

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Natalia Muñoz Chiu*

INTRODUCCIÓN

El régimen jurídico que rige la contratación administrativa en Chile ha variado sustancialmente, a raíz de la incorporación al ordenamiento durante el año 2003 de dos importantes cuerpos legales: La Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en adelante LBPA, y la Ley N° 19.886, que regula las bases de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en adelante LBCA o Ley de Compras, según se denomina en el Reglamento¹.

Nos interesa referirnos a este tema debido a que en virtud de la LBCA se crea un órgano denominado Tribunal de Contratación Pública, que conocerá de la acción de impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con órganos públicos regidos por la LBCA, estableciéndose un procedimiento especial para dichas acciones².

La acción contemplada en el artículo 24 de la LBCA, según se deduce de su redacción, tiene principalmente el carácter de acción contencioso-administrativa anulatoria, puesto que a través de ella se logrará que sea declarada la nulidad de algún acto administrativo por tener un carácter ilegal o arbitrario. Se trata, en este sentido, de una acción de las denominadas por exceso de poder, esto es, aquella en virtud de la cual se persigue la nulidad del acto administrativo. Sin perjuicio de lo anterior, se podrán perseguir pretensiones diversas a la ya mencionada como las indemnizatorias, en caso de ser procedente.

La necesidad de creación de tribunales especiales de esta naturaleza en Chile deriva, entre otras razones, de la inexistencia de una jurisdicción contencioso-administrativa encargada del conocimiento de estos asuntos, lo que ha generado el surgimiento de una serie de acciones que son conocidas tanto por órganos integrantes del Poder Judicial como por entes administrativos, entre otros mecanismos de control. La necesidad de un tribunal especializado en materia de contratación administrativa deriva de las características o elementos que la distinguen de la contratación civil, aspectos que veremos brevemente en este trabajo. Esta necesidad se ve además complementada por la integración de Chile al comercio internacional, fenómeno impulsado últimamente con gran velocidad, dada la suscripción por Chile de Tratados en que claramente se contienen una serie de exigencias respecto al órgano encargado de dirimir los litigios entre la Administración (entes licitantes) y aquellos que participen en la contratación pública como oferentes³.

Concluimos, antes de empezar el análisis de la LBCA, que la existencia de este tribunal especializado contribuirá a la certeza y seguridad jurídica a través de la creación de una jurisprudencia uniforme producto de la especialización.

La creación de este tribunal, como ya hemos señalado, viene a suplir parcialmente la falencia de no contar en Chile con una jurisdicción contencioso-administrativa de competencia general⁴. De crearse un tribunal con estas características, se debería discutir la eliminación de este tribunal especial que se está creando a través de la LBCA.

La LBCA señala que regirá los contratos que celebre la Administración del Estado para el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones. Como se puede observar, la nueva ley no da una definición de lo que entiende por contrato administrativo. Sin embargo, en sus artículos 2º y 3º se refiere a contratos que quedan incluidos en la aplicación de la LBCA o excluidos de ella.

En el caso de los contratos excluidos, dicha marginación se puede deber, en términos generales, a la existencia de leyes especiales aplicables a ellos, o bien a ser estos contratos incompatibles con la reglamentación general establecida en esta ley.

En términos básicos y con una intención meramente ilustrativa, señalaremos los aspectos del contrato administrativo que hacen necesaria la existencia de una jurisdicción especializada, distinta de aquella que conoce de los litigios que surgen de la celebración de contratos civiles regidos por el Derecho Civil.

1. CONTRATACIÓN EN EL DERECHO CIVIL Y RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Bajo este título veremos, adentrándonos en el problema de fondo, y sin perjuicio de la regulación de la nueva ley, la postura de algunos autores acerca de la relación entre la contratación civil y la administrativa.

Uno de los aspectos latamente discutido en la doctrina, es la determinación de los elementos del contrato administrativo que hacen procedente la aplicación de un derecho especial distinto del que se aplica en la contratación privada.

Un primer factor de delimitación se relacionó con el fuero, es decir, con la atribución de jurisdicción a los tribunales contencioso- administrativos para conocer de los contratos celebrados por la Administración. Fue precisamente la jurisprudencia emanada de estos tribunales, particularmente de los franceses, la que dotó de características propias a estos contratos, dejando de ser considerados como simples especialidades de los contratos civiles⁵.

Este régimen jurídico de Derecho Público tiene como elemento nuclear el reconocimiento de que en esta contratación no existe una igualdad entre las partes – distinguiéndose claramente de la contratación civil en este aspecto– sino que la Administración como representante del interés público tiene preeminencia sobre los intereses de los particulares, reconociéndosele el ejercicio de potestades. Para Ramón Parada esta supremacía de la Administración sobre el contratista tiene en el derecho español un origen procesal, que se expresa en la facultad que se le reconoce a la Administración de la decisión ejecutoria.

Estos privilegios que se le reconocen a la Administración se traducen en que ésta puede “decidir ejecutoriamente sobre la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo y forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza”⁶.

En Chile, después de la entrada en vigencia de la nueva Ley, al igual que lo sucedido en España con la Ley de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963, se estableció un régimen “procesal y sustantivo exorbitante”⁷. La discusión acerca de los privilegios de la Administración y el alcance de éstos ha quedado resuelta por la misma Ley, pudiendo sostenerse que ella acepta la concepción sustantiva del contrato administrativo.

Esto implica el reconocimiento positivo de la facultad de modificar o terminar anticipadamente los contratos administrativos por una serie de causas que la misma LBCA contempla⁸.

En lo que nos interesa, cabe destacar las siguientes causales que grafican la preponderancia de la Administración en relación a los cocontratantes particulares, principalmente debido a que es la misma Administración la que mediante resolución o decreto, ambos fundados, puede disponer tales medidas.

Primero: el incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante. Como se puede apreciar, será la Administración la que, en la forma señalada, determinará que este incumplimiento sea verificado.

Segundo: el estado de notoria insolvencia del contratante. Creemos que esta causal generará menos controversia, puesto que la notoria insolvencia puede ser calificada según parámetros normativos más claros.

Tercero: por exigirlo el interés público o la seguridad nacional. Claramente esta causal es la que de mejor manera refleja la preponderancia de la Administración de la cual venimos hablando, puesto que la determinación del interés público le corresponderá precisamente a ella.

