de obrar con ánimo doloso.

Justamente, en la misma línea de cuidado de la legalidad, es que previamente el 13 de septiembre, en el Dictamen N° 59.557 la Contraloría, en conocimiento de una resolución que aprueba bases de licitación pública para la contratación del servicio de prevención y control de la Hidatidosis/Equinococosis en las áreas rurales de las comunas de Punitaqui, Monte Patria y Combarbalá, señaló que *“las enmiendas que se efectúen a los actos administrativos que han sido retirados del trámite de toma de razón y que posteriormente son reingresados a dicha tramitación en esta Entidad, como ocurre en la especie, deben ser salvadas al margen de cada una de ellas mediante timbre y firma de la autoridad o ministro de fe competente, con el objeto de velar por la integridad y autenticidad del acto”*, lo que se interpreta como un deber de cuidado especial de probidad, un deber de vigilancia que busca que las autoridades asuman su responsabilidad en la elaboración del entramado normativo específico. Esto lo podemos entender como un reconocimiento por parte del ente contralor de que la elaboración de las bases implica, eventualmente, la responsabilidad funcionaria administrativa, sin perjuicio de las sanciones que pudieren afectar al proceso mismo o las contempladas en las leyes civiles o penales.

En la misma línea de la responsabilidad por la elaboración de las bases, la Contraloría se pronuncia sobre la responsabilidad del ente o funcionario

elaborador de las bases en el Dictamen N° 18.191 de 6 de marzo de 2015. Si bien el caso corresponde una licitación privada sobre la adquisición de una aeronave de práctica, es ilustrativo de cómo opera el principio de responsabilidad administrativa en el caso de la contratación pública. En efecto, si bien la Contraloría no se pronuncia sobre la validez del procedimiento, señala no obstante que *“se estima procedente que se realicen las diligencias necesarias para establecer la participación y eventual culpabilidad que le cabría al personal del Departamento de Adquisiciones de la Brigada de Aviación del Ejército, puesto que les correspondió la elaboración de las bases de la licitación privada y el desarrollo de las etapas del proceso de compra de la referida aeronave, especialmente considerando las contradicciones que se detectaron entre ciertas estipulaciones de ese documento y el contrato mismo”*, esto, en cuanto a establecer su conexión con el hecho irregular materia del informe aludido en el dictamen. A nuestro entender, la aplicación de la institución de la responsabilidad funcionaria reviste especial importancia en materia de control de la probidad, ya que permite el resguardo de la regularidad del proceso contractual, especialmente en los de tipo licitación, impidiendo que desde antes de su inicio existan trabas a la participación.

Pasando a otro tema, un elemento que se considera delicado es el contenido de las bases, que deben señalar entre otros, el tipo de producto requerido, especificaciones materiales exigidas, requisitos especiales de los oferentes, el proceso de selección y adjudicación, entre otras exigencias del art.

6 LBCA y 22 del Reglamento. La Contraloría ha señalado al respecto que es importante mantener una coherencia interna en aras de la limpieza del proceso licitatorio, incluso en los casos en que se permite el cambio de proceso.

Así lo estableció en el dictamen N° 74.078 de 27 de noviembre de 2012, dictado en atención a una solicitud del Servicio de Vivienda y Urbanización de la Región de Aysén acerca de la procedencia de que, tratándose de propuestas privadas o tratos directos, esa repartición pública pueda rebajar partidas contempladas en las correspondientes especificaciones técnicas. El instituto contralor, invocando el art. 3 del Decreto N° 236 de 2002, señaló que *“Como es dable advertir, la norma en comento establece de manera expresa la necesidad de que, en la hipótesis por la que se consulta, las condiciones sobre la base de las cuales la Administración efectúe un llamado a licitación privada o suscriba un acuerdo de voluntades a través de la modalidad de trato directo, sean las mismas contenidas en el pliego que rigió el proceso de propuesta pública que antecedió a tales actuaciones, de modo que, en la medida que la rebaja de partidas contenidas en las respectivas especificaciones técnicas implique un cambio en las características definidas en dicho pliego, aquélla resulta improcedente. Lo anterior, se explica en atención a que la causal de que se trata y que permite liberar de la propuesta pública, consiste en que previamente se realizó ésta y que la misma fue declarada desierta, de tal forma que si se cambian las condiciones, en realidad se trataría de otra contratación, y no se cumpliría el supuesto de la causal, esto es que para este nuevo contrato haya habido una*

propuesta pública previa, declarada desierta". Así, se recalca la necesidad de recordar que la opción post deserción es sólo respecto del mecanismo mas no de la idea de fondo del proceso, que debe mantenerse inalterada a efectos de garantizar la adecuada utilización de los recursos fiscales y en atención a la necesidad que presente la institución como causa del respectivo proceso.

Esta misma idea de coherencia se extrae del dictamen N° 15.380 emitido el 8 de marzo de 2013, en que se ocupa de una reclamación sobre irregularidades en el desarrollo de la licitación pública convocada por Carabineros de Chile, para el suministro del servicio de alimentación para la 14° Comisaría de San Bernardo y la Subcomisaría de Calera de Tango, específicamente el incumplimiento de plazos establecidos en las respectivas bases, los que se modificaron sin las formalidades exigidas para tal objeto. Estudiando los antecedentes del caso señala que las diferencias entre las bases administrativas y las técnicas en cuanto al proceso provocan que el mismo pierda el grado de entendimiento necesario para que pueda continuar sin sobresaltos presentes o futuros. En lo específico, sostiene que *"Por su parte, en el numeral 1.4. de las bases de la especie, aprobadas por la resolución exenta N° 1.311, de 2011, de la Dirección de Logística de Carabineros de Chile, se estableció el cronograma del proceso licitatorio y, en los números 1.5. y 1.6. de las mismas, se previó la posibilidad de modificar los plazos, mediante resolución fundada debidamente tramitada y publicada en el portal www.mercadopublico.cl, procedimiento que no fue seguido por la entidad licitante para los fines de*

ampliar las épocas máximas fijadas para la evaluación, adjudicación y suscripción del contrato. Luego, no consta que las bases se hayan aprobado por acto administrativo y, asimismo, se advierten discordancias entre las bases administrativas y técnicas, en lo concerniente a la integración de la comisión evaluadora, toda vez que mientras las primeras regulan su composición por el Jefe de la Sección Adquisiciones dependiente de la Subdirección de Gestión y Control de Adquisiciones y dos miembros de la Oficina de Evaluación de la Sección Adquisiciones, las segundas indican que ‘Al momento de la evaluación de los Requerimientos Técnicos, esta se efectuará por medio de una comisión evaluadora por parte de la Jefatura de Zona correspondiente o por quien ésta designe para tal efecto’”, si bien señala que el informe técnico aparece suscrito de conformidad con lo indicado en las bases administrativas, ajustándose al art. 37 inc. 5º del Reglamento LBCA, por lo que no invalida el proceso, sin perjuicio de ordenar que la autoridad competente de esa institución policial arbitre las medidas tendientes a regularizar sus procedimientos de adquisición, con el objeto de evitar que se incurra en las situaciones detectadas, si bien en el caso concreto, no constituyen un vicio del procedimiento licitatorio.

Sobre lo anterior, cabe señalar dos asuntos importantes a nuestro juicio. El primero, sobre los efectos de la ampliación de los plazos de licitación sin cumplir con las formalidades pertinentes. Por ser una cuestión meramente formal, no se consideró que pudiera anular el proceso de licitación, sin perjuicio de llamar al servicio a corregir en el futuro los procedimientos de adquisición.

Más adelante ahondaremos en el conflicto entre desformalización y sujeción estricta a las bases. El segundo problema por ver acá es la discordancia entre las bases administrativas y técnicas en cuanto a su contenido, y la forma de dirimir cuál de las dos debe primar, ya que la ley no establece una primacía entre una y otra. A nuestro entender, debe preferirse aquello que pueda ayudar mejor a la protección de la probidad, ello en relación con el principio de economía tanto procedimental como de protección del patrimonio público, por lo que a nuestro juicio las bases técnicas tendrían en este caso preeminencia¹⁴².

En suma, conforme a lo señalado en esta parte, la Contraloría pone su foco en los asuntos regulados expresamente en la norma, y tiende a vigilar, y en su caso representar, que la norma sea respetada. Nosotros estamos de acuerdo con esta interpretación, aunque siempre será de cuidado determinar el límite entre aquello que sea una materia de las llamadas “de mérito” o fácticas, y las que caen en la competencia jurídica, existiendo una zona gris o de superposición en las que el Contralor pudiera examinar con más detención.

III. INGRESO Y CALIFICACIÓN DE LOS OFERENTES

Aquí ya pasamos a un ámbito de mayor discrecionalidad, aun cuando la ley establezca una reglamentación sobre aquello, debido a que el peso de la acción corresponde en gran medida a los funcionarios encargados, existiendo pocos controles internos y/o a priori y más controles externos o a posteriori. Por

¹⁴² Véase al respecto Abarca, op.cit., pp. 300-302.

tanto, la labor de Contraloría sólo puede recaer sobre actos ya consumados, aplicando el instituto de la invalidación administrativa u otro tipo de sanciones que la ley establezca.

1.- Admisibilidad de candidatos

Un primer asunto tratado en esta parte es la garantía de la igualdad de los oferentes dentro del proceso licitatorio, labor en la que el servicio convocante debe obrar con ecuanimidad ante las ofertas. Esta garantía debe ser resguardada a lo largo de la tramitación del proceso, pero especialmente en las etapas de ingreso y admisión de los participantes.

Así, con fecha 16 de julio de 2017, en el dictamen N° 22.161, dictado en atención a algunas irregularidades en la adjudicación de la una licitación en la Municipalidad de Puerto Octay, la Contraloría señaló que la etapa de aclaraciones no puede convertirse en una instancia de modificación de bases, ya que no sólo afecta la legalidad del proceso, sino la misma competencia al cambiar las condiciones en que entraron los participantes, señalando *“en efecto, la aludida repartición edilicia adjudicó la concesión del mencionado complejo turístico, mediante el decreto Alcaldicio N° M-1308, de 2016, por un monto total de 44.000 UF -en virtud de lo aclarado por el proponente don Mario Rodrigo Curbelo Pávez, en el citado foro inverso-, sin embargo, resulta relevante indicar que dicha situación contraviene lo precisado por la jurisprudencia administrativa de este Órgano de Control, en los dictámenes N°s 22.885 y 72.203, ambos de 2016, que disponen que las aclaraciones a la oferta que se pueden solicitar a los*

licitantes no pueden traducirse en una modificación de la propuesta ya presentada, como aconteció en la especie, puesto que ello constituiría una contraoferta que afecta la igualdad de los oferentes y que no resulta procedente en este tipo de concursos.” Sobre este pronunciamiento particular, si bien podríamos haberlo incluido este dictamen en el punto relativo a la elaboración de las bases, es interesante la lectura que el Contralor hace del efecto de estos cambios en la competitividad que debe informar el proceso, que es un elemento clave para entender el porqué de la licitación pública como método preferido de contratación por el legislador, lo que trae aparejado la protección de la probidad en cuanto no permite competidores favorecidos o desfavorecidos por el ente público.

