

# Funcionamiento del sistema nacional de compras públicas y evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: propuestas de cambio

José Luis Lara A.

Pontificia Universidad Católica de Chile

## *Resumen /*

El trabajo da cuenta, en general, del funcionamiento actual del sistema de compras y contrataciones del Estado (Chilecompra), desde la perspectiva de sus actores (Estado-Privado), identificando los aspectos críticos y, en especial la resolución de controversias en él, efectuando propuestas de mejora tanto en el ámbito de la gestión, reglamentario y legislativo.



1 /

## El sistema de compras públicas en Chile

Si tuviéramos que referir un ejemplo de una adecuada política pública y, en especial, su materialización, sin dudarlo deberíamos señalar el sistema vigente de compras del Estado. En efecto, desde su transformación e implementación a partir de 2003 con la entrada en vigencia de la Ley N° 19.886, tanto la entidad encargada de su coordinación (Chilecompra) como su plataforma (mercadopúblico), han sido objeto de una serie de reconocimientos tanto nacionales como internacionales por su eficiencia y transparencia en la gestión de las adquisiciones del Estado,<sup>[1]</sup> refrendado con una creciente utilización del portal, permitiendo adquisiciones en mejores condiciones tanto económicas como técnicas y constituyéndose en una atractiva alternativa de negocios para la micro, pequeña y mediana empresa.

Sin perjuicio de lo anterior, transcurridos ya 15 años de operación del sistema, resulta importante instar una evaluación del mismo, tanto desde la perspectiva de los procesos de selección del co-contratante del Estado, la adjudicación de los contratos como de su ejecución<sup>[2]</sup>

---

N. de A.: Se agradece la colaboración en la investigación a las abogadas doña Giannina Bocchi Jiménez y doña Antonia Schneider Brandes.

[1] Entre otros, Premio a la “Innovación en las Compras Gubernamentales” entregado durante la X Conferencia Anual sobre Compras Gubernamentales de las Américas realizada a fines de octubre de 2014 en Asunción, Paraguay. También obtuvo el Premio Internacional de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG) en 2014.

[2] Que, si bien no constituye propiamente objeto del estudio, si cabe mencionarlo como uno de los aspectos que han presentado algunas dificultades, especialmente, en lo que respecta a la periodicidad de los pagos, los sistemas logísticos y el régimen punitivo del

y, en especial dado que constituye nuestro objeto central de estudio, en lo que respecta al mecanismo de solución de controversias ahí previsto.

Con tal propósito, procederemos a abocarnos a revisar el funcionamiento del sistema a partir de sus actores para así poder identificar aquellos aspectos críticos que merecerían una revisión en el contexto de una anhelada modernización del Estado, tanto desde la perspectiva de gestión, administrativa y legal.

2 /

## Funcionamiento del sistema y actores

### *2.1. Administración Activa – Demandante*

De acuerdo a lo preceptuado en el Art. 1 de la Ley N° 19.886, todo contrato oneroso celebrado por la administración del Estado, destinado al suministro de bienes muebles y servicios que se requieran para el desarrollo de las funciones que cada entidad está llamada a cumplir, deberá sujetarse a las disposiciones de dicho cuerpo legal, de su reglamento, contenido en el Decreto Supremo N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda; supletoriamente, a las normas de derecho público y, en defecto de aquellas, las normas del derecho privado, proviniendo la capacidad de celebración de estos contratos precisamente en el principio de legalidad, debiendo sujetar su actuar a las normas indicadas y todas aquellas que le sean aplicables.

Particularmente, y en virtud de lo dispuesto en el inc. 2 del Art. 1 de la Ley N° 19.886, en relación con el Art. 1 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, se sujetarán al primero de los cuerpos legales señalados, los ministerios, las intendencias, las gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales y las municipalidades, excluyendo sin embargo a las empre-

.....  
Estado frente a los incumplimientos de los proveedores.

sas públicas creadas por ley y los demás casos señalados por la misma disposición.

Ahora bien, la Contraloría General de la República ha expuesto en su Dictamen N° 31.956 de 2011 que, si bien las empresas públicas se entienden excluidas del ámbito de aplicación de la Ley N°19.886, en virtud de lo expuesto en la glosa presupuestaria 02 del programa 01 del capítulo 07 de la partida 08 de la Ley N° 20.481, Ley de Presupuestos del año 2011, es posible que se unan de manera voluntaria al sistema de información de la Dirección de Compras y Contratación Públicas (en adelante, “DCCP”) y a los convenios marco, todos los órganos del sector público que no estén regidos por la Ley de Compras, pero se vean afectos a la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

Por tanto, se entiende que “la adhesión voluntaria que realicen las aludidas empresas y sociedades al Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración –que comprende la información que debe ser remitida por los organismos públicos y, además, permite realizar los procesos de contrataciones administrativas–, les otorgará los derechos y obligaciones del sistema en su integridad, razón por la cual, no solo deberán enviar a este los antecedentes que ordena la ley, sino que, además, estarán habilitadas para ejecutar sus contrataciones a través de dicho sistema”.<sup>[3]</sup>

Así las cosas, esta norma será aplicable a la administración del Estado desde la adquisición de un bolígrafo para un municipio, como para un servicio de consultoría altamente especializado para la consecución de una determinada política pública por parte de un servicio, siendo el elemento común en todos estos casos, el uso de fondos públicos para la adquisición de los bienes o servicios. Por ende, las entidades públicas son órganos integrantes de la Administración excluidas las empresas públicas que pueden hacerlo voluntariamente así como el Poder Judicial y el Congreso Nacional que, en la práctica, frente a las bondades del sistema han adherido voluntariamente a él en diversas oportunidades.

Ahora bien, la Administración que contrata, lo debe hacer “(...) den-

---

[3] Dictamen N° 31.956 de 2011 de la Contraloría General de la República.

tro de su giro y tráfico propio, es decir, lo estrictamente administrativo” (Bermúdez 2014). Para lo anterior, y teniendo en mente el llamado de la Administración a satisfacer el interés general, es que a la misma se le otorgan facultades/potestades exorbitantes para que, dentro de la esfera de sus atribuciones y en el marco de la contratación, se asegure el cumplimiento de sus funciones y por tanto, la satisfacción del bien de la comunidad.

Las aludidas “potestades exorbitantes” se enmarcan en un contexto de desigualdad con respecto al co-contratante, quien si bien tiene derechos y obligaciones determinados, no llega a tener las atribuciones que se le otorgan a la administración del Estado, la que podrá “(...) modificar el contrato si durante su ejecución se dan hechos que así lo justifique, compensando debidamente a la contratante; y tiene un poder de interpretar los contratos sin perjuicio de las competencias que tienen los tribunales de justicia al respecto” (Cordero 2015). Señal de lo anterior son también las prerrogativas exorbitantes, “(...) –que la Contraloría entiende se ejercen por los organismos de la Administración en cuanto se trata de órganos dotados de imperio<sup>[4]</sup>– se pueden distinguir el poder de dirección, fiscalización y control; el *ius variandi*; el poder sancionatorio y el poder de terminación del contrato” (Ibid).

Las aludidas facultades encuentran su origen en la ley, naciendo de la misma, y no así del contrato celebrado entre la Administración y el sujeto de derecho privado, justificándose, según se expuso, en el interés general al que dichos contratos sirven, pero sin lesionar el contrato en sí mismo. Se le otorga así la facultad de modificar o poner término de manera unilateral al contrato cuando se cumplan los presupuestos expuestos en el Art. 13 de la Ley de Compras, adicionalmente de aquellas atribuciones que las respectivas bases de licitación (en adelante “BALI”) o el contrato les otorguen.

## 2.2. *El privado – oferente*

El contrato que pretende celebrarse por medio del procedimiento de compra, ya sea por medio de licitación pública, privada, trato directo o

---

[4] Dictamen N° 23.701 de 1999 de la Contraloría General de la República.

convenio marco se caracteriza, entre otros, por la existencia de un sujeto de derecho privado, ya sea persona natural o jurídica, nacional o extranjera cuyo fin se constituye por la prestación de un servicio o venta de un bien mueble a alguna entidad licitante del Estado, de acuerdo a los preceptos legales que lo rigen.<sup>[5]</sup>

Siendo la relación entre la Administración y el sujeto privado o proveedor, una de desigualdad, fundada en la necesidad de satisfacer el bien común, y de la mano de la dotación de derechos exorbitantes para la Administración, resulta necesario dotar a los proveedores de ciertos derechos en pos de la ejecución del contrato. Se le reconoce pues, i) el derecho de acceso a la información a lo largo de todo el proceso de compra o contratación; ii) a participar en el proceso de manera igualitaria y sin discriminaciones arbitrarias; iii) a exigir el pago del convenio en el tiempo y forma establecido en las bases de licitación; iv) a impugnar los actos de los organismos compradores; v) a difundir y publicitar sus productos y servicios entre los organismos compradores; y, vi) a inscribirse en el registro de proveedores y a no entregar documentación que se encuentre acreditada en este.