Esta visión sustantiva se ve respaldada además por latos párrafos del Mensaje número 9-341 de 27 de octubre de 1999. En efecto, en su primera página ya se señala que: “*Supuesto que la Administración del Estado es un complejo orgánico, revestido de potestades públicas para el logro de sus fines que son también públicos, la cuestión que se plantea es: en qué medida puede usarse de la actividad contractual para la consecución de los fines públicos*”. Como se puede apreciar, en la búsqueda del logro de los fines públicos la Administración está revestida de potestades públicas, las que se

expresarán en el ámbito de la contratación administrativa.

La idea de que estas materias se rigen por un derecho particular y distinto al civil, que como vimos en la doctrina comparada se fue perfilando a propósito de la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos, se ve corroborada en la siguiente cita, esta vez de la página 2 del Mensaje: *“En la mayor parte de nuestro entorno geográfico y cultural esta actividad contractual de la administración ha dado lugar a la formación de un derecho característico y peculiar de los contratos públicos, que permite garantizar la satisfacción de los intereses públicos que la actuación contractual persigue, así como la transparencia y publicidad necesaria a los procedimientos de contratación”*.

Sin embargo, es en los principios establecidos en las páginas 9 y siguientes del Mensaje, donde se denota con mayor fuerza el reconocimiento de facultades exorbitantes que caracterizan a la contratación administrativa. De ellos trataremos a continuación.

1.1. Principio de mutabilidad del contrato

El reconocimiento de este principio implica que la Administración puede modificar el contrato cuando las necesidades públicas así lo requieran. Esto es expresión de lo que se ha denominado *ius variandi*, es decir, la posibilidad de modificar el contrato cuando las circunstancias que lo han motivado cambian, haciendo necesaria la correspondiente revisión y adecuación del contrato a estas circunstancias sobrevivientes. Sin embargo, este privilegio de la Administración, según el mismo Mensaje señala, debe ser acompañado de la correspondiente indemnización al cocontratante, o del alza de precio del contrato en su caso⁹.

1.2. Principio de la preeminencia de la administración

Este es sin lugar a dudas el principio que desde una perspectiva sustantiva caracteriza a la contratación administrativa, y que la distingue de la contratación civil, cuyo presupuesto básico es la igualdad de las partes contratantes. Se señala que esta preeminencia se expresa en la facultad de modificar el contrato, dirigir su ejecución e interpretarlo¹⁰.

Podemos concluir así que la contratación administrativa, como está actualmente regulada, difiere de la contratación civil en aspectos centrales, principalmente en lo que a la igualdad de las partes se refiere.

2. DERECHO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En esta materia la nueva ley es clara. En ausencia de regulación en ella de alguna materia determinada, se aplican supletoriamente las normas de derecho público y, en su defecto, las del derecho privado¹¹. En otras palabras, a los contratos que se celebren por la Administración del Estado, según la definición orgánica que brinda la Ley N° 19.886, se le aplicarán las normas de esta Ley y su Reglamento, aplicándose supletoriamente las normas del resto del ordenamiento, primero del público y luego del privado¹².

3. DEFINICIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO

Tradicionalmente han existido una serie de criterios que intentan caracterizar a los contratos administrativos y, principalmente, diferenciarlos de los contratos privados. Como se señaló, uno de estos criterios ha sido aquel que distingue entre la actividad de gestión y la actividad de autoridad de la Administración¹³.

Otros elementos que se ha sostenido identifican y diferencian a los contratos administrativos son:

1. Finalidad pública del contrato administrativo: Estar destinado al funcionamiento de un servicio público o a la satisfacción de una necesidad pública. Sin embargo, este factor no nos permite distinguir un contrato de la Administración del Estado de naturaleza privada de uno de índole pública, ya que ambos tipos pueden cumplir con los dos elementos citados. De ello que se hablara de la necesidad de buscar la

- naturaleza del contrato y derivar de ésta su clasificación.
2. Contener cláusulas exorbitantes al derecho común. Como se ha sostenido en doctrina, es este elemento el que permite distinguir al contrato administrativo¹⁴. Según el Mensaje que dio origen a la tramitación de la ley en estudio: “El fundamento de estas reglas especiales es la singular naturaleza del Estado en cuanto contratante, considerando que la finalidad de sus actuaciones es promover el bien común”.¹⁵

En definitiva, y para no ahondar en el tema, hay una serie de elementos que la doctrina y la jurisprudencia han ido señalando para caracterizar un contrato administrativo. Ellos serían aquellos:

- En que se declara expresamente su naturaleza de tal.
- En los cuales participa como contratante la Administración del Estado.
- En que se contienen cláusulas exorbitantes al derecho común.
- Sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Sometido a normas de derecho público.

Por su parte, la Ley N° 19.886 no nos señala qué se entenderá por contrato administrativo, y qué relación existe con la contratación civil, pero su artículo 1° hace referencia al ámbito de aplicación de la ley señalando que: “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”.

Hemos de señalar que se excluyen de la aplicación de la ley una serie de contratos que se consideró, según se señala en el Mensaje, que o no tienen que ver con el suministro de bienes o prestación de servicios, o son incompatibles con los procesos de licitación¹⁶.

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

4. PARALELO ENTRE ALGUNOS ELEMENTOS DE LA CONTRATACIÓN EN EL DERECHO CIVIL Y LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En esta parte del trabajo haremos un paralelo entre algunos elementos de la contratación civil y aquellos contemplados en la nueva Ley para la contratación administrativa, siguiendo de cerca el esquema propuesto por Ramón Parada en su Tratado de Derecho Administrativo I, Parte General, páginas 286 y siguientes.

4.1. Elementos y condiciones de validez de los contratos

Los elementos esenciales para ambos tipos de contratos son los mismos y, en este sentido, es plenamente aplicable el artículo 1445 del Código Civil que señala: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra*”.

En cuanto a la capacidad, debemos entender que, como señala el artículo 4° de la nueva ley, todas las personas naturales y jurídicas podrán contratar con la Administración, cuando cumplan con una serie de requisitos. Por lo tanto, además de la capacidad civil, regulada en los artículos 1445, 1446 y 1447 del Código Civil, se deberá cumplir con otros elementos para ser capaz en el ámbito de la contratación administrativa; estos requisitos están determinados en el Reglamento¹⁷.

Del objeto, siguiendo igual línea de planteamiento, podemos señalar que debe ser comerciable, lícito, determinado o determinable, conforme a las normas del Código Civil, artículos 1460 y siguientes. La Ley no señala otros requisitos al objeto, salvo el disponer que la Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación (artículo 7, inciso final).

