



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
Departamento de Derecho Público.

**REVISIÓN CRÍTICA DEL TRATO O CONTRATACIÓN DIRECTA COMO  
MODALIDAD DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**  
**Ley 19.886 Sobre Bases de Contratos Administrativos y Prestación de Servicios.**

**Profesor Guía: Jaime Jara Schnettler.**  
**Alumno: Ángel Jara Tobar.**

**Santiago, 2008**

## **ABREVIATURAS**

**Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de  
Administración del Estado.**

**LOCBGAE**

**Dirección de Compras y Contratación Pública.**

**DCCP**

**Constitución Política de la República.**

**CPR**

**Ley 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos y de  
Suministro.**

**Ley 19.886, o “la Ley”.**

**Reglamento de la Ley 19.886, contenido en el Decreto  
Supremo del Ministerio de Hacienda N° 250, de 2004.**

**“El Reglamento”**

## **TABLA DE CONTENIDO**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
Las Tres Preguntas Clave.	<b>1</b>
Importancia de La Investigación.	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>ASPECTOS GENERALES DE LA LEY 19.886 Y SU REGLAMENTO.</b>	<b>10</b>
Breve Reseña de la Historia de la Ley 19.886, de Bases Sobre Contratos Administrativos y de Suministro y Prestación de Servicios.	<b>10</b>
El Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración.	<b>13</b>
<b>CAPITULO II</b>	
<b>EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.</b>	<b>18</b>
Existencia del Contrato Administrativo.	<b>18</b>
El Contrato Administrativo como Acto de la Administración.	<b>21</b>
Definición y Concepto del Contrato Administrativo.	<b>23</b>
El Contrato Administrativo en Chile.	<b>25</b>
I.- Concepción Amplia del Contrato Administrativo.	<b>25</b>
II.- Dispersión normativa.	<b>26</b>
III.- Régimen Sustantivo de los Contratos Administrativos en Chile.	<b>28</b>
IV.- No Existen Cláusulas Exorbitantes <i>per se</i> .	<b>30</b>
V.- Clasificación de los Contratos Administrativos en el Derecho Chileno.	<b>34</b>
VI.- Los Contratos de Suministro y Prestación de Servicios.	<b>36</b>
1) El Contrato de Suministro.	<b>37</b>
2) El Contrato de Prestación de Servicios.	<b>41</b>
VII.-Legislación de Fondo Aplicable a los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios Regidos por la Ley 19.886.	<b>46</b>
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.</b>	<b>52</b>
Generalidades.	<b>52</b>
Los Sistemas de Contratación.	<b>53</b>
I.- El Sistema de Libre Elección.	<b>53</b>
II.- El Sistema de Restricción.	<b>54</b>

Los Procedimientos de Contratación en Chile.	56
I.- El Convenio Marco	56
1) Concepto.	56
2) Circunstancias en que procede la utilización de un Convenio Marco.	57
II.- Licitación Pública	59
1) Concepto.	59
2) Importancia de la licitación pública.	60
3) Procedencia.	62
4) Etapas de la Licitación Pública.	63
a) Etapa previa a la publicación de las bases.	63
b) Etapa de publicación y recepción de ofertas.	65
c) Etapa de evaluación y adjudicación.	67
d) Etapa de ejecución y liquidación del contrato.	69
III.- Licitación Privada.	71
1) Concepto y Características.	71
2) Procedencia.	72
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>EL TRATO DIRECTO O CONTRATACIÓN DIRECTA.</b>	<b>74</b>
<b>SECCIÓN PRIMERA: GENERALIDADES.</b>	<b>74</b>
Concepto.	74
Importancia.	76
<b>SECCIÓN SEGUNDA: PROCEDENCIA DEL TRATO O CONTRATACIÓN DIRECTA.</b>	<b>80</b>
El Trato Directo Antes de la Ley 19.886.	80
Causales Establecidas en la Ley 19.886..	81
Las Cotizaciones Previas.	87
A) Origen de la exigencia.	86
B) La confusión del legislador.	88
c) Una posible solución.	91
<b>SECCIÓN TERCERA: ESTUDIO PARTICULAR DE LAS CAUSAS DE CONTRATACIÓN DIRECTA.</b>	<b>92</b>

1.- Licitación previa sin interesados.	<b>92</b>
2.- Realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente.	<b>94</b>
3.- Casos de emergencia, urgencia o imprevisto.	<b>95</b>
3.1- Jurisprudencia.	<b>98</b>
4.- Proveedor único del bien o servicio.	<b>99</b>
5.- Convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional.	<b>101</b>
6.- Servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional.	<b>102</b>
7.- Naturaleza de la Negociación.	<b>105</b>
7.1 Historia de la causal.	<b>105</b>
7.2 La Naturaleza de la Negociación según el Reglamento de la Ley 19.886.	<b>107</b>
a) Prórroga de un contrato o servicios conexos.	<b>108</b>
b) Gastos de representación.	<b>109</b>
c) Seguridad e integridad personal de las autoridades.	<b>111</b>
d) Consultorías prestadas en consideración a facultades del prestador.	<b>111</b>
e) Derechos de propiedad intelectual, industrial, u otros.	<b>114</b>
f) Magnitud e importancia de la contratación	<b>116</b>
g) Reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios.	<b>119</b>
h) Riesgo para el objeto u eficacia la contratación, originado por el conocimiento público.	<b>120</b>
i) Adquisiciones de bienes muebles a oferentes extranjeros para ser utilizados o consumidos fuera del país.	<b>121</b>
8.- Monto inferior al señalado en el Reglamento.	<b>122</b>
<b>CAPITULO IV</b>	
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>126</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>130</b>

## **RESUMEN**

El objetivo de esta memoria es analizar la regulación que la Ley 19.886 ha dado al trato o contratación directa, mecanismo que permite a la Administración, en determinados casos, suscribir directamente contratos de suministro y prestación de servicios sin someterse a los requisitos y exigencias de la licitación pública. Este tema adquiere relevancia desde que se reconoce por un lado la importancia que los contratos administrativos tienen para la economía, y por otro su sensibilidad respecto al principio de probidad que debe regir todas las actuaciones públicas.

Para efectuar tal análisis, se ha llevado a cabo un estudio de los conceptos generales en materia de contratos administrativos y sistemas de selección de los oferentes, para luego pasar a examinar en detalle en qué casos, con qué requisitos y de acuerdo a qué procedimientos el Estado puede escoger directamente a un contratista para la celebración de un contrato administrativo de suministro y prestación de servicios.

Los resultados obtenidos demuestran que a pesar de algunos problemas en la definición del trato directo y los requisitos de procedimiento impuestos, la ley señalada ha implicado un innovador avance en materia de contratación administrativa, fortaleciendo los principios de publicidad, transparencia, publicidad y libre concurrencia de los oferentes.

## INTRODUCCIÓN

### **Las Tres Preguntas Clave.**

El Estado está al servicio de la persona humana. Esta es una de las frases más importantes y significativas de nuestra Constitución Política, pues nos señala cuál es la finalidad de la existencia del Estado. Para cumplir este propósito, el Estado (en adelante “la Administración Pública”, o simplemente “la Administración”), debe contar con bienes y servicios que le permitan cumplir sus funciones. Por ejemplo, para otorgar educación necesita adquirir libros para las escuelas, y para que estos libros puedan leerse de forma adecuada y cómoda, es necesario contar con sillas donde los niños puedan sentarse, y una mesa para apoyarse y trabajar. Así también, para prestar el servicio de registro civil a las personas, necesita confeccionar una serie de documentos como certificados de nacimiento, de defunción, libretas de matrimonio, etc., los cuales se plasman en papeles que previamente ha adquirido a alguna empresa dispuesta a vendérselos.

Como podemos apreciar, el Estado, al igual que cualquier persona, empresa u organización social, necesita contar con bienes y servicios de toda índole para llevar a cabo sus propósitos, los cuales son de diversos tipos y formas, como limpieza de oficinas, vehículos para transporte, cursos de capacitación, computadores, muebles, etc. Sin embargo, si bien las necesidades del sector público y el sector privado son similares, existe una gran diferencia. Iván ARÓSTICA, en su artículo “Cómo y con Quién Contrata la Administración”, nos dice al respecto que “no es extraño encontrar en los contratos administrativos algunas facetas que no se presentan en los contratos *interprivatos*, como es el hecho que en ciertos aspectos la administración se halla en una situación menos ventajosa que la que tiene un particular respecto a otro, en un acuerdo regido por el derecho común .....es el caso precisamente de lo concerniente a la libre elección del cocontratante: la Administración no es libre y soberana, ya que en razón de los intereses públicos

... y por imperativo del artículo 7° inciso primero de la Carta Fundamental ha de escogerlo “en la forma que prescribe la ley”...”<sup>1</sup>

El Estado, a diferencia de las empresas privadas o los particulares, debe responder ante el depositario de la soberanía, el pueblo, a tres importantes preguntas acerca de sus adquisiciones de bienes y servicios: ¿Con quién contrató? ¿En qué condiciones contrató? ¿Cómo llegó a contratar?<sup>2</sup>. Estas tres preguntas son claves y trascendentes, y se fundamentan en que, por un lado, el Estado gasta el dinero “de todos los chilenos”, y por otro, atendiendo a la enorme cantidad de recursos que maneja, constituye una pieza clave en la economía del país, pues a través de la contratación administrativa traspasa al mercado alrededor del 10 al 15% del producto interno bruto, según lo expresado en el Mensaje número 9-341 de S. E. el Presidente de la República, de 27 de octubre de 1999.<sup>3</sup>

Es importante para la ciudadanía conocer a qué persona, natural o jurídica, realiza sus compras el Estado. A la sociedad le es, por lo general, indiferente si una sociedad de responsabilidad limitada que se dedica a confeccionar muebles de oficina, adquiere la madera a un hermano de los socios<sup>4</sup>. Sin embargo, si le es relevante si las toneladas de papel que utiliza anualmente un ministerio son adquiridas a la empresa de un pariente del ministro, pues en este caso existe el peligro de estar en presencia de una vulneración del principio de probidad, según lo prescrito en el artículo 62 N° 6 de la Ley Orgánica Constitucional Sobre Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE), que prohíbe Intervenir, en razón de las

---

<sup>1</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván. Cómo y con Quién Contrata la Administración. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración para su 75° aniversario de vida institucional). Santiago, 2002. Página 103.

<sup>2</sup> Sin lugar a dudas, es posible que el lector estime que también existen otras preguntas importantes acerca de la actividad contractual del Estado. Sin embargo, en esta obra, por fines pedagógicos, nos hemos limitado a las más pertinentes en la materia.

<sup>3</sup> Como referencia, durante al año 2007, el monto de los contratos administrativos transados a través del Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración (actualmente denominado [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl)) fue superior a US\$ 4.458.000.000 (DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. Informe de Gestión ChileCompra Balance Año 2007. Santiago, Dirección de Compras y Contratación Pública 2008. Página 12.).

<sup>4</sup> Si bien esta clase de operaciones, desde el punto de vista tributario podría tener cierta importancia jurídica, bajo parámetros normales no acarrea ninguna sanción ni compromete el interés social.

funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.

La pregunta acerca de las condiciones en que contrató el Estado, responde a dos necesidades: por un lado, una general, cuál es la necesidad de eficiencia en el manejo del erario nacional por parte de quienes integran la Administración Pública. De faltar dicha eficiencia, se pueden ejercer diversas sanciones, tales como la remoción de los encargados, interpelación a ministros<sup>5</sup>, etc. Por otro lado, la eficiencia también es un parámetro para determinar la validez de los contratos que son suscritos con los funcionarios directivos del mismo órgano estatal, o con empresas o personas relacionadas con ellos. Al respecto, el artículo 4° de la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, dispone en su inciso final que “cuando circunstancias excepcionales lo hagan necesario, los órganos y empresas referidos en el inciso cuarto podrán celebrar dichos contratos, siempre que se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado.”

Por último, mientras un particular puede adquirir sus bienes directamente en el mercado y con los vendedores que mejor le parezcan, el Estado debe seguir una serie de procedimientos que garanticen tanto la probidad de sus funcionarios a la hora de seleccionar al cocontratante, como el acceso igualitario de todos los ciudadanos a las oportunidades de negocios que ofrece el Estado. Aquí nos referimos, junto al principio de probidad ya mencionado, a los principios de idoneidad del contratante y de libre concurrencia de los oferentes. Los procedimientos establecidos para asegurar tales principios toman el nombre de Licitación Pública, Licitación Privada o Trato Directo, según sea el caso, y sobre ellos versará esta memoria, poniendo especial énfasis en este último y el tratamiento que ha recibido en la Ley 19.886.

---

<sup>5</sup> La interpelación es una figura recientemente introducida a través de la reforma constitucional del año 2005, y más que una sanción, es un mecanismo establecido en la Constitución que permite a la Cámara de Diputados efectuar un control de los actos del gobierno, mediante la citación a un determinado ministro a responder determinadas preguntas relativas al funcionamiento de un determinado servicio, la adopción de acuerdos, el curso de acción frente a determinados problemas, y en general, acerca de cómo está ejerciendo sus funciones el ejecutivo en determinada cartera. Sobre este punto y otros medios de control de la administración, se puede consultar la obra “El Control de la Administración del Estado”, de Luis Cordero Vega (CORDERO Vega, Luis. El Control de la Administración del Estado. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2002.)

### **Importancia de La Investigación.**

Cada ley promulgada por la autoridad, en nuestro caso por el Presidente de la República, tiene un propósito, estando destinada a la consecución de un determinado fin que ha de ir en beneficio de la sociedad toda. Los principios en los que se basa cada ley no sólo la inspiran sino además son un objeto para ella en si mismos.

De acuerdo al mensaje de la Ley 19.886, los principios que la inspiran son los de legalidad, formalismo, publicidad y transparencia, igualdad, idoneidad del contratante, mutabilidad del contrato, preeminencia de la administración, y control<sup>6</sup>. Dichos principios, no solo inspiran la Ley, sino también son los objetivos de ella en si mismos. De esta forma, tenemos el deber de examinar si en la práctica se han cumplido tales objetivos.

Como señalamos en la introducción, nuestra memoria no se abocará en profundidad al estudio de la temática de los contratos administrativos y todos los aspectos tratados en la Ley 19.886 (no obstante hacer una breve referencia a ellos). El trabajo a desarrollar apunta a examinar el tratamiento que la Ley y su Reglamento han dado al trato o contratación directa. La importancia de tal labor no es sólo doctrinaria, sino que tiene una importante repercusión práctica, pues con la comprensión y soluciones del problema se verán beneficiados los siguientes principios:

**Principio de Publicidad y Transparencia:** El artículo 8° de la Constitución dispone que son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Por su parte, el artículo 13 de la LOCBGAE señala que la función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella, y que son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial.

---

<sup>6</sup> Mensaje N° 9-341, de S. E. el Presidente de la República (boletín N° 2429-05), páginas 10 a 14.

De acuerdo al Mensaje de la Ley, estos principios se traducen en materia de contratación administrativa en que la administración debe realizar procedimientos públicos e idóneos para seleccionar los contratantes. Dicha afirmación se hace partiendo de la base de que la licitación pública es la mayor garantía de un procedimiento público y transparente, donde la sociedad pueda controlar la forma en que el Estado selecciona sus contratantes. En opinión del profesor Iván Aróstica Maldonado, este principio garantiza lo siguiente:<sup>7</sup>

1. El conocimiento cabal de la intención de la Administración de suscribir un determinado contrato y de las condiciones para participar en el proceso de selección;
2. El acceso a toda la información que sea relevante para la preparación de las ofertas;
3. La divulgación de los criterios que se utilizarán para adjudicar las propuestas;
4. Las cotizaciones planteadas después del acto de apertura;<sup>8</sup>
5. Las cláusulas del contrato, y todos los datos relevantes de su ejecución y liquidación.

La importancia de la regulación del trato directo es que, siendo éste la antítesis de un procedimiento licitatorio, han de disminuir inevitablemente las garantías de que una contratación sea transparente. Intencionalmente señalamos que lo que disminuye es la garantía de los principios de publicidad y transparencia, sin expresar que necesariamente disminuya su aplicación misma, pues esto dependerá de otros factores, como el criterio del funcionario respectivo, o las disposiciones especiales que regulen la contratación directa en cada caso.

**Principio de Igualdad:** Según el Mensaje, este principio se traduce en que “frente a diferentes sujetos que se encuentren en idénticos supuestos de hecho, incluidos los

---

<sup>7</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván. Licitación Pública: Concepto, Principios y Tramitación. Revista Actualidad Jurídica N° 13. Universidad del Desarrollo, 2006. Página 296.

<sup>8</sup> Cabe hacer presente que en el régimen de la Ley 19.886, una vez efectuada la apertura no pueden formularse propuestas. Para tal efecto, el mismo Sistema de Información elimina la posibilidad de presentar propuestas después del plazo de cierre, pudiéndose entregar ofertas sólo en los casos del artículo 62, que más adelante analizaremos, hasta la apertura.

requisitos para poder contratar, la administración no puede discriminar en razón de ninguno de ellos”, y “desde el comienzo del procedimiento de licitación hasta la formalización del contrato, todos los oferentes se encuentran en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre bases idénticas.”<sup>9</sup>

Para que pueda discutirse acerca de la igualdad, debe existir más de un sujeto a fin de que exista comparación, pues no tiene sentido el ser igual a si mismo, salvo en una discusión filosófica. Aplicando este razonamiento a nuestro estudio, cuando decimos que una contratación es directa (trato directo), nos referimos a que sin incurrir en procedimientos previos, el Estado ha acudido directamente a un particular para celebrar un contrato, por lo que estamos privados de poder compararlo con algún semejante para examinar si hay igualdad, no recibiendo aplicación el principio en cuestión. Por lo anterior, si en el trato o contratación directa no se aplica el principio de igualdad, el cual es una garantía constitucional, debemos examinar cuáles son los fundamentos esgrimidos para ello por el legislador, a fin de conocer si no ha incurrido en una discriminación arbitraria que vulnera el artículo 19 N° 2 inciso segundo.

**Idoneidad del contratante:** La razón por la que el Estado adquiere bienes y servicios, ya se trate de lápices para una oficina pública o de una máquina de rayos x para un hospital, es porque los necesita para satisfacer las diversas necesidades públicas, y para ello cuenta con los recursos que sus habitantes le proporcionan, de tal forma que el interés público está involucrado desde la perspectiva del financiamiento de las operaciones como de las consecuencias de éstas, existiendo una doble razón para que la persona con quien contrate la Administración cumpla fielmente su contrato.

Dicho interés público en el fiel y eficiente cumplimiento del contrato es el que se protege a través del principio de idoneidad del contratante. Por un lado todas las personas tienen el derecho de acceder a las oportunidades de negocios del Estado, pero éste está obligado a seleccionar a los mejores.

---

<sup>9</sup> Mensaje N° 9-341, de S. E. el Presidente de la República (boletín N° 2429-05), página 12.

¿De qué manera se determina quién es el mejor? Para esto pueden existir muchas formas, pero una es la que destaca por sobre las demás: la competencia entre los oferentes. Cuando un empresario no tiene su ganancia asegurada por existir un competidor que se la puede arrebatar, está obligado a alcanzar una buena relación entre el dinero cobrado por sus bienes y servicios y la calidad de estos. Este es un efecto natural del mercado.

La licitación pública como forma de contratación es un mecanismo que gira en torno a la competencia, mientras que la contratación directa (en el uso correcto del término) es precisamente la negación de dicha competencia, con lo que en principio se pone en peligro la idoneidad del contratante escogido. Sin embargo, veremos que esto no necesariamente es así, pues existen casos en que para asegurar la idoneidad del contratante, la Administración debe recurrir precisamente al trato directo.

**Principio de la probidad:** Si bien no es un principio citado en el mensaje, no podemos dejarlo al margen, pues de acuerdo al artículo 13 de la LOCBGAE, los funcionarios de la Administración del Estado deberán observar el principio de probidad administrativa, por el cual debemos entender el recto actuar de cada trabajador público, ajustándose a la legalidad vigente y buscando satisfacer los intereses de la sociedad sin anteponer los personales.

Este principio es uno de los que mayor discusión ha acarreado durante los últimos años, no el sentido de que se dude de su existencia, sino por diversos casos que han sido catalogados como casos de corrupción aun cuando los funcionarios involucrados desde el punto de vista formal se han ajustado a la legalidad.

Por otra parte, el principio de probidad está íntimamente vinculado a los principios de publicidad y transparencia, pudiendo decir que estos últimos valores son sus servidores más cercanos, ya que al exponer las actuaciones estatales al escrutinio público, es más fácil detectar cuando un funcionario ha utilizado los medios estatales en beneficio propio o de sus cercanos.

Mayor reflexión sobre el principio de probidad haremos más adelante. Baste ahora con decir que al constituir el trato directo una facultad que se ejerce discrecionalmente por la

autoridad sin que deba someterse a los criterios y normas preestablecidos de una licitación, aumenta la gama de decisiones que puede adoptar, y con ello el margen para actuar en beneficio propio sin salirse del tenor literal de la ley.

**Principio de la eficiencia:** Este, al igual que el anterior, no está contemplado en la el mensaje de la Ley 19,886, pero es inevitable citarlo atendiendo a que por mandato del artículo 3° inciso segundo de la LOCBGAE, la Administración del Estado deberá observarlo en su actuar.

La eficiencia consiste en lograr la consecución de los fines propuestos con el menor gasto posible de tiempo y recursos públicos. En materia de contratación administrativa está íntimamente vinculado al principio de idoneidad del contratante, pues al tener el contrato administrativo un fin relacionado directa o indirectamente con la gestión del Estado, de la selección de un buen contratista dependerá la eficiencia de tal gestión en cuanto a los recursos utilizados y la real consecución del objetivo. Por ejemplo, en una licitación pública para contratar el diseño e implementación de un software destinado a la recepción de declaraciones de impuestos por el Servicios de Impuestos Internos, el contratante idóneo será aquel que pueda ejecutar dicha labor otorgando un programa completo, que realmente haga lo que dice hacer, con un bajo costo en relación a sus competidores, y en un plazo prudente. De esta forma, podemos decir que los factores claves para definir la eficiencia en materia de contratación pública son tres: calidad, precio y tiempo.<sup>10</sup>

Como señalamos, la licitación pública es por regla general la mejor forma de encontrar al contratante idóneo, lo que debe llevarnos también a una gestión eficiente. Sin embargo, existen casos en que es menester proceder a la contratación directa para salvaguardar precisamente el principio de eficiencia, como veremos al examinar este mecanismo de contratación. Por ahora nos limitaremos a señalar que, en nuestra opinión, el principio de

---

<sup>10</sup> Sin lugar a dudas, dentro de tales factores es posible encontrar muchos otros como servicios asociados, garantías, etc., o agregar otros adicionales. Esta es una materia cuyo estudio corresponde a la ciencia de la Administración, por lo que nos limitamos a consignar los factores más importantes solamente.

eficiencia es afectado por la regulación que la Ley 19.886 da al trato o contratación directa por dos causas:

- Existe confusión de conceptos, lo que conlleva duplicidad de la regulación a los procesos de compra y contratación;
- En la regulación actual al trato o contratación directa, existen exigencias que no otorgan valor agregado a dichos procesos, sino que por el contrario los entorpecen.

Estos dos factores hacen que el trabajo que deben desarrollar los agentes del Estado en forma previa a contratar sea mayor al que en estricto rigor correspondería, absorbiendo recursos humanos y materiales que podrían dedicarse a otras funciones más productivas para la administración y la ciudadanía.

## **CAPITULO I**

### **ASPECTOS GENERALES DE LA LEY 19.886 Y SU REGLAMENTO**

#### **Breve Reseña de la Historia de la Ley 19.886, de Bases Sobre Contratos Administrativos y de Suministro y Prestación de Servicios.**

La gestación y nacimiento de la actual normativa en materia de contratación pública, debe ser entendida en el contexto de la reforma y modernización del Estado<sup>11</sup>, proceso transversal que se ha llevado a cabo en distintos Estados, entre los cuales se encuentra Chile, y que consiste en un conjunto de medidas destinadas a reducir el déficit presupuestario y a luchar contra el aumento de las deudas externas. Dichas medidas son de diversa índole, apuntando principalmente a disciplinar el gasto fiscal, privatizar empresas y servicios públicos, y aumentar la eficiencia y transparencia en la acción de los organismos públicos. Dentro de estos últimos objetivos es donde debemos ubicar todas las reformas que se llevan a cabo en materia de contratos administrativos, pues como ya hemos dicho, la relevancia económica de tal actividad es enorme, afectando no sólo las finanzas del sector público, sino también del privado, ya sea a causa del traspaso de recursos al mercado, como al efecto que tiene en la inflación la inyección de dichos recursos.

De acuerdo al tenor del mensaje que acompañó al proyecto de la ley, el primer antecedente para la creación de una institucionalidad en materia de contratos administrativos se encuentra en el año 1996, en un informe del entonces Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República, que recomendó la "creación de un marco legal común para la Administración del Estado respecto a contratos y licitaciones, que admita su adaptabilidad por la vía reglamentaria para acoger la diversidad de los diferentes servicios", así como el establecimiento del mecanismo de la licitación pública como procedimiento general de contratación.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Reforma del Estado en Chile 2000-2006. Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2006. Página 11.

<sup>12</sup> Mensaje N° 9-341, de S. E. el Presidente de la República (boletín N° 2429-05). Página 8.

Los antecedentes y conclusiones del informe del Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República, hicieron eco en los lineamientos del Plan Estratégico 1997-2000 del Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública<sup>13</sup>. Posteriormente, dicho Comité, a principios de 1998, aprobó un Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones, contemplando por un lado la creación de una normativa marco de compras y contrataciones del sector público por un lado, y reglamentos particulares por cada servicio público por otro. El primer paso dado fue la contratación del diseño de un "Sistema de Información de las Compras y Contrataciones Públicas", lo que se concretó con un software que permitió entregar información sobre las compras y contrataciones del Estado a través de Internet. El software señalado fue sancionado posteriormente a través del Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda 1.312 de 1999, y podríamos afirmar que este sistema fue precursor de lo que hoy conocemos como [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), aunque, obviamente, sin todas las funcionalidades y la oficialidad que actualmente tiene ya que aquel primer esbozo funcionaba más bien como una pizarra informativa de los procesos que como un mecanismo de transacciones.

Todos estos antecedentes y proyectos señalados, sirvieron de fundamento para que, el 27 de octubre de 1999, a través del Mensaje 9-341, el Presidente Eduardo Frei Ruiz Tragle enviara al Congreso Nacional el proyecto de Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos y de Suministro.

En lo relativo al contenido del proyecto de Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos y de Suministro, es mucho lo que podríamos extraer en torno a la naturaleza del contrato administrativo, su concepto, sus principios, etc. Sin embargo, el texto definitivo que fue aprobado por el Congreso tiene una redacción de sólo 39 artículos, 17 menos que los que contenía el proyecto original contenido en el Mensaje Presidencial. Esta reducción del cuerpo legal se ve reflejada en que la ley que actualmente tenemos apunta a regular más los procedimientos que debe seguir la Administración para la celebración de un contrato administrativo de suministro o prestación de servicios, que los derechos y obligaciones que de éste emanan.

---

<sup>13</sup> Específicamente en las acciones de "Transparencia y Probidad de la Gestión Pública" llevadas a cabo por el Comité.

Mientras se discutía en el parlamento el texto de la Ley, se dictó la llamada Ley de Probidad, Ley 19.653, que introdujo una serie de modificaciones a la LOCBGAE, entre las cuales se encontraba la inclusión de un artículo 8 bis, actual artículo noveno, que estableció los tres mecanismo de contratación que hoy conocemos: la licitación pública, la licitación privada y el trato directo. Dicho precepto comienza disponiendo que “Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley”.

La redacción del artículo 8 bis, actual noveno de la LOCBGAE, generó controversia acerca de cuál era el procedimiento obligatorio para suscribir los contratos administrativos. La interpretación de autores como Rolando PANTOJA, entre otros, señalaba que persistía la libre elección del procedimiento de contratación por parte de los organismos públicos, debido a que la frase “en conformidad a la ley” se referiría a que la propuesta pública es obligatoria sólo cuando una ley la exige; a falta de dicha ley, se volvería al principio de libre elección por parte de la Administración del procedimiento de selección del cocontratante. Por su parte, y en una opinión contraria, ARÓSTICA sostuvo que “si la ley especial no consulta los procedimientos de licitación privada y/o trato directo como alternativas de selección, estos mecanismos ya no pueden recibir aplicación.... ello porque la norma general contenida en el artículo 9 analizado, no tuvo por objeto modificar (ampliar) aquellas leyes especiales que, con anterioridad, hacían exigible un único y determinado procedimiento de adjudicación respecto de determinados contratos administrativos.”<sup>14</sup>

Finalmente, el año 2003, y a raíz de un acuerdo político sellado entre el Gobierno y la oposición, se aprobaron, promulgaron y publicaron tres importantes leyes destinadas a la “Modernización del Estado”: la Ley 19.880 sobre “Procedimiento Administrativo”, la Ley 19.882 sobre “Nuevo Trato” con los funcionarios públicos, y nuestra Ley 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Esta ley, vino a llenar un sensible vacío en nuestro Derecho Administrativo, estableciendo a la licitación pública como el procedimiento de contratación generalmente obligatorio, y regulándola en detalle junto a los otros mecanismos: la licitación privada y el trato o contratación directa.

---

<sup>14</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván. *Cómo y con Quién Contrata la Administración*, *op. cit.* Página 104.

Sin embargo, como su nombre lo dice, la Ley 19.886 consistía en una ley de “Bases”, esto es, debía sentar los pilares y directrices fundamentales sobre la contratación de bienes y servicios por parte del Estado, quedando la labor de desarrollar una reglamentación específica en la materia en manos del Presidente de la República según lo estableció el artículo transitorio 1°.