Esta misma doctrina podemos citar el dictamen N° 15.380 de 2015, ya descrito anteriormente, en que la Contraloría señala para el caso: *“En otro orden de ideas debe añadirse, que la circunstancia de prestar los mismos servicios a las reparticiones licitantes a la época de la propuesta, no garantizaba al peticionario resultar ganador en la misma, toda vez que su oferta debía ser evaluada en igualdad de condiciones con las demás”*, esto es, los criterios de evaluación deben estar señalados expresamente, en atención al principio de igualdad de concurrencia y legalidad de las bases. Si el criterio no es considerado, su experiencia pasada es una mera expectativa y no puede ser invocada por el oferente para favorecer su posición.

Otro tema que ha debido resolver la máxima autoridad fiscalizadora administrativa es la pertinencia y legalidad de la admisión o exclusión de candidaturas previo a la etapa de evaluación. En este orden, la Contraloría ha dicho que no sólo hay un derecho, sino un deber de la administración, en considerar sólo aquellas ofertas que cumplan con el estándar exigido por las bases y las normas. Así, en el dictamen N° 74.641 de 17 de septiembre de 2015, la autoridad fiscalizadora, conociendo de un reclamo sobre una exclusión de un candidato por no ajustarse a las exigencias técnicas del concurso, señaló que esa declaración se ajustaba a derecho, declarando de paso que *“De las normas transcritas, se desprende que los pliegos de condiciones que rigen a las licitaciones públicas constituyen la principal fuente de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los licitantes, por lo que una vez que las bases son aprobadas y que son presentadas las propuestas, resultan obligatorias para todos quienes intervienen en el proceso. Luego, se deduce que la declaración de inadmisibilidad de una oferta, en el caso que esta no se ajuste a lo requerido en el pliego técnico, es una obligación para la entidad licitante.”*. Así, el organismo contralor señala que recae en el servicio público la vigilancia de los procesos licitatorios y en especial la etapa de admisibilidad, reiterando lo analizado anteriormente sobre la responsabilidad funcionaria en cuanto a resguardar la legalidad del proceso, y con ello los recursos involucrados en el procedimiento.

Por otro lado, respecto de la pertinencia de la declaración, en el dictamen N° 86.415 de 30 de octubre de 2015, en que Cursa con alcance la resolución N° 421, de 2015, de la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, declarando que *“se advierte que la declaración de inadmisibilidad de una de las propuestas presentadas se realizó en el N° 6 de la parte considerativa del acto en examen, lo que no se ajustó a lo previsto en los artículos 9° de la ley N° 19.886 y 41 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, de modo que en lo sucesivo una declaración de esa naturaleza deberá efectuarse en la parte resolutive del acto administrativo que adjudica el certamen o de otro que se dicte al efecto”*. Si bien pareciera que no se relaciona con el tema de la probidad, es importante reiterar lo señalado anteriormente acerca de la delicadeza con que a juicio de la Contraloría debe tomarse el obrar técnico-legal del proceso, y que a nuestro juicio es una forma de cautelar la buena fe de sus participantes.

Relativo a la admisibilidad, debemos recordar el tema de la boleta de garantía como elemento asegurador de la seriedad de la oferta y como resguardo de la probidad recaída en cuanto obligación en el oferente privado, según el art. 11 LBCA. Así se declaró en el Dictamen N° 58.646 de 10 de septiembre de 2013 en el que, resolviendo sobre una licitación de máquinas de ejercicios, en que se reclamaba que el adjudicatario no habría acompañado la boleta de garantía, se invoca la doctrina de Claudio Moraga Klenner, en orden a que este instrumento tiene fines tanto de garantizar la seriedad de la oferta como de afianzar el

cumplimiento fiel y oportuno de la obligación, aparte de mantener inalterado el precio del producto. En todo caso, amparándose en la doctrina de los hechos adquiridos, no dio lugar a la invalidación, señalando que *“En virtud de las consideraciones anotadas, y teniendo en cuenta que, en la especie, la empresa adjudicataria mantuvo los términos de su oferta, firmándose, en definitiva, el contrato respectivo, sin que se advierta que la manera en que se extendió la caución por la que se reclama haya perjudicado al resto de los proponentes, respetándose su libre concurrencia e igualdad, debe concluirse que tal circunstancia no constituye un error de una magnitud tal que afecte la validez de la licitación pública en comento”*, esto es, validó el proceso porque, en el hecho, el proveedor actuó correctamente y de buena fe.

Asimismo, el 2 de julio del mismo año en el dictamen N° 41.974, se reafirma no sólo la necesidad del oferente de presentar la garantía, sino también el deber del servicio de exigirla, declarando que *“no es discrecional para la autoridad municipal requerir en sus procesos licitatorios garantías que aseguren el cumplimiento del contrato que se va a suscribir, de manera que el hecho de haber celebrado con Ideas y Proyectos. S.A., una transacción a fin de poner término a un litigio pendiente, y que, además, las obligaciones contraídas en el contrato de concesión no fueron alteradas por dicho instrumento, no libera al municipio de su deber de exigir la aludida caución”*. Así, se reafirma la relación entre esta caución y la probidad, como un elemento que controla la posible

arbitrariedad en que pueda incurrir el órgano al seleccionar a candidatos no aptos para ofrecer el bien o servicio.

Una duda que nos surge es respecto a la actuación del órgano en la etapa de aclaraciones, si una mera respuesta puede generar responsabilidad en el marco de la tramitación de la compra pública. Para la Contraloría esta respuesta sería afirmativa, a juzgar por lo declarado en el dictamen N° 15.691 de tres de marzo de 2014, en que la Contraloría se abstiene de dar curso a la resolución de la Dirección de Aeronáutica Civil sobre licitación de un servicio de aseo para sus oficinas, declarando que, aunque es procedente adjudicar una licitación al oferente que tuvo la propuesta de mayor valor, *“Sin embargo, durante la etapa de preguntas y respuestas se consultó si serían consideradas o descartadas las ofertas que excedieran el presupuesto indicado, contestándose que ellas no serían consideradas, lo que, como recién se expuso, es contrario a las anotadas bases y, además, constituyó una vulneración del principio de libre concurrencia de los oferentes, consagrado en el artículo 9° de la ley N° 18.575, al inhibir a potenciales interesados de participar en el proceso concursal cuyas eventuales propuestas económicas superaran la mencionada cifra.”*. Surge a nuestro juicio una discusión central, ya que creemos ver una contradicción entre el principio de libre concurrencia y el de protección de los recursos fiscales. A nuestro parecer, no compartimos la interpretación que hace la Contraloría en cuanto al efecto de estas respuestas, ya que el servicio debe velar por el buen uso de los recursos públicos lo que debería primar incluso sobre el principio de competencia. Por otro

lado, no entendemos que pueda generar efectos jurídicos una respuesta en esta etapa, que en todo caso no es vinculante para las siguientes.

Un último tema a tratar acá es la existencia de conflictos de intereses y los casos en que pudiera admitirse, no obstante, su participación se permite gracias a las excepciones que la ley establece, sea el art. 4 inc. final LBCA u otras leyes especiales. Un dictamen que es señero en la materia es el N° 42.380 emitido el 17 de julio de 2012 sobre una denuncia por irregularidades en el contrato de servicios suscrito entre la División Andina de Codelco y la consultora CIS Ingenieros Asociados S.A., relativas a un eventual **conflicto** de intereses entre la empresa y el director de Codelco don Marcos Lima Aravena, socio de la primera. El órgano contralor, al respecto, señala que el negocio en cuestión se enmarcaba dentro de las excepciones establecidas en la ley, invocando para ello la Norma Corporativa sobre Negocios con Personas Relacionadas, NCC N° 18, que permite a la empresa estatal contratar con sociedades en las cuales sus autoridades tuvieren conflicto de interés, *“siempre que se encontrare “claramente en juego el interés superior” de dicha Corporación, que su Directorio apruebe expresa y formalmente la operación específica, y que la autoridad afectada por tal conflicto, no intervenga en la decisión, todo lo cual habría ocurrido en la especie”*. Es de destacar el manejo de la excepcionalidad de este contrato, especialmente el punto referido a la inhibición de la autoridad involucrada en la relación conflictiva, sin perjuicio de la crítica que se le puede hacer al tema de la delegación de funciones, como veremos en el análisis de otros dictámenes en

que se aplicó la figura¹⁴³. En todo caso, recordemos que conforme al inciso final del art. 4, esta clase de contratos debe ser informada a la Contraloría General de la República y a la Cámara de Diputados, recordando que esta última tiene por atribución la fiscalización de los actos del gobierno y administración (art. 52 N° 1 Constitución).

En estos casos, creemos, la labor del instituto fiscalizador debe ser mucho más estricta, yendo más allá de las normas generales o excepcionales que regulan el asunto, sino también recurriendo a principios generales de derecho que, mediante su aplicación, pueden convertirse en norma expresa y obligatoria para las entidades públicas. Debe ser muy estricta en cuanto a calificar el interés superior de la institución afectada y vigilar de manera especial el actuar de los encargados del proceso contractual, ampliando la interpretación sobre las restricciones de acción y aplicando criterios más duros, como por ejemplo los de las Directivas de la Dirección de Compras.

2.- Conformación de comisión evaluadora

Uno de los elementos centrales de la tramitación de una licitación es la comisión evaluadora, ya que en ella recae el peso decisivo en cuanto a escoger la oferta que mejor se adecue a las necesidades que tiene el órgano licitante en relación con el producto o servicio requerido. Así, la labor de

¹⁴³ Sobre la delegación, y en especial la responsabilidad del delegante, véase Soto Kloss, Eduardo (1989) "La delegación en el derecho administrativo chileno (Nociones fundamentales)". En: Revista de Derecho Público U. de Chile, N° 45-46, p. 141.

Contraloría ha tenido incidencia en cuanto a detectar conflictos de intereses de sus miembros o discordancias en cuanto a la conformación de las mismas.

Así las cosas, un punto esencial, tal como vimos a propósito de la conformación de los elementos del proceso licitatorio, es la incorporación de la comisión como elemento de las bases de la licitación, por lo que las discordancias que se puedan producir tienen necesariamente un efecto jurídico a juicio de la Contraloría. Esto se vio en el ya citado dictamen N° 15.380 de 8 de marzo de 2013, en que se advirtió de la discordancia en puntos de bases sobre conformación de comisión, lo que no sólo afecta la claridad en cuanto a quién decide finalmente la cuestión, sino también en cuanto a la interpretación de las bases y en cuanto a qué debe primar, si lo técnico o lo administrativo. En el dictamen señalado, se resolvió dar preeminencia a lo último en conformidad al art. 37 del Reglamento.