Ahora bien, previo a la celebración del contrato respectivo, es esencial que el oferente cumpla con los requisitos para poder contratar, sin incurrir en las causales de inhabilidad previstas, entre otros, en el Art. 4 de la Ley N° 19.886 y cumpliendo con lo establecido en las respectivas bases. La Ley expone adicionalmente, que todo oferente podrá inscribirse en el registro de proveedores del Estado, alternativa que puede ser exigida por la entidad licitante, circunstancia que ha llevado a que gran parte de los oferentes se encuentren efectivamente inscritos en el registro en cuestión pese a que resulta imperioso solo respecto del adjudicatario.

---

[5] En particular, el reglamento de la Ley de Compras define al contratista como el proveedor que suministra de bienes o servicios a las entidades en virtud de la Ley de Compras y del presente Reglamento. En similares términos se expresa el DS N° 75 de 2004 Reglamento para Contratos de Obra Pública en su Art. 4 N° 12, según el cual se trata de una persona natural o jurídica que, en virtud del contrato, contrae la obligación de ejecutar una obra material, por algunos de los procedimientos contemplados en el presente Reglamento.

### *2.3. La Dirección de Compras Públicas – Coordinador*

Por medio del Art. 28 de la Ley de Compras se crea la DCCP como un servicio público descentralizado, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Hacienda. Esta dirección sustituye a la Dirección de Aprovisionamiento del Estado y se erige como un servicio descentralizado con diversas funciones destinadas a velar porque el proceso de compra sea realizado adecuadamente.

Así, entre las funciones de la DCCP se incluye la administración del sistema de compras públicas de Chile, el cual, según el reglamento consiste en un sistema de información de compras y contratación públicas y de otros medios para la compra y contratación electrónica de las entidades, administrado y licitado por la Dirección de Compras y compuesto por software, hardware e infraestructura electrónica, de comunicaciones y soporte que permiten efectuar los procesos de compra.

Por otra parte, a través del portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl) administrado por la DCCP, se realizan directamente y de forma electrónica los procesos de ofertas y compras, destinado a un uso eficiente de los recursos y propendiendo a la transparencia de los procesos licitatorios de que se trate, albergando así a los cerca de 850 servicios públicos chilenos.

Es de relevancia tener presente que, durante el año 2016, los mayores montos transados en la plataforma de mercado público se dan en el sector de salud, con un 33,8 por ciento, seguido por el gobierno central con un 28,7% y luego por las municipalidades con un total de 25,1 por ciento.<sup>[6] [7]</sup>

Por su parte, la mayor demanda se radica en las municipalidades, contando con un total de 7.440.030 ofertas realizadas en 2016, de un máximo de 14.550.135, cifra que se condice con la cantidad de municipios y corporaciones municipales existentes en el país y sus necesidades de administración. Siendo los mayores proveedores de bienes y servicios,

---

[6] Cabe hacer presente que estas cifras no reflejan las transacciones celebradas por el Ministerio de Obras Públicas, organismo que se incorporó a la plataforma digital a fines de 2016.

[7] <http://bit.ly/2GEhb4O>

en un 90 por ciento las micro y pequeñas empresas (MIPE), sumando en total más de 123.000 proveedores. Aún más, de los montos transados en [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl), un 45,1 por ciento corresponde a las MIPE, un 15 por ciento a medianas empresas y un 39,8 por ciento a grandes empresas.

Así, se ha dicho de esta plataforma que, “(...) una de las mayores innovaciones introducidas por la Ley N° 19.886 es la creación de un sistema electrónico de información y contratación (portal [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl)) a cargo de un órgano descentralizado encargado de velar por el funcionamiento de este sistema, llamado Dirección de Compras y Contratación (...)” (Peña 2014).

Otra de las funciones encomendadas a la DCCP es la creación, administración y actualización del registro electrónico de proveedores del Estado, ChileProveedores, el cual se constituye como un registro nacional, que reúne en un solo lugar toda la información financiera, comercial y técnica que las empresas necesitan para transar con el Estado, permitiendo la reducción de los costos de las transacciones, en cuanto concentra en una sola plataforma todos los antecedentes necesarios. Es precisamente en virtud de esta utilidad y de las herramientas que otorga, que, tal como ya hemos indicado, si bien la inscripción no figura como un requisito esencial para la contratación, sino que esta puede ser solicitada por el organismo en las BALI, pero resulta una práctica habitual exigir dicha inscripción por parte de las entidades licitantes, lo que explica, entre otros, el gran número de inscritos.

En virtud del Art. 23 de la Ley de Compras, se le confiere adicionalmente, la función de proveer de infraestructura, apoyo técnico y recursos humanos al Tribunal de Contratación Pública. Así, es la propia DCCP que, en virtud del Art. 12 del Auto Acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, publicado en el Diario Oficial de fecha 22 de marzo de 2011, está encargada de evaluar anualmente a determinados funcionarios del referido Tribunal, todo lo cual deriva necesariamente en una dependencia contraproducente con los fines propios del Tribunal de Contratación (Lara y García-Huidobro 2013).

## 2.4. Otros actores

### 2.4.1. Tribunales ordinarios

Los tribunales ordinarios, por la vía jurisprudencial cumplen funciones de jurisdicción subsidiaria en materia de reclamaciones por vicios originados durante el período licitatorio, sin tener mayores funciones específicas encomendadas a los mismos, a excepción de la intervención de la Corte de Apelaciones de Santiago en el marco del recurso de reclamación, consagrado en el Art. 26 de la Ley de Compras.

Así, se entiende que los mismos actúan como instancia para reclamar todos los asuntos sobre indemnizaciones y demás aspectos no contenidos en la Ley de Compras Públicas, siendo de su competencia por tanto, todos los asuntos relativos a la ejecución, interpretación o cumplimiento del contrato, teniendo en síntesis competencia de todos los asuntos relacionados a licitaciones y compras públicas en todos los casos en que no tenga competencia el Tribunal de Contratación Pública.<sup>[8]</sup>

Ahora bien, más allá de la facultad de los Tribunales de conocer de aquello que no está sujeto a competencia del TCP, resulta ya sea por los tiempos de tramitación o por la naturaleza de los asuntos que estos no tienen la capacidad suficiente para poder analizar de manera adecuada los conflictos ahí ventilados.

### 2.4.2. Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República (CGR), organismo constitucionalmente autónomo de control, en el marco de las potestades de control que le asisten, efectúa el control de legalidad/juridicidad de las bases y la adjudicación del contrato cuando corresponda (toma de razón), interpreta con eficacia vinculante dentro de la administración las normas que rigen la contratación (potestad dictaminante), vela por salvaguardar la probidad administrativa y evitar irregularidades administrativas en las compras (potestad de auditoría) y determina la responsabilidad civil asociada a procesos de compras por parte de funcionarios públicos (potestad jurisdiccional/tribunal de cuentas).

---

[8] Dictamen N° 81.790 de 2011 de la Contraloría General de la República.

En virtud de lo anterior este mismo órgano ha declarado que, si bien a la misma no le corresponde emitir un pronunciamiento relativo a las materias cuyo conocimiento corresponda al TCP, esto no le impide el ejercicio de las demás atribuciones que se le encomienden, tales como el examen preventivo de legalidad, fiscalización posterior a través de las funciones de inspección y auditoría y la emisión de dictámenes jurídicos de carácter general.<sup>[9]</sup>

En igual sentido la misma ha dictaminado que,

(...) con relación al Art. 6° de la mencionada Ley N° 10.336, que impide a esta Entidad Fiscalizadora intervenir o informar los asuntos de naturaleza litigiosa o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia, que esta Contraloría General ha precisado que dicho precepto se refiere a la facultad de este Organismo de Control para emitir dictámenes solo en dichos asuntos, lo que de ningún modo impide el ejercicio de las demás funciones y atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido, tales como la de hacer efectiva la responsabilidad administrativa de funcionarios públicos afectos a su fiscalización, mediante los correspondientes sumarios administrativos (...).<sup>[10]</sup>

Por su parte, es necesario hacer presente que si bien este órgano no puede pronunciarse sobre los asuntos litigiosos, sí le corresponde realizar el examen preventivo de juridicidad de los actos administrativos sujetos al trámite de toma de razón y la posterior fiscalización a través de las funciones de inspección y auditoría.<sup>[11]</sup>

La principal deficiencia que reviste la Contraloría en el ejercicio de sus funciones asociadas a la contratación pública se estaría verificando hoy por hoy en la demora con la cual se emiten los dictámenes o informes relativos a sus actos, hecho que resulta especialmente relevante si consideramos que los plazos de los procesos de compras públicas suelen ser bastante acotados. Adicionalmente, y como corolario de las características propias de la CGR, es esencial insistir en recordar que la misma

---

[9] Dictamen N° 53.271 de 2004 de la Contraloría General de la República.