El Reglamento aludido fue dictado a través del Decreto Supremo N° 250 del Ministerio de Hacienda, que se publicó en el Diario Oficial el 24 de septiembre de 2004, y entró en vigencia el 24 de octubre del mismo año. Para su elaboración se contó por un lado con la asesoría de importantes estudios jurídicos, y por otro, se llevó a cabo un proceso de consultas inédito en Chile, en el cual se puso a disposición del sector público y privado la versión preliminar del Reglamento a fin de que pudieran formular las sugerencias respectivas, y se realizó una jornada de discusión que reunió “a más de 40 abogados expertos de organismos públicos, organizaciones gremiales y de la Asociación de Municipios”. Asimismo, se contó con la coordinación y supervisión de la filial chilena de la organización no gubernamental Transparencia Internacional (TI).<sup>15</sup>

### **El Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración.**

Sin lugar a dudas, uno de los aspectos de mayor importancia y el más novedoso en la Ley 19.886 es la creación del Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, que en la práctica se materializa en el portal de Internet [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl).<sup>16</sup> Dicho sistema consagra el comercio electrónico como medio de contratación oficial de los órganos del Estado, con ciertas excepciones expresadas en la propia ley, y es administrado por la Dirección de

---

<sup>15</sup> DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. Ley 19.886 de Compras Públicas y Reglamento. Santiago, Dirección de Compras y Contratación Pública, 2006, página 8.

<sup>16</sup> Es preciso hacer notar que en la práctica los funcionarios públicos y los proveedores del Estado confunden a la Dirección de Compras y Contratación Pública con el Sistema, debido a que aquella se presenta a sí misma como “Chilecompra” (un nombre más fácil de usar por cierto).

Compras y Contratación Pública, servicio público que se transformó en sucesor de la antigua Dirección de Abastecimiento del Estado (DAE)<sup>17</sup>.

Debemos recordar que, si bien dicho sistema nació el año 1999 a través del Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda 1.312, solo se transformó en el medio de contratación oficial para todo el sector público a partir de la entrada en vigencia de la Ley 19.886. No obstante, debido al cambio cultural que ha implicado esta ley, su utilización por parte de los servicios públicos ha sido gradual y no instantánea, constituyendo un largo proceso que está en su etapa final de consolidación.

Desde el punto de vista jurídico, el Sistema de Información está regulado en el Capítulo IV de la Ley 19.886, titulado “De la Compras y Contrataciones por Medios Electrónicos y Del Sistema de Información de las Compras y Contrataciones de los Organismos Públicos”, encontrándose la piedra angular en el inciso primero del artículo 18, que establece al Sistema como el único canal oficial para la realización de los procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que se hace alusión en el texto legal. En efecto, la redacción del artículo en cuestión establece que los organismos públicos regidos por la Ley 19.886 deberán realizar las siguientes operaciones utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública:

- Cotizar.
- Licitar.
- Adjudicar.
- Contratar.
- Solicitar el despacho.

Termina la enumeración del artículo disponiendo la utilización obligatoria del Sistema en todos los procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la ley 19.886, haciéndolo de esta manera omnicomprendido.

---

<sup>17</sup> Si bien de acuerdo a la Ley 19.886 la Dirección de Compras y Contratación Pública es la entidad responsable de administrar el Sistema, este ha sido desarrollado e implementado por empresas privadas que se adjudicaron la licitación pública convocada para tal efecto.

Sobre los alcances de la obligatoriedad establecida en el artículo 18, debemos señalar dos cosas:

- a) En primer termino, la utilización de la palabra “solamente” no obsta a que, con el objeto de aumentar la publicidad del proceso, los organismos públicos también efectúen el anuncio de un proceso de contratación a través de sus propias paginas web o en periódicos de circulación local o nacional, pues lo importante es que las gestiones oficiales tendientes a la adjudicación del proceso, sean realizadas exclusivamente a través del Sistema. En tal sentido, el inciso segundo de la norma en análisis impide a los organismos públicos adjudicar un proceso a una oferta no recibida a través del Sistema de Información.

A pesar de lo diáfano y obvio de la disposición, es posible contemplar la posibilidad de que existiendo una licitación pública (o privada) aun no adjudicada o declarada desierta, el organismo licitante, debido a su premura por contar con los servicios o bienes requeridos, o al monto de las ofertas presentadas, celebre paralelamente un contrato directo con un proveedor para la prestación o provisión de los mismos bienes y servicios. En nuestra opinión, a pesar de que formalmente estamos en presencia de dos procedimientos de contratación distintos, materialmente se trata de una misma contratación, por lo que se viola gravemente el espíritu del artículo 18, y con ello los principios de buena fe y transparencia que deben regir toda contratación.

- b) En segundo lugar, como ocurre con la mayoría de las reglas jurídicas generales, existen excepciones la obligatoriedad en el uso del Sistema. Tales excepciones por mandato de la Ley están contempladas en el Reglamento, y según los artículos 53 y 62 de este, consisten en las siguientes:
  - i. Contrataciones cuyo monto es inferior a 3 UTM (artículo 53 N° 1).
  - ii. Contrataciones directas inferiores a 100 UTM en que se utilicen recursos destinados a operaciones menores, llamados comúnmente “caja chica” (artículo 53 N° 2).
  - iii. Contrataciones efectuadas con gastos de representación (artículo 53 N° 3).

- iv. Cuando los posibles proveedores no cuentan con medios tecnológicos para utilizar los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la DCCP, circunstancia que deberá ser justificada por la entidad licitante en la misma resolución que aprueba el llamado a licitación (artículo 62 N° 1).
- v. Cuando haya indisponibilidad técnica del Sistema de Información, circunstancia que deberá ser ratificada por la Dirección. (artículo 62 N° 2).<sup>18</sup>
- vi. Cuando en razón de caso fortuito o fuerza mayor no es posible efectuar los Procesos de Compras a través del Sistema de Información (artículo 62 N° 3).
- vii. Cuando no exista de manera alguna conectividad en la comuna correspondiente a la Entidad Licitante para acceder u operar a través del Sistema de Información (artículo 62 N° 4).
- viii. Tratándose de contrataciones relativas a materias calificadas por disposición legal o por decreto supremo como de naturaleza secreta, reservada o confidencial (artículo 62 N° 5).
- ix. Finalmente, como en muchas licitaciones hay partes de la propuesta que no pueden presentarse por medio de Internet, como planos, antecedentes legales<sup>19</sup>, garantías o muestras, es posible hacerlos llegar de manera física según dispongan las bases de cada licitación (artículo 62 inciso final).

Desde el punto de vista informático, la iniciativa “Chilecompra” ha jugado un papel clave en materia del llamado “Gobierno Electrónico”, por el cual entendemos “el desarrollo del quehacer del Estado a través del uso de las TIC, que ha estado compuesto por un conjunto de elementos, entre ellos, la innovación tecnológica, la reorganización administrativa y la mejora continua de

---

<sup>18</sup> Esta certificación es de suyo importante, pues mediante ella el proveedor que no pudo presentar su oferta pueda hacerlo fuera del plazo original establecido en las bases, debiendo aceptarlo la entidad licitante.

<sup>19</sup> No obstante contemplar el Reglamento a los planos, garantías y antecedentes legales como documentos no disponibles en formato digital, hoy en día gracias los archivos en formato dwg es posible hacer llegar planos a través del portal. En cuanto a las garantías, con la implementación de Ley 19.799 que regula la firma de documentos electrónicos, esto sería posible en un breve plazo. Respecto a los antecedentes legales, bien pueden digitalizarse y enviarse en formatos tiff, jpg o pdf, a no ser que se exigiera el documento original, y aun en este caso también será posible el envío electrónico si el notario respectivo cuentan con certificación de firma electrónica avanzada.

los servicios públicos”<sup>20</sup>. En tal sentido, el impacto que la iniciativa ha generado ha sido notable al diversificar a las empresas proveedoras del Estado, apreciándose un alza gradual de la participación de pequeñas y medianas empresas (pymes) en la recepción de recursos del Estado a través de la contratación administrativa, llegando hoy en día a un 35% de las cantidades transadas en el Sistema<sup>21</sup>, lo que sin lugar a dudas es un importante aporte a los esfuerzos por mejorar la distribución de la riqueza.

La explicación del alza de la intervención de las pymes es muy simple, pues los anteriores procesos de contratación, que se llevaban a cabo por licitación pública, la participación involucraba una serie de costosos trámites administrativos como la compra de bases, presentación de documentos notariales originales, asistencia a solemnes ceremonias de apertura de ofertas, etc. Todos estos pasos requerían no sólo inversión en honorarios notariales, papeles, viajes y tiempo, sino la capacitación adecuada. Sin embargo, a través de [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), lo que antes involucraba la impresión en papel de una propuesta, el viaje para a entregarla a tiempo, y la rígida ceremonia de apertura, ahora se realiza en forma expedita y ordenada a través de Internet sin que los oferentes deban salir de sus empresas, reportándose un importante ahorro de recursos, energía y tiempo. Este menor sacrificio ha permitido que muchos microempresarios emprendedores se hayan atrevido a participar en el mercado de las compras públicas, adjudicándose algunos procesos, o perdiendo en otros, pero siempre ganando valiosa experiencia que más temprano que tarde rinde sus frutos.

---

<sup>20</sup> MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA. Gobierno Electrónico en Chile 2000 – 2005 Estado del Arte II. Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2006, página 9.

<sup>21</sup> DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA, Op. Cit., página 12.

## **CAPÍTULO II**

### **EL CONTRATO ADMINISTRATIVO.**

#### **Existencia del Contrato Administrativo.**

Si bien el objetivo de nuestra memoria es analizar los mecanismos de contratación establecidos en la Ley 19.886, atendiendo al título de esta norma, no podemos dejar de entregar las nociones básicas acerca del contrato administrativo.

El primer aspecto al que debemos referirnos es la discusión que existe en la doctrina acerca de la existencia misma del contrato administrativo. Esta discusión tiene como eje determinar si son aplicables los principios del Derecho Privado a los contratos que celebre la Administración. Si aceptamos la existencia de “fórmulas especiales que consagran la existencia de instituciones espacialísimas, regidas por principios de Derecho Público”<sup>22</sup>, estaremos aceptando que existe una categoría especial de contratos que escapan a los principios y legislación comunes, sometiéndose en todo al Derecho Público, a los cuales se les denomina “contratos administrativos”. Por el contrario, si no existen tales formulas especiales y las normas que se aplican en forma subsidiaria son las provenientes del Derecho Privado, no existirían los contratos administrativos como una rama independiente a los contratos del derecho común, debiendo subsumirse en las categorías ya existentes en este.

De acuerdo al profesor español José Ramón Parada Vásquez,<sup>23</sup> en el derecho europeo se advierte por una parte la postura de países como Francia, Bélgica y España, que aceptan la figura del contrato administrativo, y por otra la posición de Alemania, Inglaterra e Italia, quienes rechazan tal noción.

---

<sup>22</sup> SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992 – 1996. Volumen 5, página 163.

<sup>23</sup> PARADA VÁSQUEZ, José Ramón. Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2002, página 267.

En el primer grupo de países mencionados, donde el derecho francés es pionero en la materia y entre los cuales a nivel latinoamericano debemos agregar a Argentina y Brasil,<sup>24</sup> se contempla la existencia de dos clases de contratos de la Administración. Por un parte están los “contratos del Estado”, que se caracterizan por estar sometidos a la legislación y jurisdicción común, y por otro los “contratos administrativos”, que se rigen por el Derecho Administrativo y se someten a las normas de Derecho Público y a la jurisdicción contenciosa administrativa. La razón de tal distinción radica en que en estos últimos destaca su vinculación (o destinación) a la prestación de un servicio público, y la existencia de facultades exorbitantes al derecho común a favor de la administración. Cuando hablamos de cláusulas exorbitantes, nos referimos a aquellas que no se entienden naturalmente incorporadas a un contrato entre particulares, y que de estarlo, vienen a otorgar importantes prerrogativas a una de las partes colocándola en posición de superioridad frente a la otra.<sup>25</sup>

Los antecedentes históricos de la distinción entre contratos administrativos y contratos de la administración, los encontramos en Francia, con ocasión del célebre *arrêt Blanco*, de 1873, donde el Tribunal de Conflictos, “basándose en las conclusiones del Comisario de Gobierno David”<sup>26</sup>, hizo la distinción entre “Estado poder público” y “Estado persona civil” con el propósito de determinar si el asunto era de naturaleza administrativa o civil respectivamente. Para realizar tal distinción recurrió al criterio de “servicio” como elemento de diferenciación<sup>27</sup>, de tal forma que desde entonces, se ha considerado que la característica esencial de todo contrato administrativo es su íntima vinculación a la prestación de un servicio público.

Por su parte, para el segundo grupo de países, donde tenemos principalmente a Alemania, Italia e Inglaterra junto a los demás representantes del *common law*, los contratos que celebra la Administración se consideran contratos privados, las partes actúan en un plano de igualdad, y se

---

<sup>24</sup> SANZ RUBIALES, Iñigo. 2004. Algunos Problemas de la Regulación de los Contratos Públicos en el Derecho Peruano. En: Primer Congreso de Nacional de Derecho Administrativo: 2004. Lima. Jurista Editores – Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Página 651.

<sup>25</sup> Mucho se ha discutido en doctrina acerca de lo realmente decidor que puede ser la presencia de tales cláusulas para delimitar a los contratos administrativos, pero por no tratarse de un asunto esencialmente atinente a esta obra, no nos detendremos en él.

<sup>26</sup> PANTOJA BAUZÁ, Rolando. *Op. cit.*, página 4.

<sup>27</sup> Ídem.

aplican supletoriamente los principios y normas del derecho privado. Respecto a aquellos casos en que excepcionalmente se contempla la aplicación del derecho público y la preeminencia de la Administración frente al particular, se estima que se trata del ejercicio de una competencia pública, como la expropiación, acciones de fomento de la producción, etc.

En nuestro país no podemos negar la existencia de los contratos administrativos, pues tal concepto es frecuentemente utilizado por la jurisprudencia, la doctrina, y la propia ley<sup>28</sup>. Sin embargo, más adelante, al exponer nuestra posición al respecto, veremos que tal acepción no puede tener el mismo contenido que en la doctrina francesa y sus tributarias.

Ahora, no obstante la actual situación particular de los contratos administrativos en el derecho administrativo chileno, que más adelante comentaremos, debemos siempre tener presente que, doctrinariamente, la importancia de la distinción entre contratos administrativos y contratos de la administración no es sólo pedagógica, ya que los primeros se diferencian de los segundos en que:

- 1) Se rigen por el derecho administrativo, aplicándose éste en forma supletoria o correctiva a sus cláusulas, postergando la aplicación del derecho común para un tercer orden de prelación.
- 2) Otorgan *per se* facultades exorbitantes al Estado, las que se refieren principalmente a poder modificar el contrato en forma unilateral o terminarlo anticipadamente<sup>29</sup>, interpretar sus cláusulas, calificar situaciones como incumplimiento contractual, impartir órdenes al contratante acerca de la forma de cumplir sus obligaciones, etc. Cuando expresamos que las facultades se otorgan *per se*, queremos significar que tales poderes existen sin necesidad de que estén mencionados en el texto del contrato, siendo intrínsecos a éste. Generalmente la doctrina encuentra la explicación a esto en que en el contrato

---

<sup>28</sup> Baste recordar que la Ley 19.886 tiene el título de “Ley de Bases Sobre Contratos Administrativos de suministros y Prestación de Servicios”

<sup>29</sup> Lo que normalmente implica una indemnización al contratante.

administrativo el Estado actúa como autoridad frente al particular<sup>30</sup>, estando involucrados los intereses públicos y no de meros privados.

- 3) Permiten la interposición del recurso jerárquico en caso de discrepancia entre el particular y la administración acerca de la forma de utilizar la facultades exorbitantes.
- 4) En aquellos países de doble jurisdicción, son conocidos por la justicia administrativa.

### **El Contrato Administrativo como Acto de la Administración.**

Para conceptuar a los contratos administrativos, nos es menester abordar antes una proposición comúnmente aceptada en la doctrina administrativa, cual es que los contratos administrativos son una especie de acto administrativo. Sin embargo, nuestra opinión es que en si mismos, son un contrato entre partes como cualquier otro. Su denominación de contratos administrativos en Chile se debe a que son suscritos por la Administración del Estado, y este acto del Estado, la suscripción del contrato, es el *acto* eminentemente administrativo.

El profesor español Eduardo García Enterría ha definido el acto administrativo como “la declaración de voluntad de juicio, de conocimiento, o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la reglamentaria”<sup>31</sup>. Por su parte, nuestro derecho positivo en el artículo 3 de la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, define el acto administrativo como “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de la potestad pública.” Esta definición, no obstante estar prescrita para efectos de la Ley 19.880, se extrapola a todo el ámbito del Derecho Administrativo, pues según el artículo 1º, del mismo cuerpo legal, sus disposiciones son aplicables en forma supletoria a todos los procedimientos administrativos de los actos de la Administración del Estado, sin que exista otra norma en nuestra legislación que se haya ocupado de tal definición.

---

<sup>30</sup> SANZ RUBIALES IÑIGO, Op. Cit., página 652.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, volumen I. Madrid, Editorial Civitas, 2004, página 550.

Por lo anterior, estimamos que un contrato suscrito por la Administración con un particular no es acto administrativo, pues los actos jurídicos de este último son sólo privados; si él no representa a la Administración, mal podría emitir una declaración de la voluntad en ejercicio de la voluntad pública, generando de esta manera un acto administrativo. Recordemos que de acuerdo a la teoría general del acto jurídico, existen actos jurídicos unilaterales y bilaterales. Entre los unilaterales encontramos a la oferta y la aceptación. Por un lado, un oferente no necesita el concurso de ninguna otra voluntad para hacer su oferta; por el otro, quien acepta la oferta de celebrar un contrato o convención también se basta de su sola voluntad para dar a luz su aceptación, la que al igual que la oferta, es un acto jurídico independiente. Cuando convergen ambos actos unilaterales, oferta y aceptación, esto es, cuando convergen las voluntades, se forma el consentimiento y, nace a la vida del derecho un acto jurídico bilateral, que puede ser una convención o un contrato. Como podemos ver, la voluntad de la administración, expresada ya sea como oferta o aceptación, es un acto jurídico distinto del contrato que se celebra. Aquella es un acto jurídico administrativo, el segundo no, aun cuando indirectamente tenga por objeto la satisfacción de una necesidad pública.

Finalmente, esta posición que distingue entre el acto administrativo que da origen al contrato, y el contrato mismo, ya ha sido esbozada por la moderna doctrina administrativa. En este sentido, el mismo profesor García De Enterría sostiene que *“ese concepto amplio es (por el peso de una tradición doctrinal y también porque se busca precisar regímenes unitarios de alguna sustantividad y no vagamente abstractos) desestimado en la doctrina y en la legislación a favor de un concepto más estricto.....se excluyen los actos contractuales para hacer de ellos una teoría propia de los contratos de la administración, reduciendo la teoría de los actos administrativos a los unilaterales...”*<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, obra citada, página 549.

## **Definición y Concepto del Contrato Administrativo.**

Según José Pedro López-Elías<sup>33</sup>, a pesar de las innumerables obras que hablan acerca del contrato administrativo, existen muy pocas definiciones del mismo. Entre las que podemos citar están las siguientes:

- **Patricio Aylwin Azocar:** Para quien los contratos administrativos son “aquellos en que es parte la Administración y que se celebran con un fin inmediato y directo de carácter público”<sup>34</sup>
- **José Roberto Dromi:** Ha definido derechamente al contrato administrativo como “un acto de declaración de voluntad común productor de efectos jurídicos entre un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular u otro ente estatal”<sup>35</sup>.
- **Miguel Marienhoff:** Este destacado autor argentino, señala que contrato administrativo “es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer necesidades públicas.”<sup>36</sup>
- **Miguel Angel Bercóaitz:** Para este autor, contratos administrativos vienen siendo “aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o

---

<sup>33</sup> LÓPEZ-ELÍAS, José Pedro. Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1999, página 16.

<sup>34</sup> AYLWIN AZOCAR, Patricio, Apuntes de Clases, 1952, página 115.

<sup>35</sup> DROMI, JOSÉ ROBERTO. Instituciones de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1978.

<sup>36</sup> MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo. Cuarta edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, tomo III-A página 34.

que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público”.<sup>37</sup>

- **Enrique Silva Cimma:** De acuerdo a este profesor, el contrato administrativo es el “acto jurídico bilateral celebrado entre la Administración y un particular u otro órgano de aquella, que persigue un fin público, y se somete a las reglas del Derecho Público.”<sup>38</sup>

Apreciando las definiciones, los elementos que distinguirían al contrato administrativo de los contratos entre particulares vienen siendo que una de las partes es un organismo público, que el contrato es celebrado en ejercicio de las funciones de este organismo público, el fin del negocio contractual es público, y se somete a las normas del Derecho Público y no al Privado. De esta forma, tenemos que doctrinalmente, tanto en el derecho comparado como en la doctrina nacional, el contrato administrativo es entendido como aquel suscrito por el Estado y una contraparte pública o privada, por el cual esta última se compromete a realizar diversas prestaciones destinadas directa o indirectamente a la satisfacción de una necesidad pública, confiriéndose a la Administración diversas facultades exorbitantes tendientes a asegurar la satisfacción de dicha necesidad, y aplicándose en forma supletoria el derecho público.

No obstante ser aquellas las características que más resaltan en las principales definiciones, la doctrina, sin necesidad de alterar la definición, suele agregar otros factores determinantes de la naturaleza administrativa de un contrato. Al respecto, la profesora Natalia Muñoz Chiu<sup>39</sup>, haciendo una recopilación de los criterios doctrinales para calificar a un contrato como administrativo, enumera los siguientes:

- En que se declara expresamente su naturaleza de tal.
- En los cuales participa como contratante la Administración del Estado.

---

<sup>37</sup> BERCÓ AITZ, Miguel Angel. Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980, página 246.

<sup>38</sup> SILVA CIMMA ENRÍQUE, obra citada, página 174.

<sup>39</sup> MUÑOZ CHIU, Natalia. Contratación Administrativa. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, tomo 12, disponible en <http://www.cde.cl/getFilePublic.php?id=20506&code=sa95JwLV4hFRE>.

- En que se contienen cláusulas exorbitantes al derecho común.
- Sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Sometido a normas de derecho público.

## **El Contrato Administrativo en Chile**

Para exponer brevemente cuál es la situación normativa y jurisprudencial del contrato administrativo en nuestro país, estimamos adecuado referirnos a su concepto, su regulación especial donde se aprecia una gran dispersión de normas, su régimen sustantivo, y su clasificación. Una vez hecha tal relación general, no referiremos en un grado más profundo a los contratos regidos por la Ley 19.886 y la legislación aplicable a estos.

### **I.- Concepción Amplia del Contrato Administrativo.**

El primer aspecto al que debemos referirnos al hablar de los contratos administrativos en Chile, es que en nuestro país no es posible hacer la distinción que hace la doctrina francesa entre “contratos del Estado” y “contratos administrativos”, pues esta última acepción se aplica a todos los contratos que celebran los órganos del Estado, sin que sea necesario que tengan por objeto en forma directa la satisfacción de una necesidad pública, o el facilitar dicha satisfacción, quedando comprendidos en dicha noción desde un contrato municipal para la recolección de basura hasta la adquisición de insumos de oficina como lápices y papel.

En este sentido, durante el proceso de redacción de la Ley 19.653, que introdujo el actual artículo 9 a la LOCBGAE, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en sesión su 26° sesión de 10 de diciembre de 1998, señaló que la expresión “contrato administrativo” debería “ser entendida en sentido amplio, de manera de considerar todos los contratos suscritos por la Administración del Estado”. Esta concepción amplia de los contratos administrativos también ha sido utilizada en numerosos dictámenes

de la Contraloría General de la República<sup>40</sup>, de tal manera que podemos apreciar que en nuestro derecho, la sola presencia de la Administración como parte del contrato basta para calificar a éste como un contrato administrativo, sin importar los tribunales a que quede sometido, sus cláusulas, su objeto, su proceso de formación, la contraparte, etc.

Durante la discusión general del proyecto de ley en el Senado, el profesor y entonces senador Enrique Silva Cimma presentó una serie de indicaciones entre las cuales se establecían criterios de distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, señalando la legislación aplicable a unos y otros. Sin embargo, dicha indicación no prosperó, con lo que permaneció el concepto amplio de contrato administrativo ya expuesto. Esto se refleja en el actual título de la ley “Ley de de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios”. Normalmente, bajo la aplicación de una concepción restringida del contrato administrativo<sup>41</sup>, un contrato regido por la ley 19.886 no debería ser calificado como administrativo si los bienes o servicios a proveer no vienen a satisfacer directamente una necesidad pública. Sin embargo, al no hacer distinciones la ley en comento para calificar a un contrato como “contrato administrativo”, no cabe al intérprete distinguir, por lo que tendrán tal calidad desde los contratos destinados a adquirir útiles de aseo para oficinas hasta los que se refieran a equipos de alta tecnología para un hospital.

## **II.- Dispersión normativa.**

El segundo aspecto que debemos tratar, es la dispersión que caracteriza a la legislación chilena sobre contratos administrativos, la cual carece de un cuerpo legal único al cual deban remitirse tales convenios. La única disposición omnicomprendiva en la materia es el artículo 9 de la LOCBGAE, que dispone que han de celebrarse mediante propuesta pública, privada o trato directo, sin regular la forma de tales procedimientos ni el contenido de los contratos mismos. Antes de la inclusión de dicho artículo por la Ley 19.653, la falta de

---

<sup>40</sup> Dictámenes N°s 29.401 de 1984, 12.251 de 1993, y 46.532, de 2000.

<sup>41</sup> Esto es, entendiendo por contrato administrativo aquel vinculado en su objeto a la satisfacción de una necesidad pública, sometido al conocimiento de la justicia contenciosa administrativa, regido por normas de orden público, sustraído del campo de aplicación del derecho común y que entrega facultades exorbitantes a la Administración.

parámetros comunes en la materia era total. Esta situación fue incluso apreciada por los investigadores norteamericanos A. David Meyer y Jean Marie Fath Meyer, quienes en un estudio efectuado sobre la materia a solicitud del Centro de Estudios Públicos, expresaron que “el ámbito legal normativo para las contrataciones públicas chilenas es una maraña de normas confusas que se han traducido en una excesiva cantidad y diversidad de leyes, decretos, reglamentos y circulares”<sup>42</sup>.

En este aspecto, el profesor Silva Cimma también presentó notables indicaciones en la discusión general del proyecto de la Ley 19.886, al proponer la incorporación de todo un capítulo en el cual se regularían los principales contratos administrativos (construcción de obra pública, concesión de obra pública, gestión de servicio público, suministro, consultoría, asistencia, y prestación de servicios). Sin embargo, estas indicaciones, al igual que las anteriores, tampoco encontraron acogida en los demás legisladores<sup>43</sup>, con lo cual se mantuvo la dispersión normativa.

La situación planteada al parecer podría encontrar solución a propósito del actual proyecto de ley que busca crear un sistema de auditoría interna para el gobierno, en el cual, durante su tramitación, se ha hecho una indicación para modificar la Ley 19.886 en el sentido de reemplazar tanto su título por el de “Ley de Bases sobre Contratos Administrativos”, y ampliar su artículo primero a la generalidad de los contratos del Estado.<sup>44</sup>, de tal forma de convertirla en el cuerpo legal de aplicación general en materia de contratación administrativa.

Sin lugar a dudas las ventajas que derivarían de convertir a la ley 19.886 en un régimen de aplicación general no serían sólo pedagógicas al facilitar el conocimiento jurídico a través de una reglamentación codificada, sino también prácticas toda vez que se aplicarían iguales estándares de transparencia a todos los procedimientos de contratación. Actualmente, por

---

<sup>42</sup> 15. MEYER, A. David, y FATH MEYER, Jean Marie. Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile. En: Reforma de Estado. Volumen II: Dirección Pública y Compras Públicas. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2002.

<sup>43</sup> Hacemos presente que no deja de llamar la atención el que no se haya recogido ninguna idea de las formuladas por el único senador que a la vez era profesor de Derecho Administrativo.

<sup>44</sup> Boletín 3937-06.

ejemplo, es muy distinto el procedimiento para contratar a un experto en seguridad nuclear, al referido al suministro de computadores para un Ministerio, el que se lleva a cabo en forma digital a través del Sistema de información. Con la modificación planteada, todos los procedimientos de contratación se realizarían a través del Sistema, y bajo unas mismas reglas, lo que disminuiría las dificultades de acceso a la información sobre oportunidades de negocio por la que muchas veces reclaman algunos potenciales contratistas.

### **III.- Régimen Sustantivo de los Contratos Administrativos en Chile.**

Como hemos expuesto, la tradicional doctrina administrativa ha puesto énfasis en que una diferencia primordial entre los contratos administrativos propiamente tales y los contratos de la administración radica en que en los primeros son regidos por el derecho público mientras que los segundos están entregados al derecho común.

El origen de esta distinción radica en uno de los más trascendentales fallos del Consejo de Estado Francés: el *arrêt Terrier*, de 1903, por el cual el comisario Romeau estableció el principio que nos dice que en todos aquellos casos en que el Estado actúe en razón de la prestación de un servicio público, lo hace en su calidad de autoridad, por lo cual los contratos suscritos dentro de tal esfera quedan sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa. Al someter tales contratos a esta jurisdicción, la doctrina administrativa forzosamente llegó a la conclusión que ello se debía a la necesidad de aplicar como régimen sustantivo el Derecho Público<sup>45</sup>.

En base a la postura francesa, algunos autores han sostenido que en materia de contratos administrativos se aplican exclusivamente normas de derecho público, con prescindencia de los tradicionales principios del derecho privado. En tal sentido, es decisiva la afirmación de VERGARA BLANCO al expresar que “el Código Civil no es supletorio de la normativa de naturaleza no privada, como es la administrativa.....es coherente y verdadera la supletoriedad del Código Civil respecto de normas de naturaleza

---

<sup>45</sup> MORAGA Klenner, Claudio. Contratación Administrativa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. Página 54.

privada...pero es incoherente dicha aplicación supletoria a relaciones de derecho administrativo”<sup>46</sup>.