Una situación importante es cómo se puede conformar la comisión, en cuanto al instrumento jurídico, o la oportunidad de hacerlo. En este sentido, el dictamen N° 84.990 de 23 de noviembre de 2016, a propósito de la duda planteada de si era procedente la designación, a través de un único acto administrativo previo a los procesos concursales, de las comisiones evaluadoras, resolvió que se ajustaba a derecho, para lo que señaló en el punto analizado *“Las comisiones **evaluadoras** del artículo 37 del decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, pueden designarse a través de actos administrativos previos a los procesos concursales”*. Esta anticipación puede servir para la

protección de la probidad en el sentido de que es conocido de antemano quién evaluará y ello ayude a los posibles oferentes a saber si conviene o no postular. Aunque esto último pudiera aparecer como una contradicción con el principio de libre concurrencia, creemos que es una discordancia aparente solamente, porque es resorte del postulante comprender si puede o no participar, no del proceso.

Por otro lado, la existencia de Directivas emanadas de la Dirección de Compras, si bien pueden tener un fin interpretativo, no son una norma que pueda aplicarse de manera forzosa. Así lo determinó la Contraloría en su dictamen N° 305 el 3 de enero de 2016 en que resuelve que la integración de las comisiones evaluadoras de la Municipalidad de Concepción, se ajusta a derecho, haciendo presente que las directivas emanadas de la Dirección de Compras y Contratación Pública no son vinculantes ni tienen un carácter interpretativo, debiendo ajustarse a la ley N° 19.886 y a su reglamento. Incluso critica a esa Dirección el tono en que está redactada la respectiva Directiva, señalando que *“En este contexto, es necesario hacer presente a la Dirección de Compras y Contratación Pública que no corresponde que esas recomendaciones estén redactadas en términos imperativos, como ocurre con la aludida directiva de contratación pública N° 14, en especial, en lo que dice relación con la integración de las comisiones examinadoras de que se trata. En efecto, el N° 3.1.8 de la referida directiva indica que ‘deberá existir una clara distinción en la asignación de roles y responsabilidades durante el curso del proceso de compra’, lo que, además,*

no guarda concordancia con el artículo 12 bis del decreto N° 250, de 2004. Ello, por cuanto el mencionado precepto reglamentario establece la delimitación de funciones como una recomendación al disponer que ‘las entidades procurarán promover medidas tendientes’, por lo que corresponde a cada jefe de servicio, considerando su propia realidad institucional, velar por el cumplimiento de la normativa antes citada. En consecuencia, la Dirección de Compras y Contratación Pública deberá modificar la directiva de contratación pública N° 14, de conformidad a lo precedentemente expuesto, informando de las medidas que adopte al respecto, en un plazo de 30 días hábiles administrativos, contados desde la recepción del presente oficio”. Esto viene a confirmar nuestra tesis de que la Directiva N° 14 de la Dirección de Compras es un auténtico ejemplo de “softlaw”, esto es, un modelo propuesto para la adopción por los servicios. Se reconoce por parte del órgano contralor la autonomía para componer la respectiva comisión evaluadora, sólo puede limitarse en los casos establecidos en la ley en cuanto al origen de los miembros (mayoría de gente interna al servicio) y en cuanto al deber de abstención. Es criticable, sí, la orden de modificación a la Directiva N° 14 en cuanto sólo es un documento recomendatorio y no una norma imperativa, por lo que no debería tener ningún efecto jurídico relevante para el caso, además de no haber una contradicción entre el contenido de esa directiva y lo establecido en el art. 12 bis del Reglamento.

Otro tema importante es el de los conflictos de intereses que pudieran suscitarse por la participación de algún funcionario o persona externa en la comisión y su relación, pasada o presente, con alguno de los oferentes que participan del proceso de licitación. Uno de estos casos fue resuelto por el Contralor en el Dictamen N° 44.237 de 3 de junio de 2015, surgido a raíz de una reclamación de un oferente, que pidió reserva de identidad, sobre un eventual conflicto de interés que, en el marco de una licitación pública para contratar el diseño de arquitectura y desarrollo del proyecto y especialidades "Parque-Museo Humano", San Borja., adjudicada a la empresa BBATS - Tirado Limitada, mediante el Decreto Alcaldicio sección 2ª N° 64, de 2015, de la Municipalidad de Santiago, afectaría a uno de los miembros de la comisión evaluadora, aparte de que uno de los socios de la empresa adjudicataria registraría condenas penales en el extranjero, requiriéndose determinar si tal circunstancia constituye una causal de inhabilidad para celebrar el respectivo contrato. En el instrumento, la autoridad fiscalizadora señala que *“Ahora bien, en el contexto reseñado, cumple esta Sede de Control con manifestar que no advierte reproche que formular en torno a la circunstancia de que las personas referidas precedentemente se hayan desempeñado en la misma entidad educacional, pues no se aprecia que tal situación pudiere, por si misma, restar o alterar la imparcialidad de dicho evaluador en el desempeño de su cargo, sin perjuicio que, por lo demás, tampoco se aportan antecedentes que den cuenta de alguna irregularidad, ni de la forma en que ello habría influido en el ejercicio de sus funciones. A*

continuación, en lo que atañe a la supuesta condena en el extranjero que afectaría a uno de los socios de la adjudicataria, es del caso anotar que el artículo 4° de la citada ley N° 19.886, prescribe, en su inciso primero, que ‘Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal’. A su turno, el artículo 8°, N° 2, de la ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas, aprobada por el artículo primero de la ley N° 20.393, establece, dentro de las penas aplicables a las personas jurídicas condenadas por los delitos tipificados en ese ordenamiento, la de prohibición temporal o perpetua de celebrar actos y contratos con los organismos del Estado, la cual, acorde previene el artículo 10, inciso primero, del mismo texto legal, consiste en la pérdida del derecho a participar como proveedor de bienes y servicios de los organismos del Estado’. Como la circunstancia aludida en la presentación que se atiende no configura ninguna de las antedichas causales, no se admitió el reclamo interpuesto. Sobre esto, es dable entender que la interpretación de las

inhabilidades, en cuanto norma prohibitiva, debe ser hecha de manera restrictiva, aplicando un criterio de legalidad estricto en cuanto a las razones que impedirían a una persona participar en la instancia decidora, lo que a nuestro juicio determina la insuficiencia normativa al respecto. Por otro lado, se establece la tesis de que el límite de las inhabilidades se halla en lo relativo al derecho nacional, no siendo aplicable el derecho extranjero ni las situaciones ocurridas en el extranjero.

Una vez señalados los miembros de la respectiva comisión, será importante la actuación que tengan ellos en el proceso, a fin de que obren de manera legal y con cumplimiento a la probidad. En esto, la Contraloría, con fecha 5 de septiembre de 2017, en el dictamen N° 32.383 fue enfática en señalar la necesidad de que los funcionarios mencionados participen de manera cabal en la instancia pertinente, sancionando las ausencias injustificadas. En específico, señala *“Esta Contraloría General ha debido abstenerse de dar curso a la resolución del epígrafe, mediante la cual se adjudica a la empresa Military & Police Supply MPS SPA la licitación pública para la adquisición de chalecos de tránsito, por no ajustarse a derecho. En efecto, del análisis del informe técnico de matriz de cumplimiento que se adjunta se advierte que la comisión evaluadora no fue integrada por la totalidad de los funcionarios designados a través del Acta de Comisión Evaluadora emitida por la autoridad correspondiente, en conformidad con lo previsto en el pliego de condiciones. Además, dicho informe se encuentra firmado por un servidor que no fue*

nombrado a través de este último documento". La Contraloría, en consecuencia, declara que la integración de miembros de la comisión evaluadora es un elemento esencial del proceso. A nuestro parecer, la presencia de miembros de la Comisión Evaluadora constituye un elemento importante en la protección de la probidad, para saber cómo votaron y por qué, la ausencia de alguno de ellos puede traer problemas en cuanto a las dudas que generó la conformación de la misma. Con esto se quiere controlar la discrecionalidad de sus miembros y su obrar.

En similares términos se pronuncia el dictamen N° 81.377 de 10 de diciembre de 2013, en un caso sobre adjudicación del servicio de Administración Anual de la Franquicia Tributaria para Capacitación de la Universidad de Chile, bastante análogo al anterior, pero en el que la Contraloría no representó el decreto de adjudicación y por tanto el proceso pudo seguir adelante, aunque ordena que, en lo sucesivo, dicha casa de estudios superiores debe abstenerse de regular las nuevas licitaciones que convoque para la contratación de la referida prestación, por el pliego de condiciones aprobado precedentemente. Aquí opinamos de la misma forma que en el capítulo anterior sobre las sentencias judiciales que no aplicaron la nulidad del proceso, es decir, si bien la nulidad es una solución, no debería ser la única, si es que no hay un perjuicio salvable sólo con la invalidez, conciliando la legalidad con la eficiencia.

Un tema a dilucidar acá es el concepto de "funcionario público" a la hora de cumplir con lo señalado en el art. 37 del Reglamento, sobre quórum de la

misma. Al respecto, en el dictamen N° 12.866 de 20 de febrero de 2014, obrado para dar curso a una resolución del Hospital Clínico Metropolitano en que se aprueban las bases y anexos para la adquisición del servicio de diálisis aguda para pacientes hospitalizados, la Contraloría señaló que para los efectos de la ley el concepto debe entenderse en un modo restringido. En efecto, señala que *“Además, respecto del N° 8.1 del pliego de condiciones, relativo a la integración de la comisión evaluadora, dado que se alude a personal contratado a honorarios -sin especificar quienes de aquellos que desarrollarían las labores que allí se indican tienen dicha calidad-, es necesario tener presente que si bien su inclusión está fundada en razón de que se trata de una evaluación de gran complejidad y superior a 1.000 UTM, en concordancia con lo establecido en el inciso quinto del artículo 37 del citado cuerpo reglamentario, no obstante su incorporación debe ser en un número inferior al de los funcionarios públicos, acorde ese precepto”*. Valgan aquí los mismos reparos que hiciéramos en su oportunidad sobre la concurrencia de funcionarios ajenos o propios en estas instancias. Aparte, no se ve motivo para que los trabajadores a honorarios tengan un trato distinto al de los funcionarios de planta o a contrata, siendo que tienen similares obligaciones conforme a la exigencia planteada por el art. 38 inc. 1° de la Constitución al legislador.

Una vez conformada la comisión, para la Contraloría es importante la participación de los miembros de ella en el proceso, y cualquier cambio, sea por la inasistencia de personas designadas, o sea por la integración intempestiva de

gente no designada, afecta a la validez del proceso y la decisión. Así, con fecha 29 de octubre de 2014, el dictamen N° 83.849 decreta que respecto de unas pruebas operacionales sobre los productos ofrecidos, aparte de no concordar con lo señalado en los anexos respectivos de las bases, *“no consta que dichas pruebas hayan sido calificadas por todos los integrantes del comité evaluador técnico contemplado en el artículo 10 de las bases, antes aludido, toda vez que no se adjunta documento alguno que dé cuenta de la evaluación realizada por ese comité, por cuanto sólo se acompañaron los antecedentes denominados ‘matriz de evaluación’ y ‘explicación de resultados de matriz de evaluación’, los que no se encuentran suscritos por los funcionarios aludidos en las respectivas bases ni tampoco fechados”*, vulnerándose el principio de sujeción a las bases, ordenando al Ejército que instruya un procedimiento de invalidación conforme al art. 53 LBCA, sin perjuicio de adoptar medidas necesarias para que la comisión emita un informe suscrito por todos sus miembros que dé cuenta de las calificaciones obtenidas por las ofertas recibidas. Podemos analizar, entonces, que, en lo referido a la integración, en el caso analizado la inclusión irregular de miembros atenta contra la probidad ya que modifica el escenario mismo de evaluación, con grave riesgo para la transparencia y probidad del proceso, ya que no hay seguridad de que estos miembros nuevos obren con independencia y objetividad.