[10] Dictamen N° 3.293 de 2011 de la Contraloría General de la República.

[11] Dictamen N° 42.333 de 2012 de la Contraloría General de la República.

no puede inmiscuirse en asuntos litigiosos, hecho que restringe en gran medida el ámbito de acción (Art. 6 inc. 3 Ley N° 10.336).

### 2.4.3. Ministerio Público

De acuerdo a lo dispuesto en el Art. 83 de la Constitución Política, el Ministerio Público se constituye como un órgano autónomo y jerarquizado, destinado a dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, además de las funciones adicionales que se le atribuyen. En virtud de esto, será este el órgano al cual deberá dirigirse el requirente en caso de estimar que los hechos denunciados son constitutivos de delito.

Así, el Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública para la persecución de los delitos que no estén sometidos a una regulación especial, acto que deberá realizarse de oficio por el mismo.

Específicamente, se consagra en el Art. 240 del Código Penal la figura de negociación incompatible, en virtud del cual todo empleado público que directa o indirectamente se interese por cualquier clase de contrato u operación en el que deba intervenir en razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilidad absoluta temporal para cargos, empleos u oficios públicos en sus grados medio a máximo y multa del diez al 50% del valor del interés que hubiere tomado en el negocio.

### 2.4.4. Ministerio de Hacienda-Dirección de Presupuestos

La misión del Ministerio de Hacienda, en tanto colaborador sectorial directo e inmediato del Presidente de la República, consiste en la gestión eficiente de los recursos públicos, buscando generar condiciones de estabilidad, transparencia y competitividad en una economía integrada internacionalmente que promuevan un crecimiento sustentable e inclusivo, misión que se traduce, entre otros, en la creación de la Dirección de Compras Públicas.<sup>[12]</sup>

---

[12] <http://bit.ly/2EwkOnS>

Es en virtud de estas características que el Ministerio de Hacienda participa activamente –a través de su Dirección de Presupuestos– en la elaboración y tramitación de la Ley de Presupuestos, por medio de la cual se aprueba precisamente el presupuesto y gasto del sector público para el año respectivo, asumiendo por tanto un rol esencial al momento de planificar el uso de los recursos de cada órgano de la Administración.

Con motivo de lo anterior, y en atención a las funciones y objetivos de la DCCP, es que esta depende directamente del Ministerio de Hacienda, el cual ejerce un rol de supervigilancia respecto de la misma. En efecto, el Reglamento de la Ley de Compras fue dictado precisamente por este Ministerio, modificado recientemente por medio del Decreto N° 1.410 de 2015. De ahí, el Ministerio de Hacienda sirve de vínculo directo entre la Presidencia de la República y la DCCP en las labores de coordinación respecto del Sistema de Compras y, se erige, en el instrumento que materializa el vínculo de jerarquía con la Administración centralizada y de coordinación con la descentralizada en materia de decisiones de adquisiciones por parte del Estado.

#### 2.4.5. Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno

El Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, creado por medio del Decreto N° 12 de 1997, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, se constituye como un órgano asesor del Presidente de la República, destinado a prestar dicha asesoría en materias de auditoría y control interno, gestión de riesgos y gobernanza, tiene el rol de promover la mejora continua de la función de auditoría interna gubernamental, y entregar recursos a la red de auditores para la generación de competencias y perfeccionamiento técnico de su trabajo, considerando las últimas tendencias de auditoría interna y las mejores prácticas aceptadas a nivel nacional e internacional.<sup>[13]</sup>

En virtud de lo anterior, entendemos que la función primordial de este Consejo consiste en prestar el apoyo necesario para la auditoría interna, para lo cual, y en relación específica con el mercado de compras públicas, se emitió el Documento Técnico N° 69 de 2016, Asegura-

---

[13] Documento Técnico N° 69, Versión 0.2. Aseguramiento al Proceso de Compras Públicas. Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.

miento al Proceso de Compras Públicas. Por medio de este, se pretende entregar un programa de auditoría para la evaluación de los riesgos asociados a la probidad y transparencia en los procesos de compra, proporcionando directrices y procedimiento uniformes, para poder así emplear el documento en cuestión para las auditorías internas.

Ahora bien, a pesar de las intenciones plasmadas en los documentos emitidos por dicho organismo, es necesario tener presente la precariedad de la misma, fundado principalmente en la falta de una ley orgánica que la sustente, estando únicamente basado en un decreto, restándole así importancia a las directrices que el mismo emite.

#### 2.4.6. Dirección del Trabajo

La función de la Dirección del Trabajo en relación al mercado de compras públicas, en tanto servicio público personificado de la Administración, se traduce en la emisión de informes y opiniones relevantes para dilucidar los asuntos relacionados, principalmente, con inhabilidades existentes en los oferentes para contratar con la administración del Estado. Función que se plasma en el Art. 4 de la Ley de Compra relacionado con los Art. 294 bis y 390 bis del Código del Trabajo.

Adicionalmente, cabe mencionar el acuerdo celebrado en 2015 entre la Dirección del Trabajo y ChileCompra, por medio del cual se busca promover las buenas prácticas laborales de los proveedores del Estado, buscando fortalecer las estrategias de sustentabilidad e inclusión.

A pesar de lo anterior, la función de la Dirección del Trabajo puede resultar infructífera con motivo del retraso o desfase con el cual se hace disponible la información requerida por el sistema de compras públicas para la evaluación de los oferentes, lo que se suma a la falta de actualización de las bases de datos que la misma maneja provenientes de los juzgados laborales, dificultando así la utilidad de la información presentada en relación a las inhabilidades laborales que pueden afectar a los oferentes para intervenir en el sistema.

#### 2.4.7. Consejo para la Transparencia

Considerando que la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública extiende su aplicación a los ministerios, intendencias, goberna-

ciones, gobiernos regionales, municipios, Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública, y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, resulta evidente que todos aquellos órganos que estén contratando en el sistema de compras públicas, también se verán sujetos a la normativa en cuestión (salvo las empresas públicas que lo están con matices).

En virtud de lo anterior, será posible que el sujeto de derecho privado solicite la documentación que considere necesaria para el desarrollo del procedimiento de compras, para lo cual deberá sujetarse a la normativa aplicable, sometiendo por tanto el requerimiento a los plazos expuestos en la norma. Por otra parte, el proveedor tendrá derecho a reclamar ante el Consejo para la Transparencia cuando la entidad licitante no informe los procedimientos de contrataciones, no responda a las solicitudes de acceso a la información o se niegue a entregar la información que ha sido solicitada, salvo que dicha negativa se deba a la oposición de terceros.

Es precisamente este punto el que importa una deficiencia en relación al sistema de compras públicas, en cuanto a que los plazos para entregar la información en virtud de la Ley de Transparencia son de 20 días hábiles, excepcionalmente extensibles por diez días hábiles más, plazo que muchas veces puede ser bastante superior al tiempo que toma un proceso de compra pública.

#### 2.4.8. Consejo de Defensa del Estado

El Consejo de Defensa del Estado, en tanto órgano vinculado directamente al Presidente de la República, destinado a la asesoría, defensa y representación de los intereses del Fisco y sus organismos por medio del ejercicio de acciones y defensas judiciales y extrajudiciales, será el encargado de ejercer la representación judicial de las entidades licitantes cuando surjan controversias relacionadas con las compras públicas, licitaciones y demás conflictos en las cuales participe alguna entidad fiscal ante el incumplimiento de licitantes. Por lo anterior, es bastante relevante el rol que asume el referido Consejo, en especial, en lo concerniente a velar por la integridad del sistema y la persecución de las malas prácticas.