Los contratos administrativos tienen que tener asimismo una causa, la que deberá ser real y lícita, conforme al artículo 1467 del Código Civil: *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”*. Según Ramón Parada debemos distinguir entre la *“causa como la contraprestación de la otra parte, y la causa como fin que las partes persiguen por medio del contrato. En los contratos de la Administración luce una concepción de la causa como fin, al determinar que el objeto de los contratos deberá ser necesario para los fines del servicio público y que se justificará en el expediente”*¹⁸. En la LBCA podemos observar que en el artículo 1º, al definir su ámbito de aplicación, no se menciona nada con respecto a la finalidad que debe perseguir el contrato; simplemente señala que son aquellos a título oneroso para el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones. Sin embargo, en el Mensaje se señala, en repetidas ocasiones, que la finalidad de la contratación está constituida por los fines públicos.

4.2. Partes de la contratación administrativa

4.2.1. La Administración del Estado

El concepto de Administración del Estado para la aplicación de la Ley es aquel contenido en el artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado Nº 18.575 (en adelante LOCBGAE), salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley¹⁹. Este artículo de la LOCBGAE señala: *“La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”*. Por ende, solo se excluirían los contratos que se celebren por las empresas públicas creadas por ley²⁰.

Esto significa que los organismos que la doctrina ha tipificado como organismos constitucionalmente autónomos, autonomías constitucionales, servicios públicos acentralizados, entre otras denominaciones, quedan sujetos a esta ley en el ámbito de su contratación. Es necesario recordar que estos entes tienen la particular característica de estar, según el artículo 21º de la LOCBGAE, excluidos de la aplicación de su título segundo, rigiéndose directamente por la Constitución Política y sus propias leyes²¹.

4.2.2. Los contratistas

La contraparte de la Administración serán las personas naturales o jurídicas que con ella contraten. Como señalamos a propósito de la capacidad, además del cumplimiento de las normas generales, para poder ser contratante con la Administración se debe cumplir con una serie de requisitos que generalmente las mismas bases de la licitación pública o privada señalan. Para Ramón Parada se debe distinguir entre la capacidad jurídica y moral de los contratistas y su capacidad profesional y económica. La nueva Ley en este sentido contempla una serie de requisitos para las personas que deseen contratar con la Administración. En razón de la extensión que debe tener este trabajo no profundizaremos en ellas, sino que solo señalaremos que se contempla la existencia de garantías que deben ser constituidas por los oferentes y por los contratantes en su caso²². Esto se ve complementado con un requisito fundamental, cual es estar inscrito en el Registro de Contratistas, que está regulado en la nueva Ley de manera extensa para lo que cabe a una ley de bases, y desarrollado ampliamente en el Reglamento²³. Como podemos

apreciar, junto con este catastro general de contratistas podrán coexistir otros registros especiales, cuya inscripción en ellos será igualmente obligatoria para los contratistas, y que estarán establecidos para “órganos o servicios determinados, o para categorías de contratación que así lo requieran”. El Mensaje complementa lo que se ha venido señalando al establecer como uno de sus principios el de la idoneidad del contratante²⁴.

5. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

5.1. Introducción

La LBCA reconoce las mismas formas de contratación que se contemplan en el artículo 9º de la LOCBGAE, señalando en su artículo 5º que la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. Haciendo un análisis histórico no muy lato podemos observar que el vacío que existía en esta materia era abismante, la única norma con la que contábamos era la del artículo 9º de la LOCBGAE, en el que se señala que: *“Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”*.

A propósito de esta norma, ha sido sumamente discutido en doctrina cuál es la regla general en contratación administrativa. En este sentido algunos autores sostenían que la regla general era la licitación pública, mientras que otros se inclinaban por el trato directo como procedimiento general.

Respecto a la nueva ley, en el Mensaje que dio inicio a su tramitación se señalaba claramente que la regla general es la licitación pública, fundamentando esa decisión en los principios de la publicidad y la transparencia: *“Dichos principios se traducen en que la administración debe realizar procedimientos públicos e idóneos para seleccionar los contratantes. Por ello, la regla general de contratación es la licitación pública, es decir, un procedimiento concursal en virtud del cual cualquier sujeto interesado puede participar de los procedimientos públicamente difundidos”*²⁵.

Sin embargo, la norma contenida en el mensaje y que reflejaba esta opinión fue modificada. Efectivamente el proyecto original contemplaba la siguiente redacción: *“Artículo 15.– La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante Licitación Pública, Licitación Privada o Contratación Directa. Las licitaciones podrán ser nacionales o internacionales. **La Administración usará normalmente la Licitación Pública como mecanismo de adjudicación.** Sólo se admitirá la licitación privada en los casos que señale el Reglamento y previa resolución fundada que la autorice”* (el destacado es nuestro). Y la norma finalmente contenida en la ley quedó redactada de la siguiente manera: *“Artículo 5º.– La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. **La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales,** salvo lo dispuesto en el artículo 8º de esta ley”* (el destacado es nuestro).

De ello podríamos desprender que la norma general para todos aquellos contratos cuyo monto sea inferior a 1.000 unidades tributarias mensuales, será la licitación privada o la contratación directa. En otras palabras, cuando el monto sea inferior al señalado la Administración del Estado podría optar la forma de contratación, e incluso cuando los contratos superen las 1.000 UTM, en algunos casos procederá la licitación privada o contratación directa; estos son los señalados en el artículo 8º de la Ley 19.886.

La interpretación anterior se ve afectada por lo señalado en el artículo 9º del Reglamento, que establece que la regla general para la celebración de contratos de servicios o suministro será la licitación pública, por lo que ésta será la forma normal de contratación. Esto se ve complementado por lo señalado en el artículo 10º número 8º del Reglamento, ya que se dice que procederá la licitación privada o el trato directo en todas aquellas compras que sean inferiores a 100 UTM. Por tanto, en todas aquellas contrataciones que superen el monto de 100 UTM, por regla general, se aplicará la licitación pública, mientras que en aquellas inferior a ese monto se procederá conforme al artículo 51 del Reglamento, esto es, mediante trato directo efectuado a través del Sistema de Información.

5.2. Licitación Pública

Este procedimiento está definido de la siguiente manera en la Ley: *“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. En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento”*. Los principios que rigen este procedimiento son la libre concurrencia de los oferentes, la gratuidad, publicidad y transparencia del proceso, el trato igualitario a los participantes y la sujeción estricta de todos ellos a las bases de la licitación. Cabe agregar que, según lo señalado en el punto anterior, constituye la forma general de contratación.