Por nuestra parte, no compartimos dicha postura, pues, como afirma Jaime JARA SCHNETTLER, no debe olvidarse “el hecho irrefutable de que el Derecho Administrativo nace y se desarrolla en una constante dependencia del Derecho Civil, porque surge históricamente como un conjunto de normas estatutarias que excepcionan la aplicación de las reglas del Código Civil para aquellas relaciones en que es parte la Administración”<sup>47</sup>. Aplicando tal razonamiento en el ámbito contractual, no podemos sino concluir que en toda relación jurídica, priva o pública, existen obligaciones que deben cumplirse ya sea por el Estado o por el particular, y la forma de cumplimiento tiene su principal y originaria regulación en el Derecho Civil, como por ejemplo el lugar donde debe efectuarse el pago, su integridad, etc. Si desconocemos tal supletoriedad, estaríamos privados de regulación inmediata, y nos veríamos forzados a recurrir a complejos razonamientos para solucionar situaciones de conflicto.

Estimamos que la consecuencia crucial en cuanto a reconocer o no aplicación del Derecho Civil a los contratos administrativos esta relacionada con un principio básico, no sólo del ambito de los contratos, sino de todo el Derecho: *pacta sunt servanda*, es decir, lo pactado debe cumplirse. Si se desconoce la aplicación del Derecho Civil, se pone en duda que en un contrato administrativo rija el principio *pacta sunt servanda*, lo cual lleva inevitablemente a un excesivo alcance de las llamadas “facultades exorbitantes” que le asisten a la Administración. En éste punto, nos resulta útil citar a ARÓSTICA MALDONADO, quién, crítico de dicha postura, sostiene que “para quienes hemos frecuentado con verdadera moderación la literatura jurídica francesa, dado el carácter fuertemente potestativo de su derecho público, aparece inevitable condenar que, aquí en Chile, se quieran perpetuar los rasgos con que ella delineó los contratos administrativos.... sobre todo cuando ésta mímica conlleva la proclamación más solemne de la mutabilidad y precariedad como

---

<sup>46</sup> VERGARA Blanco, Alejandro. El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva”. *La Semana Jurídica*. Santiago, Chile, (359), 2007

<sup>47</sup> JARA SCHNETTLER, Jaime. *La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia*. Santiago, Editorial Libromar, 2004.

características generales de los susodichos contratos, amén de que el Estado sería impermeable a la regla del *pacta sunt servanda*.”<sup>48</sup>

Aparte de no compartir la postura que pretende aplicar a los “contratos administrativos” (en el sentido que la doctrina francesa da a esta acepción) únicamente el Derecho Público con exclusión del Derecho Civil o Privado, sostenemos que tampoco existen contratos del Estado sometidos enteramente a uno u otro régimen jurídico, sino que existe una integración de ambos, donde cada uno será más intenso según el tipo de contrato de que se trate. En este sentido, MORAGA, citando a Agustín Gordillo, distingue entre<sup>49</sup>:

- Contratos más próximos al Derecho Público, es decir, regulados con mayor intensidad por éste, tales como las concesiones de servicio público en condiciones monopólicas o de exclusividad, y la concesión de obra pública;
- Contratos equidistantes al Derechos Público y al Derecho Privado, como la concesión sobre un bien municipal o un convenio de mandato entre un ente administrativo y una empresa privada; y
- Contratos más cercanos al Derecho Privado, como el contrato de servicios inmateriales, el contrato de fabricación, el contrato de suministro, etc.

En conclusión, “no hay un contrato administrativo contrapuesto al contrato civil.”<sup>50</sup>

#### **IV.- No Existen Cláusulas Exorbitantes *per se***

Como señalamos, en la doctrina administrativa francesa y sus tributarias, una característica esencial del contrato administrativo consiste en la existencia de facultades a favor de la Administración que en caso de estar incorporadas en un contrato entre privados romperían el equilibrio contractual o serían derechamente calificadas de ilícitas. Dichas facultades o

---

<sup>48</sup> ARÓSTICA MALDONADO, Iván. La Estabilidad de los Contratos Administrativos. Revista Actualidad Jurídica N° 6. Universidad del Desarrollo, 2002. Página 191.

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> JARA SCHNETTLER, Jaime. *Op. cit.*

cláusulas además vienen a ser elementos de la naturaleza de los contratos administrativos, sin que sea necesaria la voluntad de las partes para su existencia.

Nuestra opinión es que salvo aquellos casos en que las facultades exorbitantes no estén establecidas por texto expreso ya sea en el contrato o de la ley, no pueden invocarse por parte de la Administración como cláusulas de la naturaleza del contrato, pues de lo contrario se violentaría gravemente el principio *pacta sunt servanda*, que nos dice que lo pactado debe cumplirse, y cuya consagración legal la encontramos en el artículo 1545 del Código Civil. Sobre este aspecto ya nos pronunciamos en apartado anterior. Ahora será útil referirnos a la postura de nuestra jurisprudencia judicial y administrativa.

La jurisprudencia judicial ha señalado que la Administración no tiene más facultades que las que se le otorgan en cada contrato, por lo que mal puede determinar unilateralmente su extinción, interpretación ni calificar situaciones de incumplimiento si esto no ha sido acordado por las partes.

Una de las sentencias más notables al respecto en la materia ha sido la pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago en recurso de protección interpuesto en contra del Cuerpo Militar del Trabajo por una empresa. En su fallo, la Corte expresó que “los efectos del contrato-aun si éste es de naturaleza administrativa- obligan a las partes en un plano de igualdad, según un principio general del Derecho, reconocido por el artículo 1545 del Código Civil”, y que “vulnera la garantía reconocida por la Constitución Política en su artículo 19 N° 2 referente a la igualdad ante la ley la decisión unilateral de la autoridad administrativa que establece por sí y ante sí el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de su contraparte”<sup>51</sup>.

Por último, y aunque más antigua, podemos encontrar la sentencia pronunciada por la Corte Suprema en recurso de protección acogido en contra de la Empresa de Ferrocarriles del Estado por poner término anticipado en forma unilateral a un contrato de concesión de transporte de ganado. Al emitir su informe el organismo público referido, se argumentó por

---

<sup>51</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia, 1996, segunda parte, sección quinta, páginas 146 y 147.

un lado que el contrato de concesión es una figura típica del Derecho Administrativo caracterizada por la facultad de la autoridad para ponerle término en forma unilateral, razón existiría una precariedad que no daría lugar a un derecho de propiedad emanado del contrato. Al fallar el fondo del asunto, la Corte rechazó tales postulados señalando que “una concepción de esa naturaleza corresponde a una etapa totalmente superada en el Derecho Administrativo nacional y extranjero”, y que la concesión, a diferencia del permiso, es un “típico contrato administrativo y sus cláusulas no pueden ser sometidas a modificaciones unilaterales por parte de la Administración.”<sup>5253</sup>

Por otro lado, la Contraloría ha sostenido igual postura al expresar que “el contrato en estudio .....es una ley para los contrapartes y cualquier pretensión de impugnarlo no puede ser resuelta por la vía administrativa sino por la vía jurisdiccional...” y que resulta necesario acudir a “reglas generales de imputabilidad de la responsabilidad contractual, las cuales indican que nadie es responsable del caso fortuito, fuerza mayor o del hecho de un tercero, a menos que se tome explícitamente ese riesgo”<sup>54</sup>.

Ahora, también es posible encontrar sentencias de nuestros tribunales en las cuales se ha esbozado alguna aceptación de la existencia de facultades exorbitantes de la Administración como cláusulas de la naturaleza del contrato administrativo. No obstante, en la gran mayoría de tales resoluciones, el principal motivo para fallar a favor de la Administración no ha sido otro que la escrituración de dicha cláusulas en el contrato o en las bases. Al respecto, un claro ejemplo lo tenemos en la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago en autos de protección caratulados “Synapsys con Subsecretario de Salud”<sup>55</sup>, a través de los cuales dicha empresa reclamo contra la supuesta ilegalidad y arbitrariedad de una resolución dictada por el Subsecretario de Salud, por la

---

<sup>52</sup> Gaceta Jurídica (124), 1990, páginas 120-121.

<sup>53</sup> Sobre esta última sentencia citada, hacemos presente que es posible encontrar causas en que, tratándose de contratos de concesión suscritos por municipalidades, la jurisprudencia ha fallado en sentido contrario. En tales casos si ha existido texto expreso de la Ley de Municipalidades que entrega a estas la facultad para poner término unilateral y anticipado al contrato. Un ejemplo de ello es la sentencia de segunda instancia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción en autos caratulados “VT Family Group S.A. con Alcalde de la I. Municipalidad de Yumbel”, Rol 403-2006..

<sup>54</sup> Dictamen N° 5.666, de 2002.

<sup>55</sup> ROL 4272-1996, Corte de Apelaciones de Santiago.

cual se puso término a un contrato destinado a la implementación de un sistema de computación para el Servicio de Salud de Valdivia, disponiéndose además el cobro de la boleta de garantía y la toma de posesión del sistema informático.

La sentencia referida, redactada por el administrativista y entonces abogado integrante Urbano MARIN VALLEJO<sup>56</sup>, expresó en su parte considerativa que dicho acuerdo no era “una convención regida por el derecho común, ni sus cláusulas fueron pactadas en pie de igualdad y sobre la base de los principios que imperan corrientemente en ese ámbito” (considerando 8°), y “tal como lo admite la doctrina, en los contratos administrativos pierden fuerza los principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes pues ..... la Administración asume una posición de supremacía a la que queda subordinada jurídicamente su contratante” (considerando 11°).

Sin embargo, al examinar la sentencia, se puede apreciar que no puede afirmarse una existencia *per se* de cláusulas exorbitantes, pues fue clave en el razonamiento del tribunal de alzada el hecho que las “las disposiciones de la resolución exenta N° 1.593, de 18 de noviembre de 1996, correspondieron a actuaciones que las referidas cláusulas del contrato habían previsto explícitamente para el caso de incumplimiento grave de las obligaciones del adjudicatario del trabajo” (considerando 6°), cláusulas que “se limitaron a reproducir disposiciones de bases generales de la licitación pública realizada para ejecutar el proyecto” (considerando 13°). Estos aspectos cruciales de la sentencia nos permiten ratificar nuestra posición relativa a las facultades exorbitantes de la Administración, las que sólo tendrán cabida en aquellos casos en que hayan sido reconocidas en la ley, las bases de una licitación, o en el contrato, sin que sea posible extraerlas de la naturaleza del contrato administrativo, pues de recorrer éste camino estaremos dejando de aplicar los principios más elementales del derecho de los contratos en base a afirmaciones doctrinarias que tienen su origen en ordenamientos jurídicos extraños y distintos al nuestro.

Finalmente, y a mayor abundamiento, hacemos presente que sostener la existencia de cláusulas exorbitantes *per se* en los contratos del Estado, significaría poner a éste en una posición de supremacía que violenta la garantía constitucional de igualdad ante la ley

---

<sup>56</sup> Actual presidente de la Corte suprema.

contenida en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, principio que no sólo se aplica a los particulares, sino a toda persona, natural o jurídica, de derecho público o privado. Frente a las afirmaciones que invocan el interés público para conceder al Estado la facultad intrínseca de modificar o terminar unilateralmente los contratos, estimamos que en la práctica, muchas veces tal medida se hace necesaria no tanto en función del interés público, sino debido a una ineficiente planificación de la actividad estatal, no teniendo el particular cocontratante el deber de asumir sus costos.

## V. Clasificación de los Contratos Administrativos en el Derecho Chileno.

Como hemos explicado, en nuestro derecho, aun después de la dictación de la Ley 19.886, persiste una gran dispersión en la regulación de los contratos administrativos, ya del contenido de los mismos o de su forma de conclusión. En medio de tal dispersión, y siguiendo la clasificación efectuada por el profesor Rolando Pantoja, podemos señalar que se pueden contemplar los siguientes tipos de contratos administrativos:

- 1) **El contrato de obra pública:** Es un acuerdo de voluntades entre la Administración con un tercero, llamado contratista, para construir una obra inmueble por un precio determinado. Puede revestir diversas modalidades, de las cuales las principales son “a suma alzada” o “por partidas”.

La regulación principal de esta clase de contratos se encuentra en el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas N° 75, de 2004, el cual tiene aplicación para los contratos suscritos tanto por dicha cartera como por el Ministerio de Obras Públicas y los servicios dependientes de ambos.

- 2) **El contrato de concesión de obra pública:** El contrato de concesión de obra pública es un acuerdo de voluntades de la Administración con un contratista para ejecutar, reparar o conservar una obra inmueble a su costa, con cargo a tarifas pagadas por los usuarios de la obra.

Se rige por la Ley de Concesiones aprobada por el DFL N° 164, de 1991, del Ministerio de Obras Públicas.

- 3) **El contrato de concesión de servicio público:** Es un acuerdo de voluntades entre la Administración y un concesionario, por medio del cual se transfiere a éste la explotación de un servicio público bajo un régimen de Derecho Público.

Si bien no cuenta con una regulación expresa en nuestra legislación, la concesión de un servicio público ha sido reconocida y aceptada tanto por la jurisprudencia administrativa como por el Tribunal Constitucional.

Sobre este tipo de contrato, nos permitimos afirmar que es uno de los que más podrían asemejarse al concepto de contrato administrativo según la doctrina francesa, pues su objeto es la satisfacción de una necesidad pública. Incluso, la Contraloría<sup>57</sup> ha reconocido que “las concesiones implican el ejercicio por parte de privados de aquellas funciones destinadas a satisfacer necesidades e intereses generales y públicos mediante la prestación de determinados servicios, reservándose el Estado la facultad de imponer las condiciones de tales prestaciones, y eventualmente, la de dejar sin efecto la concesión efectuada cuando no se cumpla el fin público que motivó su otorgamiento”<sup>58</sup>

- 4) **El contrato de concesión sobre bien público:** La regulación sobre la concesión sobre bienes públicos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 60 N° 10 de la Constitución Política de la República, es una de las materias de reserva legal. En este sentido, existen numerosas leyes que regulan diversas clases de concesiones, como de calles, veredas, plazas, playas, espacio electromagnético, etc.

- 5) **El contrato de empréstito:** El Decreto Ley N° 1.263, de 1975, en su artículo 39 inciso tercero define tal contrato como “un contrato especial de derecho público en virtud del

---

<sup>57</sup> Dictamen N° 13.575, de 2000.

<sup>58</sup> Nótese que las facultades extraordinarias que se atribuyen al Estado, deben haber sido “reservadas”, por lo que si no están contempladas en el texto del contrato o la ley, se aplica la ley del contrato, no existiendo a nuestro parecer, cláusulas exorbitantes *per sé*.

cual el Estado obtiene recursos sujetos a reembolso de acuerdo con las condiciones que se establezcan.”

6) **El contrato de suministro:** Este es el contrato más relevante para nuestro trabajo, pues las formas en que la Administración puede llegar a celebrarlo es lo regulado en la Ley 19.886. Según el artículo 2° de dicha ley, para sus efectos se entiende por contrato de suministro como “el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles.” Por su importancia para nuestro estudio, le dedicaremos una sección aparte.

7) **Los contratos de prestación de servicios:** De acuerdo al artículo primero de la Ley 19.886, los contratos para la prestación de servicios que la Administración requiera para el desarrollo de sus funciones quedarán sometidos a sus normas y reglamentación. El precepto es en extremo amplio, pues dentro de la frase “servicios para el desarrollo de sus funciones” quedan inevitablemente comprendidos múltiples contratos, desde aquellos que tienen por objeto el aseo de oficinas municipales hasta el desempeño de labores gerenciales en un alto organismo público, de tal manera que todos los contratos de prestación de servicios para la administración quedarían sometidos a la Ley en comento. Sin embargo, como veremos más adelante, la propia Ley 19.886 se ocupa de poner remedio a la amplitud señalada.

## **VI.- Los Contratos de Suministro y Prestación de Servicios.**

Por tratarse de los contratos regulados por la Ley 19.886, es necesario hacer un breve estudio de las características de los contratos de suministro y de prestación de servicios. Sin embargo, lo primero que debemos señalar, como bien apuntaron los memoristas Carlos Álvarez Esteban, Juan Pablo Galdámes Verdugo<sup>59</sup>, es que el carácter de la Ley 19.886 es eminentemente procedimental, pues se ocupa principalmente de los mecanismos a través de

---

<sup>59</sup> ALVAREZ ESTEBAN, Carlos, y GALDAMES VERDUGO, Juan Pablo. La ley de Bases sobre Contratación Administrativa de Suministros y Prestación de Servicios y sus Efectos tanto Teóricos como Prácticos. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006.

los cuales la Administración llega a suscribir el contrato, y no del contenido mismo de éste, salvo ciertas disposiciones que veremos en su momento.

### **1) El Contrato de Suministro.**

Según vimos, la ley 19.886 definió el contrato de suministro, también conocido como contrato de aprovisionamiento, como el que tiene por objeto la compra o el arrendamiento, incluso con opción de compra, de productos o bienes muebles. Asimismo, hizo referencia a los siguientes contratos a fin de delimitar su carácter del contrato de suministro o prestación de servicios:

- a.) La adquisición y arrendamiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas y la cesión de derechos de uso de estos últimos, con la salvedad que la adquisición de programas de computación a medida (esto es, según las necesidades particulares de la entidad compradora), se considerará contrato de servicios;
- b.) Los de mantenimiento de equipos y sistemas para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas cuando se contrate conjuntamente con la adquisición o arrendamiento, y
- c.) Los de fabricación, por lo que las cosas que hayan de ser entregadas por el contratista deben ser elaboradas con arreglo a las características fijadas previamente por la Administración, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Nótese que en este aspecto, el legislador se ocupa expresamente de separar el contrato administrativo de suministro de la legislación común, de acuerdo a la cual en caso que las materias sean suministradas por el que encarga el trabajo, se trataría de un arrendamiento de servicios.

Antes de la dictación de la Ley 19.886, la que nos ha proporcionado una definición legal del contrato de suministro, teníamos como definiciones las del profesor Pantoja<sup>61</sup>, que lo conceptualizó como el “acuerdo de voluntades de la Administración con un contratista para proveerse de bienes muebles”, o la del profesor Silva Cimma, señalándolo como “aquel que tiene por objeto la provisión de cosas muebles para el abastecimiento de los servicios del Estado”<sup>62</sup>.

Tratándose de clasificaciones del contrato de suministro, es menester mencionar la propuesta por CLAUDIO MORAGA KLENNER<sup>63</sup>, quién ha distinguido los siguientes tipos de suministro:

- Contrato de suministro propio: Es aquel por el cual un particular “se obliga a asegurar la satisfacción de una necesidad duradera o permanente de la Administración, mediante entregas sucesivas y periódicas del bien objeto del contrato, en función de las necesidades que sobrevengan a la Administración.”<sup>64</sup>
- Contrato de suministro de bienes consumibles o de fácil deterioro por el uso.
- Contrato de fabricación: su objeto es la confección de una obra mueble, lo que lo diferencia del contrato de obra pública.

Respecto de la clasificación expuesta, nos parece útil apuntar que el contrato de suministro de bienes consumibles no merece una mención aparte, toda vez que bien puede ser subsumido dentro del suministro propio, ya que el objeto de éste último contemplar desde bienes destinados al activo fijo de un organismo público, como una silla o un computador, hasta bienes consumibles como las frutas y verduras que requiere diariamente una escuela municipal. Por otro lado, en cuanto al contrato de fabricación, nos parece apropiado hacer presente que sólo será de suministro en aquellos casos en que la materia no sea suministrada por la administración, pues en caso contrario, por

---

<sup>61</sup> PANTOJA, op. cit., página 55.

<sup>62</sup> SILVA CIMMA, op. cit., página 175.

<sup>63</sup> MORAGA Klenner, Claudio. *Op. cit.*, página 38.

<sup>64</sup> *Idem.*

aplicación de las normas generales, se tratará de un arrendamiento de servicios que en el plano del derecho administrativo se manifiesta en el contrato de prestación de servicios, el cual será regido por la Ley N° 19.886 en la medida en que su precio no sea pagado a una persona natural por concepto de honorarios.

En nuestro concepto, el contrato de suministro puede clasificarse entre:

- Aquellos que tienen por objeto un suministro único y puntual, que en la práctica no son otra cosa que la tradicional compraventa del derecho civil.
- Aquellos que persiguen asegurar un abastecimiento continuo de bienes para el desarrollo de la función pública durante un periodo de tiempo determinado o indeterminado. Este a su vez puede adoptar tres modalidades: 1) se puede tratar de un suministro de bienes cuya cantidad ser determinada de antemano, 2) determinable de acuerdo a reglas establecidas, o 3) indeterminada dependiendo de las necesidades del organismo público que se reflejarán en las respectivas órdenes de compra. Lo mismo puede ocurrir con el precio, el que puede ser fijo o variable, siendo el primer caso el de más común ocurrencia.

Sin lugar a dudas, el contrato de suministro que se prolonga en el tiempo es el que resulta más rico desde el punto de vista de las distintas formas que puede tomar y las consecuencias jurídicas que puede tener, y en el cual se refleja de mejor manera el carácter colaborativo del contrato administrativo.

Sobre las consecuencias del contrato de suministro que se extiende en el tiempo, son las siguientes:

- El suministro se efectúa a costa y riesgo del contratista: Esto significa que es el proveedor quién debe soportar la aleatoriedad de la operación, sin que en el caso de que por algún cambio de las condiciones del mercado, como un alza del costo de las materias primas, pueda tener derecho a reclamar ajustes en el precio de los bienes. Por lo anterior, el contratista debe considerar en su propuesta todos

los riesgos y variables posibles, ya que ante cualquier evento que afecte sus operaciones no podrá traspasar su costo a la Administración.<sup>65</sup>

Sin embargo, la característica en comento tiene dos excepciones:

- Cada organismo público tiene libertad para establecer lo contrario, caso en el cual sí serán aceptables.
- En virtud del principio de autonomía de la voluntad, el cual es aplicable en el contexto de la Ley 19.886 según lo dispuesto en su artículo 13 letra a), una vez suscrito el contrato las partes pueden modificarlo para reajustar el precio. Ahora, esta excepción tiene una contra excepción, pues sólo procede si las bases han guardado silencio sobre la reajustabilidad, pues de haberse prohibido no procedería la modificación ya que implicaría un fraude a las bases y a los demás oferentes.

- En caso de que surjan circunstancias imprevistas que hagan excesivamente oneroso el contrato, la parte afectada puede solicitar su modificación o terminación. El contratista soporta el riesgo de la operación en relación a los factores previsibles, no los imprevisibles, que pueden afectarle tanto a él como a la Administración. Estamos frente a la llamada “Teoría de la Imprevisión”, la que permite la modificación o término del contrato frente a hechos no previsibles, como el alza de impuestos o aranceles sobre los bienes objeto del contrato.

La diferencia entre los supuestos de la Teoría de la Imprevisión y la obligación del contratista de asumir los riesgos de la operación radica en que mientras en la primera las circunstancias que se alteran son aquellas referidas a las condiciones legales vigentes al momento de contratar, en el segundo caso el cambio se produce en las condiciones del mercado. Mientras las primeras son

---

<sup>65</sup> En la licitación de un contrato de suministro, esto suele plasmarse en las bases administrativas al señalarse en que los precios ofertados en la licitación serán invariables, no aceptándose cláusulas que establezcan reajustes.

relativamente estables, las segundas son inestables por naturaleza, implicando una variable que todo comerciante necesariamente debe considerar en sus negocios.

## **2) El Contrato de Prestación de Servicios**

En estricto rigor, la prestación de un servicio, que no es otra cosa que un bien inmaterial, también debería considerarse comprendida dentro de las múltiples aristas de un contrato de suministro, pues lo que se suministra es un bien inmaterial. Sin embargo, atendiendo a la amplia legislación especial que existe en el campo del derecho administrativo, tradicionalmente se le ha dado un tratamiento independiente, bajo el concepto de “contrato de prestación de servicios”.

Al hablar de servicios, es útil señalar que existen dos grandes clases de servicios: los servicios personales, y los no personales. Es importante tal distinción para determinar en que momento aplicar la Ley 19.886, y cuando otras normas especiales.

Como vimos, el artículo 1° de la Ley 19.886 es en extremo amplio, pues al afirmar que a ella quedan sometidos los contratos para la prestación de servicios que la Administración requiera para el desarrollo de sus funciones, podemos pensar que están incluidos desde un contrato de aseo para oficinas hasta una consultaría sobre el posible uso de energía nuclear en el país. Sin embargo, es la propia Ley la que se ocupa de poner remedio a tal excesiva extensión, al dedicar su artículo 3° a señalar qué clase de contratos se encuentran excluidos de la aplicación de la Ley. Entre tales contratos, encontramos los siguientes que tienen o pueden tener por objeto la prestación de servicios:

- 1) La contratación de personal de acuerdo a los estatutos respectivos, y de personas a honorarios;
- 2) Los convenios celebrados entre sí por los organismos públicos señalados en el artículo 2° inciso primero del D..L. 1.263 sobre Administración Financiera del Estado.

- 3) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas, los de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, y los 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.<sup>66</sup>
- 4) Los contratos que versen sobre material de guerra, los celebrados en virtud de las leyes números 7.144, 13.196 y sus modificaciones. Asimismo, los relativos a bienes y servicios necesarios para prevenir riesgos excepcionales a la seguridad nacional o a la seguridad pública.

Aparte de las exclusiones que hace el artículo 3° de la Ley 19.886, existen otros contratos de prestación de servicios a los que no es posible aplicar los preceptos de la Ley 19.886 en su totalidad, por ser considerados tipos especiales de contratos de prestación de servicios. Tales contratos son los siguientes:

- a) Los contratos destinados a la ejecución de acciones de apoyo: Este tipo de contratos están contemplados en la Ley 18.803, y su existencia y definición ha constituido un problema casi insoluble para los abogados de los servicios públicos. La ley señalada, al igual que la ley 19.886, se preocupa de regular no el contenido mismo de los contratos señalados, sino la forma en que la Administración puede llegar a concluirlos. Si comparamos el artículo 1° de la ley 18.803 con el artículo 1° de la ley 19.886, podemos apreciar que el concepto de esta última es más amplio, y la diferencia existente es de género a especie. Mientras los regidos por la ley 19.886 son necesarios para el desarrollo de las funciones de los organismos públicos, los de la ley 18.803 están destinados a la ejecución de acciones de apoyo a las funciones de servicios públicos indicados en ella, que no correspondan al ejercicio mismo de sus potestades pero que sean complementarios a ésta.

---

<sup>66</sup> No obstante la exclusión, estos contratos quedan sometidos a la Ley 19.886 en lo relativo a la competencia del Tribunal de Contratación Pública para conocer de la acción de impugnación de actos arbitrarios o ilegales ocurridos durante un proceso de licitación pública entre la aprobación de las bases y la adjudicación, y al resto de sus normas en forma supletoria.

Sin lugar a dudas, el lector se ha dado cuenta de lo difícil que es distinguir entre uno y otro tipo de contrato. El problema radica en que la distinción no sólo es pedagógica, pues según el artículo 34 de la Ley de Compras, la ley 18.803 constituye una ley especial respecto a ella. Al respecto la Contraloría, en dictamen 53.462 de 2005, motivado por una consulta de Gendarmería de Chile, ha señalado que la ley 19.886 reconoce la vigencia de la ley 18.803 como un estatuto jurídico especial para efecto de las contrataciones de acciones de apoyo, limitándose a incorporar un requisito adicional para el caso de celebrarse una propuesta privada, al disponer que en tal caso se sujetarán a lo dispuesto en artículo N° 8 bis de la LOCBGAE, cual es la resolución fundada previa<sup>67</sup>. Si tenemos que dicha exigencia es la única novedad introducida por la ley 19.886, encontramos que no es posible utilizar el trato directo para contratar acciones de apoyo desde el momento en que, salvo que se celebren con municipalidades y universidades, tal mecanismo no está contemplado en la ley 18.803, con lo que ésta resulta un estatuto menos flexible para la Administración; es por esta razón que resulta importante distinguir entre uno y otro tipo de contrato. Pero, por la poca claridad de la diferencia, en la práctica la gran mayoría de las contrataciones de la Administración se hacen a través de la ley 19.886.

En el mismo dictamen citado, la Contraloría también hizo notar que la historia fidedigna de la Ley 19.886 revela que en un principio el legislador tuvo la intención de incorporar los contratos sobre acciones de apoyo a dicha ley, pero durante la tramitación del proyecto se desechó dicha posibilidad. Sin lugar a dudas que dicha incorporación habría sido de gran utilidad evitando los problemas de interpretación descritos. El que no haya prosperado no es un hecho que deba desanimarnos, pues como ya expusimos, es posible que a través del actual proyecto de ley que busca crear un sistema de auditoría interna para el gobierno, se incorpore a los contratos de apoyo a la ley 19.886, eliminando tan inoficiosa distinción.

---

<sup>67</sup> Dictamen N° 53.462 de 2005.

Consideramos inútil la distinción, toda vez que la completa y novedosa regulación de la Ley 19.886 y su Reglamento es actualmente suficiente para resguardar los principios de probidad, transparencia, libre concurrencia, y eficiencia en cualquier contratación que a través de su sistema se lleve a cabo.

- b) Los contratos de prestación de servicios personales suscritos con personas naturales sobre la base de honorarios: Si la excepción relativa a la contratación de acciones de apoyo es complicada, ésta lo es aún más, y la complejidad, aunque parezca paradójico, proviene precisamente de la claridad con que están redactadas ciertas disposiciones de la Ley 19.886 y su Reglamento. La regla general claramente definida por el legislador en el artículo 3 letra b) de la Ley 19.886, es que quedan excluidos de su aplicación, junto a la contratación de personal, “los contratos a honorarios con personas naturales, cualquiera sea la fuente legal en que se sustenten.” Esta regla general es reiterada por el artículo 108 del Reglamento, que, ubicado en el capítulo relativo a la prestación de servicios personales contratada con personas jurídicas, dispone que “los convenios que se celebren con personas naturales, que involucren la prestación de servicios personales del contratante, deberán ajustarse a las normas del decreto supremo N° 98, del Ministerio de Hacienda, de 1991, los artículos 10 de la Ley N° 18.834, en su caso, y 33 del Decreto Ley N° 249, de 1974, o del artículo 13 del decreto Ley N° 1.608, de 1976, y demás disposiciones que complementan o reglamentan dichos textos legales”. Considerando las dos disposiciones anteriores, tenemos una norma muy clara e indiscutida: todo contrato de prestación de servicios personales con personas naturales, en que estos sean los prestadores inmediatos del servicio, quedan excluidos de la aplicación de la Ley 19.886, sometiéndose a las diversas normas especiales citadas.