## El juez: El Tribunal de Contratación Pública. Su funcionamiento

La Ley N° 19.886 dictada en el contexto de la negociación y ratificación de una serie de tratados internacionales en materia de libre comercio, tiene por objeto regular la contratación pública a fin de que la misma se desarrolle en virtud de los principios de transparencia, probidad, igualdad y libre concurrencia, entre otros. Para que dicha finalidad sea cumplida, se creó —ya durante la tramitación parlamentaria— un órgano jurisdiccional especial dedicado a conocer las irregularidades producidas en los procedimientos de contratación. Dicho órgano en opinión del legislador de la Ley N° 19.886 debía ser distinto a los tribunales ordinarios de justicia, para garantizar un conocimiento especializado y celeridad en la resolución de los conflictos sometidos a su conocimiento.

El Tribunal de Contratación Pública (en adelante TCP) constituyó una de las innovaciones más importantes de la Ley N° 19.886, al concebirse como un órgano que ejerce jurisdicción especial, con competencia para conocer de materias contenciosas relacionadas con dicha ley. Lo anterior tiene especial relevancia, si tenemos en cuenta además, que en nuestro país no existen tribunales contencioso-administrativos con competencia “general”; erigiéndose por lo tanto el TCP como un tribunal contencioso-administrativo con competencia “especial”, que, como veremos, no se ha encontrado exento de críticas.

Físicamente, el TCP tiene su asiento en la ciudad de Santiago, lo que en sí constituye un inconveniente para la tramitación con alguna de las partes en regiones. En cuanto a su integración, el TCP está conformado “por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema”. A su vez, las ternas serán elaboradas sucesivamente a partir de una lista confeccionada especialmente por la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de concurso público. El TCP también “designará mediante concurso público un abogado, de su exclusiva confianza y subordinación, quien tendrá el carácter de ministro de fe del Tribunal y desempeñará las demás funciones que este le encomiende”.

Los integrantes del Tribunal permanecerán en el ejercicio sus cargos por un plazo de cinco años, pudiendo ser nuevamente designados. Asimismo, de acuerdo al Auto Acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, publicado en el Diario Oficial de fecha 22 de marzo de 2011, los integrantes del TCP “se regirán por las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales relativas a nombramientos, requisitos, implicancias, recusaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, suspensión y expiración de funciones de los jueces, con excepción de las normas contenidas en los Arts. 311 a 317 de dicho cuerpo legal<sup>[14]</sup> y de aquellas que sean inconciliables con la naturaleza y características de sus funciones”.

Desde un punto de vista cuantitativo, el TCP presenta un número de causas que se distribuyen de la siguiente manera:

Año	N° de causas
2005	46
2006	100
2007	90
2008	98
2009	166
2010	169
2011	282
2012	268
2013	314
2014	326
2015	351
2016	252
2017	297

*Fuente:* Elaboración propia en base a información del TCP.

[14] Se refiere a los deberes y prohibiciones a que están sujetos los jueces, a saber, la obligación de residir en la ciudad donde tiene asiento el Tribunal; de asistencia y permanencia en el tribunal; prohibición de ejercer la abogacía salvo en la defensa de causas personales o de parientes, etc.

En lo que respecta a sentencias dictadas encontramos:

Año	N° de sentencias
2005	1
2006	21
2007	26
2008	24
2009	39
2010	49
2011	59
2012	56
2013	64
2014	102
2015	121
2016	211
2017	178

*Fuente:* Elaboración propia en base a información del TCP.

Causas ingresadas que no son vistas:

Año	Extemporánea	Inadmisible	Incompetente	Desistida	Abandonada
2005	3	7	2	2	3
2006	8	13	5	17	16
2007	9	12	9	4	3
2008	2	5	2	0	0

*Fuente:* Elaboración propia en base a información del TCP.

## Tiempo, en promedio, que demora en fallarse un asunto:

Rol	Año	Fecha ingreso	Fecha sentencia	Duración aprox.	Partes
21-2016	2016	26-01-2016	27-04-2017	15 meses	Centro de Buenas Prácticas Educativas Ltda. / Municipalidad de Quintero
154-2015	2015	15-06-2015	28-01-2016	6 meses	Laboratorio Genzyme Chile Ltda. / Servicio Salud Coquimbo
116-2014	2014	28-05-2014	07-07-2016	26 meses	Banco Estado / Municipalidad de San Fabián
124-2014	2014	04-06-2014	27-04-2016	20 meses	Banco Estado / Municipalidad de Cobquecura
225-2014	2014	03-10-2014	30-03-2016	17 meses	Amakaik Consultora Ambiental / Subsecretaría de Pesca y Acuicultura
242-2014	2014	22-10-2014	30-05-2016	19 meses	Sociedad Cabrera y Carvajal Ltda. / Dirección de Compras y Contratación Pública
289-2014	2014	28-11-2014	10-08-2016	21 meses	Particular / Municipalidad de Curicó
293-2014	2014	28-11-2014	27-10-2016	23 meses	Pfizer Chile / Hospital Regional Concepción
86-2014	2014	22-04-2014	14-04-2015	12 meses	Banco Estado / Municipalidad Pedro Aguirre Cerda
90-2014	2014	25-04-2014	28-08-2015	16 meses	Banco Estado / Municipalidad de Maipú
99-2014	2014	09-05-2014	11-12-2015	19 meses	Particular / Municipalidad de Valdivia
106-2013	2013	09-05-2013	24-07-2015	26 meses	Constructora Sigro Ellisdon / Servicio Salud Viña del Mar
127-2013	2013	07-06-2013	29-08-2013	2 meses	Importadora Equipos Médicos / Hospital del Salvador
169-2013	2013	29-07-2013	03-12-2013	5 meses	Empresa Consultora Abimar / Subsecretaría Pesca y Acuicultura
259-2013	2013	14-11-2013	23-04-2015	17 meses	Banco Estado / Municipalidad de Melipilla
29-2013	2013	18-01-2013	23-01-2014	12 meses	Isolab Ltda. / Servicio Salud del Maule
58-2013	2013	12-03-2013	02-09-2014	18 meses	Aseo y Servicios Industriales Ltda. / Instituto Previsional Social
60-2013	2013	13-03-2013	22-10-2013	7 meses	Sistemas Integrados de Comunicación / Municipalidad de Peñaflores

7-2012	2012	06-01-2012	18-01-2013	12 meses	Servicios Aseo Aromos Ltda. / Municipalidad de La Pintana
106-2012	2012	23-06-2012	19-10-2013	16 meses	International Telemedical Systems / Hospital Base Curicó
112-2012	2012	11-07-2012	06-09-2013	14 meses	Globallink Chile Telecomunicaciones / Municipalidad de Papudo
117-2012	2012	10-07-2012	13-12-2012	5 meses	Clínica Bio Bio / Hospital Traumatológico de Concepción
120-2012	2012	24-07-2012	04-10-2012	3 meses	Hofmann Medical Ltda. / Dirección Compras y Contratación Pública
121-2012	2012	24-07-2012	04-10-2012	3 meses	Droguería Hofmann / Dirección Compras y Contratación Pública
123-2012	2012	25-07-2012	14-01-2014	18 meses	Clínica Reñaca / Instituto de Seguridad Laboral
126-2012	2012	17-07-2012	25-04-2013	9 meses	Particular / Servicio Nacional de Turismo
139-2012	2012	10-08-2012	04-12-2012	3 meses	Centro de Gestión Ambiental y Servicios Crecer / Municipalidad de La Granja
20-2012	2012	26-01-2012	16-04-2012	15 meses	Sociedad Roma Ltda. / Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB)
221-2012	2012	19-11-2012	13-03-2014	16 meses	Claudio Araya Consulting / Instituto de Desarrollo Agropecuario (INDAP)
24-2012	2012	26-01-2012	17-02-2015	35 meses	Sociedad Industrial de Alimentos Ltda. / Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas (JUNAEB)
250-2012	2012	17-12-2012	20-05-2014	17 meses	Emergya Ingeniería / Superintendencia de Valores y Seguros
258-2012	2012	21-12-2012	14-03-2013	4 meses	Siemens / Hospital Clínico San Borja Arriarán
43-2012	2012	13-03-2012	07-11-2013	20 meses	Constructora Meza y Cía Ltda. / Municipalidad de Cochrane
46-2012	2012	20-03-2012	16-05-2013	14 meses	Instituto Oftalmológico Mic / Centro de Referencia Salud de Peñalolén Cordillera Oriente
53-2012	2012	31-03-2012	21-12-2012	9 meses	International Telemedical Systems / Municipalidad de Linares
				Promedio: 14,4 meses	

**Nota:** Se realiza el cálculo según las sentencias ejecutoriadas desde hace 5 años.

**Fuente:** Elaboración propia en base a información del TCP.

En consecuencia, tenemos un promedio de 14,4 meses de tramitación de las causas durante los últimos 5 años.