A manera de resumen, la Contraloría busca, a juzgar por los dictámenes analizados, que la conformación y participación de la comisión evaluadora se

enmarque dentro de las exigencias legales. Suponemos que, dentro de las limitaciones a que se halla atado el órgano fiscalizador, es una labor que podría hacerse ex ante, o sea antes de que empiece a deliberar, pero para ello habría que modificar la ley para aclarar bien esto y no se produzcan pugnas de competencia con el TCP u otras instancias.

IV. EVALUACIÓN Y ADJUDICACIÓN DE PROYECTOS

Más avanzado en el proceso de licitación, aprobados los candidatos y conformado el ente que tomará la decisión, es hora de analizar la etapa más delicada a nuestro juicio, ya que es la más propensa a la actuación discrecional, y por tanto más arriesga la arbitrariedad.

En esto, una de las labores de esta etapa es considerar los elementos que conformarán la relación contractual entre organismo y proveedor. Dado que es una compra pública, uno de los elementos esenciales de una compraventa es el precio, el cual debe hallarse determinado o ser determinable, para que la adjudicación pueda ser válida. Esto es lo que resolvió en el dictamen N° 50.110 emitido el 8 de agosto de 2013, en el cual conocía de una reclamación de un concejal de La Pintana sobre un concurso para un estudio de viabilidad de mejoras en servicios y aportes bancarios, convocados por el municipio respectivo. El organismo fiscalizador determina: *“En el mismo sentido, cabe recordar lo establecido en los artículos 33, letra c), 38 y 64 del citado reglamento de la ley N° 19.886 -que se refieren al precio tanto para efectos de evaluación de*

ofertas, como estipulación de la convención-, y especialmente con lo dispuesto en el artículo 22, N° 4, de aquel texto, en cuanto a que las bases tienen que mencionar la condición, el plazo y el modo en que se compromete el o los pagos del contrato de suministro y servicio, una vez recepcionados conforme los bienes o servicios de que se trate. Luego, es del caso anotar que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1° de la mencionada ley N° 19.886, en cuanto a la aplicación supletoria de las normas del Derecho Privado, el Código Civil preceptúa en su artículo 1461, inciso segundo, que la cantidad puede ser incierta con tal que el acto o contrato fije reglas o contenga datos que sirvan para determinarla. Por consiguiente, si bien la normativa reseñada permite que se celebren acuerdos de voluntades cuyos montos no estén determinados, el marco regulatorio de la licitación deberá incluir los elementos y mecanismos para que el precio sea a lo menos determinable". Concordamos en buena parte con esta decisión, ya que a nuestro entender, la falta de un precio determinado pone en peligro la probidad, al depender de esos elementos adicionales que no siempre son evidentes para los demás, sobre todo para otros oferentes que pudieran verse perjudicados por la falta de definición. Aparte, el precio determina en buena parte la seriedad del proceso, ya que permite evaluar si una oferta se corresponde o no con la realidad del mercado y/o la necesidad del servicio público convocante.

En esta etapa, como vimos, la discrecionalidad del ente adjudicador juega especial importancia, razón por la que es necesario un cuidado previo de sus

integrantes y su revisión. Por ello, también es necesario velar por el conflicto de interés, que no solamente se refiere a un tema de parentesco, sino también de relación económica, laboral, social, entre otros, que pueda afectar la imparcialidad. Sobre la relación de dependencia o supervigilancia entre entidades o funcionarios, la Contraloría se pronunció en el dictamen N° 3.687 el 2 de febrero 2017, acerca del proyecto termoeléctrico “Central Nueva Era”, presentado por una filial de la Empresa Nacional del Petróleo, en donde el Ministro de Energía actuaba como director de esa empresa y en su rol de supervisor de la Comisión Nacional de Energía. En este sentido, el órgano fiscalizador validó el proceso, señalando al efecto que en el caso de marras, aplicando la norma existente, y señalando que, *“En atención a ello, no existe un vínculo de subordinación jerárquica entre la CNE y el Jefe de Estado, ni en relación con el Ministro de Energía, sin que se aprecie de los antecedentes la existencia de un conflicto de interés durante la tramitación del proyecto termoeléctrico de que se trata, ni la consecuente vulneración al principio de probidad administrativa por parte del cuestionado personero de Estado. De tal modo, cabe concluir que la situación por la que se consulta no configura un conflicto de interés, al no tratarse de una vinculación entre el ámbito de la actividad privada y el ejercicio de las competencias públicas del Ministro de Energía, en los términos de la normativa que regula el principio de probidad y la jurisprudencia antes citada”*. Sobre el particular, debemos resaltar la diferencia entre organismos centralizados (sin personalidad jurídica y bajo dependencia

directa del Ministerio respectivo) y descentralizados (con personalidad jurídica y con supervigilancia del ministerio) que establece el art. 29 inc. 3º de la LOC de Bases de la Administración. A nuestro juicio, esa distinción es clave para el punto que estamos estudiando, ya que un organismo descentralizado tiene autonomía funcional, no recibe órdenes superiores, por lo que existe un menor riesgo de influencia en su decisión. Sin perjuicio de lo anterior, es destacable la interpretación según CGR, probidad dice relación con la actividad privada del agente en relación o paralela a su actividad pública, pero creemos que podría también haber una posible influencia de funcionarios o autoridades en la decisión de la respectiva comisión, como criticamos previamente al analizar la norma que regula la abstención en la materia.

En una línea similar se pronuncia sobre el dictamen N° 47.476 de 24 de junio de 2016, en que tras analizar el caso de una empresa que se adjudicó la provisión de juegos infantiles teniendo su representante legal un parentesco por consanguinidad en el 4º grado con el jefe de gabinete del alcalde de esa comuna sostiene la tesis de la estrictez de la norma en cuanto a los parentescos, sin perjuicio de lo señalado en el N° 1 del artículo 12 de la ley N° 19.880, que dispone el deber de abstención de aquellas autoridades o funcionarios que tengan interés personal en los asuntos en los que les correspondería intervenir en razón de sus funciones, lo que confirma nuestra tesis sobre la insuficiencia de la norma en cuanto a determinar los casos y personas que determinan la inhabilidad.

1. Deber de abstención.

En este aspecto, al ser un elemento muy delicado en el marco del proceso decisorio de la licitación, ha habido mayor reclamación sobre todo de los otros oferentes que participaron, por lo que la Contraloría ha instruido mayor número de dictámenes en la materia.

Un dictamen señero en la materia, y que explica claramente el principio, es el N° 47.565 emitido el 26 de julio 2013, en que se trata la relación entre el deber de abstención funcionaria y la infracción al principio de probidad administrativa en licitaciones públicas. Sucedió a propósito de que la Dirección Regional del Servicio de Cooperación Técnica de la Región de La Araucanía adjudicó a la Fundación de Desarrollo Educacional y Tecnológico de La Araucanía la prestación de diversos servicios, atendido a que una integrante del comité de evaluación del licitante sería cónyuge de un empleado de la entidad adjudicataria. El organismo fiscalizador, en su pronunciamiento, determina que esa actuación configura una conducta contraria al principio de probidad administrativa lo que amerita una investigación por parte de la entidad fiscalizadora, para lo cual señala: *“Precisado lo anterior y de los antecedentes examinados aparece que la señora Parra Vidal, suscribió documentación en calidad de miembro de la comisión evaluadora de las ofertas que se presentaron a la licitación pública de que se trata, en circunstancias que su cónyuge se habría desempeñado en la fundación adjudicataria, hipótesis que configura una conducta contraria al principio de probidad administrativa lo que amerita una*

investigación por parte de esta Entidad Fiscalizadora". Para estos efectos, la sanción debe determinarse en sumario administrativo, como vimos anteriormente, sin perjuicio de la concurrencia o no de consecuencias en el ámbito de la validez de la licitación o algunos de sus actos. En todo caso, un detalle que no debemos pasar por alto es que si hay una presunción del perjuicio por la existencia de la relación, y de haberla, es sólo una presunción legal o es "de derecho", o sea sin posibilidad de prueba en contra. A nuestro juicio, y a juzgar por el caso, no debería interpretarse la existencia de perjuicio sólo por no cumplirse el deber legal, y en aras del principio de presunción de inocencia, que informa también la responsabilidad administrativa, no debe haber presunciones de derecho en este caso.

Esto, por cuanto la interpretación de las normas sobre infracción debe efectuarse de manera restrictiva, con la prueba fehaciente de intervención del funcionario respectivo. Así lo señaló la Contraloría con fecha 26 de agosto de 2014 en el dictamen N° 65.700, en el que se trató el conflicto de interés del director regional del Sename de Valparaíso y su cónyuge, que era trabajador de una empresa que se adjudicó un proyecto licitado por el mismo servicio. En este caso, el organismo contralor determinó que el proceso no adolecía de ningún vicio de nulidad, para lo cual señaló en el instrumento respectivo: *"Ahora bien, de los antecedentes aportados por el SENAME no se advierte que la funcionaria de la Dirección Regional de Valparaíso de ese Servicio haya intervenido en ninguno de los dos certámenes en los que resultó adjudicado el organismo colaborador*

en donde se desempeña su cónyuge, ni que haya participado algún otro servidor que mantenga vínculo de amistad con él. Sobre este último punto, dicho órgano señala que todos los integrantes de las comisiones evaluadoras de este tipo de concursos suscriben una declaración en donde manifiestan no encontrarse afectos a ninguna inhabilidad, incompatibilidad o circunstancia que pudiese afectar su imparcialidad". Sólo comentar lo débil que es esta declaración de no afectación sin existir una investigación previa.