Este procedimiento consta de las siguientes etapas:

A. Llamado a propuestas

Esta fase va precedida por la elaboración de las bases administrativas²⁶ conforme a las cuales se realiza el llamado. Estas bases deben tener las siguientes características: *“Artículo 6º.– Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta”*. En cuanto a los requisitos formales de las bases, vemos que la Ley ordena su regulación por reglamento, y señala en su artículo 10º inciso tercero que: *“Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente”*.

Como requisitos formales del llamado a propuesta tenemos los siguientes:

- Sujeción a las bases administrativas.
- Libertad para presentarse al proceso. Esto se vincula directamente a su carácter público. Al efecto señala el artículo 7º de la LBCA que: *“En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento”*.
- Debe hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública²⁷.

Según el artículo 18 de la Ley lo que se está priorizando, como se señalaba además en el Mensaje, es la transparencia y publicidad de la contratación administrativa. El uso de medios electrónicos en este sentido permite claramente un acceso más extenso de los posibles oferentes a la información y conocimiento por parte de cualquier persona, sobre cómo se está adjudicando un contrato en particular. Recordemos que, como han señalado muchos autores, la existencia de bases escritas que debían ser adquiridas por los posibles interesados, muchas veces a altos precios, claramente atenta contra la publicidad del mismo. Por otra parte, se bajan considerablemente los costos del proceso licitatorio para sus interesados, lo que redundará definitivamente en una mejor y más conveniente oferta, por su parte, a la Administración. Uno de los mayores logros que a nuestro juicio tiene esta nueva ley es la publicidad de todo el procedimiento que se logra mediante la gratuidad del acceso a la información y la incorporación de todos sus elementos en la página www.chilecompras.cl²⁸. Dentro de esta primera parte del proceso se contempla la posibilidad de que los oferentes realicen, en caso de que las bases lo establezcan, consultas a la entidad licitante, la que efectuará las aclaraciones respectivas, poniéndolas a disposición de todos los participantes del proceso licitatorio.

B. *Recepción y apertura de ofertas*

Las ofertas serán recepcionadas a través del Sistema de Información, salvo que sean realizadas en soporte de papel, lo que es excepcional, según lo regulado en el Reglamento.

Según el artículo 9º de la LBPA, cuando las ofertas presentadas no cumplan con los requisitos establecidos en las bases, se declararan inadmisibles. En caso de que no existan ofertas o éstas no sean convenientes para los intereses del órgano se declarará desierta la licitación pública. En el supuesto que no se presenten ofertas se podrá llamar a licitación privada, teniendo como bases del llamado las mismas que se utilizaron en la licitación pública fallida. Entonces, podemos distinguir una primera etapa constituida por la presentación de las ofertas y su recepción por parte de la entidad pública.

El día y a la hora fijada en las bases se procede a la apertura electrónica de las ofertas, las que quedan, al menos en algunos aspectos, a disposición de todos los oferentes²⁹, quienes podrán realizar las observaciones que estimen pertinentes en el plazo de 24 horas contadas desde la apertura de las ofertas³⁰.

Cabe agregar que se puede realizar la licitación en una o dos etapas; en este segundo caso la propuesta técnica se abrirá y evaluará primero, para luego, en forma diferida, realizar la apertura de la oferta económica de aquellas ofertas que hayan calificado con la técnica.

La entidad licitante procederá, luego de la apertura, admisión de las ofertas y observaciones a las mismas por los oferentes, a su evaluación conforme a los criterios establecidos en las bases.

C. *Adjudicación*

La adjudicación es una decisión formal mediante la cual la autoridad administrativa le entrega la ejecución del contrato a un oferente, la que debe ser publicada en el Sistema de Información, notificándose tanto al adjudicatario como a los otros oferentes. En este sentido nos señala la Ley en su artículo 10º que el contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente. Como elemento central para definir la adjudicación nos señala el mismo artículo que: *“El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento”*. Este artículo se ve complementado con el artículo 41 del Reglamento. Cabe señalar que, eventualmente, la entidad licitante puede declarar desierta la licitación en el caso de que estime que ninguna de las ofertas le resulten convenientes.

5.3. Licitación o propuesta privada

Este procedimiento está definido de la siguiente manera en la Ley: *“b) Licitación o propuesta privada: el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”*. El Reglamento regula esta forma de contratación en su capítulo V, artículo 44 y siguientes. En términos generales podemos señalar como elementos que la caracterizan los siguientes: Procede por resolución fundada, ya que es un mecanismo de excepción, atendido que el Reglamento señala que la regla general es la licitación pública. Procede entonces recurrir a ella solo en los casos contemplados en el artículo 8º de la LBCA y 10º del Reglamento. Se debe dirigir la invitación al menos a tres posibles proveedores seleccionados a través del Sistema de Información. A este procedimiento se le aplican, en lo compatible, las normas de la licitación pública.

5.4. Trato o contratación directa

Este procedimiento está definido de la siguiente manera en la Ley: *“c) Trato o contratación directa: el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo*

caso, ser acreditada según lo determine el reglamento". La contratación directa obviamente es procedente en aquellos contratos que por su envergadura no admiten las formas concursales, ya que éstas encarecerían de tal manera el proceso y subsecuentemente el precio de contratación, que harían imposible su realización. Esta forma de contratación ha sido definida como aquella en que la *"Administración celebra con un contratante libremente elegido para obtener de él los bienes o servicios que necesita para alcanzar los fines que le interesa alcanzar"*³¹. Como requisitos para esta forma de contratación, dispone la nueva Ley que se requerirá un mínimo de tres cotizaciones previas (artículo 8º), que su utilización debe ser por resolución fundada, la que deberá ser publicada en el sistema de información y que solo procede en aquellos casos directamente establecidos en la LBCA y en el artículo 10º del Reglamento. Debemos agregar que en el caso de las contrataciones cuyo monto sea inferior a 100 UTM, se establece un mecanismo especial que está regulado en el artículo 51 del Reglamento.

Finalmente, hay dos situaciones que demos destacar. La primera de ellas se refiere a ciertas contrataciones que por su cuantía (inferior a 3 UTM) o por su naturaleza quedan excluidas de su realización mediante el Sistema de Información, que están señaladas en el artículo 53 del Reglamento.

La segunda, y que creemos va a ser preponderante con el funcionamiento de este sistema, es que cualquiera sea el monto de la contratación involucrado, la entidad licitante debe revisar si el bien o servicio que desea adquirir se encuentra incluido en un convenio marco, en cuyo caso celebrará directamente el contrato a su amparo.