4 /

## Aspectos críticos desde la perspectiva orgánica

En primer lugar, el TCP si bien no pertenece al Poder Judicial, es un tribunal especial de aquellos a los que se refiere el Art. 5 inc. 4 del Código Orgánico de Tribunales, estando sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Una primera deficiencia en la Ley N° 19.886 a propósito del TCP, radica en que los ministros de este último carecen de dedicación exclusiva para el ejercicio de su cargo, como sería deseable en atención a su creciente carga de trabajo. Por lo demás, su dedicación al TCP queda limitada ya que la Ley N° 19.886 establece en su Art. 22 inc. 7 que en “en caso de convocarse a más de doce sesiones en un mismo mes calendario, dichas sesiones se celebrarán preferentemente por los integrantes del Tribunal suplentes”.

Sin duda que, de consagrarse la dedicación exclusiva por parte de los ministros del TCP a sus labores, debe traer consigo la prohibición del ejercicio de la profesión, en términos similares a los ministros del Tribunal Constitucional, de los Tribunales Tributarios y Aduaneros o de los Tribunales Ambientales. Esta modificación obligaría por lo tanto a aumentar las remuneraciones de los ministros y también a obligarlos a presentar una declaración de patrimonio e intereses.<sup>[15]</sup>

Sobre el nombramiento de los ministros, creemos que el mecanismo más apto para asegurar la idoneidad en el cargo sería someterlos al sistema de Alta Dirección Pública, mediante el cual se convoca “a un proceso de selección público abierto, de amplia difusión”, previa elaboración de los perfiles profesionales correspondientes, de acuerdo a lo establecido por los Arts. 42 y 48 de la Ley N° 19.882. En todo caso, estimamos necesario fijar parámetros claros y precisos que aseguren la debida idoneidad de los candidatos.

.....  
[15] Actualmente la remuneración de los jueces asciende a un treintavo de la remuneración de un Ministro de Corte de Apelaciones por sesión asistida. Ello, implica una remuneración aproximada de \$200.000 por sesión. Contemplándose un máximo de 12 sesiones por juez titular y nueve sesiones por juez suplente al mes.

Otro aspecto que sin duda merece reforma es la dependencia económica del TCP respecto de la Dirección de Compras Públicas. En efecto, de acuerdo al Art. 23 de la Ley N° 19.886, la Dirección de Compras “deberá proveer la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal”.

El que el TCP no cuente con presupuesto propio tiene como consecuencia que solo tenga un ítem asignado en la Ley de Presupuestos, partida 08 (Ministerio de Hacienda), capítulo 7 (Dirección de Compras y Contratación Pública), programa 01 (Dirección de Compras y Contratación Pública), subtítulo 24 (Transferencias Corrientes), ítem 032 (Tribunal de Compras Públicas), asignación que para el año 2017 alcanzó los \$537.284.000. Por otra parte, la glosa 07 del programa señalado, indica que con cargo a la asignación mencionada, “se financiarán las dietas correspondientes a los jueces integrantes del Tribunal, así como también los recursos humanos y los gastos necesarios para su adecuado funcionamiento; de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.886 de Compras y Contratación Pública”.<sup>[16]</sup>

En este sentido, cabe traer a colación el Auto Acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, que contiene diversas normas que dejan en evidencia la dependencia financiera y de personal del TCP respecto de la Dirección de Compras:

- a) El Art. 1 del Auto Acordado establece que el TCP “tendrá su sede y domicilio en el recinto que habilitará y destinará exclusivamente a este objeto la Dirección de Compras y Contratación Pública [...] Este recinto deberá poseer las dependencias y condiciones necesarias para permitir el expedito y cómodo funcionamiento del Tribunal, de su Secretaría y Archivo y asegurar su independencia institucional”.
- b) El Art. 5 señala que el TCP “con la colaboración de la Dirección, abrirá un concurso público de antecedentes para designar un Ministro de Fe [...] Tendrá la calidad de funcionario contratado de la exclusiva confianza y subordinación del Tribunal”.
- c) El Art. 6 dispone en su inc. 4 que en caso que el ministro de fe del TCP “se ausentare o se encuentre impedido por cualquier

---

[16] Ley de Presupuestos año 2017.

causa para ejercer sus funciones, será reemplazado [...] por el abogado que designe el Tribunal de entre aquellos profesionales que la Dirección de Compras y Contratación Pública haya destinado a prestar servicios en el mismo, o que pertenezca a la dotación de personal profesional de dicho organismo. Respecto de tal Ministro de Fe son aplicables las causales de implicancia y recusación previstas en los Arts. 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Si el Ministro de Fe reemplazante ha tomado parte, en cualquier forma en la Dirección en que labora, en el asunto de que se trata, el Tribunal podrá designar libremente a otro profesional abogado para que cumpla las funciones correspondientes, que se procurará cuente con el curso de capacitación de la Academia Judicial para ingresar al Escalafón Primario del Poder Judicial”. El inc. final de este art. señala que “Mientras se designa al Ministro de Fe, se desempeñará como tal, provisionalmente para ejecutar las funciones de mayor urgencia, el abogado de la Dirección que se nombre al efecto”.

- d) El Art. 10 establece que el TCP “interrumpirá su funcionamiento durante el feriado judicial, correspondiendo a la Dirección hacerse cargo de las actividades de su Secretaría en ese periodo”.<sup>[17]</sup>
- e) El Art. 12 señala en su inc. 1 que el TCP “tendrá una dotación de personal inicial formada por el Ministro de Fe y dos funcionarios administrativos de la Dirección, como mínimo, que serán destinados a prestar servicios exclusivamente en su Secretaría, bajo la dependencia y dirección del Ministro de Fe”. Luego, el inc. 2 de esta disposición establece que “Estos últimos funcionarios deberán contar permanentemente con la aceptación del Tribunal y, por lo tanto, deberán ser reemplazados por la Dirección si así lo requiere. Serán calificados por la Dirección con

.....  
[17] Esta disposición debe entenderse derogada por la dictación de la Ley N° 20.774, que Suprime Feriado Judicial, para los Tribunales que Indica, publicada en el Diario Oficial de fecha 4 de Septiembre de 2014. En efecto, el Art. 7 de dicho cuerpo legal establece que “las referencias al feriado judicial de febrero consignadas en cualquier cuerpo legal que no se encuentren previstas expresamente en la presente ley se entenderán derogadas para todos los efectos legales”.

informe del Tribunal, el que podrá recabar, además, se persiga su responsabilidad disciplinaria por las faltas en que incurran en su desempeño o comportamiento personal”.

- f) Por último, el Auto Acordado en su Art. 14° dispone que la Dirección de Compras “proveerá el equipamiento y apoyo técnico, administrativo y financiero que requiera el adecuado funcionamiento del Tribunal, incluyendo servicios [de] vigilancia, aseo, estafeta y otras acciones similares, así como la mantención y reparación de sus instalaciones, equipos y demás elementos necesarios a ese objeto”.

Como se desprende de las disposiciones transcritas, la autonomía del TCP es más que discutida. Al no tener presupuesto propio, el TCP puede ver comprometida su independencia, ya que, en ocasiones, las acciones que está llamado a conocer, pueden dirigirse contra la propia Dirección de Compras, entidad que lo provee de recursos económicos y apoyo técnico.

Por las mismas consideraciones, las materias de personal (como es el caso del concurso público para proveer el cargo del ministro de fe del TCP o los reemplazos de este mismo funcionario) y aquellas sobre funcionamiento administrativo, deben estar radicadas exclusivamente en este último. Por ejemplo, en cuanto a los funcionarios administrativos de la Dirección de Compras que trabajen para el TCP, si bien se señala que ellos serán calificados por la primera previo informe de este último, no se establece que el informe sea vinculante para la Dirección.

En este sentido, se observa como un aspecto primordial a ser reformado, que el TCP tenga su propia asignación de presupuesto. De hecho, no se explica el fundamento de esta omisión legislativa, sobre todo si se tiene en cuenta que otros tribunales, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal de Propiedad Industrial o los Tribunales Tributarios y Aduaneros, sí tienen su propia asignación presupuestaria.