Una forma en que se suele dar continuidad al proceso licitatorio en casos de posible abstención es la delegación de funciones en un funcionario, con todos los problemas que ello implica. En esto, el dictamen N° 64.603 de 17 de octubre de 2012, sobre la subrogación del Ministro de Minería en el procedimiento destinado a celebrar un contrato especial de operación sobre el litio, es insigne en la materia. Al respecto, el contralor establece que *"Como puede apreciarse, en aquellos casos en que los ministros titulares deben abstenerse de intervenir en el conocimiento o resolución de una determinada materia, corresponde que el subsecretario respectivo lo reemplace en el ejercicio de sus funciones, a menos que el Presidente de la República designe a otro ministro para esos efectos -lo que corresponde analizar y resolver al Jefe de Estado- o que la ley haya previsto un mecanismo particular de sustitución, supuestos que no acontecieron en la situación consultada. Es del caso hacer notar que la subrogación de los ministros de Estado se encuentra regulada específicamente en el aludido artículo 25 de la ley N° 18.575, precepto que atendida su*

especialidad, es de aplicación preferente respecto de la regla contenida en la letra a) del artículo 81 de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo -literal que permite a la autoridad facultada para efectuar el nombramiento determinar otro orden de subrogación respecto de los cargos de exclusiva confianza-. Por otra parte, estimar que la sola relación jerárquica existente entre un ministro y el subsecretario respectivo es causal para alterar el orden legal de subrogación haría inaplicable el referido artículo 25 de la ley N° 18.575, que radica, como se viera, en este último el ejercicio de las funciones que competen al Secretario de Estado cuando éste se encuentra inhabilitado. Así, las decisiones que haya adoptado el Subsecretario de Minería en relación con la materia a que se refieren los recurrentes, no implican que éste hubiere intervenido, por el solo hecho de subrogarlo, en intereses personales que atañen al Ministro de esa Secretaría de Estado". Sobre esto, y en especial las frases destacadas, cabe la discusión sobre si es suficiente cumplimiento del deber de abstención la delegación de funciones en un subalterno. Como vimos anteriormente, la relación de supervigilancia o de jerarquía pueden tener una incidencia mayor en el tema de la influencia funcionaria para la decisión del proceso, por lo que cabe preguntarse su rol en el control de la probidad. A nuestro parecer, la delegación de poder puede representar un riesgo en aquellos casos en que la relación entre delegante y delegado sea tan estrecha como para poner en entredicho la independencia y/o transparencia en el actuar de este último. Si bien es cierto que la ley establece esta facultad delegatoria, no olvidemos que conforme al art. 41 de la LOC de

Bases de la Administración, existe responsabilidad en el delegante cuando haya negligencia de éste en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización¹⁴⁴.

2.- Prohibición de contacto entre oferentes y licitantes

Como vimos en capítulos anteriores, la independencia de los funcionarios encargados de la licitación, y en especial de aquellos que tienen un rol decisivo en la misma (comisión evaluadora, director de servicio, etc.) se resguarda de la influencia de los oferentes mediante la prohibición de contacto establecida en el art. 39 y 40 del Reglamento LBCA. La labor de Contraloría, en este punto, ha sido determinar en qué puntos es más probable que se pueda burlar esta prohibición.

Un dictamen que permite establecer hasta dónde la Contraloría ha interpretado que puede haber trasgresión es el N° 30.050 dictado el 15 de mayo de 2013, conociendo de irregularidades en las licitaciones efectuadas por el Servicio de Salud Metropolitano Sur para la contratación de servicios de ingeniería en el marco del proyecto de construcción del Complejo Asistencial Red Sur. En este sentido, para la instancia fiscalizadora, esta prohibición no atiende sólo a casos de contacto directo, sino también a aquellas situaciones en que, usando subterfugios legales, se hiciera una comunicación con un oferente en

¹⁴⁴ Véase también el dictamen N° 6.680 de 28 de enero de 2014, sobre eventuales infracciones al principio de probidad administrativa en que habría incurrido el Director Nacional de Desarrollo Agropecuario, donde hubo delegación en director subrogante.

términos tales que pudieran significar un intercambio de información adicional a la oferta que, a juicio del ente, representa una forma de contacto. En efecto señala que *"Enseguida, respecto a la solicitud de complementación realizada por la comisión de evaluación, cabe señalar que los artículos 39 y 40, inciso primero, del aludido decreto N°250, de 2004, establecen que durante el período de evaluación los oferentes no podrán mantener contacto alguno con la entidad licitante, con excepción de la solicitud de aclaraciones y petición a los oferentes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando las rectificaciones de dichos vicios u omisiones no les confieran una situación de privilegio respecto de los demás competidores, esto es, en tanto no se afecten los principios de estricta sujeción a las bases y de igualdad. Lo expresado se encuentra en concordancia con lo preceptuado en el artículo 18 de la ley N°19.886, ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, el cual indica que todo el proceso licitatorio debe realizarse sólo a través de los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública, de modo tal que salvo las excepciones aludidas precedentemente -o el establecimiento de un mecanismo de preselección acorde al artículo 35 del reglamento-, las ofertas ingresadas al sistema deben ser autosuficientes para ser objeto de la evaluación pertinente (aplica criterio contenido en el dictamen N°19.534, de 2008). De esta manera, en la situación en análisis, la solicitud realizada por la comisión de apertura y evaluación para que el adjudicatario complementara la experiencia señalada en el formulario N°5*

importó una transgresión a la normativa precitada, toda vez que dicha complementación no puede calificarse como una aclaración o enmienda de un error u omisión formal, sino que implica la petición de documentación adicional, posibilidad no prevista por expresa disposición de las bases que hicieron inaplicable el inciso segundo del citado artículo 40 del reglamento de la ley N°19.886. Asimismo, constituye una infracción a lo prescrito en el párrafo cuarto del aludido punto 6.1.1 de las bases, respecto a que los proponentes que presentaren documentación incompleta quedarían impedidos de continuar en la propuesta, así como a los puntos 5.2 y 5.3, que indicaron -en lo que interesa-, que el servicio no admitiría modificaciones a los documentos anexos y/o formularios, y que la totalidad de la oferta y documentos debían presentarse en la forma y en el plazo previsto, sin admitir excepciones". Podemos concluir en el caso analizado, se aleja un poco de la hipótesis del legislador en que lo que se pretendía era evitar contactos indebidos, pero podemos apreciar que en esto el contralor expande la interpretación y la conecta con la existencia de un Sistema de Información como entidad controladora del proceso, para construir su tesis amplia.

Esta misma línea interpretativa de la Contraloría se puede hallar en el dictamen N° 52.504 de 16 de agosto de 2013, dictado con ocasión de la adquisición de insumos para el programa GES de 300 colecistectomías del Hospital Regional de Rancagua, pronunciándose al respecto: *“Ahora bien, respecto de la queja del ocurrente en orden a que no se habrían solicitado*

muestras de los productos licitados por parte del Hospital Regional de Rancagua, cabe hacer presente que este tipo de requerimiento es opcional, lo cual se colige del artículo 39 del Reglamento de la ley N° 19.886, aprobado mediante decreto N° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, el que prescribe a propósito de los contactos permitidos entre los oferentes y la entidad licitante, la posibilidad de entrega de muestras sólo en el caso de que dicha actividad hubiese sido prevista en las bases”.

En nuestra opinión, no creemos que la petición de información no contemplada en las bases pueda significar una forma de comunicación indebida, puesto que el espíritu de ello es combatir influencias ilegales sobre todo de los oferentes, en el marco de la Ley del Lobby, como tuvimos ocasión de referir. Puede encuadrarse en otro tipo de infracción, como la vulneración de la igualdad de oportunidades o la libertad de participación, que se relacionan en parte con esta figura, pero son más amplias.

En este punto traemos de vuelta al dictamen 83.849 de 29 de octubre de 2014, señalando al respecto un detalle que se nos escapó al analizarlo, cual es, de que en pruebas de un oferente no podrían estar presentes los otros. A nuestro juicio, esta decisión del ente licitante es discutible por cuanto implica un secretismo que no va con el principio de transparencia que debería imprimirse a esos actos. Podríamos pensar en un posible “derecho a la sospecha” del oferente, congruente con la posibilidad de solicitar la fiscalización contralora o el recurrir a los tribunales en caso de detectar infracciones a la ley.

3.- Adjudicación

La decisión de la comisión evaluadora, unido a la decisión refrendada mediante un acto administrativo notificado al oferente ganador y a los otros participantes, configuran esta etapa, con la que termina la etapa de selección.

Una doctrina esencial fue establecida por el máximo órgano fiscalizador en el dictamen N° 24.140 de 27 de marzo de 2015, a raíz de una impugnación de la decisión de la Subsecretaría del Trabajo que declaró desierta la licitación pública denominada “Implementación mejorada, alojamiento y administración del Portal de la Bolsa Nacional de Empleo”, en el que se resume de manera certera, a nuestro juicio, cómo debería obrarse, por parte de la institución licitante, y en especial la comisión evaluadora, para adjudicar una licitación: *“Como puede advertirse, las normas citadas contemplan la obligación de las reparticiones públicas de efectuar un análisis no solo técnico sino también económico de las propuestas presentadas en los procesos concursales que convoquen en conformidad con la ley N° 19.886 y su reglamento, y las facultan para rechazarlas cuando, de conformidad con las bases, ninguna de ellas satisfaga, en cualquiera de esos ámbitos, sus intereses, declarando en tal caso desierta la licitación. (...) En consecuencia, la mencionada Subsecretaría, en su calidad de entidad licitante y estando obligada a velar por la eficacia, eficiencia y ahorro en la contratación a que se refiere el artículo 64 de la ley N° 19.728, cuenta con facultades para declarar desierto el proceso concursal de que se trata, aplicando para tal fin lo dispuesto en el artículo 9° de la ley N° 19.886”*. Debemos resaltar

aquí el fin último de toda contratación pública, sin importar el procedimiento usado, que es dotar al servicio de bienes que sirvan para el fin del mismo, y con ello cumplir con la función de servicio a la comunidad, por lo que principios económicos son fundamentales a la hora de proceder a la adjudicación del bien.

Misma doctrina se sigue en el dictamen N° 70.961 de 29 de septiembre de 2016, en el que, con ocasión de una reclamación de un concejal de La Pintana se concluye por el contralor que las condiciones en que municipio convocó proceso licitatorio sobre "Estudio de Viabilidad de Mejoras en Servicios y Aportes Bancarios", transgredió los principios de eficiencia y ahorro en las contrataciones, ya que el proceso licitatorio en cuestión fue establecido en base a tramos fijados por el municipio en función al nivel de aportes a pagar por los bancos y no a la prestación del servicio en cuestión, que involucraba un estudio de viabilidad legal y financiera, siendo aquel muy superior a contratos de similar tenor que ha celebrado la sociedad de que se trata con otras entidades edilicias, siendo que el municipio y en especial su alcalde se encuentra obligado a resguardar el patrimonio municipal. Esto nos lleva a concluir que la probidad y su protección van más allá del mero cumplimiento de la ley, sino que hay un elemento económico que la define también, como observamos en fallos y dictámenes anteriores.