Sin embargo, pese a lo diáfano de la norma anterior, se nos presenta, por ejemplo, la siguiente situación: un organismo público necesita organizar un evento al aire libre, y para contar con ambientación musical, llama a una licitación pública de acuerdo a la Ley 19.886, presentándose dos oferentes, un sociedad que entrega facturas, y una persona natural que entrega boletas de honorarios; en la primera propuesta, el

servicio es prestado por los socios, y en la segunda, por el oferente. Según las claras normas expuestas, si se adjudica la contratación a la sociedad, se aplica la ley 19.886, pero si se adjudica a la persona natural, queda excluida de su aplicación. ¿Es ésta una buena conclusión? ¿o la persona natural no debería haber presentado su propuesta en el sistema de la Ley 19.886? Sin lugar a dudas estamos frente a un complejo problema para interpretar el campo de aplicación de la ley 19.886.

Ante la situación anterior, la Dirección de Compras y Contratación Pública solicitó a la Contraloría un pronunciamiento para determinar cuál es la aplicabilidad de la Ley 19.886 a los contratos con personas naturales suscritos sobre la base de honorarios. En su respuesta contenida en Dictamen N° 7.241 de 2007, el ente contralor, junto con aludir a las normas ya expuestas, citó el mensaje de la Ley 19.886 afirmando que se “excluye ..... una serie de contratos que, por un lado no tienen que ver con el suministro de bienes o la prestación de servicios o, por otro, son incompatibles con los procesos de licitación”. Tales contratos excluidos serían “aquellos que encuentran su sustento en la circunstancia particular de calificación profesional o técnica del sujeto a quién se le encarga determinado servicio, generalmente asociada a la entrega de conocimiento o información, de modo que por su naturaleza dicho tipo de convenios resulta incompatible con los procesos de licitación establecidos en la ley N° 19.886”. Acto seguido, el dictamen señala que tal incompatibilidad no se aprecia en los contratos en que, en virtud del principio de la idoneidad del contratante, “la Administración requiere convocar a un proceso de selección a un número indeterminado de interesados, sean personas naturales y jurídicas, con la finalidad de evaluar la capacidad profesional, técnica y financiera de los potenciales contratantes que permita asegurar la calidad de la ejecución de la prestación a convenir.”

En conclusión, lo que nos dice la Contraloría es que no quedan excluidos de la Ley 19.886 aquellos en que sea preciso evaluar la capacidad profesional, técnica y financiera del potencial contratante antes de realizar la contratación, lo que se contrapone a los claros términos del artículo 3 letra b) de la Ley y 108 del Reglamento. Sin lugar a dudas, es necesaria una reestructuración de toda la

normativa sobre prestación de servicios, a fin de evitar su dispersión y contradicciones actuales. Hacemos presente que tal intervención ha sido reclamada por la propia Dirección de Compras y Contratación Pública, según se puede apreciar en la columna legal que periódicamente se publica en el Sistema<sup>68</sup>, en que su abogado Bárbara Matamala ha señalado que en la ley 19.886 existen “...disposiciones dispersas y confusas sobre servicios, contratación a honorarios, consultorías, acciones de apoyo, que dificultan la interpretación y aplicación de normas, ..no hay actualmente un criterio uniforme sobre esto, lo cual, acrecentado por la inexistencia de una herramienta de contratación apropiada, dificulta la contratación de ciertos servicios”.<sup>69</sup>

## **VII.- Legislación de Fondo Aplicable a los Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios Regidos por la Ley 19.886.**

La Ley 19.886, se ha ocupado del tema en su artículo 1º, al señalar que a los contratos por ella regidos “supletoriamente se les aplicarán las normas de Derecho Público, y en defecto de aquellas, las de Derecho Privado”. Tal afirmación es repetida también en el primer artículo de su Reglamento, que expresa que tales convenciones “se ajustarán a la Ley de Compras, sus principios y al presente Reglamento” y “supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de ellas, las normas de Derecho Privado”. Por lo anterior, la prelación de normas en cada contrato de suministro y prestación de servicios es claramente la siguiente:

- 1º. **Las cláusulas del contrato.** Esto en virtud de que en cada contrato lo que se manifiesta es la libertad de la Administración y su contraparte para obligarse libre y voluntariamente dentro de los márgenes permitidos por la ley. Para el particular, la libertad es evidente. En el caso de la Administración, por estar

---

<sup>68</sup> [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl)

<sup>69</sup> MATAMALA, Bárbara. Columna Legal. Dirección de Compras y Contratación Pública, (en línea)  
[https://www.chilecompra.cl/portal/PortalComprador/centro\\_informacion/normativa\\_compras/columnas\\_n61.asp](https://www.chilecompra.cl/portal/PortalComprador/centro_informacion/normativa_compras/columnas_n61.asp).

regida por el principio básico que nos dice que en Derecho Público lo que no está expresamente permitido se encuentra prohibido, es preciso contar con una norma que la autorice para ello. En este aspecto, la doctrina nacional y comparada han concluido invariablemente que “el Estado puede contratar”; en nuestro derecho positivo, esto aparece indirectamente consagrado en el artículo 9 de la LOCBGAE que contempla la actividad contractual estatal.

- 2°. **Las normas legales especiales que lo regulen.** El artículo 4 del Código Civil consagra expresamente el llamado principio de la especialidad de la ley, por el cual la ley especial prefiere a la ley general. De esta forma, si existen normas legales especiales para cada contrato, estas habrán de aplicarse por sobre las generales. Un ejemplo de norma especial en materia de contratos administrativos es la establecida en el 43 del D.L. 1.263, sobre administración financiera del Estado, el que exige para constituir una deuda pública la autorización legal previa. Ahora, en caso de que no exista norma especial, debemos ascender al siguiente peldaño en la escala normativa.
- 3°. **La Ley 19.886 y su Reglamento.** Como bien lo dice el título de la Ley 19.886, oficialmente estamos frente a una ley de bases, es decir, una ley que consagra las reglas generales aplicables a una materia del derecho. Sin embargo, la Ley y su Reglamento tienen un énfasis claramente procedimental. Salvo ciertas normas sobre habilidad para contratar con el Estado, exigencia de garantías, término anticipado y opciones de renovación automática, sólo se regula la forma en que el Estado llega a seleccionar a un contratista, por lo que pasamos a la siguiente categoría normativa.
- 4°. **Las normas generales de Derecho Público.** En este aspecto, sólo nos referimos a la legislación general sobre contratos administrativos y de suministro, pues las normas particulares para cada contrato se entienden como normas legales especiales. Sin embargo, no tenemos en la materia una normativa general para tales contratos aparte de la Ley 19.886, por lo que

únicamente nos queda, antes de pasar a las normas de Derecho Privado, invocar los principios que rigen la contratación administrativa.

- **El principio de preeminencia de la Administración:** En este punto, lo que siempre destaca en la doctrina nacional y comparada es la contemplación del contrato administrativo como una relación donde la Administración tiene la preeminencia sobre el particular con el cual contrata, detentando importantes facultades sin necesidad de cláusula especial. El mensaje de la Ley 19.886 señala expresamente que este es uno de sus principios inspiradores, se fundamente en el interés general que involucra la actividad contractual del Estado, y se manifiesta en las siguientes atribuciones de la Administración:

- Dirigir la ejecución del contrato.
- Modificar el contrato si durante su ejecución se dan hechos que así lo justifiquen, compensando debidamente al contratante.
- Interpretar los contratos, sin perjuicio de las competencias que tienen los tribunales de justicia al respecto.

Estas atribuciones son los que tradicionalmente se conocen como facultades exorbitantes de la Administración, y se entenderían contempladas en todo contrato administrativo sin necesidad de mención expresa. Sin embargo, nuestra opinión es que, al menos en los contratos regidos por la Ley 19.886, no tiene aplicación si no han sido expresamente contempladas en las bases o en el texto del contrato si este es fruto del trato directo. Nuestros argumentos al respecto son los siguientes:

- a) En el proyecto de ley original, se contemplaban desde sus artículos 25 a 29, poderosas facultades para la Administración que le

permitirían interpretar los contratos, modificarlos por el interés público, decidir su término e imponer multas administrativamente. Sin embargo, el mismo Ejecutivo, a través de una indicación, retiró tales facultades. Esta acción ha sido interpretada por los memoristas Carlos Álvarez Esteban, Juan Pablo Galdames Verdugo<sup>70</sup>, como una precaución ante eventuales impugnaciones por inconstitucionalidad del proyecto atendiendo a la garantía de igualdad ante la ley consagrada en el artículo 19 N° 2 de la Constitución, por la cual no hay grupo ni personas privilegiadas, lo que en una relación contractual debe aplicarse al Estado.

- b) El texto actual de la Ley 19.886, permite a la Administración en su artículo 13 terminar o modificar un contrato, mediante decreto o resolución fundada, en determinados casos que no escapan mayormente a lo ya permitido por las normas del derecho privado en materia de contratos y obligaciones, salvo por causa de interés público o seguridad nacional, en cuyo caso en virtud de los principios generales el contratista puede exigir una indemnización correspondiente.
  
- c) Aun antes de la dictación de la ley 19.886, y tratándose de contratos distintos a los de suministro y prestación de servicios, la jurisprudencia administrativa y judicial han rechazado la existencia de facultades exorbitantes *per se*. En tal sentido, podemos citar el dictamen de la Contraloría General de la República 5.566, de 1992, donde se señaló que un contrato de obra pública no puede ser impugnado por la vía administrativa, sino la judicial, y que de acuerdo a las reglas generales de responsabilidad contractual, nadie es responsable del caso fortuito, fuerza mayor como así lo pretendía interpretar la Administración. Por su parte, la Corte de Apelaciones

---

<sup>70</sup> CARLOS DANIEL ALVAREZ ESTEBAN, JUAN PABLO GALDAMES VERDUGO, op. cit. Página 43.

de Santiago, en sentencia recaída en autos de protección confirmada por la Corte Suprema, ha establecido que vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley “la decisión unilateral de una autoridad administrativa que establece por sí y ante sí el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de su contraparte en un contrato, desde que con tal actitud ha decidido ponerse en un plano de preeminencia respecto de su contratante”<sup>71</sup>. Es preciso hacer notar que los casos citados se refieren precisamente a aquellos contratos que la doctrina comparada tradicionalmente considera como administrativos por el interés público involucrado en ellos, por lo que si aun en aquellos contratos no es aceptable en Chile la existencia de poderes exorbitantes para la Administración, menos lo será para los regidos por la Ley 19.886.

- 5°. **Las normas de Derecho Privado.** Ya hemos pasado por todos los niveles de prelación para determinar qué normas rigen el contenido obligacional de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. Ahora sólo nos quedan por aplicar las normas generales de los contratos establecidas en el Código Civil y en el Código de Comercio especialmente, junto a sus leyes satélites, como las leyes de prenda sin desplazamiento, arriendo de predios urbanos, hipotecas regidas por la ley de bancos, etc.

Como ya señalamos anteriormente al referirnos al régimen sustantivo de los contratos administrativos, existen autores que cuestionan que el Código Civil sea la norma de clausura para el Derecho Administrativo<sup>72</sup>. Al respecto, debemos señalar que por las dimensiones y objeto de esta obra, es un tema que no nos corresponde abordar ahora. Por otro lado, ya hemos analizado el orden de prelación de normas, y no habiendo normas de derecho público que regulen,

---

<sup>71</sup> Revista de Derecho y Jurisprudencia 1996, segunda parte, sección quinta, pags. 146 y 147.

<sup>72</sup> Sobre el particular, puede consultarse opinión del profesor Alejandro Vergara Blanco en su artículo “El Código Civil como supletorio de las demás leyes. Crítica a una tesis excesiva”. La Semana Jurídica. Santiago, Chile, (359), 2007.

por ejemplo, la forma o lugar donde ha de hacerse el pago en un contrato de suministro, ¿qué normas habremos de aplicar sino las del Código Civil?

## **CAPITULO III LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN**

### **Generalidades**

Hemos tratado brevemente el contrato administrativo, su concepto, sus clases, y su regulación en el derecho chileno y comparado. Sin embargo, la conclusión de dichos contratos no se realiza en forma espontánea por parte de la Administración, sino que como consecuencia de un procedimiento reglado y previsto por la ley. Mientras en el Derecho Privado la regla general es la ausencia de todo formalismo para la suscripción del contrato, constituyendo los contratos solemnes la excepción, en el Derecho Público la regla es la contraria, toda vez que en cada contrato administrativo, ya sea una simple compraventa de lápices o el encargo de un estudio de alta complejidad, la Administración debe observar ciertas formas para llegar a su suscripción.

Muchas veces a los ojos del ciudadano común, las numerosas formas y procedimientos que debe seguir la Administración para suscribir un contrato aparecen como simple “burocracia” en el sentido peyorativo de la palabra. No obstante, dichas formalidades son un resguardo ante la sociedad para que los funcionarios públicos tengan menos posibilidades de tomar decisiones apresuradas y poco estudiadas por un lado, o a favor de sus intereses personales por otro. Como dijimos al comienzo de este trabajo, a la comunidad nacional no le es de interés de que forma gasta sus recursos una empresa privada, toda vez que los recursos comprometidos son particulares, pero tratándose del Estado, la manera en que éste efectúa sus compra y celebra contratos es importantísima, toda vez que a nadie le será indiferente una ineficiente gestión administrativa que afectará la consecución del bien común, o que a través de tal gestión, ya sea eficiente o no, se privilegie económicamente a cierto grupo de personas.

La formas y procedimientos que comentamos, tienen por eje la concreción de uno de los principios más importantes en materia de contratación administrativa, cual es el de libre concurrencia de los oferentes. Este es uno de los principios tradicionales en la materia, y según el profesor Eduardo García De Enterría persigue una doble finalidad, cual es “proteger los

intereses económicos de la Administración suscitando en cada caso la máxima competencia posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación con la administración.”<sup>73</sup>

## **Los Sistemas de Contratación**

Hemos entrado a otra etapa de nuestro estudio: los procedimientos o mecanismos de contratación del Estado. En derecho comparado, existen dos sistemas para concluir los contratos administrativos: el sistema de la libre elección, y el sistema restrictivo.

### **I.- El Sistema de Libre Elección**

El sistema de libre elección del contratante de la Administración, consiste en que los organismos públicos pueden escoger, en forma directa y discrecional a la persona con la cual ha de celebrarse un determinado contrato, sin que tengan que sujetarse para ello procedimiento especial alguno.

Este sistema, por su propia definición, constituye la regla general en el derecho comparado, pues el sistema restrictivo sólo opera cuando existen normas que así lo disponen. A falta de tales normas, la Administración goza de entera libertad para la elección del cocontratante. En tal sentido, Gastón Jesé sostiene que “la regla cierta del derecho francés es que la administración elige libremente, discrecionalmente, a su cocontratante .....por numerosos que sean los textos legales que disponen la adjudicación, ninguno formula la obligación general -para la administración- de no concluir ningún contrato sin previa adjudicación”<sup>74</sup>

Un aspecto de este sistema que hay que hacer notar, es que no obstante la discrecionalidad y libertad que tiene la Administración para elegir a su contraparte, no implica que esté exenta de manera absoluta del cumplimiento de ciertos requisitos

---

<sup>73</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, volumen 1, página 716.

<sup>74</sup> JESÉ, Gastón. *op. cit.*, página 76.

legales, que tienden generalmente a resguardar la existencia de recursos para financiar la contratación, sus detalles técnicos, o la aptitud personal o moral del contratante.

## II.- El Sistema de Restricción

Los sistemas de restricción son aquellos que limitan la libertad de la Administración para seleccionar a su contraparte en un contrato, fijándole ciertos procedimientos que debe observar para ello. Entre tales procedimientos o mecanismos, los más destacados y frecuentes son los siguientes:

- a) **La adjudicación, propuesta o licitación pública:** Es el procedimiento que implica, en principio, la mayor transparencia, igualdad y objetividad a la hora de escoger a una persona o entidad para la celebración de un contrato. Consiste en el llamado que efectúa la Administración a los privados, a fin de que presenten ofertas para la satisfacción de una determinada necesidad de la Administración, de acuerdo a requisitos técnicos y administrativos fijados de antemano en las bases del proceso.
- b) **La adjudicación, propuesta o licitación privada:** En términos generales, es idéntica a la licitación pública, pero con una gran diferencia: el llamado a presentar propuestas está limitado a determinados proveedores, que son invitados en forma discrecional por la Administración.
- c) **La contratación directa o trato directo:** Este mecanismo de contratación ha recibido diversas denominaciones en el derecho comparado. Así por ejemplo, en Francia *marchés de gré a gré* o *marchés négociés*, en España se le denomina procedimiento negociado<sup>75</sup>, en Colombia contratación directa<sup>76</sup>, etc. Es el modo más sencillo de celebrar un contrato por parte de la Administración, pues basta que contacte a un particular y acuerde con éste las condiciones de celebración de un contrato.

---

<sup>75</sup> ESPAÑA. Ley de Contratos del Estado, artículo 28.

<sup>76</sup> COLOMBIA. Decreto 222 de 1983, sobre Contratos de la Administración Pública, artículo 29.

Las ventajas del trato o contratación directa radican en que, por no ser necesario cumplir los rígidos requisitos, trámites y plazos de una licitación, el Estado incurre en un importante ahorro de recursos administrativos, así como también posee una gran flexibilidad para acordar las condiciones del contrato con su contraparte adaptándose a las necesidades del momento y las condiciones de mercado. En cuanto a sus principales desventajas, éstas consisten en que la idoneidad del cocontratante para ejecutar el contrato no está acreditada en virtud de un procedimiento de competencia, y es posible que la autoridad administrativa abuse de su discrecionalidad privilegiando sus intereses.

Es preciso hacer notar que el mecanismo del trato directo no debe confundirse con el sistema de libre elección. Este último es un sistema genérico y originario, que se aplica como regla general en los países donde no existe un procedimiento reglado común a la contratación administrativa, mientras que el trato o contratación directa es un procedimiento específico dentro del sistema restrictivo, procediendo sólo en los casos previamente determinados por la ley.

- d) **El remate o subasta pública:** Este mecanismo de contratación, si bien ha tenido cierta aplicación en el Derecho Administrativo, su desarrollo lo ha tenido mayormente en el ámbito civil y mercantil, consistiendo en la venta de bienes al mejor postor. No hay una selección de oferentes propiamente dicha, sino que la venta es adjudicada a quién presente la mejor oferta. Nótese que aquí la Administración es la que vende, no la que compra como ocurre en el contexto de la Ley 19.886.
- e) **El concurso:** Es un procedimiento destinado a seleccionar, a través de la oposición de antecedentes, a la persona con mejores capacidades técnicas, culturales o artísticas para desempeñar una función determinada.

De todos los mecanismos examinados, sin lugar a dudas los más destacados son los tres primeros, esto es, la licitación pública, la licitación privada, y el trato directo. Como ya

hemos señalado, sobre este último, y la regulación que ha recibido en la Ley 19.886, versa el tema principal de este trabajo.

### **Los Procedimientos de Contratación en Chile.**

Como fácilmente puede desprenderse de lo ya expuesto hasta ahora, en nuestro país el sistema adoptado por el legislador es el de la restricción. Esto porque desde la inclusión del actual artículo 9 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, los contratos administrativos se celebrarán previa licitación pública, en conformidad a los procedimientos fijados en la ley, pudiendo recurrir a la licitación privada sólo por motivos justificados que han de constar en resolución fundada, y al trato directo en los casos en que la naturaleza de la negociación así lo amerite.

El propósito de nuestro estudio, es estudiar este último mecanismo de contratación de acuerdo a la regulación que ha recibido en la Ley 19.886, lo que es importante desde que implica la excepción a la licitación pública, la que en la materia es la máxima garantía (en principio) de transparencia, competencia y probidad.

Antes de entrar derechamente al estudio del trato directo, haremos una breve ilustración acerca de los otros mecanismos de contratación. Asimismo, también nos referiremos a una particular modalidad de contratación creada por la ley referida, cual es el “convenio marco”.

## **I.- EL CONVENIO MARCO**

### **1) Concepto.**

Atendiendo a que los organismos regidos por la Ley 19.886 tienen la obligación de utilizar el Convenio Marco con preferencia a los demás mecanismos de contratación, hemos estimado apropiado comenzar nuestra exposición con él, no obstante que desde el punto de vista jurídico no es más que el producto de una licitación pública llevada adelante por la

Dirección de Compras y Contratación Pública. El artículo 2 N° 10 del Reglamento lo define como el “procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio”.

Como se puede apreciar, se trata de una contratación efectuada por la Dirección de Compras y Contratación Pública destinada al suministro directo de bienes y servicios para los organismos públicos. El que el suministro sea “directo” se refiere a que los organismos públicos no necesitan llevar adelante un proceso licitatorio para adquirir dichos bienes, pues basta la emisión de la orden de compra para el proveedor respectivo.

No debe confundirse esta forma de contratación con el trato o contratación directa. La diferencia radica en la causa por la cual la adquisición de un bien puede realizarse en forma directa. En el convenio marco, no se recurre a la licitación pública porque la Dirección de Compras ya la ha efectuado previamente. Nos explicamos: De acuerdo al artículo 30 d) de la Ley 19.886, una de las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública consiste en, “de oficio o a petición de uno o más organismos públicos, licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco”. De esta manera, la Dirección de Compras licita la suscripción de un acuerdo general con los proveedores adjudicados, en el cual se establecen las condiciones y el precio bajo los cuales estos proporcionarían ciertos bienes y servicios a los organismos públicos regidos por la Ley 19.886, quienes no hacen más que ampararse en un contrato previamente adjudicado, sin necesidad siquiera de dictar un resolución por cada compra o contratación en particular.

Con los convenios marco vigentes, la DCCP confecciona un Catálogo disponible en el Sistema, el que contiene una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación, y la individualización de los proveedores a los que se les adjudicó el convenio marco.

## **2) Circunstancias en que procede la utilización de un Convenio Marco.**

Para los órganos de la Administración regidos por la Ley 19.886, a excepción de las municipalidades y fuerzas armadas, es obligatorio recurrir al convenio marco como mecanismo de contratación. Al respecto, el artículo 14 inciso 5° del Reglamento dispone que “cada Entidad estará obligada a consultar el Catálogo antes de proceder a llamar a una Licitación Pública, Licitación Privada o Trato o Contratación Directa.”

La única justificación para no utilizar el Convenio Marco es la existencia de “condiciones más ventajosas”. Dichas condiciones significan que, fuera del catálogo mencionado, existen proveedores que pueden ofrecer los mismos bienes y servicios en una forma más conveniente que en el catálogo.

Las condiciones más ventajosas deben cumplir ciertos requisitos para liberar a los organismos públicos de la obligación de recurrir al convenio marco. Al respecto, el artículo 15 del Reglamento dispone que deberán referirse a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales, tales como precios, plazos de entrega, servicios asociados, garantías, etc., y de su existencia deberá informarse previamente a la Dirección de Compras a través del canal que esta disponga<sup>77</sup>.

Contrariamente a lo que puede pensarse, la acreditación de tales condiciones no habilita a los servicios públicos a contratar directamente con el proveedor que las ofrezca, sino que se deberá efectuar un proceso de compra conforme a las reglas generales, manteniendo los antecedentes para su revisión y control posterior.

En la práctica, durante los primeros años de vigencia de la Ley 19.886, ha sido posible encontrar que muchas veces los bienes que aparecen en el catálogo de convenios marco tienen un precio superior al que podría conseguirse a través de una licitación o compra directa fuera del catálogo, lo que ha generado cierta aprehensión a la utilización de esta forma de contratación en muchos servicios públicos. Sin embargo, la ventaja del mecanismo de los convenios marco radica en que evita la utilización de los recursos humanos y materiales propios de una licitación pública, en la cual deben elaborarse bases

---

<sup>77</sup> Dicho medio es actualmente una dirección de correo electrónico.

técnicas y administrativas, resoluciones, constituirse comisiones de evaluación de ofertas, respetarse plazos de publicación, etc., con lo que se produce un importante ahorro para el Estado. Por otro lado, en el último tiempo, fruto de la experiencia adquirida por la DCCP y gracias a una aumento en el número de oferentes en la licitación de convenios marco, los precios han tendido a bajar considerablemente.

## II.- LA LICITACIÓN PÚBLICA

### 1) Concepto

Como hemos venido diciendo, en virtud de lo dispuesto en el actual artículo 9 de la LOCBGAE, la licitación o propuesta pública es el procedimiento general de contratación administrativa en nuestro país.

La Ley 19.886, en su artículo 7 letra a) la ha definido como “el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.” Haciendo un somero análisis, podemos apreciar los elementos esenciales de una licitación pública:

- 1) **Es un procedimiento:** Esto significa que en el desarrollo de la licitación pública, la Administración debe observar una serie de pasos que están previamente definidos en la ley y en las bases administrativas.
  
- 2) **De carácter concursal:** Concurso significa competencia, ya sea en razón de la suerte o del esfuerzo y virtudes de cada competidor (obviamente, en el caso que nos ocupa la competencia es en razón de las virtudes de los proveedores). En una licitación el concurso se manifiesta por el hecho de que los proponentes compiten entre sí por obtener un contrato oneroso con la Administración. Podemos decir que éste es el elemento principal de toda licitación. Sin concurso

o competencia de propuestas previo al contrato, no hay licitación, y estaremos en presencia de un trato directo.

- 3) **Esta dirigido a los interesados:** Los interesados son sujetos indeterminados, que solamente estarán singularizados al momento del cierre del plazo para presentar propuestas al formalizarse estas.
- 4) **Debe existir sujeción a las bases:** La definición dada por la ley establece esta obligación para los oferentes al formular sus ofertas. Sin embargo, de acuerdo a las normas generales, también la administración debe someterse a las bases que ella misma estableció, ya sea al evaluar las propuestas, al declarar la licitación desierta, al exigir garantías, etc. En tal sentido, el artículo 10 inciso tercero de la Ley prescribe 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.
- 5) **Se selecciona la oferta más conveniente:** El proveedor que presenta la mejor propuesta desde el punto de vista técnico y económico, se adjudicará el contrato.
- 6) **El llamado es público:** La invitación a presentar propuestas está dirigida a toda la comunidad, pudiendo presentarse todos aquellos que lo deseen, en la medida en que no estén inhabilitados para contratar con el Estado según el artículo 4 de la Ley.

## 2) Importancia de la Licitación Pública

La gran virtud de la licitación pública, radica en que es la mayor expresión del principio de transparencia en materia de contratación estatal, pues permite a la sociedad conocer de antemano qué bienes o servicios contratará la Administración, su propósito, y una vez una vez terminado el proceso, quiénes fueron los empresarios que se presentaron al llamado, el monto de sus ofertas, y bajo qué criterios se escogió a uno de ellos desechándose las demás ofertas.

Asimismo, al ser un llamado público dirigido a toda la sociedad, se manifiesta el principio de libre concurrencia de los oferentes, cuya importancia en materia de probidad y eficiencia ya señalamos, y que en la Ley 19.886 se hace presente debido a la aplicación subsidiaria que tiene la LOCBGAE, la que en su artículo 9 inciso segundo dispone que “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.”

De igual forma, al consistir la licitación pública en un procedimiento reglado, tanto por la legislación como por las mismas bases, implica una importante protección al principio de la probidad, pues la discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de la autoridad se encuentra notoriamente restringida, incluso al momento de decidir a qué persona adjudicar el proceso, debido a que tal elección ha de tomarse en base a factores de evaluación previamente establecidos.

Por otro lado, otro principio del derecho administrativo que también viene a manifestarse en la licitación pública es el de la eficiencia. Esto, atendiendo a lo prescrito en el artículo 6° de la Ley, que dispone que “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”.

Finalmente, como consecuencia de los principios anteriores, y por tratarse de un proceso de selección basado en la competencia entre los oferentes, la licitación pública permite también la concreción del principio de la idoneidad del contratante, en virtud del cual la Administración debe velar porque la persona seleccionada tenga las aptitudes y competencias necesarias para satisfacer el interés público involucrado.

### 3) Procedencia

En el contexto general de la contratación del Estado, en virtud del artículo 9 de la LOCBGAE, la licitación pública es el mecanismo al que obligatoriamente deben recurrir sus entes para satisfacer sus necesidades.

Esta regla general vuelve a repetirse en materia de contratos administrativos de prestación de servicios y suministros. Al respecto, el artículo 5 de la citada ley dispone que “la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa”, y que “la licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales, salvo lo dispuesto en el artículo 8° de esta ley.”

A simple vista, de dicho artículo puede desprenderse que la licitación pública sólo es obligatoria en las contrataciones cuyo monto supere las 1.000 unidades tributarias mensuales<sup>78</sup>, pudiendo escogerse entre cualquiera de los mecanismos debajo de tal cantidad. Sin embargo, el artículo 8° de la Ley, cuyas normas son reiteradas y desarrolladas en el artículo 10 del Reglamento, establece que la licitación privada y el trato directo procederá únicamente en determinados casos que el precepto se encarga de señalar. De esta manera, aun cuando la contratación sea inferior a 1.000 UTM, será generalmente obligatorio recurrir a la licitación pública.