De igual forma, el TCP debería contar con una dotación de personal propia de manera de salvaguardar su independencia. En tal sentido, el legislador también erró por omisión, al no establecer tampoco en la Ley N° 19.886 el carácter de independiente del TCP, al modo del Tribunal

de Propiedad Industrial, del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, de los Tribunales Tributarios y Aduaneros o los Tribunales Ambientales. Por estas razones, se hace necesario que el TCP sea desvinculado de la Dirección de Compras, subordinándolo exclusivamente al Ministerio de Hacienda o Economía, como sucede en la práctica con el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o con el Tribunal de Propiedad Industrial, respectivamente.

5 /

## Aspectos críticos desde la perspectiva competencial

Como principio, debemos señalar que el TCP, de acuerdo al Art. 22 inc. penúltimo de la Ley N° 19.886, “fallará conforme a derecho”. Siguiendo lo consagrado por el Código Orgánico de Tribunales a propósito de los jueces árbitros, el que el TCP falle conforme a derecho significa que fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.

Entre los órganos públicos que más litigan frente al Tribunal, encontramos la denominada administración descentralizada del Estado (personificada<sup>[18]</sup>), sector de la Administración que recibe casi tres quintas partes de las demandas. Casi dos quintas partes de los casos se dirigen contra las municipalidades (38 por ciento) y un quinto contra otros servicios autónomos con personalidad jurídica y patrimonio propio (19 por ciento). La administración centralizada por su parte, es la destinataria de un poco más de dos quintas partes de las demandas, mereciendo especial atención el sector salud (17 por ciento) —donde agrupamos servicios de salud, hospitales y el ministerio respectivo—, el Ministerio de Obras Públicas (5 por ciento) y Fuerzas Armadas y Carabineros (5 por ciento). Un 14 por ciento se dirige contra las instituciones que conforman el gobierno central (por ejemplo, Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, Seremis), con exclusión de las anteriores.

---

[18] Es decir, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Se relacionan con el Presidente de la República a través de un vínculo de coordinación, supervigilancia o tutela.

Por su parte, desde la perspectiva material, el acto administrativo más impugnado es el que adjudica la licitación. Casi tres quintas partes de las impugnaciones se dirigen contra la resolución que adjudica el contrato (59 por ciento). En el restante 40 por ciento, merecen destacarse como actos impugnados: las bases (9 por ciento), la resolución que declara desierta la licitación (7 por ciento), el acto de apertura (6 por ciento), la resolución que declara inadmisibles una oferta (5 por ciento) y el informe de evaluación (4 por ciento). En el 9 por ciento restante encontramos variadas hipótesis (re-adjudicaciones, revocaciones, invalidaciones, actos ocurridos durante la ejecución del contrato en que el Tribunal se ha declarado incompetente, entre otros). Por último, cabe consignar que en muchos casos en que se ha impugnado la adjudicación también se objeta la evaluación y, para efectos de esta estadística, hemos considerado que estas demandas se dirigen contra la resolución que adjudica el contrato.

La mayor parte de las demandas impugnan licitaciones de contratos de prestación de servicios (43 por ciento), tales como, vigilancia, de aseo, jurídicos, de apertura y mantención de cuentas corrientes, entre otros. Le siguen las licitaciones para contratar el suministro de bienes muebles (25 por ciento), entre las cuales destacamos las acciones que objetan las propuestas de fármacos (8 por ciento). Ambos rubros —suministro de bienes muebles y contratos de prestación de servicios constituyen el ámbito de aplicación de la Ley N°19.886— y totalizan un 68 por ciento. En segundo término, encontramos los concursos destinados a contratar la ejecución de una obra pública o una pavimentación que, en conjunto, ascienden a un (20 por ciento). Por último, las licitaciones de contratos de concesión (9 por ciento), donde cabe un lugar importante a las concesiones de recolección de residuos sólidos domiciliarios (5 por ciento).

En cuanto a la competencia del TCP, está expresamente limitada en el Art. 24 de la Ley N° 19.886. En efecto, el TCP “será competente para conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley”. Seguidamente, el inc. 2° continúa señalando que “La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive”.

Del precepto transcrito, cabe extraer las siguientes conclusiones respecto a la competencia del TCP:

- a) Es de carácter precontractual, pues solo puede conocer respecto de acciones que se dirijan a impugnar actos u omisiones ilegales o arbitrarios ocurridos desde la aprobación de las bases de la licitación y la resolución de adjudicación, ambas inclusive.<sup>[19]</sup> En consecuencia, deja fuera todos aquellos litigios que puedan ocurrir con ocasión de la ejecución, interpretación o cumplimiento de los contratos administrativos, como por ejemplo, la celebración del contrato, la terminación del mismo, la imposición de multas, aplicación de garantías, retenciones de estados de pago, etc., quedando por lo tanto en manos de los tribunales ordinarios, que tienen competencia residual, sin perjuicio, por supuesto, de las prerrogativas de la Contraloría General de la República.
- b) Como consecuencia de lo anterior, los tribunales ordinarios de justicia serán los encargados de conocer cualquier litigio vinculado con el cumplimiento de los contratos regulados por la Ley N° 19.886. La desventaja de esta situación radica en que los conflictos de orden judicial que se promuevan respecto de los contratos administrativos, al estar estos regulados, en primer lugar, por una ley y reglamento especiales, con normas y principios que le son propios, supletoriamente por las normas de derecho público y, en su defecto, por las normas de derecho privado, serán resueltos por tribunales que, en principio, no tienen un conocimiento especializado en derecho administrativo, y posiblemente, tampoco en compras públicas ni en tecnologías de la información. Otra desventaja es el tiempo de tramitación que demorará el tribunal ordinario para obtener, por ejemplo, la aplicación de alguna multa, de modo tal que en el tiempo intermedio el contratante que incumple sus obligaciones podrá continuar participando en otros procesos licitatorios. En cambio, si las mismas sanciones o multas fueran conocidas por el TCP, se fallarían más rápido y con mayor conocimiento del asunto; además, serían informadas de forma más expedita a la DCCP a

---

[19] Razón por la cual se le ha denominado “Tribunal de la Precontratación Pública”.

fin de ser tenido este antecedente en consideración para efectos del registro de proveedores del Estado.

- c) Solo conoce de actos u omisiones ocurridas respecto de licitaciones, sean públicas o privadas, quedando excluidas en consecuencia las contrataciones directas, también llamadas o trato directo (Art. 24 inc. 2 de la Ley N° 19.886). Las contrataciones directas son aquellas que, “por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada”. Es decir, no son de tipo concursal y tampoco se realiza un llamado público o privado, sino que se pone el servicio requirente en directo contacto con el proveedor, razón por la cual se considera un mecanismo de contratación excepcional, corroborado por el hecho que el legislador solo estableció casos fundados expresamente señalados en la Ley N° 19.886, que autorizan a acudir al trato directo.

Por los fundamentos señalados, se hace necesario que este tipo de mecanismo también pueda ser objeto de impugnaciones, sobre todo si se tiene presente que en la Ley N° 19.886 existen siete causales que permitirían en principio acogerse a la contratación directa. Además, una de ellas, consiste en una suerte de causal genérica que a su vez efectúa una remisión al Reglamento, aquella correspondiente la letra g) del Art. 8 de la Ley N° 19.886: “Cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley”,<sup>[20]</sup> norma que re dirige al Art. 10 N° 8 del Reglamento, que a su vez contiene más de una docena de hipótesis que permitirían aplicar el trato directo. En especial, la causal establecida en el Art. 10 N° 8 letra m) del Reglamento, merece considerable atención, ya que se refiere a “la contratación de servicios especializados inferiores a 1.000 UTM, de conformidad con lo establecido en el Art. 107 del presente reglamento”. El Art. 107 regula a su turno la

---

[20] Establecidas en el Art. 10 N° 7 letras a) a la n) del Reglamento.

contratación de los llamados servicios personales especializados, señalando en su inc. 3° que “Excepcionalmente, tratándose de servicios especializados de un monto inferior a 1.000 UTM, las entidades podrán efectuar una contratación directa con un determinado proveedor, previa verificación de su idoneidad. La resolución fundada que autorice este trato directo deberá señalar la naturaleza especial del servicio requerido, la justificación de su idoneidad técnica y la conveniencia de recurrir a este tipo de procedimiento”. También llama la atención la causal establecida en el Art. 10 N° 8 letra b) del Reglamento, “Cuando la contratación se financie con gastos de representación en conformidad a las instrucciones presupuestarias correspondientes”.<sup>[21]</sup>

Como se observa, existe amplio margen de discrecionalidad para fundamentar un trato directo, por lo que es necesario un fuerte control de los fundamentos invocados en orden a proceder a este tipo de contratación y, a su vez, a la debida motivación de la respectiva resolución.