La existencia de tales convenios, permite negociar a la Administración como un todo, aparejando consecuentemente el logro de un mejor precio. A estos convenio marco se deben adherir los entes administrativos cuando lo requerido sea objeto de uno de estos acuerdos. El catálogo de convenio marco está disponible en el sistema de información. Cabe agregar que si algún organismo logra condiciones más ventajosas que las contenidas en un convenio marco, lo comunicará a la Dirección de Compras y Contratación Pública para que esta entidad logre la celebración de un nuevo convenio marco bajo esas condiciones.

6. TRIBUNAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una vez revisadas someramente las características de la contratación administrativa y las etapas de los procedimientos licitatorios, corresponde el estudio de este Tribunal y de la acción que se puede presentar ante él. Veremos especialmente algunas hipótesis de faltas formales en el procedimiento que harían procedente el accionar ante el Tribunal.

6.1. Aspectos generales de la organización, funcionamiento y competencia del Tribunal

Están tratados en el Capítulo V de la LBCA, artículo 22 y siguientes. En términos generales podemos señalar que este Tribunal, con asiento en Santiago, estará compuesto por tres abogados designados por el Presidente, previa propuesta en ternas realizada por la Corte Suprema, las que se designarán de una lista formada a través del mecanismo de concurso público. Estos miembros elegirán un Presidente quien durará en su cargo por dos años. El Tribunal está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Su funcionamiento fue regulado mediante auto acordado de la Corte Suprema de fecha 30 de diciembre de 2003 estableciéndose, entre otros aspectos, que funcionará en una sede habilitada por la Dirección de Compras y Contratación Pública, sesionando los días martes y jueves.

En cuanto a su competencia, este Tribunal conoce no solo de los litigios que se vinculan a las contrataciones regidas por la LBCA, sino que se extiende a litigios que se promuevan a propósito de contratos que quedan excluidos conforme al artículo 3º letra e) de su aplicación: "los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas", sin embargo, luego se señala que "no obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria". Esto implica que el título V, que se refiere al Tribunal

de Contratación Pública, se aplica plenamente y que, tratándose del numeral e) del artículo 3º, las demás disposiciones de esta Ley se aplican en forma supletoria, por lo que en el caso de no existir norma especial a propósito de estos contratos se aplicará supletoriamente lo dispuesto en la LBCA.

6.2. Acción de impugnación

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

El procedimiento de tramitación es el siguiente: la demanda, que debe señalar los hechos que constituyen el acto u omisión, las normas legales o reglamentarias que impliquen su ilegalidad o arbitrariedad y peticiones concretas que someten al conocimiento del Tribunal, se presenta directamente ante el Tribunal o ante la Gobernación o Intendencia respectiva, que la enviará al Tribunal³².

En caso de que el Tribunal advierta algún defecto en la demanda, puede declararla inadmisibile y ordenar se subsanen los defectos dentro del quinto día desde la notificación de la resolución.

Admitida a tramitación, se oficiará al ente recurrido para que informe, dentro del plazo de diez días hábiles desde la recepción del oficio, acerca de la materia impugnada, una vez recibido el informe o trascurrido el plazo que tenía el organismo público para evacuarlo, el Tribunal puede recibir la causa a prueba fijando sus puntos, si estima que hay controversia sobre hechos sustanciales y pertinentes, por un término de 10 días hábiles, pudiendo decretarse desde este momento medidas para mejor resolver, las que deben estar cumplidas antes del vencimiento del plazo para dictar sentencia.

Vencido el período de prueba se cita a las partes a oír sentencia, naciendo con esta resolución el plazo de 10 días que tiene el Tribunal para dictar sentencia, la que será notificada por cédula.

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

6.3. Causales de impugnación

Si observamos los distintos aspectos del procedimiento de contratación administrativa, particularmente del proceso de licitación, podemos observar que existe una serie de eventos que pueden dar origen a una reclamación ante el Tribunal de la Contratación Pública. Por ejemplo, según se determina en el artículo 20 del Reglamento, las bases no pueden afectar la igualdad en el trato que se debe establecer para todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias en relación con las características del bien o servicio objeto de la licitación.

El artículo 25, por su parte, establece plazos mínimos entre el llamado y la apertura de las ofertas. Su no cumplimiento también sería objeto claro de impugnación por parte de los particulares participantes en la licitación. El artículo 27 que se refiere a las aclaraciones, estableciendo la obligación de poner las preguntas efectuadas por los proveedores, a través del sistema de información a disposición de todos los interesados en ella, a fin de que puedan elaborar sus ofertas en base a las nuevas instrucciones contenidas en la aclaraciones. En este sentido, lo señalado anteriormente se conecta con la prohibición de que la entidad licitante tenga algún tipo de contacto con los oferentes distinto a estas solicitudes de aclaración. Por tanto, cualquiera comunicación en este sentido podría ser constitutiva de un vicio a ser impugnado ante el Tribunal³³.

Existe además la posibilidad de que el ente licitante decida efectuar la licitación en

dos etapas; esto implica que primero se realizará una oferta técnica y luego se analizarán las ofertas económicas de aquellos que hayan pasado la primera etapa, es decir, calificado con su oferta técnica; por lo tanto, la exclusión del oferente en relación a la ineficacia de su oferta técnica también puede ser objeto de impugnación.

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

Sin embargo, creemos que uno de los aspectos centrales a ser revisados por el Tribunal de la Contratación va a ser seguramente la evaluación que se realice de las distintas ofertas, producto de la cual se elegirá al adjudicatario, ya que además del precio, que es un factor objetivo, se ponderará la mejor oferta en base a un conjunto de elementos, según los criterios establecidos en las respectivas bases.

A propósito de estos criterios, señala el artículo 38 que las entidades licitantes considerarán la experiencia de los oferentes, la calidad técnica de los bienes, la asistencia técnica y soporte, entre otros elementos. Cada uno de ellos tendrá establecido un puntaje y ponderación según las respectivas bases³⁴, por lo que cualquiera vulneración de estas ponderaciones implicará una acción u omisión arbitraria o ilegal.

CONCLUSIÓN

Creemos que la existencia de este Tribunal y su jurisprudencia, sumado al funcionamiento del portal www.chilecompras.cl, permitirá lograr el objetivo ampliamente buscado de transparencia en la contratación pública, contribuyéndose así a la modernización del Estado. Claramente la regulación de las principales formas de contratación, así como los diversos aspectos abordados por la Ley en estudio generan una expectativa en la buena gestión administrativa que esperamos no se vea defraudada por la práctica del sistema.