El principio de legalidad también sale a flote en la materia, cuando existen divergencias entre las diversas autoridades o funcionarios participantes en el proceso. La Contraloría ha fallado en el dictamen N° 9.434 de 20 de marzo de

2017, en cuanto a las licitaciones tramitadas por las Municipalidades, en las que debe concurrir tanto la voluntad del alcalde como la del concejo, a propósito de la adquisición de seguros de accidentes personales para los trabajadores del municipio. En este sentido, dijo que *“Sobre el particular, cumple manifestar que el dictamen N° 21.140, de 2006, entre otros, ha sostenido que, ante el rechazo del concejo a la proposición de adjudicación sometida a su consideración, el alcalde puede declarar desierta la licitación, convocando a una nueva, o proponer a otro oferente, todo ello con sujeción a la ley N° 19.886 y a lo que hayan contemplado las bases correspondientes. Lo anterior, sin perjuicio que esa autoridad decida insistir en su primera proposición en una nueva sesión, si estima que concurren las condiciones para obtener el quórum que necesita para un acuerdo favorable. Siendo así, si bien no se ajustó a derecho que el concejo municipal haya rechazado la propuesta de la especie basándose en consideraciones ajenas a las bases, tampoco procedió que el alcalde haya adjudicado la licitación con prescindencia del acuerdo de ese órgano colegiado, ya que lo que correspondía era que hubiese recurrido a alguna de las fórmulas reconocidas por el ordenamiento jurídico, según lo indicado con anterioridad”*.

Otro tema importante en esta etapa dice relación con el descubrimiento de conductas contrarias al interés fiscal por parte de un concursante, y su posible efecto en la licitación, cuando ya se hizo la adjudicación. Al respecto, la Contraloría en conformidad a lo señalado en el Dictamen 78.775, de 5 de octubre de 2015, a propósito de una solicitud sobre una adjudicación de un estudio de

prefactibilidad encargado por la Subsecretaría de Pesca, sostiene que la presentación de antecedentes que luego se probaron falsos no implican, per se, una infracción a las bases ni a lo establecido en los arts. 37 y 41 del Reglamento, si es que esos antecedentes sólo eran un factor de evaluación y no un requisito mínimo para postular, invocando para ello el principio de libertad de concurrencia de los arts. 4 y 6 LBCA. En todo caso, el órgano contralor comenta: *“No obstante lo anterior, hacer uso de antecedentes falsos en un proceso licitatorio, supone una grave falta a la buena fe que inspira la contratación pública, situación que corresponde ser conocida y acreditada en sede jurisdiccional, por lo que esa autoridad deberá ponderar los antecedentes acompañados por el recurrente e iniciar las gestiones judiciales que procedan en la medida que haya mérito para ello, informando de ello a esta Contraloría General en el plazo de 60 días corridos desde la recepción de este oficio”*. Se advierte, a nuestro juicio, un conflicto entre la probidad y la seguridad jurídica determinada por el principio de no afectación de derechos legítimamente adquiridos, que se dirime mediante el reconocimiento del camino judicial como la salida.

V. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

A manera de breve resumen de lo analizado anteriormente, podemos concluir lo siguiente:

1. La tendencia de la Contraloría en materia de contratación pública y probidad se refiere a reclamaciones de otros candidatos a diferentes procesos

de licitación, cuando los concursos favorecieron a otra empresa, o cuando consideran que la actuación del órgano licitante no se adecua a lo establecido en la ley o las bases. En menor medida, se refieren a devoluciones de oficio de la misma Contraloría por deficiencias en cuanto a cumplimiento de la ley.

2. No puede identificarse una tendencia que predomine en cuanto a las decisiones que toma el instituto fiscalizador ante estos casos. A veces ordena retrotraer o corregir el proceso o alguna de sus etapas. Otras veces decide no intervenir o dejar a firme lo obrado por el respectivo órgano, pero establece el deber de modificar ciertas conductas a futuro o investigar la responsabilidad funcionaria. Otras veces, cuando la conducta no amerita reclamos, las menos sí, la Contraloría hace advertencia de cómo debe obrar el servicio en el futuro, marcando la pauta en cuanto al modo en que la ley debe ser ejecutada.

3. Echamos de menos algún pronunciamiento de la Contraloría en aquellas materias en que la norma suele ser lo suficientemente clara como para inhibir conductas contrarias a ella, como es el tema de la cesión de contrato, visto en el capítulo anterior.

4. En cuanto al tema del conflicto de interés, de lo poco que se pudo averiguar en materia de compras públicas, observamos que la Contraloría suele analizar si concurre o no alguna norma especial que lo permita, si no, se atiende a principios como el interés superior de la institución licitante y a los deberes de los funcionarios involucrados. Nuestra opinión es que es válida esta construcción jurídica a fin de salvar los vacíos legales y dar certeza a los entes licitadores.

5. En cuanto al tema de la elaboración de las bases, se ha pronunciado señalando que el camino es la modificación por el mismo procedimiento que sirvió para la creación del mismo cuerpo normativo, señalando que las autoridades deben reafirmar su responsabilidad firmando al margen. No procede que se mal utilice mecanismos como la etapa aclaratoria para, subrepticamente, hacer el cambio. Esto demuestra la importancia de las bases como el elemento normativo concreto del proceso de licitación, lo que da la seguridad jurídica necesaria para el evento.

6. Respecto de las infracciones al deber de abstención, por regla general la Contraloría resuelve ordenar la nulidad de la actuación, aunque en casos extraordinarios ordena investigar o sumariar a los responsables.

7. En cuanto a la satisfacción que puede producir las soluciones dadas por el organismo contralor en comparación con lo sucedido a propósito de los tribunales de justicia, a nuestro parecer, al no existir un poder de imperio de la CGR en cuanto a las medidas ordenadas, sino sólo la advertencia de sanciones legales, las soluciones impetradas son débiles en comparación, y dependen de la celeridad con que el organismo licitante actúe, o al reconocimiento de la ineficacia que se imprima al acto anulado.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta tesis hemos querido desarrollar una respuesta clara y convincente acerca de las herramientas que la ley nos otorga para el control de la propiedad en la celebración de los contratos públicos regidos por la ley N° 19.886, y en especial el proceso de Licitación Pública.

Fue menester para ello desarrollar el concepto de Probidad dentro de la Administración del Estado, cómo se originó y cuál es su importancia en el caso de la contratación pública, habida cuenta de -por un lado- la afectación de los recursos públicos usados para la adquisición de los bienes y servicios necesarios para el desenvolvimiento de la actividad administrativa y por otro la necesidad de que el respectivo servicio público pueda cumplir con la misión que la ley le encarga para lo cual debe disponer de los medios materiales y humanos pertinentes.

Así llegamos a concluir primeramente que la probidad se erigía como un principio fundamental en el resguardo de estos intereses y que inspiró en general varias de las reformas a la ley administrativa tendientes a garantizar una mayor transparencia y publicidad de los actos públicos y en especial aquello relacionado con el tema económico y de recursos materiales como lo es la ley en comento.

En este sentido no podemos dejar de recordar que la probidad junto con la transparencia se convirtió en el año 2005 en un mandato constitucional, lo que

implica una intención seria del constituyente de afianzar aún más la vigilancia tanto institucional como ciudadana de los actos públicos, sobre todo en un área tan sensible como es el buen funcionamiento material de los servicios creados para satisfacer las necesidades de la población. Así, la necesidad de cautelar los recursos pasa necesariamente por vigilar la actividad tanto de las instituciones como de las personas que trabajan en ellas, a fin de que estos recursos sean bien adquiridos y bien utilizados para satisfacer el interés general y no para pagar favores personales o intereses ajenos a ese deber institucional.

De este modo, es que la ley 19.886 se erige como un instrumento normativo que busca ante todo una realización limpia y abierta de la procuración de los bienes materiales y servicios de toda índole que requieren las instituciones públicas para el mejor funcionamiento de las mismas, para lo cual ha establecido reglas tanto para la participación de los privados como para el obrar del ente público que necesita de esos bienes y servicios. Esta ley creó una nueva institucionalidad que viene a ordenar, de manera material y jurídica, el proceso de adquisición de estos bienes, a fin de prevenir hasta donde sea lo más posible la arbitrariedad de quienes participan y dirigen tales procesos adquisitivos, y con ello el desvío de recursos que pertenecen al final a toda la ciudadanía.

Para ello, fue necesario hacer un análisis medianamente profundo de los diversos mecanismos que esta ley contempla para realizar la contratación entre servicios públicos y oferentes privados estableciendo reglas claras y objetivas para la entrada en el sistema y para el conocimiento de las ofertas, tanto de los

productos necesitados por las instituciones públicas como de los ofrecidos por los diferentes proveedores, así como aquellos casos en que, por las relaciones personales o por razones de moralidad o de política pública, no se permite participar. Si bien se hizo una mención a los procedimientos especiales de contratación, como el trato directo o el convenio marco, queda claro que el legislador optó por dar preferencia al sistema de licitación como el mecanismo clave de la contratación pública, al ser un sistema de contratación más completo en cuanto a requisitos de participación, de información, de controles y de decisión de perfeccionar el respectivo contrato de suministro.

Esta preferencia es entendible entonces en miras a los objetivos esenciales de esta ley que pretende procedimientos en que haya más escrutinio de los órganos como de la sociedad en general. De este modo, uno puede hallar entonces una directa relación entre la existencia de distintos procesos para la contratación de bienes y servicios y la mayor o menor protección de la probidad en la realización de estos, relación cuya variable es el monto de la contratación. Aunque si bien la probidad no dice solo relación con aspectos económicos sino también con aspectos legales y de comportamiento. Uno advierte entonces que al legislador le interesa una mayor vigilancia a medida que se involucren más recursos en el proceso, toda vez que involucra a la larga un mayor impacto, tanto dentro de la Administración como en la sociedad que se beneficia de la actividad de la misma.

Hicimos hincapié también en el tema de los controles de estos procesos resaltando el papel tanto de los propios servicios contratantes mediante las herramientas de la ley administrativa como de órganos externos tanto administrativos como la contraloría como judiciales como el tribunal de contratación pública.

Luego de haber hecho todo este análisis llegamos a una conclusión general de que el punto principal en que la probidad pueda ser mayormente afectada y vulnerable es en el ámbito decisorio de los funcionarios encargados, puesto que la ley respectiva no ha cubierto de manera completa ni estricta su discrecionalidad.

Tenemos que entender por qué existe este grado de discrecionalidad en la decisión del órgano que necesita una compra pública, y la respuesta se halla en qué cada servicio tiene necesidades que son particulares, sea por la naturaleza del mismo órgano público o también por algún evento en el que se requiera un determinado bien o servicio. También debemos considerar las características físicas técnicas de funcionamiento, no sólo del organismo público en su totalidad, sino de cada una de sus divisiones sectoriales, territoriales, funcionales o de otra índole, que implican adaptar cada compra, cada licitación, a una necesidad específica. Por ello una excesiva regulación, a la larga, resulta perjudicial si tenemos que el principal objeto es la satisfacción de la necesidad del servicio público, una necesidad que es de orden material y no precisamente jurídica.

Entonces en si la discrecionalidad no es algo malo, sino un elemento que debe ser necesariamente conducido a fin de evitar caer en su degeneración la que conocemos como arbitrariedad. Para eso existen criterios como la razonabilidad, la legalidad, la eficiencia y eficacia, el resguardo de los recursos y como guía principal el fin del servicio público que es satisfacer necesidades de la ciudadanía de forma regular y continua, a tenor de lo dispuesto en el art. 28 de la LOC de Bases de la Administración.