---

<sup>78</sup> En cuanto a los límites monetarios que fija la Ley 19.886 y su reglamento para establecer distinciones y clasificaciones, es nuestra opinión que todas las cantidades han de contabilizarse dentro del respectivo año presupuestario, si el contrato es de tracto sucesivo o ejecución diferida en el tiempo. Esto porque de estimar lo contrario, todos los contratos de suministro terminarían en algún momento superando los montos establecidos en la ley. Así por ejemplo, si se trata de la contratación de un servicio de mantención de computadores, es posible que demande sólo 50 UTM dentro de un año, pero si se acumulan las cantidades pagadas durante los años de vigencia, el monto tarde o temprano superará las 100 UTM, y luego las 1.000 UTM, haciendo espuria toda distinción en la ley. Caso distinto es el de un contrato cuyo objeto sea la adquisición de determinados bienes o servicios en un momento determinado, pues en este caso lo normal es que el monto de la contratación sea conocido con precisión al momento de la suscripción del contrato, sin importar que su ejecución comience en un año y termine en otro.

#### **4) Etapas de la Licitación Pública**

A pesar de ser un procedimiento reglado por la ley, los autores suelen separar las etapas de distinta forma. Como esta materia no constituye el objeto principal de nuestra investigación, nos limitaremos a exponer someramente las etapas que pueden apreciarse comúnmente en una licitación llevada adelante de acuerdo al régimen establecido en la Ley 19.886 y su reglamento, que en nuestro concepto, son las siguientes:

##### **a) Etapa previa a la publicación de las bases.**

En toda licitación, debemos partir por una pregunta muy básica ¿qué se licitará?. De esta forma, el organismo público licitante deberá definir con precisión cual es su necesidad, la que puede consistir en un bien o en un servicio. Si los bienes se van a adquirir en una única oportunidad, estaremos en presencia de un simple contrato de compraventa; si se requieren durante un espacio más o menos prolongado de tiempo, estaremos frente a un contrato de suministro. Asimismo, los servicios también pueden ser contratados para ser prestados en una oportunidad puntual como ocurre con el desarrollo de un software o la construcción de una obra, o de forma permanente, como el servicio de aseo, de transporte de funcionarios, etc.

Todas las características que debe tener el bien o servicio que se licitará, quedan recogidas en las bases técnicas, que suelen recibir el nombre de “especificaciones técnicas” o “términos de referencia”.

Junto a la definición de la necesidad y sus detalles técnicos, es preciso efectuar otro ejercicio muy básico, tanto para una gran organización, como para una persona natural: verificar si se tienen los recursos para satisfacer la necesidad. En este sentido, el artículo 3° del Reglamento dispone que “las Entidades deberán contar con las autorizaciones presupuestarias que sean pertinentes, previamente a la resolución de adjudicación del contrato definitivo en conformidad a la Ley de Compras y al Reglamento”. Si bien el precepto establece que la disponibilidad presupuestaria debe estar acreditada antes de la adjudicación, es recomendable que dicho requisito se cumpla antes de que se inicie el

proceso licitatorio, pues difícil situación sería para la entidad licitante haber desarrollado un concurso sin tener la seguridad de poder financiar el contrato que definitivamente se suscriba.

Una vez confeccionadas las especificaciones técnicas y determinado el monto aproximado que implicará la contratación, y la factibilidad de financiarlo, es preciso proceder a la elaboración y aprobación de las bases de la licitación. Estas, según el artículo 2 N° 3 del Reglamento, consisten en documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones, establecidos por la entidad licitante, que describen los bienes y servicios a contratar y regulan el proceso de compras y el contrato definitivo, incluyendo a las bases administrativas y bases técnicas.

Las bases deberán aprobarse mediante resolución de la autoridad facultada para ello, y según el artículo 22 del Reglamento, su contenido mínimo es el siguiente:

- Los requisitos y condiciones que deben cumplir los oferentes para que sus ofertas sean aceptadas.
- Las especificaciones de los bienes y/o servicios que se quieren contratar, las cuales deberán ser genéricas, sin hacer referencia a marcas específicas. En el caso que sea necesario hacer referencia a marcas específicas, deben admitirse en todo caso, bienes o servicios equivalentes de otras marcas o genéricos agregándose a la marca sugerida la frase “o equivalente”.
- Las etapas y plazos de la licitación, los plazos y modalidades de aclaración de las bases, la entrega y la apertura de las ofertas, la evaluación de las ofertas, la adjudicación y la firma del contrato de suministro y servicio respectivo y el plazo de duración de dicho contrato.
- La condición, el plazo y el modo en que se compromete el o los pagos del contrato, una vez recepcionados conforme los bienes o servicios de que se trate.
- El plazo de entrega del bien y/o servicio adjudicado.
- La naturaleza y el monto de las garantías que la entidad licitante estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y

oportuno cumplimiento del contrato definitivo, así como la forma y oportunidad en que se restituirán a los oferentes dichas garantías. Si bien este requisito sólo es obligatorio para las contrataciones que superen las 1.000 UTM., es recomendable exigir al menos una garantía de fiel cumplimiento del contrato en procesos por montos menores.

- Los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación, atendido la naturaleza de los bienes y servicios que se licitan, la idoneidad y calificación de los oferentes y cualquier otro antecedente que sea relevante para efectos de la Adjudicación.
- El nombre completo del funcionario de la entidad licitante encargado del proceso y el medio de contacto, si fuese procedente.

#### **b) Etapa de publicación y recepción de ofertas.**

Una vez aprobadas las bases, estas son publicadas en el Sistema de Información, que actualmente consiste en el portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), junto a las especificaciones técnicas y demás documentos que la entidad licitante estime pertinentes. Para dicho efecto, el funcionario del organismo licitante debe seleccionar el rubro al que pertenecen los bienes y servicios licitados, y una vez efectuada la publicación, en forma automática llega un aviso electrónico a los proveedores que están inscritos en el rubro del bien licitado en dicho portal, informándoles la existencia de una nueva licitación.<sup>79</sup>

Por regla general, todas las licitaciones regidas por la Ley 19.886 deben llevarse a cabo a través el portal mencionado, salvo en los casos en que:

- a) Existan antecedentes que permitan presumir que los posibles proveedores no cuentan con los medios tecnológicos para utilizar los sistemas electrónicos o

---

<sup>79</sup> El aviso de la existencia de cada proceso de contratación que se lleva a efecto en el portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), llega a los oferentes según su inscripción en el rubro al que pertenece el bien licitado, según la clasificación de bienes y servicios establecida por las Naciones Unidas, que es la utilizada por el Sistema.

digitales establecidos de acuerdo al Reglamento, todo lo cual deberá ser justificado por la entidad licitante en la misma resolución que aprueba el llamado a licitación;

- b) Cuando haya indisponibilidad técnica del Sistema de Información, circunstancia que deberá ser ratificada por la Dirección de Compras y Contratación Pública;
- c) Cuando en razón de caso fortuito o fuerza mayor no es posible efectuar los procesos de compra a través del Sistema de Información;
- d) Cuando no exista de manera alguna conectividad en la comuna correspondiente a la entidad licitante para acceder u operar a través del Sistema de Información;
- e) Tratándose de contrataciones relativas a materias calificadas por disposición legal o por decreto supremo como de naturaleza secreta, reservada o confidencial, según lo dispuesto en el artículo 62 del Reglamento.

Durante la publicación del llamado, todo contacto destinado a responder consultas o efectuar aclaraciones que la entidad licitante mantenga con los oferentes debe efectuarse a través del Sistema de Información (salvo que en las bases se permitan aclaraciones en soporte papel). En la práctica, esto se traduce en un foro electrónico disponible en la página en que se encuentra la licitación, donde se consignan las consultas sin poder identificar a su emisor, publicándose las respuestas y aclaraciones en la sección de las bases y especificaciones técnicas, en un archivo digital.

En cuanto al tiempo que debe permanecer una licitación abierta a la recepción de ofertas, se encuentra regulado en el artículo 25 del Reglamento, el que establece plazos mínimos entre la publicación del llamado y la apertura de las ofertas<sup>80</sup>, dependiendo del monto de la contratación. En aquellas contrataciones cuyo monto sea superior a 1.000 UTM, el plazo que media entre la publicación del llamado y el cierre del proceso de recepción de

---

<sup>80</sup> En este punto, cabe hacer notar que el epígrafe del artículo incurre en un error, pues lo que regula es el tiempo que media entre el llamado y el cierre de plazo para recibir ofertas, ya que la apertura se produce en un momento posterior.

ofertas no puede ser inferior a 20 días. En caso que se trate de bienes o servicios cuya fácil y objetiva especificación haga estimar que conllevan un esfuerzo menor para los contratistas al preparar sus ofertas, el plazo puede reducirse a 10 días.

Cuando el valor involucrado es inferior a 1.000 UTM, el tiempo mínimo de publicación es de 10 días, pudiendo reducirse a 5 bajo el mismo supuesto.

### **c) Etapa de evaluación y adjudicación.**

Una vez vencido el plazo para la recepción de ofertas, éste se cierra, siendo el paso siguiente la apertura de las ofertas para su evaluación y posterior selección del contratista que se adjudicará el contrato.

No todas las ofertas participan de la apertura, pues previamente se debe verificar si los oferentes han cumplido los requisitos para presentarlas en la licitación. Sobre este punto, el artículo 9 de la Ley dispone que el órgano contratante declarará inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplieren los requisitos establecidos en las bases. El cumplimiento de tales requisitos se verifica no en el contenido mismo de cada oferta, sino en factores externos, como la presentación de la garantía de seriedad de la oferta si se ha exigido, la inscripción en el Registro de Proveedores del Estado, la entrega de algún certificado de estudios o calificación técnica, etc. Si la entidad licitante no ha establecido la presentación de un determinado documento u otra circunstancia como requisito indispensable para la presentación de la propuesta, no es procedente su descarte, debiendo ser admitida a evaluación.

Sobre la inadmisibilidad de las ofertas, es útil citar las palabras del profesor Iván Aróstica, quién sostiene que “la licitación debe conducirse con grado de sencillez tal, que evite las exigencias estériles, la excesiva severidad en la admisión de los interesados y la eliminación de ofertas por defectos intrascendentes” debiendo centrarse el proceso en “multiplicar las alternativas de comparación, facilitando el acceso al mayor número posible de postulantes, sin cortapisas, a fin de que la Administración pueda tomar una decisión eficaz y eficiente en consecución de la mejor oferta para el interés general

involucrado en la licitación.”<sup>81</sup> Una de las características que han presentado las licitaciones llevadas a cabo por la Administración Pública durante décadas, ha sido precisamente que en el momento de la apertura, que antes de la entrada en vigencia de la Ley 19.886 se efectuaba en una reunión solemne, se descartaban muchas ofertas por defectos de forma intrascendentes, o por la falta de documentos como fotocopia del carné de identidad del representante legal, etc. A nuestro juicio, tal rigor constituye un error, pues la competencia debe centrarse en quién presenta la mejor propuesta, no en quién tiene los mejores documentos, sin perjuicio de la importancia de estos para acreditar la existencia y seriedad de la persona jurídica y natural que presenta la propuesta.

Luego de efectuada la apertura electrónica de las propuestas a través del portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), es preciso proceder a la evaluación de las propuestas, lo que se realiza 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, según los criterios de evaluación previamente establecidos en las bases. Es importante que la entidad licitante sea expedita para efectuar la evaluación y adjudicar el proceso de contratación, respetando el plazo que haya fijado en las bases. Si bien no existe una sanción fijada en la Ley o el Reglamento frente al incumplimiento del plazo señalado, los proveedores pueden efectuar un reclamo al respecto, e incluso recurrir al Tribunal de Contratación Pública por tratarse de una omisión arbitraria.

También es preciso mencionar que durante el período de evaluación, no se podrá mantener contacto alguno con los oferentes, salvo la solicitud de aclaraciones y pruebas.

Una vez evaluadas las ofertas y adoptada una decisión por la comisión evaluadora, ésta debe traducirse en una resolución dictada por la autoridad administrativa competente, la que puede consistir en adjudicar la licitación a uno o varios oferentes, o declararla desierta. También es posible adjudicar sólo algunos de los bienes y servicios licitados, declarando desierto el resto de las “líneas de adjudicación”.

---

<sup>81</sup> AROSTICA M., Iván, obra citada, página 295.

La resolución que adjudica o declara desierto un proceso de licitación deberá publicarse en el portal Sistema de Información, y en ella deberá hacerse alusión a la ponderación dada a los criterios de evaluación, previamente establecidos en las bases, sobre la cual se tomó la decisión. Esta exigencia de fundamentación permite evitar decisiones arbitrarias en esta fase tan importante.

#### **d) Etapa de ejecución y liquidación del contrato.**

El paso siguiente a la adjudicación del proceso es la suscripción del contrato. Ya hemos publicado la resolución de adjudicación, y el proceso de contratación se ha singularizado en un contratista determinado (o más de uno), terminando la competencia al adjudicarse el contrato. Ahora, podemos contactarnos libremente, por cualquier medio, con el contratista seleccionado.

Los primeros contactos naturalmente serán destinados a coordinar la forma del contrato y la entrega de los documentos de garantía si se han exigido, sin perjuicio de otros trámites que pueden ser especialmente establecidos en las bases dependiendo del tipo de contrato licitado.

Sobre el contenido del contrato, éste debe ser fiel reflejo de las estipulaciones contenidas en las bases administrativas, y en la propuesta técnico económica del contratista. El contrato en ningún caso puede ser distinto al licitado. En esta materia, el artículo 64 del Reglamento dispone que “el Contrato de Suministro y Servicio deberá contener la individualización del contratista, las características del bien y/o servicio contratado, el precio, el plazo de duración, las garantías, si las hubiere, causales de término y demás menciones y cláusulas establecidas en las Bases.”. En caso de que el contrato que se suscriba sea distinto al licitado, se infringirán gravemente los principios de legalidad y probidad, dándose lugar a las sanciones administrativas y penales que correspondan según el delito que pueda materializarse.

La causa de que sea tan grave la suscripción de un contrato con cláusulas distintas a las establecidas en la licitación radica en que fueron estas cláusulas las que tuvieron a la vista los proponentes a la hora de formular sus ofertas. De haber sabido que serían otras las que regirían su relación contractual, distinta habría sido su oferta. Por ejemplo, uno es el precio que se oferta por un contrato de suministro de seis meses, y otro por el de dos años.

Un asunto relacionado con el contenido del contrato es el relativo a la posibilidad de modificarlo. La Ley 19.886 no lo prohíbe, ni tampoco lo hace el reglamento, sino que, como ya lo vimos en su oportunidad, señala en su artículo 13 la posibilidad de modificar un contrato por diversas causas, entre las cuales esta el mutuo acuerdo de las partes. De esto, debemos concluir que la modificación de un contrato celebrado en virtud de una licitación es totalmente legítima, no obstante lo cual es útil tener presente que bien podrían las partes cumplir con pactar en el contrato las mismas cláusulas establecidas para la licitación, y luego alterarlas a través de una modificación de acuerdo al artículo citado. Por lo anterior, podría estimarse que la modificación de un contrato sólo procede en caso que sea fruto del trato directo, estando vedada en caso de licitaciones, pero atendiendo a la ubicación del artículo 13, y a su expresión “los contratos regidos por esta ley”, que no distingue según el mecanismo de contratación seguido para su suscripción, la limitación propuesta carece de argumento de texto.<sup>82</sup>

Otro aspecto importante relacionado con el contrato definitivo tiene que ver con su vigencia y terminación. Fuera de la posibilidad de término anticipado, debemos atenernos a las normas generales sobre vigencia de un contrato, de tal manera que si tiene por objeto la adquisición de un bien determinado o la prestación de un servicio en una oportunidad específica, su vigencia se terminará con su cumplimiento. En cambio, si

---

<sup>82</sup> En este punto, no podemos dejar de citar al profesor Iván Aróstica que ha señalado que “un acuerdo afinado por esta vía (la licitación) no puede a posteriori modificarse por mutuo consenso entre el Estado y el particular...como quiera que ello importaría la práctica de negociaciones directas, incompatibles con un sistema basado en la publicidad y la transparencia, y perjudicaría a aquellos participantes que perdieron la licitación, cuyas ofertas podrían haber sido diferentes de haber sabido que el contrato original era un simple borrador y no un diseño definitivo.” ARÓSTICA M., Iván. Op. cit. página 292.

se trata de un contrato de suministro<sup>83</sup> extendido a lo largo del tiempo, como el suministro de alimentos para un regimiento, o de la prestación de servicios permanentes como la mantención periódica de computadores, habrá que estarse a lo que se disponga en las bases, pudiendo establecerse un plazo fijo de meses o años, de igual duración pero renovables en forma automática.

Sobre la incorporación de cláusulas de renovación automática, su posibilidad tiene un límite en el régimen establecido en la Ley 19.886, pues el artículo 12 del Reglamento ha dispuesto que “las Entidades no podrán suscribir Contratos de Suministro y Servicio que contengan cláusulas de renovación automática u opciones de renovación para alguna de las partes, cuyos montos excedan las 1.000 UTM, a menos que existan motivos fundados para establecer dichas cláusulas y así se hubiese señalado en las Bases”. De esta forma, tenemos que las cláusulas de renovación, ya sea automática o como opción para una de las partes, pueden establecerse libremente en contratos cuyo monto sea inferior a 1.000 UTM. Si su monto supera esa cifra, la inclusión de la cláusula en cuestión debe cumplir los siguientes requisitos copulativos: 1) estar contemplado en las bases, y 2) existir motivos fundados para su inclusión.<sup>84</sup>

### **III.- LICITACIÓN PRIVADA**

#### **1) Concepto y Características**

La licitación privada la encontramos definida en la letra b) del artículo 8 de la Ley 19.886, que la define como “el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa

---

<sup>83</sup> En la Ley 19.886, y generalmente en la doctrina administrativa, suele denominarse a todos los contratos de adquisición de bienes como “contrato de suministro”, mientras que desde la óptica del Derecho Civil se habla de contrato de compraventa si su ejecución es inmediata, reservándose la expresión “contrato de suministro” para los contratos que pueden clasificarse como de tracto sucesivo, que son aquellos en que el cumplimiento de las obligaciones que de ellos emanan se va escalonando en el tiempo, durante un lapso prolongado.

<sup>84</sup> Llama la atención en el artículo que bien podrían incorporarse en un contrato inferior a 1.000 UTM cláusulas de renovación automática aun cuando no hayan estado contempladas en las bases, lo que contradice el principio de supremacía de éstas.

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.”

A simple vista podemos ver que en la licitación privada participan casi los mismos caracteres de la licitación pública, es decir, es un procedimiento, de carácter concursal, debe existir sujeción a las bases, y se selecciona la oferta más conveniente. La diferencia radica en la amplitud del llamado. Mientras en la licitación pública está dirigido a todos los interesados, es decir, a sujetos indeterminados, de tal suerte que cualquier persona interesada podrá presentar su oferta, en la licitación privada el llamado está dirigido a ciertas personas determinadas, sin que pueda participar el resto de las empresas del mercado. Esta es la diferencia fundamental entre ambos tipos de licitaciones.

Es importante destacar que pese a que la licitación privada constituye una excepción al principio de libre concurrencia de los oferentes, el principio de publicidad que inspira la Ley 19.886 tiene plena aplicación, pues cualquier ciudadano interesado en ello puede observar en el Sistema de Información la convocatoria a presentar propuestas, sus bases, los oferentes invitados, los oferentes que efectivamente presentaron ofertas, el adjudicado, y el texto del contrato definitivo.

En lo que se refiere a las etapas de la licitación, el contenido de las bases, los plazos de publicación, su forma de adjudicación, y el contenido y la ejecución del contrato, rigen las mismas normas de la licitación pública. Sobre este punto, aunque en nuestra opinión la semejanza en cuestión es algo obvio, el reglamento se ha encargado de precisar en su artículo 48 que “las normas aplicables a la Licitación Pública se aplicarán a la Licitación Privada, en todo aquello que atendida la naturaleza de la Licitación Privada sea procedente.”

## **2) Procedencia**

En cuanto a las situaciones que permiten a las entidades públicas recurrir a la licitación privada, estas se encuentran establecidas en el artículo 8 de la Ley 19.886, cuyo contenido

ha sido repetido y desarrollado por el artículo 10 del Reglamento. Como dichos artículos contemplan los casos en que es posible recurrir tanto a la licitación privada como al trato directo, su análisis lo efectuaremos en la parte principal de nuestro trabajo, cual es el estudio de esta última forma de contratación.

### CAPITULO III

## EL TRATO O CONTRATACIÓN DIRECTA

#### SECCIÓN PRIMERA: GENERALIDADES.

##### Concepto

En materia de contratos del Estado, un principio básico es el de libre concurrencia de los oferentes. Sin embargo, como la gran mayoría de los principios jurídicos, no es absoluto, y en todos los sistemas de selección de contratistas para la Administración, se contemplan casos en que, por razones justificadas, debe ceder a favor de la posibilidad de escoger directamente a un contratista. En tales casos de excepción es cuando nos encontramos frente al trato o contratación directa, también conocido como procedimiento negociado<sup>85</sup>, o adjudicación directa<sup>86</sup>.

En la Ley 19.886, la letra c) de su artículo 7 ha definido el Trato o Contratación Directa como “el procedimiento de contratación 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.”

Como se puede apreciar a simple vista, el legislador nos ha dado una definición por defecto al utilizar la frase “sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada”, es decir, trato directo viene siendo todo aquel procedimiento de contratación que no es licitación pública o privada. Es nuestra opinión que, esta definición que en principio puede ser correcta, adolece de dos errores conceptuales, siendo el segundo consecuencia del primero.

---

<sup>85</sup> V. GARCÍA ENTERRÍA, *op. cit.* pagina 718,

<sup>86</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Administrativo. 12º ed. Madrid, Editorial Trivium, 1988, página 489.

En primer lugar, el legislador no se hizo cargo de la característica esencial y distintiva del trato directo, cual es que en este procedimiento de contratación, el trato es cerrado en forma directa con el proveedor, sin recurrir previamente a un concurso de propuestas. Al respecto, José Roberto Dromi ha señalado que en la contratación directa “El Estado elige directamente el cocontratante sin concurrencia u oposición, de la misma manera que los particulares, y celebra el convenio”.<sup>87</sup>

En segundo lugar, al realizar una definición por defecto, la conclusión es que todo lo que no es licitación (pública o privada) es trato directo. Como hemos dicho, en principio esta aseveración es correcta, pero lo es sólo en la medida que se mantenga indemne el concepto esencial de licitación. En este sentido, tanto el legislador, y posteriormente el ejecutivo al reglamentar la ley, han denominado como trato directo a figuras que, analizándolas detenidamente, no cumplen todos y cada uno de los requisitos que establece la ley 19.886 para una licitación pública o privada, pero participan de su característica esencial, la que como ya vimos, es la selección del contratante en virtud de un concurso de ofertas que se presentan de acuerdo a condiciones previamente establecidas por la administración. Entonces, cabe preguntarnos ¿estas figuras son una licitación o un trato directo? Un viejo aforismo de interpretación nos indica que “las cosas son lo que son y no lo que dicen ser”. Por otro lado, si trato directo es toda forma de contratación que no cumple con los requisitos de una licitación, el convenio marco también vendría siendo una contratación directa para los servicios públicos, pues en este mecanismo no deben cumplir con los tramites de un procedimiento licitatorio; por lo ya estudiado, sabemos que ésta no es una conclusión correcta.

Con lo anterior, no podemos más que concluir que el legislador ha confundido los conceptos de trato directo y licitación.

---

<sup>87</sup> DROMI, op. Cit, página 398.

## Importancia

La trascendencia que tiene la reglamentación del trato o contratación directa viene dada porque, al utilizarse, se hace una excepción al principio de libre concurrencia de los oferentes, lo que eventualmente puede afectar a los principios de probidad y transparencia.

El principio de libre concurrencia de los oferentes debe su importancia a tres factores:

- a) En primer lugar, al constituir la licitación pública una instancia de competencia, lo normal será que la persona que se adjudique el contrato sea aquella que satisface de mejor manera los intereses técnicos y económicos de la Administración. De esta manera, el principio de libre concurrencia deriva en la aplicación del principio de eficiencia en la gestión del Estado, que se encuentra consagrado en los artículos 3 y 11 de la LOCBGAE, y consiste en la consecución de las finalidades de la Administración a través del menor gasto posible de recursos humanos, materiales y de tiempo.<sup>88</sup>
- b) En segundo lugar, el principio de libre concurrencia que informa la licitación pública, importa también una manifestación concreta de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, en el sentido que si el Estado tiene la capacidad de contratar, y para ello dispone de los recursos que pertenecen a la nación toda, es del todo justo que todas las personas que lo deseen puedan postular a convertirse en un cocontratante de la Administración, accediendo a tales recursos.
- c) En tercer lugar, el principio de libre concurrencia conduce al fortalecimiento del otro principio más general, cual es el de probidad, que se encuentra consagrado en el artículo 3 de la LOCBGAE, y definido en el 52, según el cual consiste en “observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o

---

<sup>88</sup> No obstante lo señalado, la licitación pública no es *per se* sinónimo de eficiencia, ni la contratación directa de ineficiencia. Al contrario, como veremos más adelante, es precisamente por el principio en comento que se determinan circunstancias en que es preciso recurrir a la contratación directa.

cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.” En este punto, el artículo 62 de la LOCBGAE contempla diversas acciones que importan infringir el principio de la probidad, entre las cuales, para efectos de nuestro estudio, resalta el numeral 7, relativo a omitir o eludir la propuesta pública en los casos que la ley la disponga.

Con lo expuesto, cabe ahora preguntarnos porque la omisión de la licitación pública puede llegar a implicar no solo una infracción administrativa, sino también una vulneración del principio de probidad. Al respecto, Nancy Barra Gallardo ha señalado que este mecanismo de contratación es el “mas vulnerable desde el punto de vista del desarrollo del proceso de contratación”<sup>89</sup>, afirmación que compartimos plenamente, pues cuando se omite la licitación pública, se prefieren a ciertos individuos en la licitación privada o a una persona determinada en el trato directo, en desmedro del resto de la ciudadanía, beneficiándoles al adjudicarles un contrato administrativo. Con lo anterior, se abre la puerta para que se materialicen, entre otras posibles conductas, las siguientes acciones contempladas en el artículo 62 de la LOCBGAE como contravenciones al principio de probidad:

- **Emplear, bajo cualquier forma, dinero o bienes de la institución, en provecho propio o de terceros (N°3):** Como se puede apreciar, el legislador fue especialmente cuidadoso al utilizar la frase “bajo cualquier forma”, con lo que se abarcan situaciones tan simples, como cuando un funcionario utiliza recursos de un servicio público para adquirir bienes para sí, o más complejas, como el caso en que una autoridad gestiona una contratación directa con una empresa de la cual es socio él o personas cercanas.<sup>90</sup>
  
- **Solicitar, hacerse prometer o aceptar, en razón del cargo o función, para sí o para terceros, donativos, ventajas o privilegios de cualquier**

---

<sup>89</sup> BARRA GALLARDO, Nancy. Consideraciones En Torno A La Contratación Administrativa. La Gaceta Jurídica. Santiago, 2003, (273).

<sup>90</sup> Nótese en este punto que aquí se habla simplemente de terceros, sin que estos necesiten cumplir determinado grado de parentesco o tener cierta condición para que se vulnere el principio de probidad.

**naturaleza:** Esta conducta puede presentarse en materia de contratación pública por ejemplo, si un funcionario de la administración solicita a una empresa algún beneficio, para si o para terceros, a cambio de no efectuar una licitación pública y adjudicarle el contrato vía trato directo.

- **Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive.** Esta conducta está sancionada en el N° 6 del artículo en cuestión, expresándose en su párrafo tercero que las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta. Dicha obligación de abstención e información son fácilmente controlables en una licitación, pues en esta es posible conocer de antemano la repartición pública que convoca al proceso, qué tipo de contrato se ha de celebrar, los bienes y servicios requeridos, y una vez cerrado el plazo para la recepción de ofertas, los proponentes entre los cuales se seleccionará el contratante. De esta forma, si el adjudicado se encuentra vinculado a las autoridades de dicha entidad pública, existirán muchas más posibilidades de constatarlo en forma previa a la suscripción, ejecución y pago del contrato que si tratara de una contratación directa, donde la información se entrega *ex post*.

Este deber de abstención señalado en la LOCBGAE, ha sido regulado en la Ley 19.880 de bases sobre procedimiento administrativo, la que ha señalado en su artículo 12 cuáles son las causas precisas por las que las autoridades y funcionarios públicos se han de abstener de intervenir en algún procedimiento, debiendo comunicarlo de inmediato a su superior. En caso de no respetarse tal deber de abstención, el acto será inválido en la medida en que recaiga en la decisión definitiva del procedimiento de contratación, o si refiriéndose a un trámite preparatorio, es un requisito esencial tendiendo

influencia determinante sobre la decisión final y causando indefensión en el interesado<sup>91</sup>.

Un ejemplo de la distinción descrita sería el siguiente: un ministerio declara desierta una licitación privada, por lo cual puede acudir al trato directo invitando a tres empresas a presentar cotizaciones<sup>92</sup>; la autoridad respectiva, en su resolución autorizando la solicitud de cotizaciones, indica que ha de invitarse, entre otras personas, a un empresario que es su hermano. Aquí estamos en presencia de un acto preparatorio, pues el trato directo aun no se ha singularizado en algún oferente, no acarreándose necesariamente la nulidad del acto, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa correspondiente. Ahora, si el proceso es adjudicado a dicho empresario mediante resolución dictada por la autoridad afectada por el deber de abstención, el acto será inválido irremediablemente.

Con lo expuesto, hemos ilustrado acerca de los posibles inconvenientes del uso del trato directo como mecanismo de contratación<sup>93</sup>. Ahora, desde otro punto de vista, y anticipando la sección siguiente, debemos manifestar nuestra propuesta frente a una suerte de estigmatización que ha sufrido éste modo de selección de la contraparte contractual del Estado, pues existen muchas situaciones en que recurrir a la licitación pública atenta contra otros bienes jurídico administrativos que deben ser protegidos, como la prestación de un buen servicio, la confidencialidad, la racionalidad en el uso de los recursos, etc. En este punto, MORAGA KLENNER ha señalado que “sea que se estime que la licitación pública es la regla general o sea que se opine lo contrario, lo cierto es que el resultado de un proceso de licitación o propuesta

---

<sup>91</sup> JARA SCHNETTLER, Jaime. *Op. cit.* Página 189.