Esperamos entonces que esta regulación constituya un aporte, permitiendo un mejor manejo y utilización de los recursos públicos, como consecuencia de la transparencia en los procesos concursales y la adjudicación, en definitiva, a quien realice la oferta más conveniente para todos, ya que el ahorro de recursos públicos producto de su buena administración permitirá liberar fondos para otras finalidades públicas y, por último, genera un segundo efecto esencial: alejar la corrupción del manejo de los recursos públicos, finalidad en la que las entidades públicas chilenas se encuentran especialmente interesadas³⁵.

* NATALIA MUÑOZ CHIU. Abogado de la Procuraduría Fiscal de San Miguel del Consejo de Defensa del Estado.

¹ Publicadas en el Diario Oficial la primera el 29 de mayo de 2003 y la segunda el 30 de julio de 2003. La vigencia de la LBCA fue establecida en términos progresivos, entrando a regir por regla general 30 días después de su publicación, salvo para las Municipalidades, respecto de las cuales la vigencia fue a contar del 1º de enero de 2004, y las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad Públicas, a quienes entró a regir a partir del 1º de enero de 2005.

El Reglamento de la Ley 18.886, en adelante Reglamento, por su parte, fue publicado con fecha 24 de septiembre de 2004.

² El ente encargado de velar por el interés fiscal dentro de este procedimiento como representante de las entidades licitantes es en parte importante el Consejo de Defensa del Estado. Conforme a las normas que rigen a este organismo – DFL N° 1, de 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado– le corresponde la defensa de los órganos públicos cuyos procesos de contratación se vean impugnados mediante el mecanismo contemplado en la LBCA. Someramente podemos resumir estas atribuciones en la defensa de los intereses del Fisco en todos los juicios y en actos no contenciosos en que tengan ingerencia o participación la estructura centralizada de la administración pública, así como la representación de aquellos entes que teniendo el carácter de descentralizados no cuenten con las condiciones necesarias para asumir directamente la defensa en dichos litigios o la tramitación de actos no contenciosos.

³ Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, firmado con fecha 6 de junio de 2003 y vigente desde el 1º de enero de 2004, su artículo 9.13 contempla la revisión nacional de impugnaciones presentadas por los proveedores, estableciéndose en los siguientes términos: “Autoridades de revisión independientes:

1. Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad administrativa o judicial imparcial, independiente de sus entidades, para recibir y revisar las impugnaciones presentadas por los proveedores en relación con las medidas de una Parte que implementan este Capítulo, en conexión con una contratación pública cubierta por este Capítulo, y formular las conclusiones y recomendaciones pertinentes. Cuando una impugnación de un proveedor sea inicialmente revisada por un órgano distinto de dicha autoridad imparcial, la Parte garantizará que el proveedor pueda apelar la decisión inicial ante una autoridad administrativa o judicial imparcial que sea independiente de la entidad que es objeto de la impugnación.

2. Cada Parte dispondrá que la autoridad establecida o designada de conformidad con el párrafo 1 tenga facultades para adoptar sin demora medidas cautelares pendiente la resolución de la impugnación, para preservar la oportunidad del proveedor de participar en la contratación pública y asegurar que la Parte cumpla con sus medidas que implementan este Capítulo, incluyendo la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

3. Cada Parte garantizará que sus procedimientos de revisión se encuentren publicados y sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del debido proceso.

4. Cada parte garantizará que todos los documentos relacionados con una impugnación de una contratación pública cubierta por este Capítulo se encuentren a disposición de cualquier autoridad establecida o designada de conformidad con el párrafo 1.

5. Sin perjuicio de otros procedimientos de revisión dispuestos o desarrollados por cada una de las Partes, cada Parte garantizará que las autoridades establecidas o designadas de conformidad con el párrafo 1 dispongan al menos lo siguiente:

a) una oportunidad al proveedor para examinar los documentos pertinentes y ser oído por la autoridad de manera oportuna;

b) tiempo suficiente para que el proveedor prepare y presente impugnaciones por escrito, el cual, en ningún caso, será menor a 10 días, a partir del momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por éste;

c) una exigencia para que la entidad responda por escrito a la impugnación del proveedor;

d) una oportunidad al proveedor de replicar a la respuesta de la entidad a la impugnación, y

e) la entrega sin demora y por escrito de las decisiones relacionadas con la impugnación, con una explicación de los fundamentos de cada decisión.

6. Cada una de las Partes garantizará de que la presentación del proveedor de una impugnación no perjudicará la participación del proveedor en las contrataciones en curso o futuras".

⁴ En dos normas constitucionales se ha dispuesto la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa, estas son el artículo 87 de la Constitución de 1925 y el artículo 38 de la Constitución de 1980. Existen numerosos trabajos respecto a esta materia, entre los que cabe mencionar los publicados en esta Revista en sus números 2 y 3 y una publicación en la que están contenidos los proyectos de creación de estos tribunales. A propósito de las normas constitucionales recién citadas, que nunca se concretaron, véase: La Jurisdicción Contencioso Administrativa, Decisiones Legislativas al año 2001, Documentos, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile.

⁵ Ramón Parada: "Derecho Administrativo I, Parte General", Decimotercera Edición, Marcial Pons, 2002, página 279.

⁶ *Op. cit.*, página 281.

⁷ *Op. cit.*, página 283.

⁸ El artículo 13 señala lo siguiente: "Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas:

a) La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes.

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

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

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

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

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

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

Sin embargo, la mutabilidad del contrato, que se justifica en el interés público involucrado, debe compatibilizarse con el derecho del contratista de la administración a que sus derechos sean debidamente garantizados. Por ello, el proyecto garantiza patrimonialmente al contratante frente a la mutabilidad del contrato, sea a través del alza del precio, sea a través de la indemnización correspondiente".

¹⁰ Nos señala el Mensaje en su página 13, respecto del principio de la preeminencia de la administración, que: "La Administración, cuando contrata, no se encuentra en una situación de igualdad frente a su contratante. Mientras éste satisface su interés particular, la administración satisface el interés general. Las resultas de un contrato en su ejecución son de suma importancia para la administración, razón por la que la mutabilidad del contrato deriva de un conjunto de potestades de las cuales es titular la administración y que dinamizan la contratación. La administración tiene la facultad para contratar y dirigir la ejecución del contrato; tiene poder, también, para modificar el contrato si durante su ejecución se dan hechos que así lo justifiquen, compensando debidamente al contratante, y tiene la atribución de interpretar los contratos, sin perjuicio de las competencias que tienen los tribunales de justicia al respecto".