Una vez hecha la panorámica de la situación actual en las normas sobre contratación pública, empezamos a hacer observaciones en aquellos puntos que consideramos sensibles en materia del proceso contractual, y ahí advertimos que dependiendo de la etapa se puede producir un mayor o menor grado de dificultad cuando no hay un control suficiente sobre el actuar de un organismo o de un funcionario especialmente en aquellas áreas consideradas límite entre lo jurídico y lo fáctico, o como lo dice la jurisprudencia, los asuntos “de mérito”.

Un primer escenario se puede observar en el inicio del proceso licitatorio primero por la decisión del camino a seguir y, segundo, en la elaboración de las bases. Si bien en esta etapa existe mayor regulación en la actividad de los funcionarios igual existen algunos puntos como la decisión del camino a tomar, el producto a adquirir, sus características. En este sentido, reformas como las hechas al Reglamento a propósito de las “Grandes Compras” buscan conciliar la fidelidad de proveedores probados en la materia con la transparencia propia de

las licitaciones públicas, haciendo aplicable el molde de éstas a esta excepción a los convenios marco.

Las bases de la licitación se convierten, entonces, en un instrumento fundamental a la hora de controlar la sucesión de actos que llevará a la contratación de un determinado bien o servicio ofrecido por un proveedor. Estas bases se transforman, por así decirlo, en la norma cardinal que regirá el respectivo proceso, a efectos de controlar el aspecto económico, técnico y jurídico del proceso, constituyéndose en una verdadera oferta que hace el servicio público a los privados, y que debe cumplir con caracteres de seriedad y completud que debe contener esta propuesta. Por ello es que la Contraloría pone especial énfasis en el tema de las aclaraciones, para que no se convierta esta etapa en un cambio subrepticio de las condiciones, con perjuicio para los oferentes que prepararon su candidatura y con esto se vean impedidos.

La etapa de apertura y admisión de ofertas empieza a mostrar más espacios donde la discrecionalidad cobra relevancia, al no existir una regla estricta que determine el obrar de los funcionarios encargados, más allá de las exigencias establecidas en las Bases. Ahí, es importante la anticipación que pueda tener el órgano en cuanto a designar miembros no inhabilitados, y puede hacerse incluso con anterioridad a los propios concursos, aunque esta decisión puede reñir con el principio de libertad de concurrencia al existir riesgo. Asimismo, es bueno recordar lo estudiado acerca de la Ley del Lobby, para entender la necesidad de vigilancia en estos procesos.

En tercer término, la evaluación de las propuestas es el escenario donde mayor es la discrecionalidad de obra de los encargados del proceso, y con ello el riesgo de caer en arbitrariedad en su decisión. Las declaraciones juradas de no inhabilidad no parecen un instrumento adecuado, debido a su inutilidad como medida preventiva. Asimismo, las normas sobre abstención son muy limitadas y no consideran la realidad con las que se mueve el sistema de contrataciones públicas.

A modo de propuesta de cambios, una primera idea es incorporar mayores estándares de transparencia. La actual normativa de abstenciones, por ejemplo, es insuficiente para controlar relaciones que sean riesgosas para el resguardo de la probidad, y debería ser reformada para incluir no sólo (más) relaciones familiares, sino también relaciones de orden laboral, comercial, de pertenencia a asociaciones, cualquier vínculo que reste imparcialidad de los miembros de la comisión.

Asimismo, es menester revisar la actual no revisabilidad jurídica de la evaluación y adjudicación de la licitación, en circunstancias de que los criterios no jurídicos, paradójicamente, se hallan establecidos en la ley

Las Directivas de la Dirección de Compras y Licitación Pública deberían ser incorporadas en lo futuro como un elemento a considerar por la jurisprudencia tanto de los tribunales como de la contraloría. Hasta ahora no sólo no hemos visto su aplicación por los tribunales ordinarios y especiales en la materia, sino que incluso, en el caso del organismo fiscalizador de la

Administración, se ha llegado a criticar su contenido pese a ser un documento de simple recomendación. Creemos importante su incorporación, a manera de construir en base a ellas principios y conceptos que puedan definir de mejor manera aquellos elementos que configuran el proceso licitatorio.

En el punto específico el trabajo de esta tesis, la Directiva número 14 debe ser, pues, el parámetro para construir principios jurisprudenciales que ayuden para terminar el límite entre lo que se puede y lo que no se puede hacer dentro de una licitación pública, a efectos de proteger el patrimonio público y hacer efectivo el principio de probidad en la actuación del órgano y sus funcionarios.



GLOSARIO

Algunas palabras usadas frecuentemente en este trabajo suelen ser de escaso conocimiento para las personas cuya esfera es ajena al Derecho, por lo cual se ofrece aquí un breve glosario para clarificar esta información

Los significados, cuando no estén indicados de una fuente distinta, provendrán del Diccionario de la Lengua Española, elaborado por la Real Academia Española.

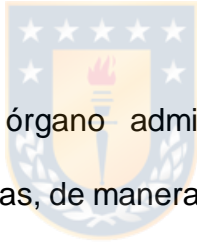
1. **Adjudicación:** Para la Administración Pública, la adjudicación es un acto administrativo con diversas formalidades de procedimiento que consiste en la asignación de un contrato para la prestación de servicios o adquisición de bienes.
2. **Administración:** en Derecho Público, Conjunto de los organismos de gobierno de una nación o de una entidad política inferior.
3. **Apelación:** Recurso que se entabla a fin de que una resolución sea revocada, total o parcialmente, por tribunal o autoridad superior al que la dictó.
4. **Casación:** Recurso que con carácter extraordinario se interpone ante el Tribunal Supremo contra fallos definitivos, por apreciar en ellos la infracción de una ley o doctrina legal o el quebranto de alguna garantía

legal del proceso. || En esta tesis, en los fallos citados sólo es aplicable la *casación en el fondo*, que tiene lugar contra sentencias definitivas de segunda instancia que se hayan pronunciado con infracción de ley y esta infracción haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia (art. 767 Código de Procedimiento Civil)

5. **Competencia:** Ámbito legal de atribuciones que corresponden a una entidad pública o a una autoridad judicial o administrativa. || En materia judicial, facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones. || En materia administrativa, véase *Principio de Legalidad*.
6. **Concesión:** Negocio jurídico por el cual la Administración cede a una persona facultades de uso privativo de una pertenencia del dominio público o la gestión de un servicio público en plazo determinado bajo ciertas condiciones.
7. **Contrato:** Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. || Acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa (art. 1438 Código Civil)
8. **Dictamen:** informe jurídico emitido por la Contraloría General de la República, obligatorio para los servicios sometidos a su fiscalización (Bermúdez, 2014, p. 393)

9. **Estado:** Forma de organización política, dotada de poder soberano e independiente, que integra la población de un territorio. || Conjunto de los poderes y órganos de gobierno de un país soberano.
10. **Fisco:** Erario, tesoro público. Conjunto de los organismos públicos que se ocupan de la recaudación de impuestos. || En Derecho Administrativo, expresión del Estado en su faceta patrimonial ()
11. **Garantía:** Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad || En materia civil, y especialmente contractual, cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena (art. 46 Código Civil).
12. **Jurisdicción:** Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Véase art. 76 de la Constitución.
13. **Legalidad, Principio de:** Regla por la cual las autoridades y organismos públicos deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y actuar previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley (arts. 6 y 7 Constitución)
14. **Ley:** declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite (art. 1 Código Civil) || Norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico (art. 63 N° 20 Constitución)

15. **Obligación:** en materia de contratos, vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer algo, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación recta de ciertos actos.
16. **Organismo u Órgano Público:** véase Servicio Público
17. **Recusación:** Acto tendente a apartar de la intervención en un procedimiento administrativo o judicial a un juez, un testigo o un perito, por su relación con los hechos o con las demás partes.
18. **Reglamento:** norma subordinada a la ley dictada por la autoridad administrativa en función o complemento de aquélla (Bermúdez, 2014, p. 50)
19. **Servicio Público:** órgano administrativo encargado de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua (art. 28 inc. 1° Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración).



BIBLIOGRAFÍA

1. Allesch, Johann, y Obando, Iván (2004). “Una Visión Crítica Sobre La Normativa de Acceso a los Actos e Información Administrativa”. En: *Revista Ius et Praxis*, Año 10 N° 2, pp. 11 - 58.
2. Barra, Nancy (2007). *Probidad Administrativa Aproximación a la Ley 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa* (3° edición), Santiago: Legal-Publishing.
3. Barra, Nancy, y Celis, Gabriel (2015). *Contratación administrativa bajo la ley de compras* (4ª ed.). Santiago: Thomson-Reuters.
4. Barros, Enrique (2006). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
5. Bermúdez, Jorge (2014). *Derecho Administrativo General* (3ª edición), Santiago: Legal-Publishing.
6. Bermúdez, Jorge, y Mirosevic, Camilo (2008). “El acceso a la información pública como base para el control social y la protección del patrimonio público”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, pp. 439-468.
7. Bocksang, Gabriel y Lara, José Luis (editores) (2013). *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*. Santiago: Thomson Reuters-La Ley:

- a. Abarca, Katerina. “Los principios de no formalización y estricta sujeción a las bases en los procedimientos de contratación pública”, pp. 291-332.
 - b. Bass, Constanza. “Contrataciones bajo la ley N° 19.886: Análisis jurisprudencia de estipulaciones, prácticas irregulares y su relación con los principios de la Contratación Pública”, pp. 333-369.
 - c. Inostroza, María Trinidad. “Licitación pública: etapas de un procedimiento reglado”, pp. 375-401.
 - d. Lara, José Luis, y García-Huidobro, Luis Eugenio. “Aspectos críticos de la solución de controversias en la contratación administrativa bajo la ley 19.886: el caso del Tribunal de Contratación Pública”, pp. 405-441.
 - e. Pérez, Dorothy. “Extensión del ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas, un desafío pendiente”, pp. 481-509.
8. Boletín número 9-341. Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica con el que inicia un proyecto de ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, de 27 de octubre de 1999.
 9. Campolieti, Federico (2007). “Los límites del contrato Administrativo”. En: Santiago, Javier, y Fernández, Jorge (eds.). *Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (1ª edición). México, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, pp. 21-34.
 10. Caniuqueo, Miguel (2013). “Chilecompra: diez años de compras públicas”. En: El Mostrador, 4 de agosto de 2013 [en línea]: <http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2013/08/04/chilecompra-diez-anos-de-compras-publicas/>

11. Centro de Sistemas Públicos, Ingeniería Industrial Universidad de Chile (2016). “Estudio de relevamiento del proceso óptimo de compra, asociado a costos de transacción y satisfacción de usuarios de Chilecompra”. Programa de Modernización del Sector Público [en línea]: <http://www.sistemaspublicos.cl/wp-content/uploads/2017/11/CSP-2016-Estudio-de-Relevamiento-del-Proceso-Optimo-de-Compra.pdf>
12. Concha, Ricardo (2015). “Causal de nulidad y efecto anulatorio: separabilidad de los actos precontractuales. Análisis crítico a base de un estudio de grupo de casos a diez años de funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública”. En: Revista Ius et Praxis, Año 21, Nº 2, pp.553-568.
13. Concha, Ricardo (2016). “Crítica a la falta de declaración de nulidad y a la consiguiente configuración de la eficacia del contrato público inválido soportado en un procedimiento ilegal”. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 46, pp. 287-310.
14. Cordero, Luis (2014). “Responsabilidad del Estado y actos discrecionales”. En: El Mercurio Legal, 26 de septiembre de 2014 [en línea]: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=903354&Path=/0D/C8/>
15. Cordero, Luis (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo* (2ª ed.). Santiago: LexisNexis.
16. Covarrubias, Ignacio (2015). “La vida privada de los funcionarios públicos frente a dos derechos: el acceso a la información pública y la libertad de expresión. (Algunos criterios empleados por la jurisprudencia chilena y comparada y su importancia relativa)”. En: Revista Ius et Praxis, Año 21, Nº 1, pp. 217-270.