Otra razón que hace recomendable la extensión de la competencia del TCP a los tratos directos radica en que de acuerdo a la Resolución N° 1.600 de la Contraloría General de la República, los contratos “para la adquisición o suministro de bienes muebles [...] por trato directo o licitación privada por un monto

---

[21] De acuerdo al Clasificador Presupuestario, contenido en el Decreto N° 854 de 2004 del Ministerio de Hacienda, los “Gastos de Representación, Protocolo y Ceremonial” son “los gastos por concepto de inauguraciones, aniversarios, presentes, atención a autoridades, delegaciones, huéspedes ilustres y otros análogos, en representación del organismo. Con respecto a manifestaciones, inauguraciones, ágapes y fiestas de aniversario, incluidos los presentes recordatorios que se otorguen en la oportunidad, los gastos pertinentes solo podrán realizarse con motivo de celebraciones que guarden relación con las funciones del organismo respectivo y a los cuales asistan autoridades superiores del Gobierno o del Ministerio correspondiente. Comprende, además, otros gastos por causas netamente institucionales y excepcionales, que deban responder a una necesidad de exteriorización de la presencia del respectivo organismo. Incluye, asimismo, gastos que demande la realización de reuniones con representantes o integrantes de entidades u organizaciones públicas, privadas, de otros poderes del Estado, y/o con expertos y autoridades nacionales o extranjeras, que se efectúen en las Secretarías de Estado, con concurrencia de funcionarios y asesores cuando así lo determine la autoridad superior.

superior a las 2.500 unidades tributarias mensuales”, así como también los convenios “de prestación de servicios celebrados por trato directo licitación privada, cuando su monto total exceda de 2.500 unidades tributarias mensuales”, se encuentran afectos al trámite de toma de razón. En consecuencia, los tratos directos o licitaciones privadas de bienes o servicios por hasta 2.500 unidades tributarias mensuales, se encuentran exentos de dicho control de legalidad preventivo.

- d) En contra de la sentencia del TCP, procede reclamo ante la Corte de Apelaciones de Santiago, sin embargo, en contra de la resolución que falle este último, la Ley N° 19.886 establece que “En su contra no procederá recurso alguno”. En consecuencia, no existe recurso de casación respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones, sino solo recurso de queja ante la Corte Suprema.
- e) De acuerdo al Art. 27 de la Ley N° 19.886, la acción de impugnación se tramitará, de manera supletoria, de conformidad con “las disposiciones comunes a todo procedimiento establecidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil y las del juicio ordinario civil de mayor cuantía que resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento”. Así, en principio, resultarían procedentes todas las medidas cautelares que el Código de Procedimiento Civil establece. Adicionalmente, el TCP puede decretar “la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación”. La importancia de la adopción de esta medida es fundamental, pues si no se decreta esta durante el tiempo que medie entre la interposición de la acción y su resolución, es muy probable que la entidad licitante proceda a adjudicar la licitación, perdiendo todo efecto la presentación de la acción. Lo anterior, produce que declarada la ilegalidad de una determinada adjudicación nada se pueda hacer, ya que la necesidad pública se encuentra satisfecha y hay intereses de terceros comprometidos (en muchos casos de buena fe), por lo tanto, volver todo el proceso hacia atrás, resultaría, desde el punto de vista patrimonial de la parte reclamante, inoficioso.

Ello es especialmente delicado, desde que una vez dictado el acto de adjudicación (y generando consecuentemente derechos

para el adjudicatario), el TCP no decreta la suspensión.<sup>[22]</sup> Sin embargo, esta atribución del TCP ha sido escasamente ejercida. Ello especialmente dados los riesgos inherentes a ella, en particular, tratándose de licitaciones que implican la necesidad de un suministro continuo para evitar riesgos a la población (por ejemplo, licitaciones de suministro de raciones alimenticias de la JUNAEB). Para solucionar la situación antes mencionada, sería conveniente que cuando se trate de licitaciones relativas a insumos que no sean de extrema urgencia o de primera necesidad, al entablar una reclamación ante el TCP, este debería tender a acoger las solicitudes de suspensión, así como todas aquellas otras medidas tendientes a evitar consolidar una situación mediante no se resuelva dicha reclamación. De esta manera, se evita que los derechos de los particulares perjudicados queden desamparados. Lo anterior, tomando en consideración que la Constitución garantiza el debido proceso, que se cumple en parte a través de las medidas cautelares que tienen por objeto asegurar la ejecución de la sentencia, y de esta forma los derechos de los perjudicados en una adjudicación arbitraria o ilegal.

- f) En cuanto a la decisión del TCP, el Art. 26 de la Ley N° 19.886 señala que “en la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho”. Pues bien, se desprende que la dictación de la sentencia que declare ilegal o arbitrario un acto, no trae necesariamente consigo la declaración de la nulidad del mencionado acto.<sup>[23]</sup> Al efecto, la Ley no establece la obligatoriedad para el TCP de dictar medidas tendientes para restablecer el imperio del derecho, pudiendo ser más bien su decisión declarativa y no constitutiva de derechos para las partes. A mayor

---

[22] *Garafulic y Escandón Limitada con Instituto de Salud Pública (2009)* y *Schering Plough y Compañía Limitada con Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (2008)*.

[23] *Bestpharma con Instituto de Salud Pública (2005)* y *Diseño y Producción Mugarte Ltda. con Ministerio del Interior (2007)*.

abundamiento, si el TCP decide aplicar una medida, la entidad de esta quedará entregada por entero a su criterio, sin que a este respecto exista siquiera un listado meramente enunciativo.<sup>[24]</sup>

Por lo anterior, es posible que a los afectados por un acto ilegal o arbitrario sucedido en una licitación, no se le otorguen beneficios tangibles al momento de obtener una sentencia favorable. Ello podría traer como consecuencia que las personas afectadas pierdan interés en interponer demandas ante el TCP dada la imposibilidad de adopción de medidas concretas, en la esfera reparatoria.

## 6 /

### Propuestas de perfeccionamiento

Revisados los actores intervinientes y su realidad, corresponde abocarnos a identificar y señalar propuestas de perfeccionamiento en pos de una adecuada modernización del Estado en materia de su sistema de contratación. Para ello, cabe distinguir, medidas de gestión, reglamentarias y legislativas.

#### 6.1. *Gestión*

Dichas medidas, no deberían importar un cambio legislativo ni reglamentario, por lo que podrían implementarse en el corto plazo y serían:

- a) Facilitar la participación de oferentes extranjeros en los procesos de compras, por la vía de exigir solo aquella documentación estrictamente necesaria en las respectivas bases de licitación.

.....  
[24] Por ejemplo, la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, establece a propósito del reclamo de ilegalidad que puede ser deducido contra un acto u omisión ilegal de cualquier funcionario municipal, ante la respectiva Corte de Apelaciones, que esta última, “en su sentencia, si da lugar al reclamo, decidirá u ordenará, según sea procedente, la anulación total o parcial del acto impugnado; la dictación de la resolución que corresponda para subsanar la omisión o reemplazar la resolución anulada; la declaración de los perjuicios, cuando se hubieren solicitado, y el envío de los antecedentes al Ministerio Público, cuando estimare que la infracción pudiere ser constitutiva de delito” (Art. 151 letra h).

- b) Contemplar expresamente en las bases de licitación la posibilidad de reducir garantías progresivamente en la medida de que se vaya ejecutando adecuadamente el contrato.
- c) Propender a una adecuada ponderación de los riesgos y seguros asociados a determinadas contrataciones a fin de no constituir verdaderas barreras a la entrada en la contratación.
- d) Agilizar los procedimientos de contratación, fijando plazos acortados y asociar el incumplimiento de ellos a los respectivos Planes de Mejoramiento de la Gestión (PMG).
- e) Hacer uso de los distintos mecanismos de garantía previstos por la regulación (depósito, póliza de seguro, etc.) con el fin de reducir los costos de transacción asociados a un proceso de compra para el proveedor.
- f) Propender a un cumplimiento oportuno de las obligaciones del Estado frente al co-contratante, respectivamente en materia de cumplimiento de la obligación de pronto pago, fijándose el precio en UF o estableciéndose un interés expreso en favor del proveedor.
- g) Instar la elaboración de un Código de Conducta o de Buenas Prácticas por parte de los proveedores en su interacción con la Administración adquirente de bienes y servicios.
- h) Intensificar la coordinación entre la Dirección de Compras Públicas, los servicios públicos y la Contraloría General de la República respecto del control de los tratos directos.
- i) Promover la utilización de las denominadas bases tipo validadas *ex ante* por la Contraloría General de la República y por ende exentas de la toma de razón, para efectos de agilizar los procedimientos de adquisiciones.