¹¹ Artículo 1º inciso primero: "Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado".

¹² Cabe agregar que dentro de lo señalado tienen particular aplicación, además de la Ley y su reglamento, la resolución número 217 b) de la Dirección de Compras, Los Tratados y la normativa interna de cada servicio.

¹³ Al respecto señala Pantoja Bauzá que esta distinción: "Es lo que la doctrina *ius administrativa* categoriza de antiguo con las expresiones contrato administrativo y contratos de la Administración: los primeros, surgidos de potestades exorbitantes frente al cocontratante; los segundos, de derechos subjetivos que se ejercen en las mismas condiciones que cualquier particular. De aquí se sigue que los primeros se rigen por el Derecho Público y los segundos por el Derecho común, y en los países de doble jurisdicción, que los primeros originan procesos contencioso-administrativos y los segundos procesos civiles", Pantoja Bauzá, Rolando: "Separata los sujetos de Derecho Administrativo: La Administración del Estado, su actuar: los contratos administrativos", página 43.

¹⁴ En la página 13 del mensaje número 9-341 de 27 de octubre de 1999 podemos encontrar una serie de elementos establecidos en favor de la Administración.

¹⁵ *Op. cit.*, página 14.

¹⁶ Artículo 3º.— Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley:

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

b) Los convenios que celebren entre sí los organismos públicos enumerados en el artículo 2º, inciso primero, del decreto Ley N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, y sus modificaciones;

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

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

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

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

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

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

¹⁷ En efecto, el artículo 4º de la Ley señala: “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. Cada entidad licitante podrá establecer, respecto del adjudicatario, en las respectivas bases de licitación, la obligación de otorgar y constituir, al momento de la adjudicación, mandato con poder suficiente o la constitución de sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, según corresponda, con la cual se celebrará el contrato y cuyo objeto deberá comprender la ejecución de dicho contrato en los términos establecidos en esta ley. El inciso anterior sólo se aplicará respecto de contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes o la prestación de servicios que el adjudicatario se obligue a entregar o prestar de manera sucesiva en el tiempo”. El Reglamento, a su vez, trata esta materia en su párrafo 2, requisitos para contratar, entre los que señala la inscripción en el Registro de Proveedores, la obligación de otorgar mandato o de constituir una sociedad y la exigencia de garantía.

¹⁸ Ramón Parada, *op. cit.*, página 287.

¹⁹ Artículo 2º Ley 19.886.

²⁰ Cabe señalar que según el dictamen N° 47.501 de la Contraloría General de la República, las universidades estatales se consideran integrantes de la Administración del Estado, por lo que se le aplica la LBCA.

²¹ Una definición general que podemos intentar diría que las autonomías constitucionales (administrativas) son aquellos entes estatales que poseen autoridad o ejercen soberanía y que, teniendo asignadas funciones administrativas, están situadas al margen de la estructura de la Administración Pública, siendo independientes de ésta, rigiéndose directamente por la Constitución Política y por sus propias leyes orgánicas constitucionales.

²² Respecto a la capacidad para participar como oferente, vemos que la nueva Ley exige la constitución de garantías, lo que según se señala se complementará por vía reglamentaria. Así, el artículo 11 dispone que: “La respectiva entidad licitante requerirá, en conformidad al reglamento, la constitución de las garantías que estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, en la forma y por los medios que lo establezcan las respectivas bases de la licitación. Las garantías que se estimen necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, deberán ser fijadas en un monto tal que sin desmedrar su finalidad no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta. Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas. Sólo podrán entregarse anticipos a un contratante, si se cauciona debida e íntegramente su valor”.

²³ Se señala en el artículo 16 de la LBCA que: “Existirá un registro electrónico oficial de contratistas de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública. En dicho registro se inscribirán todas las personas naturales y jurídicas, chilenas y extranjeras que no tengan causal de inhabilidad para contratar con los organismos del Estado. La Dirección de Compras y Contratación Pública podrá fijar las tarifas semestrales o anuales de incorporación que deberán pagar los contratistas, con el objeto de poder financiar el costo directo de la operación del registro, velando por que las mismas no impidan o limiten el libre e igualitario acceso de los contratistas al registro. Este registro será público y se regirá por las normas de esta ley y de su reglamento. Los organismos públicos contratantes podrán exigir a los proveedores su inscripción en el registro de contratistas y proveedores a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, para poder suscribir los contratos definitivos. La evaluación económica, financiera y legal de los contratistas podrá ser encomendada por la Dirección de Compras y Contratación Pública a profesionales y técnicos, personas naturales o jurídicas, previa licitación pública. No obstante lo anterior, la decisión consistente en el rechazo o aprobación de las inscripciones corresponderá a la Dirección de Compras y Contratación Pública y podrá ser reclamable en los términos establecidos en el capítulo V. Podrán, asimismo, existir otros registros oficiales de contratistas para órganos o servicios determinados, o para categorías de contratación que así lo requieran, los que serán exigibles para celebrar tales contratos. Dichos registros serán regulados por decreto supremo expedido por el Ministerio respectivo. Estos registros podrán o no ser electrónicos. Cuando fueren electrónicos, deberán ser compatibles con el formato y las características del Registro a que se refiere el inciso primero. Los registros serán siempre públicos. No obstante, las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad Pública, podrán mantener registros reservados o secretos, respecto de los bienes y servicios que se exceptúan de esta ley, en conformidad con su legislación”.

²⁴ Respecto a este principio se señala en la página 12 del Mensaje que: “Si bien es cierto que cualquier ciudadano o persona, nacional o extranjera, puede contratar con la Administración, ésta debe garantizar y velar porque los sujetos que contraten con ella, sean dignos de confianza y tengan la experiencia necesaria. En efecto, los contratantes de la Administración no son sólo sujetos que realicen una actividad económica lícita, son ante todo colaboradores directos o indirectos de la Administración. Cuando la Administración suscribe un contrato de suministro, cualquiera sea la naturaleza de los bienes incorporados, no sólo realiza una compra o arrendamiento de bienes; también adquiere insumos al Estado para su funcionamiento, insumos que finalmente tendrán impactos en la calidad de servicios que preste la Administración. Lo mismo sucede respecto de las asesorías que el Estado contrata, regularmente asociadas a la entrega de conocimiento o información. Estas sirven como fundamento técnico o generan alternativas de evaluación para una decisión final de la Administración. Por ello, no cualquier persona puede ser contratante de la Administración, sino sólo aquellos que cumplan

con los requisitos de idoneidad profesional, técnica y financiera, que permitan garantizar el normal funcionamiento de los servicios públicos”.