<sup>92</sup> Probablemente el lector apreciará que después de una licitación privada desierta, lo que corresponde es la contratación directa sin concurso de ofertas, por lo que el ejemplo sería equivocado. Si bien tal afirmación es correcta, en el contexto de la Ley 19.886, se ha cometido lo que a nuestro juicio es un error, ya que, como veremos, en estos casos de contratación directa, se solicitan nuevamente cotizaciones en un sistema concursal.

<sup>93</sup> Hablamos de posibles porque el sólo uso de tal procedimiento no implica por sí sólo la vulneración de principios de probidad, eficiencia o transparencia, pues esto sólo ocurrirá cuando haya un actuar corrupto o ineficiente por el funcionario público, cuya honestidad y capacidad afortunadamente no sólo se presumen, sino que tienden a ser la regla general.

pública no supone un beneficio económico *per se* para la Administración, mayor al que se pudiera lograr por vía de una licitación privada o del trato directo...Desde ya, la licitación pública tiene algunas desventajas frente a la licitación privada y al trato directo, *v. gr.*: la lentitud, su complejidad, su costo y el hecho de que no siempre se obtiene por su intermedio la oferta más ventajosa para el interés público, probablemente, porque la licitación pública es un proceso opuesto a la negociación, que es la manera habitual como los agentes económicos cierran sus propios negocios”.<sup>94</sup>

## **SECCIÓN SEGUNDA: PROCEDENCIA DEL TRATO O CONTRATACIÓN DIRECTA**

### **El Trato Directo Antes de la Ley 19.886.**

Ya hemos apreciado como el artículo 9 de la LOCBGAE, según la jurisprudencia administrativa, ha establecido a la licitación pública como la norma general de contratación administrativa respecto de todos los contratos que celebre la Administración.

Dicho precepto en su inciso tercero, ha contemplado también la procedencia de la licitación privada y el trato directo. Al respecto, señala que “la licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”. Sobre el particular, nos llama la atención en el lenguaje empleado por el legislador, su falta de determinación precisa de los casos en que procede uno u otro mecanismo de contratación, ya que no hace referencia a circunstancias concretas, sino que habla de “resolución fundada” y “naturaleza de la negociación”.

Si hacemos un somero análisis de la norma en comento, podemos ver que lo que a primera vista parece un tratamiento distinto para la licitación privada por un lado y el trato directo por otro, en realidad es una misma regulación. Esto porque al invocarse una “naturaleza de la negociación” para recurrir al trato directo, obviamente las circunstancias que rodeen a tal resolución deberán

---

<sup>94</sup> MORAGA Klenner, Claudio. La Actividad Formal de la Administración del Estado. En: Derecho Administrativo Chileno. Coordinador: PANTOJA BAUZÁ, Rolando. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007.

hacerse constar en la resolución que autorice la contratación, la que por ello pasará a ser una resolución fundada, que es precisamente lo que se exige para la licitación privada; y si para la licitación privada se requiere una resolución fundada, ¿en que habrá de fundamentarse este acto administrativo? precisamente en la naturaleza de la negociación, que es lo que requiere la contratación directa. El círculo se encuentra cerrado, sin que exista una diferencia predeterminada para la motivación de uno u otro mecanismo de contratación.

Frente a la imprecisión legal comentada, ha sido la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, junto a la práctica administrativa, la que ha determinado en qué casos procede la licitación privada, y en cuáles se ha de recurrir al trato o contratación directa. Fruto de dicha labor, se consolidaron ciertos casos tipos, los que finalmente fueron recogidos por el legislador en la dictación de la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Al comenzar a analizar la regulación del trato o contratación directa en la Ley 19.886 y su Reglamento, debemos tener presente que esta normativa sólo es procedente respecto de los contratos regidos por dicha ley, que son aquellos que, generalmente, en el derecho comparado no son calificados como “contratos administrativos”, sino que como “contratos de la Administración”. De esta forma, para que los contratos señalados en el artículo 3, que son los excluidos de la Ley 19.886 puedan suscribirse vía trato, basta con que la “naturaleza de la negociación” lo amerite, sin que sea necesario que concurren en forma precisa alguna de las circunstancias que taxativamente se regulan en la ley referida.

### **Causales Establecidas en la Ley 19.886.**

Habiendo señalado que las causales de contratación directa consagradas en la Ley 19.886 y su Reglamento sólo se refieren a los contratos regidos por esta normativa, corresponde ahora abocarnos a dichas causales. Estas se encuentran establecidas de forma general en el artículo 8° de la Ley, y reiteradas y desarrolladas en el artículo 10 de su Reglamento.

En la definición de la causales en comento, fue importantísimo el trabajo de la jurisprudencia administrativa anterior a la dictación de la Ley de Compras, pues en tal periodo, solo podía recurrirse al trato directo cuando fuera necesario debido a la “naturaleza de la negociación”. Esta “naturaleza de la negociación” implicaba un concepto del todo indeterminado, pudiendo abarcar múltiples situaciones que hacían inevitable obviar a la licitación como mecanismo de contratación, tales como la existencia de un solo proveedor, sucesivas licitaciones desiertas, emergencias, asuntos confidenciales, etc. Una vez que se hubo consolidado cierta jurisprudencia por la Contraloría acerca del contenido del concepto, fue posible apreciar los casos más recurrentes, muchos de los cuales fueron recogidos y sistematizados en la Ley 19.886 y su reglamento<sup>95</sup>, lo que por un lado permite acotar los casos de trato directo evitando abusos, pero por otro puede implicar limitar la discrecionalidad de los órganos públicos en casos en que es realmente necesaria.

Por la importancia que dichas normas tienen para este trabajo, las citamos a continuación:

**Artículo 8 de la Ley 19.886:**

“**Artículo 8.** Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

- a) Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados. En tal situación procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa.

Las bases que se fijaron para la licitación pública deberán ser las mismas que se utilicen para contratar directamente o adjudicar en licitación privada. Si las bases son modificadas, deberá procederse nuevamente como dispone la regla general;

---

<sup>95</sup> Por ejemplo, podemos ver como el año 2000, en los dictámenes 45278 y 34434, ya se contemplaba a la emergencia y a la existencia de un único proveedor, como causales de contratación directa.

b) Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 unidades tributarias mensuales;

c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente.

Sin perjuicio de la validez o invalidez del contrato, el jefe superior del servicio que haya calificado indebidamente una situación como de emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada. Esta multa será compatible con las demás sanciones administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudiera corresponderle, y su cumplimiento se efectuará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley N° 1.263, de 1975;

d) Si sólo existe un proveedor del bien o servicio;

e) Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional;

f) Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo;

g) Cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al

trato o contratación directa, según los criterios o casos que señale el reglamento de esta ley; y

- h) Cuando el monto de la adquisición sea inferior al límite que fije el reglamento.

En todos los casos señalados anteriormente, deberá acreditarse la concurrencia de tal circunstancia, la que contará con las cotizaciones en los casos que señale el reglamento.

En los casos previstos en las letras señaladas anteriormente, salvo lo dispuesto en la letra f), las resoluciones fundadas que autoricen la procedencia del trato o contratación directa, deberán publicarse en el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, a más tardar dentro de las 24 horas de dictadas. En igual forma y plazo deberán publicarse las resoluciones o acuerdos emanados de los organismos públicos regidos por esta ley, que autoricen la procedencia de la licitación privada.

Siempre que se contrate por trato o contratación directa se requerirá un mínimo de tres cotizaciones previas, salvo que concurran las causales de las letras c), d), f) y g) de este artículo.”

#### **Artículo 10 del Reglamento:**

“**Artículo 10.** La Licitación Privada o el Trato o Contratación Directa proceden, con carácter de excepcional, en las siguientes circunstancias:

1. Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados. En tal situación, procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa.
2. Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de

cumplimiento del contratante u otras causales, y cuyo remanente no supere las 1.000 UTM.

3. En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para los casos de sismo y catástrofe contenida en la legislación pertinente.
4. Si sólo existe un proveedor del bien o servicio.
5. Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional.
6. Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo.
7. Cuando por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al Trato o Contratación Directa, de acuerdo a los casos y criterios que se señalan a continuación:
  - a) Si se requiere contratar la prórroga de un Contrato de Suministro o Servicios, o contratar servicios conexos, respecto de un contrato suscrito con anterioridad, por considerarse indispensable para las necesidades de la Entidad y sólo por el tiempo en que se procede a un nuevo Proceso de Compras, siempre que el monto de dicha prórroga no supere las 1.000 UTM.
  - b) Cuando la contratación se financie con gastos de representación en conformidad a las instrucciones presupuestarias correspondientes.
  - c) Cuando pueda afectarse la seguridad e integridad personal de las autoridades siendo necesario contratar directamente con un proveedor probado que asegure discreción y confianza.
  - d) Si se requiere contratar consultorías cuyas materias se encomiendan en consideración especial de las facultades del Proveedor que otorgará el

servicio por lo cual no pueden ser sometidas a un Proceso de Compras público.

En estos casos las Entidades procurarán efectuar cotizaciones privadas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 105 y siguientes del presente Reglamento.

- e) Cuando la contratación de que se trate sólo pueda realizarse con los proveedores que sean titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, industrial, licencias, patentes y otros.
- f) Cuando por la magnitud e importancia que implica la contratación se hace indispensable recurrir a un proveedor determinado en razón de la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de
- g) los bienes o servicios requeridos, y siempre que se estime fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza.
- h) Cuando se trate de la reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios, que deben necesariamente ser compatibles con los modelos, sistemas o infraestructura previamente adquirida por la respectiva Entidad.
- i) Cuando el conocimiento público que generaría el proceso licitatorio previo a la contratación pudiera poner en serio riesgo el objeto y la eficacia de la contratación de que se trata.
- j) Cuando se trate de adquisiciones de bienes muebles a oferentes extranjeros, para ser utilizados o consumidos fuera de Chile, en el cumplimiento de las funciones propias de la entidad adquirente, y en las que por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de similar naturaleza, sea del todo indispensable acudir a este tipo de contratación.

Las entidades determinarán por medio de una resolución, los procedimientos internos que permitan resguardar la eficiencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación arbitraria en esta clase de adquisiciones.

8. Si las contrataciones son iguales o inferiores a 100 unidades tributarias mensuales. En este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 51 del presente Reglamento.

En todos los casos señalados anteriormente, deberá efectuarse el Proceso de Compras y Contratación a través del Sistema de Información, salvo en el número 6 en el que podrá utilizarse voluntariamente.

No obstante lo anterior, en todos los casos enumerados anteriormente, podrá realizarse la contratación a través de licitación pública si así lo estimare la entidad licitante.”

Analizando el contenido de ambos artículos, en principio se puede apreciar que existen ocho clases de circunstancias que nos autorizan para contratar en forma directa. Sin embargo, esto no es así, tanto por lo expresado en el inciso final del artículo 8 de la Ley, como por la aplicación que el Sistema de Información da a cada una de las causales de contratación directa.

### **Las Cotizaciones Previas**

Como lo señala el inciso final del artículo 8 de la Ley, en los casos de sus letras a) licitación previa desierta, b) realización de un contrato terminando anticipadamente, e) prestación de servicios contratados con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional, y h) monto de la adquisición inferior al límite fijado por el reglamento, es preciso contar con a lo menos tres cotizaciones previas.

#### **A) Origen de la exigencia**

Esta obligación de obtener cotizaciones previas que se incluyó en el reglamento, sin lugar a dudas tiene su origen en una exigencia establecida en instrucciones del Ministerio de Hacienda y en diversos dictámenes de la Contraloría General de la República a propósito de la contratación directa antes de la inclusión del artículo 9 de la LOCBGAE y la dictación de la Ley 19.886. Esta exigencia consistía en contar con un estudio de mercado antes de

adquirir un bien o contratar un servicio en forma directa. Al respecto, el dictamen N° 2.450 de 1996 expresó que “esta Contraloría General en ejercicio de sus facultades fiscalizadoras y de la supervisión técnica que le cabe sobre los sistemas de control interno estima que ..... - sería necesario justificar con cotizaciones previas la adquisición de bienes muebles-, para fortalecer tales sistemas y resguardar debidamente los intereses municipales, para los cual estas entidades deberán reglamentar tales procedimientos, uniformándolos y permitiendo una mejor fiscalización de estas operaciones.” Este dictamen hizo aplicación de otros pronunciamientos anteriores<sup>96</sup>, y como se puede apreciar, su propósito es evitar que, a través de un mal uso de la contratación directa, se perjudicarán los intereses públicos adquiriéndose bienes y servicios a un precio superior al de mercado, o se vulnerará el principio de probidad utilizando la contratación administrativa para la desviación de recursos públicos. La justificación de la cotizaciones previas, que constituían un “estudio de mercado”, radica en que, cuando por el monto o la naturaleza de la contratación no se justificaba o podía llevar a cabo un proceso de licitación pública para conseguir precios convenientes, a través de su existencia se podía controlar que no se presentarán las irregularidades señaladas.

Desde el punto de vista doctrinario, podemos citar antecedente a tal exigencia la legislación argentina, donde se exige en ciertas contrataciones directas “solicitar precios a varios interesados recabando, por lo menos, tres presupuestos o propuestas.....si el pedido de ofertas a tres casas del ramo fracasa o se cumple parcialmente, la administración quedará en libertad de acción para contratar en forma directa con quién considerare pertinente”.<sup>97</sup>

## **B) La confusión del legislador.**

Al instaurarse a través de la Ley 19.886 el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración (actual portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl)), todas las licitaciones llevadas a cabo por los organismos públicos pasaron a efectuarse en forma electrónica a través de Internet, reduciéndose de gran manera los costos tanto de publicación de una licitación como de la presentación de ofertas. Lo que antes implicaba grandes cantidades de papel, anuncios en diarios de circulación nacional, presentación de sobres con

---

<sup>96</sup> Dictámenes N°s 39.055 de 1998, 1.919 de 1989, y 9.775 de 1993.

<sup>97</sup> DROMI, op. Cit, página 398.

propuestas, reuniones solemnes para su apertura (contando con la presencia de los oferentes), etc., ahora se traduce en archivos digitales, kilo bites, y un poco de tiempo de digitación frente al computador<sup>98</sup>. De esta manera el gran costo económico, humano y de tiempo que requería llevar a cabo una propuesta pública, tanto para la Administración como para los oferentes, se redujo notablemente, abriéndose la posibilidad de utilizar dicho procedimiento concursal para todas las contrataciones del estado, salvo que por la “naturaleza de la negociación” sea preciso contratar en forma directa a una persona determinada.

Sin embargo, el legislador y el ejecutivo, al regular los mecanismos de contratación en la Ley y en el Reglamento, no hicieron una correcta aplicación del concepto de licitación pública a las ventajas de la contratación electrónica, pues en las causales de contratación directa en que se exigen las tres cotizaciones previas, no se tuvo a la vista que tales circunstancias daban lugar, en el antiguo régimen, al trato directo por el elevado costo que demandaría una licitación en relación a los bienes o la celeridad con que se necesitaba realizar la contratación. De esta forma, cuando los procesos de compra se realizaban en formato papel, las cotizaciones en cuestión cumplían un rol ilustrativo sobre los precios del mercado, sin que se tratara de propuestas económicas al estilo de un procedimiento concursal. Afirmamos esto en razón de que ahora, en el sistema actual de contratación, dichas cotizaciones se obtienen a través del portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl) mediante la publicación de un llamado en el que se establecen términos de referencia tanto técnicos como administrativos, y plazos para la recepción de ofertas o cotizaciones<sup>99</sup>, con lo que en la práctica estamos ante un proceso de licitación y no ante una contratación directa, pese a estar definida de esta manera en los textos legales señalados.

Esta confusión del legislador que se manifiesta en el inciso final del artículo 8, llevó en principio a que muchos organismos públicos se cuestionarán la validez de contrataciones directas efectuadas a través de la solicitud de cotizaciones en el portal, cuando se recibían

---

<sup>98</sup> Esto sin perjuicio de que aun hay documentos que deben entregarse físicamente, como instrumentos de garantía, certificados, muestras, etc.

<sup>99</sup> DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. Manual de Usuarios Compradores. Santiago, Dirección de Compras y Contratación Pública, 2007. página 94 y ss.

menos de tres cotizaciones. Ante esto, al dictarse el Reglamento, se señaló en el inciso noveno de su artículo 51 que “la Entidad Licitante podrá efectuar la contratación, cuando habiéndose solicitado cotizaciones abiertas sólo recibe a lo menos una oferta y el resto de los invitados se excusa o no muestra interés en participar”, a fin de evitar la enormidad de contrataciones que no se podrían concretar por faltar la recepción de a lo menos tres cotizaciones. Si se aprecia detenidamente la redacción de dicha disposición reglamentaria a la luz de la clara exigencia de contar con cotizaciones recibidas que se contiene en el artículo 8, lo que buscó el ejecutivo fue interpretar la Ley en el sentido de sostener que lo que se necesita no es la recepción de tres cotizaciones, sino que al menos tres proveedores fueran invitados, y como la invitación llega en forma automática a la universalidad de proveedores inscritos en el rubro, la norma se cumple en forma instantánea. Esta interpretación no nos deja de parecer curiosa, pues no tiene sentido establecer cuidadosamente exigencias que se cumplen en forma automática, ya que según el artículo 18 de la Ley, “los organismos públicos ..... 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”. En nuestra opinión, hubiera sido más recomendable promover una modificación de la Ley rectificando el error.

La única diferencia práctica que tienen las contrataciones de trato directo de las letras a), b), e) y h) con una licitación, pública o privada, radica en que las primeras deben contar con “Términos de Referencia” al efectuarse la solicitud de cotizaciones en el portal, mientras que en la licitación se habla de “Bases”<sup>100</sup>. Apreciando que el Reglamento se ha encargado definir a las bases como “documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones, establecidos por la Entidad Licitante que describen los bienes y servicios a contratar y regulan el Proceso de Compras y el contrato definitivo”<sup>101</sup>, y a los términos de referencia como el “pliego de condiciones que regula el proceso de Trato o Contratación Directa y la forma en que deben formularse las

---

<sup>100</sup> Concepto que incluye a las bases técnicas y administrativas según en artículo 2° número 3 del Reglamento.

<sup>101</sup> Artículo 3 N° 2 del Reglamento.

cotizaciones”, no encontramos diferencia substancial alguna entre ambos instrumentos, pues los dos nos llevan al mismo resultado: las ofertas deben presentarse según las reglas preestablecidas en el portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl) para el proceso de contratación respectivo.

### **C) Una posible solución.**

Ante lo expuesto, nuestra opinión es que es necesario modificar tanto el artículo 8 de la Ley como el artículo 10 del Reglamento, eliminando como causales de contratación directa aquellas que requieren cotizaciones previas, dejando sometidas dichas situaciones simplemente a la regla general de la licitación pública, con las siguientes salvedades:

- Permitir la contratación directa, sin cotizaciones previas, en el caso en que tanto una licitación pública como una privada se hayan declarado desiertas.
- Permitir la contratación directa, sin cotizaciones previas, en los casos señalados en las actuales letras b) -contratos terminados anticipadamente- y e) –prestación de servicios por personas jurídicas extranjeras en el extranjero- del artículo 8 de la Ley, cuando la celeridad con que se requiera realizar la contratación no haga recomendable esperar a la adjudicación de un procedimiento concursal para contar con los bienes y servicios requeridos.<sup>102</sup>

Si bien es cierto que al someter las causales de circunstancias de contratación directas eliminadas a la licitación pública, con sus exigencias de contar con bases “aprobadas por la autoridad competente”, se podría hacer más engorroso el procedimiento de contratación para tales situaciones, estimamos que la manera correcta de hacer aplicación del principio de la eficiencia no es confundir el concepto de licitación con el de trato directo creando un

---

<sup>102</sup> También es posible considerar que ni siquiera es necesario dejar a salvo esta causal como una justificación de trato directo independiente de las letras c), f) y g) del artículo 8 de la Ley, en razón de las amplias circunstancias que estas pueden abarcar.

mecanismo híbrido y confuso, sino simplificar los procedimientos de elaboración de las bases.<sup>103</sup>

## **SECCIÓN TERCERA: ESTUDIO PARTICULAR DE LAS CAUSAS DE CONTRATACIÓN DIRECTA**

Habiendo visto como llegaron a formularse las causales de trato directo establecidas por el legislador, su enumeración y el problema de la solicitud de cotizaciones previas, ahora corresponde referirnos en forma particular a cada una de ellas.

### **1.- Licitación previa sin interesados.**

“**Artículo 8.** Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

- a) Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados. En tal situación procederá primero la licitación o propuesta privada y, en caso de no encontrar nuevamente interesados, será procedente el trato o contratación directa.

Las bases que se fijaron para la licitación pública deberán ser las mismas que se utilicen para contratar directamente o adjudicar en licitación privada. Si las bases son modificadas, deberá procederse nuevamente como dispone la regla general;”

---

<sup>103</sup> Sobre este punto, llama la atención que al examinar algunos procesos de licitación pública en el portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), las bases “aprobadas por la autoridad competente” son muchas veces extensos documentos que no hacen sino repetir, de forma más compleja, el contenido digitado en forma electrónica en el portal.

Esta justificación de procedencia del trato directo es una de las más conocidas en el derecho administrativo, y consiste en que, en caso de que una licitación pública sea declarada desierta, es posible recurrir a la licitación privada, y luego al trato directo si la propuesta privada sufre la misma suerte.

Cabe tener presente que en la Ley 19.886, una licitación pública declarada desierta sólo permite acudir a la propuesta privada, y en último termino al trato directo, si la causa de dicha declaración ha sido la ausencia de interesados. Si la licitación se declaró desierta debido a otros motivos, como la falta de conveniencia económica o técnica de las ofertas presentadas, no es posible, según la redacción de la letra a) del artículo 8 de la Ley 19.886, acudir a la contratación directa, pues dicho precepto solo hace referencia a la falta de interesados.<sup>104</sup>

En cuanto a las condiciones en que ha de llevarse a cabo la contratación, las bases que se fijaron para la licitación pública deberán ser las mismas que se utilicen para la licitación privada o contratar directamente, pues de lo contrario se vulnerarían los principios de libre concurrencia e igualdad ante las bases, en atención a que se privilegiaría a los invitados en la licitación privada o al cocontratante con el que se celebre el trato directo, en desmedro de la comunidad de oferentes que no se presentó al llamado público debido a las antiguas características de las bases que las hacían menos atractivas.

Ahora, si las bases no han de cambiar, nos llama la atención qué utilidad podría tener la licitación privada, pues si las condiciones de contratación establecidas para la licitación pública no fueron atractivas para la totalidad de los proveedores inscritos en el respectivo rubro en el Sistema de Información, ¿por qué habrían de serlo para un pequeño grupo de oferentes invitados a la licitación privada? La única ventaja que puede apreciarse, es que al ser menos los oferentes invitados, cada uno de estos puede saber de antemano que no es todo el mercado con quién se compite, sino con un grupo reducido, lo que aumenta sus posibilidades de obtener el contrato.

---

<sup>104</sup> Si bien en la práctica los servicios públicos no hacen dicha distinción, estimando que fue una simple omisión del legislador, se debe tener presente que estamos frente a normas de derecho público, las que deben ser interpretadas en forma restrictiva.

En cuanto al mecanismo que se sigue para llevar a cabo la contratación directa luego de la licitación privada desierta, como ya hemos visto, según lo establecido en el inciso final del artículo 8 de la Ley, consiste en la solicitud de cotizaciones a través del portal “a todos los proveedores”, y sólo “excepcionalmente se podrá invitar a un mínimo de tres proveedores del rubro”<sup>105</sup>, no siendo posible contratar directamente a un particular para la provisión de los bienes y servicios requeridos, lo que a nuestro parecer nos conduce al absurdo, pues de esta forma no se aprecia ninguna diferencia ni ventaja entre el trato directo y la licitación privada. Incluso, en estricto rigor, no existe trato directo, pues las bases no pueden cambiar, y a éstas han de sujetarse los proveedores que presenten cotizaciones.

## **2.- Realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente.**

“**Artículo 8.** Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

- b) Si se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales y cuyo remanente no supere las 1.000 unidades tributarias mensuales;”

La descripción que hace la Ley es bastante diáfana respecto de la causal en comento, consistiendo en la necesidad de contar con los servicios o bienes que un proveedor anterior no alcanzó a proporcionar a la Administración debido a que su contrato fue resuelto o terminado anticipadamente ya sea por su incumplimiento o por alguna razón no imputable a su culpa.

En principio, la única limitación que impone la Ley para contratar en forma directa radica en que el valor del negocio no debe ser superior a 1.000 UTM mensuales. Sin embargo, en esta causal

---

<sup>105</sup> DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA. Manual de Usuarios Compradores. Santiago, Dirección de Compras y Contratación Pública, 2007. Página 123.

también son exigibles las “tres cotizaciones previas”, las que, como ya hemos visto, se solicitan a través del portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl) mediante la publicación de términos de referencia, plazos para recibir ofertas, resoluciones de adjudicación, etc., lo que en la práctica determina que realmente no tenemos una contratación directa, sino una licitación pública en que en vez de bases, hay “términos de referencia”, documentos que en los hechos cumplen las mismas funciones.

### **3.- Casos de emergencia, urgencia o imprevisto.**

“**Artículo 8.** Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

- c) En casos de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofes contenidas en la legislación pertinente.

Sin perjuicio de la validez o invalidez del contrato, el jefe superior del servicio que haya calificado indebidamente una situación como de emergencia, urgencia o imprevisto, será sancionado con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada. Esta multa será compatible con las demás sanciones administrativas que, de acuerdo a la legislación vigente, pudiera corresponderle, y su cumplimiento se efectuará de conformidad a lo dispuesto en el artículo 35 del decreto ley N° 1.263, de 1975;”

Una licitación pública o privada, como ya hemos visto, implica una serie de etapas previamente definidas en la ley, las cuales deben cumplirse irremisiblemente. Como el cumplimiento de tales etapas es una cuestión que involucra tiempo y plazos, cuando la Administración se encuentra ante situaciones que ineludiblemente demandan una solución inmediata, no puede llevar a cabo un procedimiento licitatorio, pues mientras se espera a la adjudicación de éste se generarán

graves perjuicios ya sea a los intereses fiscales o de la comunidad. Piénsese en el caso de un incendio que ha destruido importantes equipos médicos de un hospital público, como el esterilizador de instrumentos, el desfibrilador, etc. Si el hospital, ante tal situación decidiera licitar la adquisición de nuevos aparatos, en el intertanto se verían paralizadas gran parte de sus labores, e incluso algunas personas podrían morir al no recibir la asistencia médica adecuada. Por lo anterior atentaría contra el interés público, esto es, la continuidad y permanencia del servicio público, esperar a la adjudicación de una licitación, siendo preciso recurrir al mecanismo de la contratación directa para adquirir los bienes de forma inmediata.

Cabe hacer presente que esta causal de negociación directa no ha hecho aparición en la contratación administrativa con la dictación de la Ley 19.886, pues si bien antes no estaba taxativamente establecida, se entendía subsumida en la “naturaleza de la negociación” contemplada en el inciso tercero del artículo 9 de la LOCBGAE, según puede apreciarse en numerosos dictámenes de la Contraloría. Así por ejemplo, podemos citar el dictamen N° 45278, de 2000, que señaló que “la naturaleza de la negociación determina la correspondencia del trato directo en aquellas situaciones en que las circunstancias o características del contrato que se trata de celebrar hacen del todo necesario suscribirlo en forma directa -como el caso en que intempestivamente surge una necesidad que debe ser satisfecha con la mayor urgencia.”<sup>106</sup>

Es importante tener presente que, como lo dispone la Ley, y reitera el Reglamento en su artículo 10 N° 3, para proceder a la contratación directa en este caso es necesario que la situación que la configura sea calificada como urgencia, emergencia o imprevisto por el jefe superior de servicio de cada organismo público. Entendemos que esta obligación de calificación por parte de la autoridad referida apunta a evitar que en la práctica se abuse de la contratación por emergencia para soslayar una improvisada y deficiente planificación de las contrataciones por parte de un organismo público, no siendo aceptable que, por ejemplo, contrate vía trato directo por esta causal la recarga y mantención de los extintores existentes en sus oficinas, o la adquisición de

---

<sup>106</sup> Otro ejemplo lo podemos encontrar en el Dictamen N° 34.434 de 2000, donde se validó la adquisición directa de equipos médicos para el Hospital Clínico de la Universidad de Chile en razón de la urgencia, luego que se adjudicó la respectiva licitación no pudo cumplir con su propuesta.

licencias para uso de software en sus computadores, pues esta clase de acciones pueden planificarse fácilmente mediante los controles rutinarios de rigor.

Para hacer más efectiva la prevención del mal uso de esta causal de contratación, el legislador ha establecido una multa en caso de que el jefe superior de servicio haya calificado una situación como emergencia, urgencia o imprevisto que realmente no lo es ante el examen del organismo fiscalizador, que en este caso es la Contraloría. Dicha multa puede llegar a 50 UTM, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada, es compatible con las demás sanciones administrativas que procedan en caso que se hayan violado otras normas o principios (como la censura, suspensión del cargo o la destitución), y su cumplimiento se hará efectivo de acuerdo a lo previsto en el artículo 35 del Decreto Ley 1.263 de 1975, que establece normas sobre administración financiera del Estado. Este artículo señala que “el Servicio de Tesorerías tendrá a su cargo la cobranza judicial o administrativa con sus respectivos reajustes, intereses y sanciones de los impuestos, patentes, multas y créditos del Sector Público, salvo aquellos que constituyan ingresos propios de los respectivos Servicios ....para tal efecto, aplicará, cualquiera que sea la naturaleza del crédito, los procedimientos administrativos y judiciales establecidos por el Código Tributario para el cobro de los impuestos morosos.”