17. Curimil, Mauricio (2017). *¿Debe la Administración del Estado adjudicar una licitación pública al mejor oferente si este cumple con todos los requisitos de la convocatoria? Análisis particular de la licitación del litio en Chile del año 2012*. Memoria de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile.
18. Del Río, Gabriel (2016). "Hacia una protección efectiva de derechos en las licitaciones públicas". En: El Mercurio Legal, 19 de octubre de 2016 [en línea]:
<http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/10/19/hacia-una-proteccion-efectiva-de-derechos-en-las-licitaciones-publicas.aspx>
19. Diario Constitucional (2018). "Acerca de la indemnización por contratos no concedidos", editorial del 8 de mayo de 2018 [en línea]:
<http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/jurisprudencia-judicial/2018/05/08/acerca-de-la-indemnizacion-por-contratos-no-concedidos/>
20. Dirección de Compras y Licitación Pública (2017), *Decálogo de Probidad en las Compras Públicas para Funcionarios del Estado*, [en línea]:
<http://www.chilecompra.cl/wp-content/uploads/2017/05/Probidad.pdf>
21. Dirección de Compras y Contratación Pública (2011). *Guía Práctica N° 8, Licitación Pública-Privada* [en línea] :
<http://www.textos Escolares.cl/usuarios/pcompras/File/2011/ACRE-DITACION/GulaPrActica8LicitacionPublicaPrivada.pdf>
22. Dirección de Compras y Contratación Pública (2017). *Criterios de Evaluación* [en línea]:
http://capacitacion.chilecompra.cl/pluginfile.php/3288/mod_resourc

[e/content/2/Elaboracion de Criterios de Evaluacion en licitaciones de l_estado.pdf](#)

23. Escrihuela, Francisco (2008). *La contratación del sector público: en especial los contratos de suministro y de servicios* (1ª edición). Madrid: La Ley
24. Fiscalía Nacional Económica (2011a). *Convenio interinstitucional de Colaboración entre la Fiscalía Nacional Económica y la Dirección de Contratación y Compras Públicas*. [En línea]: http://www.fne.gob.cl/wpcontent/uploads/2011/05/coop_chc_2011.pdf
25. Fiscalía Nacional Económica (2011b). *Compras Públicas y Libre Competencia*, Serie “Sector Público y Mercados [en línea]: <https://web.archive.org/web/20120112224748/http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/Material-de-Promoción-1-Compras-públicas-Abr2011.pdf>
26. Gordillo, Agustín (2014). Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo IX, s. V cap. XVI. Buenos Aires, FDA, p. 340.
27. Guajardo, Mariano (2015). *La vía administrativa de revisión de los procedimientos licitatorios de la ley N°19.886*. Memoriade Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile.
28. Instituto Nacional de Administración Pública (2009). *La integridad en la contratación pública: buenas prácticas de la A a la Z*. Madrid: Ministerio de la Presidencia.
29. Jara, Ángel (2008). *Revisión crítica del trato o contratación directa como modalidad de contratación administrativa*. Memoria de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile.

30. Laporte, Michelle (2009). *El principio de probidad y publicidad de los actos de la administración y su reconocimiento constitucional*. Memoria de Licenciatura en Derecho, U. de Chile.
31. Lara, José Luis (2012). “La regulación administrativa en materia económica y sus nuevas manifestaciones: la irrupción del denominado SoftLaw”. En: *ArsBoni et Aequi*, vol. 7 N° 2, pp. 161-198.
32. Manríquez, Ernesto (2011). *El principio de control administrativo en el contrato de concesión de obra pública*. Memoria de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile.
33. Marienhoff, Miguel S. (1988) *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Buenos Aires: Abeledo –Perrot.
34. Mercado Público (Dirección de Compras y Contratación Pública) (s/f). *Convenio Marco* [en línea]:
<http://www.mercadopublico.cl/Home/Contenidos/QueEsCM>
35. Ministerio Secretaría General de Gobierno (2016). *Conceptos generales sobre infracciones administrativas a la probidad y delitos funcionarios más comunes*. Documento técnico N° 96.
36. Ministerio Secretaría General de la Presidencia (s/f). “Guía para Administradores Institucionales de la Plataforma Lobby y Administradores de Chile Compra”. En: *Ayuda Plataforma Ley de Lobby* [en línea]:
http://ayuda.leylobby.gob.cl/site/assets/files/1083/gui_a_para_administradores_chilecompra_y_lobby_190515.pdf
37. Moraga, Claudio (2012). *Contratación Administrativa*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

38. Moraga, Claudio (2007). "Los contratos de la administración como instrumentos para el desarrollo de la nación". En: Fernández, Jorge, y Santiago, Javier (coord.). *Contratos Administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Instituto de Investigaciones Jurídicas U. Nacional Autónoma de México.
39. Moraga, Claudio. "Marco Jurídico General de los contratos administrativos en Chile". En: Moreno, José Antonio, y Matilla, Andry (eds.) (2008). *Contratos. Públicos en España, Portugal y América Latina*. Madrid: Editorial Jurídica Difusión.
40. Muñoz Chiu, Natalia (2004): "Contratación Administrativa". En: Revista de Derecho CDE, N° 12.
41. Oelckers, Osvaldo (1983). "Los principios informadores de la contratación administrativa". En: Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, N° 7, p. 164.
42. Pantoja Bauzá, Rolando (2001). "La propuesta pública: ¿es obligación, en la ley chilena como modalidad general de contratación administrativa?". En: La Semana Jurídica, N° 44.
43. Parra, Andrea (2013). *¿Qué entender por contrato administrativo en el ordenamiento jurídico chileno actual?* Tesis de Licenciatura en Derecho U. de Chile.
44. Pérez, María Dolores, y Sánchez, Miguel (2015). *Manual de Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública.
45. Politoff, Sergio, Matus, Jean Pierre, y Ramírez, María Cecilia (2005). *Lecciones de Derecho Penal Chileno* (2ª ed.). Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

46. Real Academia Española (2014). *Diccionario de la Lengua Española* [en línea]: <http://dle.rae.es>
47. Reyes, Jorge (1995). "Probidad y corrupción". En: *Revista de Derecho*, Vol. VI, pp. 79-92.
48. Reyes, Jorge (2013). *Introducción al Derecho Administrativo General*. Santiago: Legal Publishing.
49. Rico, Luis (2007). "Responsabilidad por la actividad contractual estatal derivada de la no adjudicación de un contrato o de su adjudicación indebida. Evolución jurisprudencial". En: *Revista Opinión Jurídica*, Medellín, vol. 6 N° 11, pp. 117-128.
50. Ríos, Ignacio (2015). "Corte Suprema, licitación y pérdida de la oportunidad (chance)". En: *El Mercurio Legal*, 23 de noviembre de 2015 [en línea]: <http://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=904363&Path=/OD/CC/>
51. Rodríguez Collao, Luis (2004). "Delimitación del concepto penal de corrupción". En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXV, p. pp. 339-359.
52. Rodríguez, Carolina (2015). *La Contratación Pública en la ley de bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Revisión de sus principios*. Memoria de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile.
53. Romero, Alejandro (2015). "El derecho al juez natural y la competencia de los tribunales especiales (la aplicación de la regla: electa una vía per partem ad aliampotestvenire). Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 6 de agosto 2014. Reclamo contra sentencia Tribunal de la

Libre Competencia dictada en los autos 'Sonda S.A. contra el Servicio de Registro Civil e Identificación' rol CS N° 13.972-2013". En: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, año 22 N° 1, pp. 597-604.

54. Rufián Lizana, Dolores (1999). *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Santiago: Fondo de Cultura Económica.
55. Sabán, Alfonso (1993). *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
56. San Miguel, Johannes (2018). "La colusión como práctica anticompetitiva en la contratación pública. Reciente tendencia a la participación accionaria horizontal en EE. UU. y América Latina". En: Revista Ius et Praxis, año 24 N° 1, pp. 757-800.
57. Secretaría Ejecutiva Agenda de Probidad y Transparencia (2008). Manual de Transparencia y Probidad de la Administración del Estado, [en línea]: https://www.serviciocivil.cl/wp-content/uploads/2017/07/141009_Manual_transparencia.pdf
58. Silva Cimma, Enrique (1994). *Derecho Administrativo Chileno y comparado*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
59. Soto Kloss, Eduardo (1989) "La delegación en el derecho administrativo chileno (Nociones fundamentales)". En: Revista de Derecho Público U. de Chile, N° 45-46, p. 115-147.
60. Soto Kloss, Eduardo (2013). *Derecho Administrativo, Temas Fundamentales* (3ª ed.). Santiago: LexisNexis.
61. Universidad de Chile, Facultad de Derecho (compilador) (2000). *La Administración del Estado de Chile. Decenio 1990-2000*. Santiago: Ed. Jurídica Conosur.

- a. Ferrada, Juan Carlos. “El Principio del control de la Administración en la Administración del Estado. El principio del control en la década 1990-2000”, pp. 593-634.
- b. Fernández, Miguel Ángel. “El Principio de Publicidad Administrativa”, pp. 729-776.
62. Vásquez, Yuri y Koch, Maximiliano (2014). *Institucionalidad, procedimiento y jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública*. Memoria de Licenciatura en Derecho, Universidad de Chile.
63. Vergara Blanco, Alejandro (2016). “Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI, pp. 347-378.
64. Vial del Río, Víctor (2006). *Teoría General del Acto Jurídico* (5ª ed.). Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
65. Villanueva, Ernesto (2002). *Derecho de acceso a la información pública estatal: una aproximación al estado de la cuestión en México*. México: Ed. UNAM-IIJ.
66. Wilhelm, Karina (2016). *Caso Sobreprecios en el Plan Frontera Norte*. Tesis de Magister en Gestión y Políticas Públicas, Universidad de Chile.
67. Zambrano, Claudio (2014). *Supletoriedad del derecho privado en la aplicación de los contratos administrativos regulados por la ley N° 19.886*. Tesis de Magister en Derecho, Universidad de Chile.