²⁵ Mensaje número 9-341 de 27 de octubre de 1999, página 13.

²⁶ Ver definición de bases y de bases administrativas en el artículo 2º del Reglamento.

²⁷ Debemos entender que esta exigencia se complementa con la del artículo 18 de la ley que señala: “Los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha utilización podrá ser directa o intermediada a través de redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones, sea individualmente o acogiéndose a los beneficios de los contratos marco que celebre la señalada Dirección. Dicha actividad deberá ajustarse a lo dispuesto en sus respectivas leyes orgánicas, en la ley de firma electrónica y en las normas establecidas por la presente ley y su reglamento.

Los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública. No obstante, el reglamento determinará los casos en los cuales es posible desarrollar procesos de adquisición y contratación sin utilizar los referidos sistemas”.

²⁸ Los artículos 19 y 20 de la Ley se refieren a estos aspectos: “Artículo 19.– Créase un Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que se aplicará a los organismos señalados en el artículo 1º de la presente ley, y que deberá estar disponible a todo el público, en la forma que regule el reglamento.

El Sistema de Información será de acceso público y gratuito.

Artículo 20.– Los órganos de la Administración deberán publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública, la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que establezca el reglamento. Dicha información deberá ser completa y oportuna refiriéndose a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas; aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras, todo según lo señale el reglamento”.

²⁹ En el caso de que las ofertas sean en soporte de papel se abrirá el sobre, según el procedimiento tradicional existente hasta la creación de la forma electrónica, véase el artículo 62 del Reglamento.

³⁰ Eventualmente en las bases se puede establecer una fase de preselección de los oferentes (artículo 35 del Reglamento).

³¹ *Op. cit.*, página 50.

³² La tramitación se efectuará conforme a las normas contenidas en el título V de la LBCA; supletoriamente se aplican las normas del libro I del Código de Procedimiento Civil y las del juicio ordinario de mayor cuantía que resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento, artículo 27 de la LBCA.

³³ En este sentido nos señala el artículo 39, a propósito de los contactos durante la evaluación:

“Durante el período de evaluación, los Oferentes no podrán mantener contacto alguno con la Entidad Licitante con excepción de la solicitud de aclaraciones y pruebas que pudiere requerir la Entidad Licitante”.

³⁴ “Artículo 37.– Método de evaluación de las ofertas:

La Entidad Licitante deberá evaluar los antecedentes que constituyen la oferta de los proveedores y rechazará las ofertas que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en las Bases.

La evaluación de las ofertas se efectuará a través de un análisis económico y técnico de los beneficios y los costos presentes y futuros del bien y servicio ofrecido en cada una de las ofertas. Para efectos del anterior análisis, la Entidad Licitante deberá remitirse a los criterios de evaluación definidos en las Bases.

La Entidad Licitante asignará puntajes de acuerdo a los criterios que se establecen en las respectivas Bases.

Los miembros de la comisión evaluadora, si existiera, no podrán tener conflictos de intereses con los Oferentes, de conformidad con la normativa vigente al momento de la evaluación.

Artículo 41.– Adjudicación de la oferta y notificación:

La Entidad Licitante no podrá adjudicar la licitación a una oferta que no cumpla sustancialmente con las condiciones y requisitos establecidos en las bases.

No podrán adjudicarse ofertas de Oferentes que se encuentren inhabilitados para contratar con las Entidades, de acuerdo a lo previsto en el artículo 92 del Reglamento”.

³⁵ Para un mejor estudio se pueden consultar libros referidos al ordenamiento jurídico español, debido al poco desarrollo que este tema ha tenido en Chile, entre los cuales podemos mencionar algunos publicados en los últimos años:

–Dagnino Guerra, Alfredo: *Legislación básica sobre contratos de las Administraciones Públicas: (legislación, jurisprudencia y doctrina administrativa)*, Madrid, Edisofer, 2004.

–De Asís Roig, Agustín E.: *Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas*, Navarra, Civitas, 2004.

–Embid Irujo, Antonio: *Comentarios a la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas: (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003.

–Gimeno Feliú, José Miguel: *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, Atelier, 2004.

–Lefebvre, Francis: *Memento práctico. Contratos públicos*, ed. Act. a junio 2004, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2004.

–Moreno Molina, José Antonio: *Análisis de la nueva Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, La Ley, 2003.

–Ortiz Vaamonde, Santiago: *El levantamiento del velo en el Derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Madrid, La Ley, 2004.

–VV. AA., Edición preparada por Óscar Moreno Gil: *España. Leyes, etc. de contratos del Estado, Contratos de las administraciones públicas*, 19ª ed., Madrid, Civitas, 2004.

–VV. AA.: *España. Ley de contratos de las administraciones públicas, 2000, Contratos de las administraciones públicas*, 23ª ed. act. a julio de 2004, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004.

–VV. AA., Alberto Ruiz Ojeda (dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada: comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, Thompson - Civitas, 2004.

–VV. AA., Menéndez, Pablo; Menéndez, Adolfo: *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, Civitas, 2003.

–Villalba Pérez, Francisca: *La contratación de las sociedades en manos de las Administraciones Públicas: principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Cabe agregar que los manuales de *Derecho Administrativo* españoles contienen una parte destinada a analizar esta temática, podemos mencionar entre otros los siguientes:

457. –Cosculluela Montaner, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14 Edición, Civitas, 2004, páginas 397 a 457.
- Escuin Palop, Catalina: *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2004, páginas 559 a 617.
- García de Enterría, Eduardo y otro: *Curso de Derecho Administrativo I*, 12ª Edición, Civitas, 2004, páginas 677 a 727.
- Martín Mateo, Ramón: *Manual de Derecho Administrativo*, 22ª Edición, Aranzadi, 2003, páginas 359 a 383.
- Morel Ocaña, Luis: *Curso de Derecho Administrativo II*, 5ª Edición, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 2002, páginas 1099 a 1123.
- Parada, Ramón: *Derecho Administrativo I, Parte General*, 14ª Edición, Marcial Pons, 2003, páginas 274 a 316.
- Parejo Alfonso, Luciano: *Derecho Administrativo*, Ariel, 2003, páginas 963 a 1071.