Sobre la sanción en comento, dudamos de la efectividad que realmente pueda tener para evitar un abuso de la contratación directa, pues hay situaciones que en vez de ser calificadas como emergencia, bien podrían calificarse dentro de otras causales de contratación directa. En este aspecto, más adelante veremos que existe en la letra f) del N° 7 del Artículo 10 del Reglamento, una causal de contratación directa que es prácticamente ilimitada.

En cuanto a la forma de operación que tiene esta justificación de trato directo en el Sistema de Información, por estar excluida en la Ley de la obligación de contar con “tres cotizaciones previas”, podemos decir que estamos en presencia de una verdadera causal de contratación directa, pues basta simplemente con que se emita una orden de compra al particular a quien se adquirirán los bienes o servicios que se necesitan en forma urgente. Sin embargo, podemos ver también que en el encabezado de la letra c) del artículo 8 de la Ley se exige que para proceder a la contratación por urgencia exista una calificación como tal por el jefe superior de servicio, la que se efectúa mediante resolución fundada. Si esta calificación constituye un requisito para la

configuración de la causal de trato directo, fácilmente puede deducirse que debe ser previa a la materialización de la contratación, con lo que nos encontramos en una situación compleja, ya que si se trata de una emergencia ¿cómo habrá de esperarse a que la autoridad dicte el acto administrativo en cuestión para solucionar una emergencia?.

Imaginémonos el caso de una grave rotura en el alcantarillado interior de las instalaciones de un ministerio, donde la responsabilidad de repararlo es de éste y no de la empresa de servicios sanitarios proveedora de la red de alcantarillado externa. En tal situación, es necesario solucionar de inmediato el problema, debido al grave riesgo y molestia que involucra para la salud de los funcionarios, pero la ley exige previamente una resolución fundada del jefe superior de servicio que califique a la emergencia como tal, y en caso de una incorrecta calificación, dicha autoridad puede ser multada. Con esto tenemos que el acto administrativo referido deberá ser cuidadosamente elaborado, y luego sometido a un proceso de control de legalidad antes de su firma, numeración y distribución, debiendo de esta manera, pasar por diversas instancias administrativas antes de su total tramitación, mientras el alcantarillado sigue sin repararse. Es por esto que la causal de trato directo que analizamos ha tenido diversas dificultades para aplicarse en la práctica, pues es inevitable contratar a un particular antes de la tramitación de la resolución. Normalmente los organismos públicos solicitan los trabajos y después dictan el acto administrativo aprobando la contratación ya efectuada, lo que es una solución útil, sobre todo cuando es necesario tener a la vista que en dicho acto administrativo deben especificarse los bienes y servicios contratados y su costo, datos que en casos de emergencia solo estarán determinados con exactitud una vez prestados los servicios que la solucionan.

### **3.1.- Jurisprudencia**

Sobre el uso de esta causal, la Contraloría ha discriminado entre los hechos que constituyen una urgencia, emergencia e imprevisto en si mismos, y las acciones u omisiones que les dieron origen. En tal sentido, ha objetado situaciones en que se ha invocado la causal en comentario como consecuencia de una negligente planificación administrativa. Un ejemplo lo encontramos a propósito de un caso en que el Ministerio de Planificación necesitaba prorrogar un importante contrato que estaba llegando a su término sin que hubiera sido licitado nuevamente. Ante ello el ente fiscalizador señaló que “no es posible entender que la

causal invocada en la especie se encuentre fundamentada en la ocurrencia de un "imprevisto", ya que la duración del convenio aprobado por el aludido decreto exento N° 044, de 2002, era un hecho conocido por ese Ministerio, toda vez que la cláusula quinta de ese contrato disponía que su vigencia se extendería por 48 meses a contar de la fecha consignada en el certificado de recepción final del sistema BIP..... Sin embargo, esta Contraloría General entiende que la contratación en análisis tendría su fundamento en la urgencia de mantener en funcionamiento el Sistema Banco Integrado de Proyectos - BIP, desde el término efectivo del contrato anterior, lo cual, por cierto, es sin perjuicio de la determinación de eventuales responsabilidades administrativas por no adoptarse las medidas conducentes a realizar un proceso licitatorio con la antelación necesaria".<sup>107</sup>

#### **4.- Proveedor único del bien o servicio.**

“**Artículo 8.** Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

d) Si sólo existe un proveedor del bien o servicio;”

Estando acreditado que solo existe una sola persona o empresa que puede entregar el bien o servicio que un organismo público requiere, no tiene sentido llevar adelante un proceso de licitación pública si se conoce de antemano que sólo una persona podrá presentar su propuesta, o que si esta no se presenta, el proceso será declarado desierto.

El caso de proveedor único desde el punto de vista académico es simple, pues no requiere mayor explicación. En nuestra opinión, en la práctica es posible encontrar proveedores absolutamente únicos y relativamente únicos.

---

<sup>107</sup> Dictamen N°52.018 de 2007.

Absolutamente únicos son aquellos proveedores que en el mercado son los únicos que venden o proporcionan el bien o servicio requerido, ya sea en razón de la identidad de este bien, o por carecer de competidores en una zona geográfica determinada, o dicho de otra manera, existe un monopolio a nivel nacional o regional. El primer caso, afortunadamente, es cada vez más difícil de encontrar en un mercado con las dimensiones del nuestro, y un ejemplo lo pueden constituir algunos programas computacionales específicos desarrollados para alguna función especial por alguna empresa, sin que otra entidad haya sido capaz de elaborar un software similar. En el segundo caso, su ocurrencia es más común, sobre todo tratándose de zonas aisladas, pues aun hay muchas regiones donde sólo el Estado tiene presencia, y siendo difícil encontrar particulares en condiciones de hacer llegar bienes como alimentos, combustibles, etc.

En cuanto a los proveedores relativamente únicos, tenemos al comerciante que distribuye un bien de consumo corriente, pero agregándole una característica particular que lo hace único en el mercado. Solo si es esta característica la que ha motivado a la Administración a contratar con él, será un proveedor único. Un ejemplo de esto sería el caso de la adquisición de un computador portátil que identifique a sus usuarios autorizados por medio de la lectura del iris de sus ojos, pues si bien existen muchas empresas que proporcionan computadores portátiles, sólo una vende un modelo con la característica señalada, y si es esta particularidad la que ha motivado a la Administración a contratar, es preciso hacerlo en forma directa de acuerdo a la disposición estudiada.

Finalmente, debemos señalar que la existencia de un único proveedor ya era considerada antes de la dictación de la Ley 19.886 como una causal de contratación directa, aunque no como una categoría independiente, sino una hipótesis de “naturaleza de la negociación” de acuerdo al trabajo interpretativo de la Contraloría General de la República, la que en su momento expresó que “la naturaleza de la negociación determina la correspondencia del trato directo en aquellas situaciones en que las circunstancias o características del contrato que se trata de celebrar hacen innecesario llevar a cabo un proceso de propuesta -como el caso en que se debe adquirir un producto y sólo existe un único proveedor del mismo”<sup>108</sup>. El Ejecutivo, al momento al momento de redactar el proyecto de la ley sobre contratos administrativos y de prestación de servicios,

---

<sup>108</sup> Dictamen N°45.278 de 2000.

recogió dicho trabajo administrativo elevando la situación de proveedor único a una categoría independiente a la naturaleza de la negociación como causal de trato directo.

**5.- Convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional.**

“**Artículo 8.** Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

- e) Si se tratara de convenios de prestación de servicios a celebrar con personas jurídicas extranjeras que deban ejecutarse fuera del territorio nacional;”

Un ejemplo de este tipo de contratación podríamos verlo, por ejemplo, en un estudio sobre el modelo educativo japonés que encargue el Ministerio de Educación a una entidad de dicho país.

Analizando la disposición citada, podemos encontrar que, para que se configure esta causal de trato directo, es necesario que se presenten los siguientes elementos:

- El contrato debe tener por finalidad la prestación de servicios. En este sentido, han de descartarse las adquisiciones de bienes, ya sea efectuadas por un servicio público a una empresa extranjera, o por una misión diplomática en el exterior.
- La contraparte de la Administración debe ser una persona jurídica. En esta causal, se excluyen las personas naturales.
- Dicha persona jurídica debe ser extranjera.
- Los servicios han de prestarse fuera del territorio nacional. La contratación de una persona jurídica extranjera para prestar servicios dentro de Chile, ha de efectuarse previa licitación pública, salvo que concurra otra causal de contratación directa.

Por último, cabe mencionar que este es otro de los casos en que no estamos frente a una contratación directa propiamente tal, pues de acuerdo al inciso final del artículo 8 de la Ley

19.886, se requiere contar con cotizaciones previas para proceder a la contratación, las que como vimos, se solicitan mediante un procedimiento concursal a través del Sistema.

**6.- Servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional.**

“**Artículo 8.** Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

- f) Si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo;”

El principio de la publicidad de los actos de la Administración se encuentra consagrado en el artículo 8° de nuestra Constitución Política de República, la que dispone que sean públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.<sup>109</sup> Entre estos actos y resoluciones se encuentra la celebración de contratos por parte de la Administración y su aprobación, así como los procedimientos previos que se siguieron para ello. Como ya hemos visto, uno de los principios inspiradores de la Ley 19.886 y el sistema de contratación por ella instaurado, ha sido la publicidad y transparencia de los actos de la Administración, poniendo al alcance de la sociedad, a través del Sistema de Información, los datos esenciales relativos a los actos y contratos de los órganos del Estado regidos por dicha ley.

Sin embargo, la publicidad de los actos de la Administración no es un principio absoluto, y tiene excepciones que deben respetarse y cumplirse en función de otros valores que también deben ser protegidos. De esta manera, el propio texto de la Constitución ha establecido que, a través de una

---

<sup>109</sup> El actual artículo 8 de la Constitución, que pasó a referirse a la publicidad de los actos de la administración desde la reforma constitucional de 2005, ha sido criticado por Luis Cordero Vega en cuanto a su real necesidad, en el sentido que es discutible si realmente era menester proceder a una reforma constitucional para establecer tal publicidad (CORDERO Vega, Luis. Efectos de la Reforma Constitucional en materia de Acceso a la Información Pública. Revista de Derecho Público 69 (2). Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007).

ley de quórum calificado, se podrá establecer la reserva o secreto de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, cuando la publicidad afectare:

- a) el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos;
- b) los derechos de las personas;
- c) la seguridad de la Nación; o
- d) el interés nacional.

Por su parte, el artículo 13 de la LOCBGAE, ha establecido que frente al requerimiento de un particular para que se le haga entrega de documentación relativa a un determinado acto administrativo, el jefe superior de servicio sólo podrá negarse a la solicitud por alguna de las siguientes causales:

- i. La reserva o secreto establecido en disposiciones legales o reglamentarias; El que la publicidad impida o entorpezca el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido;
- ii. La oposición deducida en tiempo y forma por los terceros a quienes se refiere o afecta la información contenida en los documentos requeridos;
- iii. El que la divulgación o entrega de los documentos o antecedentes requeridos afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación fundada efectuada por el jefe superior del órgano requerido;
- iv. Que la publicidad afecte la seguridad nacional o el interés nacional.

Las normas mencionadas reciben aplicación en el ámbito de los contratos regulados por la ley 19.886 de la siguiente manera:

- La publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado, se manifiesta en la obligación de los organismos públicos regidos por la Ley 19.886 de 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 el Sistema de Información. Tal obligación, contenida en el artículo 18 de la Ley, es enfatizada por el artículo 54 de su reglamento, que dispone que “las entidades deberán desarrollar **todos** sus Procesos de Compras utilizando solamente el Sistema de Información de la Dirección, incluyendo **todos** los actos, documentos y resoluciones relacionados directa o indirectamente con los Procesos de Compras”. Dicho Sistema, como ya hemos señalado, es de público acceso, y hoy en día se plasma en el portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl).

- El artículo 61 del Reglamento, señala que la obligación referida tiene como excepción la información sobre adquisiciones y contrataciones calificadas como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley. Esta excepción que hace el artículo 61, reiterada por el artículo 62 N° 5, es absoluta, y no debe confundirse con la simple facultad de cerrar un negocio sin haberse recibido cotizaciones a través del Sistema de Información que contempla el artículo 53, pues mientras en este caso posteriormente debe informarse a través del portal la realización de la operación, tratándose de una contratación confidencial, los órganos de la Administración pueden mantener en secreto la concreción del negocio antes, durante, y después de su realización, según lo dispuesto en el artículo 50.

Cabe recordar que, no obstante la concurrencia de una causal de trato directo, un organismo del Estado bien puede voluntariamente efectuar un proceso de licitación pública. Sin embargo, este voluntario sometimiento a la obligación de licitar puede estar limitado tratándose de adquisiciones y contrataciones calificadas con carácter secreto, reservado o confidencial, pues en este caso la publicación de la información implicaría una grave violación a las obligaciones del respectivo funcionario.

## **7.- Naturaleza de la Negociación.**

“**Artículo 8.** Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan:

- g) Cuando por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al Trato o Contratación Directa, de acuerdo a los casos y criterios que se señalan a continuación.....”

### **7.1 Historia de la causal.**

Para analizar esta causal de contratación por trato directo, debemos hacer antes una explicación de su inclusión como una causal más, teniendo en cuenta que la naturaleza de la negociación es la causal general de contratación directa según el artículo 9 inciso final de la LOCBGAE y el artículo 7 letra c) de la Ley 19.886.

Como ya hemos visto, antes de que la Ley 19.886 reglamentara en forma precisa los casos en que a la Administración le estaría permitido acudir al trato directo en materia de suministro y prestación de servicios, según el artículo 9 de la LOCBAGE, este mecanismo de contratación sólo era procedente en la medida en que “por la naturaleza de la negociación” correspondiera acudir a él. De esta manera, existía una causal de trato directo que por un lado era única y exclusiva, y por otro constituía un concepto amplio e indeterminado que abarcaba una gran cantidad de casos.

Una de las grandes labores de la Ley 19.886 respecto al trato directo fue, según el mensaje enviado por el ejecutivo, establecer que este mecanismo solo podría utilizarse “únicamente en los casos que taxativamente se indican y que provienen, básicamente, de los que reconoce la normativa actualmente vigente”<sup>110</sup>. Esta normativa actualmente vigente a la que hizo referencia el mensaje estaba constituida principalmente por el inciso artículo 9 de

---

<sup>110</sup> Mensaje N° 9-341, de S. E. el Presidente de la República (boletín N° 2429-05), página 15.

la LOCBGAE, que establecía el concepto de “naturaleza de la negociación”, por el artículo 86 del DFL del Obras Públicas N° 850 de 1997, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica de dicha cartera así como de la Ley de Caminos, por el artículo 8 de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, y por diversos dictámenes de la Contraloría General de la República que en materia de contratos de suministro y de prestación de servicios determinaban que casos constituían “naturaleza de la negociación”.

En el texto del proyecto de ley del mensaje, en el primitivo artículo 15 se establecieron los diversos casos que habrían de justificar la contratación directa, sin hacer referencia alguna a la “naturaleza de la negociación”, seguramente porque tal concepto ya estaba contemplado en la LOCBGAE, y la finalidad de una Ley de Bases sobre Contratos Administrativos y de Servicios sería precisar tal concepto debido a su amplitud e indeterminación. Sin embargo, en el primer informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, por el cual se entregó una nueva versión modificada del proyecto de ley, se incluyó nuevamente la frase en comento, expresando que el trato directo procedería, aparte de las causales que la misma ley definía, en aquellos casos en que correspondiera acudir “por la naturaleza de la negociación”. De esta manera, se entendió que el concepto de naturaleza de la negociación como justificación del trato directo, no se agotaba en los casos contemplados en el proyecto (licitación privada desierta, urgencias, contratos terminados anticipadamente, proveedor único, confidencialidad, servicios a ejecutarse por personas extranjeras fuera del territorio nacional, monto inferior al señalado en reglamento), sin que podrían aparecer otras circunstancias no contempladas por el legislador que también lo justificarán.

Posteriormente, y luego de una historia legislativa que no es necesario exponer en detalle, se terminó consagrando a la naturaleza de la negociación como una causal de contratación independiente en la letra g) del artículo 8. Esta inclusión se debió a la solicitud de los representantes del Ejecutivo en el Senado, quienes sostuvieron la necesidad de contar con una “cláusula de salida”, ya que la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado prohíbe eludir la propuesta pública injustificadamente, por lo que en dicha cámara se estableció a la naturaleza de la negociación como un mecanismo de escape, restringiéndola

a la existencia circunstancias o características del contrato que hicieran del todo indispensable recurrir al trato directo, según los criterios o casos que señalaría el reglamento de la Ley<sup>111</sup>.

El reglamento aludido fue dictado el año 2004, y establece una serie de casos que veremos a continuación. Sin embargo, lo que debemos rescatar a propósito de la inclusión de la “naturaleza de la negociación” como causal independiente de las demás establecidas en la Ley, es que implica un reconocimiento por parte del legislador de la imposibilidad de abarcar a través de una ley todos y cada uno de los casos en que la Administración puede contratar directamente, por lo se necesita una “cláusula de salida” para los casos no previstos en la norma, de tal manera de no ponerle a la Administración una especie de camisa de fuerza que la obligue a llamar a licitación pública en casos en que no es conveniente hacerlo. Debemos señalar que, si bien de acuerdo al mandato legal el Reglamento ha precisado los casos que constituyen “naturaleza de la negociación”, sigue existiendo la flexibilidad necesaria para permitir la contratación directa en casos no previstos expresamente para ello.

## **7.2 La Naturaleza de la Negociación según el Reglamento de la Ley 19.886.**

El Reglamento de la Ley 19.886 se publicó en el Diario Oficial el 24 de septiembre de 2004 mediante el Decreto Supremo N° 250 del Ministerio de Hacienda, y entre otros aspectos, vino a regular y permitir la aplicación de la causal de trato directo establecida en la letra g) del artículo 8 de la Ley, señalando que tal forma de contratación procedería “cuando por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al Trato o Contratación Directa, de acuerdo a los casos y criterios que se señalan a continuación”. Tales casos son los siguientes:

---

<sup>111</sup> Segundo Informe de la Comisión de Hacienda, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, página 23.

**a) Prórroga de un contrato o servicios conexos.**

“a) Si se requiere contratar la prórroga de un Contrato de Suministro o Servicios, o contratar servicios conexos, respecto de un contrato suscrito con anterioridad, por considerarse indispensable para las necesidades de la Entidad y sólo por el tiempo en que se procede a un nuevo Proceso de Compras, siempre que el monto de dicha prórroga no supere las 1.000 UTM.”

Para que pueda aplicarse esta causal, es preciso que estemos en presencia de a) la prórroga de un contrato, o de b) la contratación de servicios conexos de un contrato suscrito con anterioridad. Ambas situaciones se diferencian en que mientras la prórroga no significa más que la prolongación en el tiempo de un contrato anterior que esta terminando, con iguales derechos y obligaciones, la contratación de servicios conexos se refiere a la prestación de servicios distintos a los ya establecidos en un contrato que puede o estar vigente o haberse extinguido.<sup>112</sup>

En cuanto a los requisitos de causal, se requiere que la prórroga o servicios conexos:

- Sea indispensable para las necesidades del organismo público.
- Dure sólo el tiempo necesario mientras se realiza una nueva licitación pública.
- No impliquen un gasto mayor a 1.000 UTM. Sobre este requisito, debemos señalar que si bien el texto solo habla del límite de 1.000 UTM para la prórroga, aplicando los elementos de interpretación lógico y sistemático, es dable concluir que también se aplica a la contratación de servicios conexos.

---

<sup>112</sup> Es pertinente hacer presente que, en la terminología de la Ley 19.886 y su Reglamento, no debe confundirse la prórroga de un contrato con la renovación del mismo. Mientras la prórroga se refiere a un nuevo acuerdo para mantener vigente un contrato ya terminado, la renovación se refiere a la existencia de cláusulas en el contrato mismo, que permiten que una vez que haya terminado un periodo de vigencia, comience a correr otro periodo, ya sea en forma automática o bajo alguna condición determinada. La inclusión de cláusulas de renovación automática esta limitada en los contratos cuyo monto supere las 1.000 UTM, exigiéndose en estos que su inclusión haya sido contemplada en las bases y que obedezcan a motivos fundados.

En nuestra opinión, el segundo requisito hace que sea objetable tratar en una misma tanto la prórroga de un contrato como la contratación de servicios conexos, pues si bien para el primer caso se justifica la exigencia de una nueva licitación, no ocurre lo mismo con la segunda. Por lo anterior, estimamos que una modificación útil que puede efectuarse en el reglamento sería separar las dos circunstancias descritas en dos letras distintas.

**b) Gastos de representación.**

“b) Cuando la contratación se financie con gastos de representación en conformidad a las instrucciones presupuestarias correspondientes.”

Para los servicios públicos centralizados, las “instrucciones presupuestarias correspondientes” están materializadas en el Clasificador Presupuestario contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda N° 854 de 2004, de acuerdo a cuyo Subtítulo 22, Ítem 12, Asignación 003, “gastos de representación” son aquellos efectuados por concepto de inauguraciones, aniversarios, presentes, atención a autoridades, delegaciones, huéspedes ilustres y otros análogos, en representación del organismo público respectivo.

La razón de considerar la utilización de gastos de representación como causal de contratación directa, a nuestro juicio se justifica en la flexibilidad con la que requieren ser manejados estos recursos, a fin de poder dar respuestas a necesidades que muchas veces surgen de manera espontánea, como por ejemplo los presentes que suelen efectuarse a las autoridades o visitas ilustres. Además, no debe olvidarse que la utilización de los gastos de representación es una facultad que les asiste por regla general a todos los jefes de servicio y autoridades superiores de la Administración Pública, destinadas a facilitar el cumplimiento de sus funciones, en las cuales muchas veces les corresponde organizar y/o participar en ceremonias protocolares con otras autoridades o eminencias públicas o privadas; si cada vez que necesitaran agasajar a un huésped, invitar una cena u organizar una ceremonia tuvieran que adquirir los bienes necesarios a través de una licitación pública, sus labores se entramparían enormemente.

Sin embargo, pese a la flexibilidad señalada, es preciso que la contratación directa en la utilización de gastos de representación se ajuste tanto a la forma como al fondo del ordenamiento jurídico, pues de lo contrario el funcionario respectivo puede ser objeto de diversas sanciones, las que incluso pueden llegar a la destitución según lo declarado por la Contraloría en dictamen N° 49.465, de 2000, a través del cual rechazó la aplicación de la sanción de multa a una autoridad regional de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, indicando que debido a la gravedad de la falta (uso de gastos de representación sin observancia de la Ley 19.886, de su Reglamento, y de las instrucciones internas sobre la materia), la sanción que correspondía aplicar era la destitución.

Se ajustará al fondo de la legislación, cuando efectivamente estemos en presencia de un gasto de representación, para lo cual hay que atender a las instrucciones presupuestarias correspondientes a cada institución, ya sea centralizada o descentralizada.<sup>113</sup>

En cuanto a la forma, la contratación directa en comento se ajustará a derecho en la medida en que, concurriendo los requisitos de fondo, se cumplan también los trámites formales que establece la ley para proceder a la contratación. En el caso de los gastos de representación, si bien por disposición de la letra c) del artículo 53 del Reglamento este tipo de contratación está exceptuado de informarse en el Sistema incluso *a posteriori*, se

---

<sup>113</sup> En los servicios centralizados, ocurre sólo en los siguientes casos establecidos en el Subtítulo 22, Ítem 12, Asignación 003, del Clasificador Presupuestario establecido por Decreto Supremo N° 854 de 2004:

- a) Gastos por manifestaciones, inauguraciones, ágapes y fiestas de aniversario, incluidos los presentes recordatorios que se otorguen en la oportunidad, cuando dichas celebraciones guarden relación con las funciones del organismo respectivo y asistan autoridades superiores del Gobierno o del Ministerio correspondiente;
- b) Gastos por causas netamente institucionales y excepcionales, que deban responder a una necesidad de exteriorización de la presencia del respectivo organismo; y
- c) 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.

Sin la concurrencia de tales requisitos, la causal de trato directo no esta configurada, siendo ilegal para la autoridad administrativa recurrir a tal forma de contratación.

debe contar previamente con las autorizaciones presupuestarias correspondientes, según el mandato del artículo 3 del mismo cuerpo normativo, y dictarse una resolución que acredite la utilización de dichos gastos, especifique los bienes o servicios adquiridos, e individualice al proveedor con quién se contrata. A todo esto, debemos agregar a la vez la obligación de cumplir las normas contables que rigen a la Administración en la utilización de sus recursos y los respaldos documentales que deben existir para fines de control.

**c) Seguridad e integridad personal de las autoridades.**

“c) Cuando pueda afectarse la seguridad e integridad personal de las autoridades siendo necesario contratar directamente con un proveedor probado que asegure discreción y confianza.”

Debemos recordar que el principio de publicidad que la licitación pública resguarda no es un principio absoluto, que debe ceder en algunas ocasiones ante imperativos mayores, entre los cuales se encuentra la seguridad de los funcionarios de la Administración, en particular de sus autoridades. Si bien cuesta imaginar algún caso para esta causal, podemos plantear como ejemplo la contratación de un servicio de guarda espaldas.

**d) Consultorías prestadas en consideración a facultades del prestador.**

“d) Si se requiere contratar consultorías cuyas materias se encomiendan en consideración especial de las facultades del proveedor que otorgará el servicio por lo cual no pueden ser sometidas a un Proceso de Compras público.”

De acuerdo al profesor Hugo Caldera, el contrato de consultoría “es aquel en virtud del cual un particular arrienda sus servicios profesionales o técnicos a la Administración a cambio de un honorario a favor del particular”<sup>114</sup>. Por su parte, la memorista de la Universidad de Chile María Angélica Velarde, señala que el contrato en comento tiene por objeto la prestación de un servicio profesional que apunta más específicamente al

---

<sup>114</sup> CALDERA DELGADO HUGO. Manual de Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979. página 220.

aspecto intelectual para la concreción de asesorías, estudios o proyectos, que a la pura prestación del trabajo de un profesional<sup>115</sup>.

De esta forma, encontramos que en aquellos casos en que la Administración requiera contratar la prestación de un servicio eminentemente intelectual, destinado al diseño de un proyecto o la ejecución de un estudio, podrá acudir al trato directo, si atendiendo a la propia naturaleza de los proyectos ha ejecutar, se requiere contratar solo con ciertos proveedores en consideración especial a sus facultades.

En cuanto a las facultades que son consideradas, entendemos que el Reglamento se refiere a alguna condición, experiencia o capacitación especial del contratante, que le diferencia de sus competidores naturales en el mercado, convirtiéndole en una especie de proveedor único.

Un aspecto importante que debemos hacer notar, es que son precisamente los contratos de consultorías y/o asesorías los que en los últimos años se han visto envuelto en prácticas objetables al interior del Estado. Como el presente trabajo corresponde a una memoria y no a una tesis, no es pertinente pronunciar juicios acerca de la cuestión, sobre todo cuando la justicia ordinaria aun no ha dictado sentencia definitiva en la mayoría de los casos. Lo que nos compete en nuestra obra es recordar que la normativa que examinamos es una normativa joven, y que solo recientemente, a través de trabajos como éste, ha comenzado a analizarse; por otro lado, no se conocen casos de contratos de consultorías celebrados al amparo de la actual legislación cuya transparencia o probidad haya sido puesta en entredicho.

Asimismo, también debemos hacer presente que a la hora de llevar a cabo una contratación de consultorías de acuerdo a la causal de trato directo en análisis, el propio artículo 10 N° 7 letra d) del Reglamento, en su inciso segundo, dispone que “en estos

---

<sup>115</sup> VELARDE VILLELA, María Angélica. Los Contratos Administrativos en la Legislación Chilena: Contrato de Consultoría o Prestación de Servicios Profesionales. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Universidad de Chile Facultad de Derecho, 2001.

casos las Entidades procurarán efectuar cotizaciones privadas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 105 y siguientes del presente Reglamento”.

El uso de la frase “cotizaciones privadas”, no implica que el procedimiento de contratación se lleve a cabo sin publicidad, pues a lo que el Reglamento se refiere, es que sólo podrán participar los consultores que hayan sido especialmente invitados a través del Sistema de Información. La invitación a presentar cotizaciones, al igual que en la causal de licitación privada o trato directo de la letra a) del artículo 8 de la Ley, se realiza públicamente a través del portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), con lo que es posible para la sociedad conocer cada etapa de la contratación, desde que se solicitan las cotizaciones, hasta la adjudicación y suscripción del contrato definitivo, así como también los términos de referencia o bases del proceso, y el monto de las propuestas presentadas. Este conocimiento es el que brinda el resguardo necesario para evitar un mal uso de la contratación directa de consultorías.

Otra virtud que podemos señalar sobre el procedimiento establecido en los artículos 105 y ss. del Reglamento desde el punto de vista del resguardo de los principios de probidad y transparencia, radica en que se exige al organismo público fundar su elección del contratante en determinados factores. En efecto, el artículo 106 dispone que para resolver respecto de las cotizaciones, deberán considerarse, especialmente, los siguientes aspectos:

1. La solvencia económica y la capacidad técnica de los proponentes;
2. El título o títulos de especialización de las personas que tendrán a su cargo la responsabilidad directa de la prestación;
3. La experiencia de los proponentes y, particularmente, la de las personas que tendrán a su cargo la responsabilidad de la prestación;
4. Precio del contrato;
5. Plazo en que se cumplirá la prestación;
6. Relación entre el precio y el plazo;
7. Forma de pago en relación con el avance de los trabajos;
8. Multas u otras sanciones que se ofrezca pactar por los atrasos en que pueda incurrirse y por la falta de cumplimiento del contrato, y

9. Relación que exista entre el precio y los aranceles vigentes de las profesiones respectivas.

**e) Derechos de propiedad intelectual, industrial, u otros.**

“e) Cuando la contratación de que se trate sólo pueda realizarse con los proveedores que sean titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, industrial, licencias, patentes y otros.”