## 6.2. Reglamentario

En el ámbito reglamentario, esto es, medidas a mediano plazo, nos parece que se debería propender a una mayor intensidad en la regulación del convenio marco, entre ellos: i) establecer la obligación de igualar condiciones más ventajosas de contratación fuera del convenio

marco para el organismo público; ii) régimen sancionatorio proporcional y razonable frente a incumplimientos del proveedor.

### *6.3. Legal*

Desde un punto de vista legislativo (mediano a largo plazo), advertimos las siguientes medidas que deberían ser promovidas legislativamente:

- i) En cuanto al Sistema de Compras Públicas:
  - a) Someter obligatoriamente las licitaciones de Obras Públicas al sistema en su totalidad. Actualmente las licitaciones de Obras Públicas se someten voluntariamente solo al portal y no a las reglas sustantivas de la Ley N° 19.886. Ello, en armonía con la reglamentación especial en materia de obras públicas.
  - b) Mayor densidad normativa a los convenios marco. Ello, toda vez que han surgido desde su operatividad, una serie de inconvenientes respecto de la ventaja que implica para el Estado fijar condiciones comunes de contratación sin una adecuada actualización o igualación por parte del proveedor a las condiciones más ventajosas imperantes en el mercado. La Ley solo refiere a ellos en el Art. 30 letra d) remitiendo su regulación al Reglamento. La Ley debería expresamente tratar el convenios marco con ocasión de la regulación de los otros mecanismos habituales de selección del co-contratante del Estado (Licitación Pública/Licitación Privada/Trato directo).
  - c) Robustecer la regulación relativa al sistema de información y, en especial respecto de qué se publica (Arts. 18 y siguientes de la Ley N° 19.886), evitando riesgos de interpretaciones por parte de la Administración licitante.
  - d) Regular suficientemente la potestad para resolver unilateralmente el contrato por parte de la Administración. Lo anterior, mediante la obligación del órgano de la administración del Estado de especificar expresamente qué causales constituirían infracciones graves, fijando además un procedimiento que confiera garantías de un debido proceso al proveedor.

- e) Establecer un estatuto de garantías y ponderación de la pena para el contratista del Estado.

## ii) En cuanto al Tribunal de Contratación Pública

- a) Establecer la autonomía económica (presupuestaria) y orgánica (dotación y magistrados) del Tribunal de Contratación Pública.
- b) Dedicación exclusiva de los jueces.
- c) Ampliar la competencia del Tribunal a la ejecución del contrato (incluyendo reclamaciones por multas, terminación unilateral, etc.). Para ello, se debería ampliar la planta del Tribunal y, con ello, el número de magistrados así como evaluar la posibilidad de sesionar en dos salas, junto con la dedicación exclusiva de los jueces o parte de ellos.
- d) Extender la competencia del Tribunal de Contratación Pública a los tratos directos y a las grandes compras vía convenios marco. Ello, ya que es precisamente en dichas figuras negociales –hoy excluidas de la competencia del Tribunal– donde se verifica una serie de irregularidades para la administración del Estado.
- e) Instar un procedimiento de tramitación electrónica ante el Tribunal de Contratación Pública, tal como hoy por hoy lo hacen los tribunales civiles y el Tribunal Constitucional.
- f) Fortalecer el procedimiento de conciliación obligatoria ante el Tribunal, valoración de la prueba vía sana crítica, etc.
- g) Robustecer la potestad del Tribunal para adoptar medidas cautelares, entre ellas, la suspensión del procedimiento licitatorio, llegando incluso a contemplarse la suspensión por la sola interposición de la acción en los casos en que el procedimiento esté próximo a su adjudicación y tratándose de licitaciones cuya interrupción importen un grave riesgo para la población, *vgr.* Licitaciones alimentarias.
- h) Finalmente, en relación a las medidas que puede adoptar el TCP en su sentencia definitiva, dado que actualmente el texto del Art. 26 de la Ley N° 19.886, deja a discrecionalidad del juez la eventual adopción de aquéllas, sería necesaria una reforma legal

que elimine la expresión “en su caso”, ya que podría inducir a confusión respecto de la obligatoriedad de la norma y, derechamente, incorporar alguna frase que reafirme la imperatividad de la adopción de las medidas tendientes para restablecer el imperio del derecho y señalar expresamente cuáles serían esas medidas. Ello, a objeto que el Tribunal propiamente goce del imperio, tan característico de la función jurisdiccional.

- i) Imposibilidad de revisar la ilegalidad ya declarada por el Tribunal de Contratación Pública en sede de indemnización ante el juez civil. Ello, dado que es bastante recurrente que, no obstante la sentencia condenatoria del tribunal, el juez civil –en sede de indemnización– fije como punto de prueba, precisamente la ilegalidad ya declarada previamente por el TCP.
- j) Claridad respecto del régimen recursivo en contra de las sentencias, en especial, permitir la casación contra el fallo de la Corte de Apelaciones pronunciado en sede de reclamación en contra de una sentencia del Tribunal de Contratación Pública o bien, admitir solo una reclamación ante la Corte Suprema, prescindiendo de recurso ante la Corte de Apelaciones, como sucede, por ejemplo, frente a las decisiones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

7 /

## Conclusiones

En suma, si bien contamos con un sistema de compras públicas robusto, estimamos imperativo avanzar en su perfeccionamiento, en especial instando procedimientos de impugnación más ágiles ante una judicatura verdaderamente autónoma que aborde no solo la fase de selección del co-contratante sino que también la ejecución misma del contrato que es, precisamente la esfera de actuación donde se verifican arbitrariedades e ilegalidades sin un mecanismo adecuado de composición.

## Referencias /

- Barra, N. & G. Célis (2011). *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*. Editorial Legalpublishing, Santiago de Chile.
- Bermúdez, J. (2014). *Derecho Administrativo General*. Thomson Reuters. Santiago. 3ª Edición.
- Bermúdez, J. (ed.) (2014). *Perspectivas para la modernización del derecho de la Contratación Administrativa*. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo 2014.
- Cordero, L. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters, Santiago 1ª Edición.
- Escanilla, E. (2013). “El Tribunal de Contratación Pública en Chile. Un análisis propositivo.” en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*.
- Flores Dapkevicius, R. (2006). *Jurisprudencia Seleccionada y Comentada sobre Contratación Administrativa*. Editorial Amalio Fernández. Montevideo, Uruguay. 2ª Edición.
- Peña, F. J. (2014). “Los reclamos en el sistema electrónico de información y contratación de la Ley N° 19.886.” En Bermúdez, J. (coordinador) (2014). *Perspectivas para la modernización del derecho de la contratación administrativa*. Actas de las XI Jornadas de Derecho Administrativo. Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Lara, J. L. & E. García-Huidobro (2013). “Aspectos críticos de la solución de controversias en la Contratación Administrativa bajo la Ley N° 19.886: El Caso del Tribunal de Contratación Pública.” En Bocksang, G. & J. L. Lara (coordinadores) (2013). *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública, Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886*. Legal Publishing, Santiago.
- Lara, J. L. & C. Helfmann (2013). “Tribunal Constitucional y Contratación Pública: Inhabilidades para contratar con el Estado y restricción de Libertades Económicas”, en *Sentencias Destacadas 2012. Una mirada desde las perspectiva de las políticas públicas*, Ediciones Libertad y Desarrollo, 151-173.
- Moraga, C. (2009). *Contratación Administrativa*. Editorial Jurídica de Chile.
- Olmos, F. (2013). “Aspectos orgánicos y competencia del Tribunal de Contratación Pública.” En Bocksang, G. & J. L. Lara (coordinadores) (2013). *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública, Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886*. Legal Publishing, Santiago.

Vergara, A. (2016). “Tribunal de Contratación Pública: Bases institucionales, organización, competencia y procedimiento”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XLVI. Valparaíso, Chile.

Vergara, A. & D. Bartlett (2017). “Propuestas para la regulación del Tribunal de Contratación Pública. Organización, Competencia y Procedimiento”. *Estudios Públicos* N° 147.

Zúñiga, F. & J. Gajardo (2013). *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo: Tomo XIV, Ley N° 19.886 de bases sobre Contratos de Suministro y Prestación de Servicios. Jurisprudencia Judicial y Administrativa*. Editorial Thomson Reuters Abeledo Perrot.