Esta causal, en una breve redacción, consagra a la propiedad intelectual e industrial, como una causal de contratación directa dentro del concepto de “naturaleza de la negociación”.

El derecho de propiedad intelectual ha sido definido como “el conjunto de normas y principios relativos a la protección de las obras del intelecto humano originales, en los campos artístico, científico o literario y que son expresadas por cualquier medio o forma”<sup>116</sup>. De él emanan tanto derechos morales como patrimoniales. Los primeros se refieren a la facultad de mantener inédita una obra, a reconocimiento de su paternidad, al derecho al anonimato, y a su integridad. Los segundos apuntan a la explotación comercial de una obra, y son los que tienen relevancia en nuestro estudio.

En nuestra legislación, la piedra angular de los derechos patrimoniales, también llamados conexos, puede resumirse en que para que una persona que no es la creadora de una obra protegida por el derecho de propiedad pueda disfrutar de sus beneficios, debe contar con la autorización de su creador, según lo indica el artículo 17 de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Como en la práctica es muy difícil que todo el mercado pueda acudir directamente donde el creador de una obra, este suele transferir a terceros sus derechos patrimoniales sobre ella, que consisten en los siguientes:

- Derechos de reproducción.
- Derecho de distribución.

---

<sup>116</sup> JERVIS O., Paula. Apuntes del Curso de Derecho Privado Informático. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Abril, 2005.

- Derecho de modificación.
- Derecho de comunicación al público.

De los derechos citados, el caso más común en materia de contratos de suministro lo encontramos en los contratos de licencias sobre programas computacionales, que no son más que la autorización para su uso otorgada por el creador del software, o del titular del derecho de distribución. De acuerdo al artículo 2 de la Ley, estos contratos son considerados contratos de suministro.

Por su parte, el derecho de propiedad industrial consiste en “el privilegio de usar en forma exclusiva y temporal las creaciones y los signos distintivos de productos, establecimientos y servicios”<sup>117</sup>, o en concepto de nuestra Ley 19.039 de Propiedad Industrial, el privilegio sobre los derechos emanados de las marcas, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos y diseños industriales, los esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen y otros títulos de protección que la ley pueda establecer.

Los derechos protegidos por la propiedad industrial pueden ser transferidos a terceros mediante a lo menos instrumento privado suscrito ante notario según el artículo 14 de la Ley, la que dispone que pueden ser objeto de “toda clase de actos jurídicos”. De esta manera, cuando la Administración necesite contar con algún objeto protegido por una patente de invención, o aplicar algún modelo de utilidad a sus bienes, etc., deberá acudir al dirigirse al titular del derecho, ya sea que se trate de su inventor o a quién se haya transferido o transmitido el derecho.

Habiendo dado una breve explicación de cómo opera el derecho de propiedad intelectual e industrial, es preciso ahora precisar que sólo será necesario recurrir al trato directo en los casos en que, por existir pocos proveedores que sean titulares de los derechos de distribución, licencias o patentes, no sea posible garantizar su participación en un

---

<sup>117</sup> RANGEL MEDINA, David. Derecho de La Propiedad Industrial e Intelectual. 2º Ed. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1992, página 9.

procedimiento licitatorio, siendo aconsejable contratar directamente. Esta es una cuestión de hecho que corresponde a la entidad contratante calificar, estando sometida su decisión al escrutinio de la Contraloría General de la República.

Para finalizar, debemos hacer presente que la redacción del precepto analizado no circunscribe el trato o contratación directa a la presencia de elementos del ámbito de la propiedad intelectual o industrial, pues al terminar con la frase “y otros”, bien pueden considerarse casos en que no hay derechos intelectuales comprometidos, pero sí situaciones jurídicas fácticas que obligan a acudir a proveedores determinados. Planteamos por ejemplo, el caso de la adquisición de un equipo de videoconferencia: una vez adquirido dicho equipo por una repartición pública, ante cualquier desperfecto ésta puede, a su sólo arbitrio, llevar el bien a cualquier taller, pero en caso de hacerlo, perderá la garantía otorgada por el proveedor, quién le exige concurrir a determinados servicios técnicos autorizados. Por lo anterior, es necesario acudir al trato directo con tales servicios autorizados, quienes pueden no ser “proveedores únicos” del servicio de reparación, pero sí los únicos autorizados por el fabricante para intervenir sus productos sin que estos pierdan su garantía.

**f) Magnitud e importancia de la contratación.**

“f) Cuando por la magnitud e importancia que implica la contratación se hace indispensable recurrir a un proveedor determinado en razón de la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de los bienes o servicios requeridos, y siempre que se estime fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza.”

Anteriormente, vimos como se incluyó entre las letras del artículo 8 a la “naturaleza de la negociación” como una causal independiente de contratación directa, con el objeto de que constituyera una cláusula de salida para la Administración en aquellos casos en que necesitara contratar directamente pero ninguna de las demás causales del artículo citado le permitieran hacerlo. La causal de la naturaleza de la negociación como causal de trato directo, según la letra g del artículo 8, habría de limitarse a los casos que el Reglamento

señalaría. Entre dichos casos, encontramos el de la “magnitud e importancia de la negociación”, que es al que nos toca referimos ahora.

La letra f del número 7 del artículo 10 del Reglamento es tal vez el caso de contratación directa más amplio y flexible de todas las excepciones que existen a la licitación pública, siendo el más utilizado por los órganos públicos cuando necesitan (o quieren) contratar en forma directa sin encontrar alguna causal que ampare su situación. De esto dan testimonio innumerables dictámenes de la Contraloría.

La causal en comento constituye, a nuestro juicio, una causal híbrida de contratación directa, que junta a la naturaleza de la negociación con la existencia de un único proveedor.

Examinando detenidamente el texto reglamentario, podemos apreciar que aquí, para que la naturaleza de la negociación justifique el trato directo, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- Magnitud e importancia: La palabra magnitud, según el Diccionario de la Real Academia Española, se refiere al tamaño de un cuerpo, o a la grandeza, excelencia o importancia de algo<sup>118</sup>. De esta forma, aplicando el concepto a nuestra materia, la contratación debe ser relevante, ya sea desde el punto de vista económico, material o social. En este aspecto, es posible que una contratación que no sea relevante en términos económicos, si lo sea en relación al nivel de complejidad de la operación, o al alcance social que puede tener, como el estudio acerca de un virus potencialmente contagioso que surja en la población, etc.

En cuanto a la importa de la contratación, recordando que las palabras “magnitud” e “importancia” no tienen el mismo significado, bien puede sostenerse que no basta con que una contratación tenga grandes dimensiones económicas, materiales o sociales, sino que es necesario además que sea importante desde el punto de vista de las

---

<sup>118</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, (en línea) [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=magnitud](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=magnitud).

consecuencias que tendrá, ya sea para el funcionamiento interno del organismo público, o para el cumplimiento de las misiones que le han sido otorgadas<sup>119</sup>.

- Experiencia que brinda seguridad y confianza: Es necesario que la seguridad y confianza que el proveedor con quien se contrata la ejecución de labores de gran relevancia e importancia para la gestión del organismo público, provenga de la experiencia que posea en el ámbito en que han de efectuarse dichas labores.
  
- Inexistencia de otros proveedores que brinden igual seguridad y confianza: Finalmente, no basta para contratar directamente que estemos en presencia de una contratación de gran magnitud e importancia a celebrarse con un proveedor de respetable experiencia. Es necesario además que no existan otros proveedores capaces de competir con la seguridad y confianza que brinda el contratista referido. Aquí estamos en presencia de una situación parecida a la del proveedor único, señalado en la letra d) del artículo 8 de la Ley. La diferencia consiste en que mientras en el caso del proveedor único no existen más individuos que proporcionen el bien y servicio requerido, en el caso de la letra f del número 7 del artículo 10 del Reglamento sí existen otros proveedores, pero ninguno con la comprobada experiencia que da el oferente con quien se desea contratar.

Apreciando en su conjunto los requisitos que deben cumplirse en este caso de contratación directa, podemos sostener que sólo el primero se refiere a la contratación misma. Los relativos a la experiencia del contratista y a la inexistencia de otros proveedores con iguales capacidades comprobadas, son de carácter subjetivo, pues se refieren a las capacidades de cada proveedor, surgiendo la siguiente interrogante ¿cómo se comprueba que ningún otro contratista otorga la misma seguridad y confianza si no es a través de un proceso de licitación pública donde se examinen comparativamente los antecedentes?.

---

<sup>119</sup> Como el lector puede apreciar, inevitablemente hemos llegado al campo del cumplimiento de las misiones que tienen los distintos organismos públicos, entrando de esta manera al ámbito de las llamadas “acciones de apoyo” cuya contratación se regula en la Ley 18.803. Nuevamente reclamamos la derogación de tal ley, no encontrando fundamento alguno para que exista en régimen contractual especial al establecido en la Ley 19.886.

Como señalamos, la Contraloría se ha pronunciado reiteradamente acerca de la utilización de esta causal de contratación directa. Haciendo una síntesis de tales dictámenes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

- La confianza y seguridad que derivan de la experiencia comprobada del proveedor, deben justificarse en que este ha efectuado antes las mismas prestaciones comprendidas en el contrato que actualmente se apruebe por trato directo, y no su experiencia en labores similares.<sup>120</sup>
- No basta la simple referencia a las disposiciones legales y reglamentarias que contienen la causal, sino que se necesita una acreditación efectiva y documentada de las razones que motivan su procedencia.<sup>121</sup>
- El hecho de que la empresa a contratar haya suscrito con anterioridad contratos similares con la entidad contratante, no basta para acreditar fundadamente que no existan otros proveedores que puedan otorgar igual seguridad y confianza.<sup>122</sup>

**g) Reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios.**

“g) Cuando se trate de la reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios, que deben necesariamente ser compatibles con los modelos, sistemas o infraestructura previamente adquirida por la respectiva Entidad.”

Esta disposición nos plantea aquellos casos en que la Administración cuenta con cierta infraestructura, equipo o sistemas, y se enfrenta a la necesidad de reponer ciertas piezas o partes, complementarlos, o adicionarles servicios accesorios. En estos casos, a cada dueño de un bien, ya sea que hablemos del Estado o de algún privado, lo que generalmente le

---

<sup>120</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República N° 21470 de 2007.

<sup>121</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República N° 18355 de 2007.

<sup>122</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República N° 29216 de 2006.

resulta más conveniente o aconsejable desde el punto de vista técnico o económico es adquirir los repuestos, complementaciones o servicios accesorios pertinentes a la empresa a la que adquirió el bien en cuestión. Esta necesidad de acudir al proveedor original puede tener diversas causas, como el conocimiento acabado que tiene cada fabricante de su producto, la eventual pérdida de garantías en caso de manipulación por terceros, derechos de licenciamiento para un servicio técnico autorizado, etc.

Un ejemplo que podemos pensar acerca de esta situación de contratación directa es por ejemplo, la adquisición de buses que no cuentan con aire acondicionado. Si los buses son nuevos, lo más sensato es contratar la instalación del aire acondicionado con la misma empresa a la que se compraron. Asimismo, al adquirir un software administrativo para una oficina pública, es muy probable que con el paso del tiempo se detecten nuevas necesidades no cubiertas por el programa, con lo que será necesario adaptarlo o incluso actualizarlo a nuevas tecnologías ¿quién es la empresa más conveniente para contratar tales adaptaciones o actualizaciones?: La empresa que diseñó y proporcionó el software.

Finalmente, hacemos presente que cuando surgen situaciones como las tratadas, la Administración no está obligada a contratar directamente con el proveedor del modelo, sistema o infraestructura que se requiera reponer o complementar, sino solamente facultada para ello.

**h) Riesgo para el objeto u eficacia la contratación, originado por el conocimiento público.**

“h) Cuando el conocimiento público que generaría el proceso licitatorio previo a la contratación pudiera poner en serio riesgo el objeto y la eficacia de la contratación de que se trata.”

Esta causal es casi idéntica a la establecida en la letra f) del artículo 8, relativa a servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional, los que serán determinados por decreto supremo. Sin embargo, en la presente

causal lo que está en riesgo no es la seguridad o interés nacional, sino simplemente la consecución de los objetivos de la contratación misma.

Esta clase de naturaleza de la negociación es una causal muy poco usada, y desconocemos casos en que algún servicio público la haya utilizado. Como ejemplo hipotético podemos proponer la contratación de un sistema de seguridad para algún recinto estatal cuyos planos y características no puedan exponerse en forma pública a través de las bases de una licitación pública.

También es pertinente hacer notar que, en aquellas situaciones en que se presenten las características señaladas en la letra f) del artículo 8, pero no existe un decreto supremo que haya calificado la materia como confidencial, podría argumentarse que el conocimiento público que generaría el proceso licitatorio pondría en serio riesgo el objeto y la eficacia de la contratación, con lo que de esta forma se validar la contratación directa.

**i) Adquisiciones de bienes muebles a oferentes extranjeros para ser utilizados o consumidos fuera del país.**

“i) Cuando se trate de adquisiciones de bienes muebles a oferentes extranjeros, para ser utilizados o consumidos fuera de Chile, en el cumplimiento de las funciones propias de la entidad adquirente, y en las que por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de similar naturaleza, sea del todo indispensable acudir a este tipo de contratación.”

Esta causal de trato directo fue incorporada a través de una modificación el año 2007, por decreto 620 del Ministerio de Hacienda, y como se desprende de su texto, se justifica en las dificultades que enfrentarían las misiones diplomáticas u otras instituciones públicas para adquirir bienes o servicios en el extranjero a través de una licitación pública regida por la ley chilena.

Ahora, a pesar de estar autorizado el trato directo, para evitar un mal uso de este mecanismo, se dispuso en el inciso segundo de la letra i), que cada entidades determinará

por medio de una resolución, los procedimientos internos que permitan resguardar la eficiencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación arbitraria en esta clase de adquisiciones.

#### **8.- Monto inferior al señalado en el Reglamento.**

“**Artículo 8.** Procederá la licitación privada o el trato o contratación directa en los casos fundados que a continuación se señalan

- h) Cuando el monto de la adquisición sea inferior al límite que fije el reglamento.

Esta causal de contratación directa contemplada en el artículo 8 de la Ley 19.886, la última de las causales, no reviste mayor complejidad, pues para justificar el trato directo, sólo basta que el monto anual del negocio sea inferior al señalado en el Reglamento, el cual en su artículo 10 N° 8 lo ha fijado en la cantidad de 100 unidades tributarias mensuales. En tal sentido, el artículo 51 del Reglamento, que regula la aplicación práctica de las contrataciones inferiores a UTM 100, señala en su inciso segundo que el fundamento de la resolución se referirá únicamente al monto de la misma.

Doctrinariamente, bien podría afirmarse que en esta causal de contratación directa, la reglamentación chilena pretende asemejarse a la llamada “contratación menor” existente en España, por la cual, en aquellos casos en que no se supere la cantidad de 30.050,61 euros, “no hay procedimiento alguno, sino un simple acuerdo de voluntades, como en la contratación entre particulares; acuerdo de voluntades que es necesario, no obstante, documentar, sirviendo a este efecto la factura correspondiente”<sup>123</sup>. Sin embargo, atendiendo a la manera en que se plasma en el Reglamento esta causal de contratación directa, veremos que el resultado conseguido es totalmente distinto.

---

<sup>123</sup> PARADA, José Ramón. DERECHO ADMINISTRATIVO I Parte General. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2002, página 304.

La forma de llevar a la práctica esta causal de trato directo, está contenida en el artículo 51 del Reglamento, el cual dispone que “En el caso de las contrataciones iguales o inferiores a 100 UTM, las Entidades podrán acudir al Trato Directo efectuando las cotizaciones a través del Sistema de Información”.

Al solicitarse cotizaciones a través del portal para poder contratar en forma directa al estar en presencia de un negocio inferior a UTM 100, lo que en la práctica realmente se lleva a cabo en nuestra opinión, es una licitación *sui generis*. Sostenemos esto porque, apreciando lo establecido en el artículo 51 del Reglamento por una parte, y el tratamiento dado al trato directo en el Sistema de Información, actual [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), se puede apreciar que tanto el procedimiento para utilizar esta causal de contratación como las demás que exigen cotizaciones previas, participa de las características esenciales de todo proceso de licitación pública, cuales son, según vimos al analizar este modo de contratación, las siguientes:

- 1) **Es un procedimiento:** Estamos en presencia de una serie de pasos y trámites que deben efectuarse de acuerdo a normas ya establecidas, las que, en el caso del trato directo por cotizaciones, se encuentran contenidas en los artículos 49, 50 y 51 del Reglamento. Incluso, por disposición del artículo 52 del Reglamento, se aplican en forma subsidiarias las normas de los capítulos IV y V relativos a la licitación pública y la licitación privada, lo que denota su carácter licitatorio.
- 2) **Es de carácter concursal:** Esto porque, según el inciso tercero del artículo 51 del Reglamento, las cotizaciones que realicen las entidades a través del Sistema de Información serán siempre abiertas a todos los proveedores, los que deben ajustarse a los términos de referencia que establezca cada entidad de acuerdo al artículo 2 N° 26 del mismo cuerpo. Al presentar sus cotizaciones, lo que hacen los proveedores es competir en un procedimiento reglado para obtener un contrato, lo que es la esencia de toda licitación.
- 3) **Esta dirigido a los interesados:** Los interesados son sujetos indeterminados, que solamente estarán singularizados al momento del cierre del plazo para presentar cotizaciones. Dicho plazo, según el inciso cuarto del artículo 53, no

puede ser inferior a 5 días, y en casos excepcionales podrá reducirse a 48 horas<sup>124</sup> si se trata de bienes o servicios de simple y objetiva especificación, como la adquisición de sillas, impresoras, etc.

- 4) **Debe existir sujeción a las bases o términos de referencia:** Para el procedimiento del trato directo por cotizaciones, el Reglamento ha consagrado la existencia de “Términos de Referencia”, los que según su artículo 2 N° 26, consisten en un pliego de condiciones que regulan el proceso de trato o contratación directa y la forma en que deben formularse las cotizaciones. Estas condiciones están contenidas en primer lugar establecidas en el formulario electrónico que entrega el Sistema al momento de iniciar un procedimiento de contratación, y en segundo lugar, en los archivos adjuntos que cada entidad puede publicar al iniciar el proceso de contratación.<sup>125</sup>
- 5) **Se selecciona la oferta más conveniente:** El proveedor que presenta la mejor propuesta desde el punto de vista técnico y económico, se adjudicará el contrato. Al respecto, el inciso final del artículo 51 dispone que la resolución que adjudique el procedimiento deberá especificar los criterios de evaluación que, estando previamente definidos en los términos de referencia, hayan permitido al oferente obtener la calificación de oferta más conveniente. Esta exigencia es del todo importante, pues es una forma de control previo que disminuye la

---

<sup>124</sup> En cuanto a la forma en que se establecen y computan los plazos en la Ley 19.886, su Reglamento, y el Sistema de Información ([www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl)), debemos hacer notar que no se ha seguido la regla general establecida en el artículo 48 del Código Civil, el cual dispone que los plazos de días se entenderá que han de ser completos; y correrán además hasta la medianoche del último día del plazo. En el sistema de la Ley 19.886, los plazos de días se contabiliza por horas, partiendo desde aquella de su dictación.

<sup>125</sup> En este punto, algo que no está contemplado en la Ley, el Reglamento o las Condiciones de Uso del Sistema, es lo que ocurre en caso de que exista contradicción entre lo establecido en el formulario que entrega el portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), y lo dispuesto en los documentos contenidos en archivos adjuntos. En nuestra opinión, considerando que los documentos que la entidad contratante redacta para cada proceso, obedecen a un trabajo específico y especial, mientras que el llenado del formulario ofrecido por el portal consiste en uno de los tramites comunes y ordinarios que realizan los funcionarios públicos para poder publicar el procedimiento de contratación, son los primeros documentos los que deben primar en caso de contradicción.

posibilidad de que las entidades licitantes incurran en arbitrariedades a la hora de adjudicar. El control posterior lo constituye la competencia del Tribunal de Contratación para conocer de la acción de impugnación establecida en el artículo 24 de la Ley.

- 6) **El llamado es público:** La invitación a presentar propuestas está dirigida a toda la comunidad, pudiendo presentarse todos aquellos que los deseen, en la medida en que no estén inhabilitados para contratar con el Estado.

## **CAPITULO IV**

### **CONCLUSIONES**

Al comenzar este trabajo, nos planteamos el objetivo de estudiar la regulación que la Ley 19.886 le ha dado al trato directo como mecanismo de contratación por parte de los organismos públicos. Lo anterior debido a la importancia de conocer en que casos y bajo qué procedimientos se omite el principio de libre concurrencia de los oferentes, plasmado en la licitación pública, privilegiando la selección de determinada persona en particular, toda vez que través de la actividad contractual del Estado se traspa al mercado alrededor del diez a quince por ciento del producto interno bruto.

Al comenzar la obra, al referirnos a la manera en que la utilización del trato directo puede afectar importantes principios del Derecho Administrativo, esbozamos dos críticas al nuevo sistema instaurado por la Ley 19.886. Sostuvimos en primer lugar, que se desvirtuaría el concepto de trato directo aplicándolo a procesos que en la práctica constituyen licitaciones, lo que conlleva duplicidad de la regulación a los procesos de compra y contratación; en segundo lugar, en las contrataciones directas se impondrían exigencias que no otorgan valor agregado a dichos procesos, sino que por el contrario los entorpecen.

Respecto a la primera crítica formulada, se demostró que es acertada, toda vez que en los casos de contratación directa contemplados en las letras a), b), e), y h) del artículo 8 de la Ley, es preciso contar con a lo menos tres cotizaciones previas, las que al ajustarse a un pliego de condiciones establecidas en un documento denominado términos de referencia, transforman los procedimientos prescritos para tales disposiciones en una verdadera licitación pública, institución que ya tiene su propia regulación especial

Sobre la segunda crítica, ésta es una consecuencia de la primera, pues se ha podido apreciar que, en ocasiones en que es indispensable para un organismo público suscribir un contrato en forma directa, la normativa estudiada le impone el requisito de obtener cotizaciones previas mediante un rígido procedimiento a través del Sistema de Información, impidiendo contar en forma inmediata con bienes y servicios que irán en beneficio directo o indirecto del bien común. En tal

sentido, se expuso que no es posible realizar una verdadera contratación directa cuando ya se ha declarado desierta una licitación pública y una licitación privada para contar con los mismos bienes o servicios. Lo mismo ocurre cuando un contrato ha sido terminado anticipadamente, o sí se requieren los servicios de personas jurídicas extranjeras fuera del territorio nacional.

También se manifestó, desde el punto de vista del principio de la eficiencia, que muchas contrataciones que se necesitan en forma urgente, podrían ser entrampadas por la exigencia de resolución fundada calificando la situación como una urgencia, emergencia o imprevisto. Esta desafortunada situación se ha evitado en la práctica al utilizar dicha resolución para aprobar la prestación de servicios o adquisición de bienes ya realizada, y no en forma previa a ésta.

Ahora, en cuanto a las bondades de la Ley 19.886 en su regulación del trato directo, son dos los puntos más destacables:

- 1) Delimita con precisión los casos en que se justifica omitir la licitación pública, evitando de esta manera un abuso del mecanismo de contratación estudiado.
- 2) Permite, a través del Sistema de Información, que en aquellos casos en que los organismos públicos han hecho uso de la contratación directa, la sociedad conozca cuáles han sido las empresas seleccionadas por dicha vía, para la adquisición o prestaciones de qué bienes y servicios, y por qué precio, configurándose de esta forma una importante posibilidad de control ciudadano.

Por último, una conclusión positiva de la Ley 19.886 en razón al trato o contratación directa, proviene precisamente de una de sus falencias, cual es su confusión de dicho modo de contratación con la licitación pública. Si bien desde el punto de vista terminológico es objetable que se le llame trato directo a procedimientos de contratación que en la práctica son licitaciones, no se pueden dejar de resaltar sus ventajas, en especial el procedimiento de contratación para negociaciones inferiores a UTM 100 establecido en el artículo 51 del Reglamento, las que son las siguientes:

- a) **Democratiza el acceso a la mayor parte de las oportunidades de negocios con los organismos públicos:** Esto en atención a que antes del establecimiento del

régimen de contratación establecido en la Ley 19.886, existían innumerables contratos y adquisiciones que se realizaban en forma directa debido a que por el bajo monto que involucraban, no resultaba eficiente recurrir a la licitación pública debido a los costos administrativos que este procedimiento implica. De esta forma, las entidades solo debían limitarse a contar con las cotizaciones previas a que hace referencia el dictamen de la Contraloría General de la República N° 2.450 de 1996, quedando gran parte de pequeños y medianos empresarios quedaban al margen de la posibilidad de ser parte de dichos negocios.

Con el establecimiento de la obligación de presentar las cotizaciones a través del Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, de acuerdo a un procedimiento público, reglado, y en especial, de muy fácil acceso a través de Internet, se ha diversificado enormemente el número de proveedores del Estado, destacando en particular el progresivo aumento de participación de pequeños y medianos empresarios en el total de los recursos desembolsados por los organismos públicos a través del portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl).

- b) Transparenta la selección de los proveedores del Estado en la mayor parte de las contrataciones:** Esta ventaja es consecuencia de la realización de los procedimientos de contratación de a través del portal [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), y de la exigencia de publicar en éste un acto administrativo, fundado en los términos de referencia, que adjudique el proceso a un determinado oferente, ya que de esta forma no sólo los proveedores no adjudicados, sino la sociedad en general, pueden conocer que bienes y servicios contrata el Estado, con qué oferente lo hace, y por qué motivos éste es el elegido.
  
- c) Permite a los organismos públicos contratar los bienes y servicios que necesitan a través de un procedimiento concursal sin necesidad de recurrir a los complejos trámites de una licitación:** Esto es posible debido a que si bien en la práctica el procedimiento establecido para la contratación directa mediante cotizaciones participa de las mismas características esenciales que la licitación, en lo referente a los trámites que debe realizar la Administración, no es necesario que

elabore el extenso documento de las bases administrativas, los tiempos de publicación exigidos son más reducidos, y los contratos se entienden formalizados mediante la emisión de la orden de compra y su aceptación por parte del proveedor adjudicado, sin necesidad de que tal convención conste en formato papel.<sup>126</sup>

Otra ventaja que ofrece el reglamento es que, según el inciso segundo de su artículo 51, la publicación de la resolución que autoriza una contratación inferior a 100 UTM, se entiende realizada con el solo llenado del formulario electrónico que entrega el Sistema de Información.

- d) Permite el ahorro de recursos por parte de los organismos públicos:** En un principio, los precios que los servicios públicos encontraban en el Sistema de [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl) eran elevados en relación a los costos que anteriormente asumían al contratar directamente. Sin embargo, con la masificación de los proveedores inscritos en el Sistema, la competencia entre ellos ha aumentado, alcanzándose gradualmente el efecto natural que corresponde a todo mercado perfecto, cual es el ajuste del precio de acuerdo a las leyes de la oferta y la demanda.

---

<sup>126</sup> Esta formalización del contrato mediante la emisión de la orden de compra y su aceptación, está establecida en el artículo 63 del Reglamento para los contratos menores a 100 UTM. Sin embargo, debemos señalar que en la práctica puede traer muchos inconvenientes cuando ni los términos de referencia ni la oferta del proveedor abordan todos los aspectos que debe contener la contratación, pues en estos casos existirán lagunas contractuales que deberán ser llenadas por las partes de común acuerdo o por el juez con la legislación que resulte aplicable.

## BIBLIOGRAFIA

### Bibliografía Básica

- **ALVAREZ ESTEBAN, Carlos, y GALDAMES VERDUGO, Juan Pablo.** La ley de Bases sobre Contratación Administrativa de Suministros y Prestación de Servicios y sus Efectos tanto Teóricos como Prácticos. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2006.
- **ARÓSTICA MALDONADO, Iván.** Cómo y con Quién Contrata la Administración. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho (conmemoración para su 75° aniversario de vida institucional). Santiago, 2002. Página 103.
- **ARÓSTICA MALDONADO, Iván.** La Estabilidad de los Contratos Administrativos. Revista Actualidad Jurídica N° 6. Universidad del Desarrollo, 2002. Página 191.
- **ARÓSTICA MALDONADO, Iván.** Licitación Pública: Concepto, Principios y Tramitación. Revista Actualidad Jurídica N° 13. Universidad del Desarrollo, Santiago, 2006.
- **AYLWIN AZOCAR, Patricio.** Apuntes de Clases, 1952.
- **BERÇAITZ, Miguel Ángel.** Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1980.
- **CALDERA DELGADO, Hugo.** Manual de Derecho Administrativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, citado por VELARDE VILLELA, María Angélica. Los Contratos Administrativos en la Legislación Chilena: Contrato de Consultoría o Prestación de Servicios Profesionales. Memoria (licenciado en ciencias jurídicas y sociales). Universidad de Chile Facultad de Derecho, 2001.
- **CORDERO Vega, Luis.** El Control de la Administración del Estado. Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2002.
- **DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.** Informe de Gestión ChileCompra Balance Año 2007. Santiago, Dirección de Compras y Contratación Pública 2008.
- **DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIÓN PÚBLICA.** Manual de Usuarios Compradores. Santiago, Dirección de Compras y Contratación Pública, 2007.
- **DROMI, José Roberto.** Instituciones de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, 1978.

- **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.** Curso de derecho Administrativo, volumen I. Madrid, Editorial Civitas, 2004.
- **JARA SCHNETTLER, Jaime.** La Nulidad de Derecho Público ante la Doctrina y la Jurisprudencia. Santiago, Editorial Libromar, 2004.
- **JERVIS O., Paula.** Apuntes del Curso de Derecho Privado Informático, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Abril, 2005.
- **LÓPEZ-ELÍAS, José Pedro.** Aspectos Jurídicos de la Licitación Pública en México. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1999.
- **MARIENHOFF, Miguel S.** Tratado de Derecho Administrativo. Cuarta edición actualizada. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993.
- **MARTÍN MATEO, Ramón.** Manual de Derecho Administrativo. 12° ed. Madrid, Editorial Trivium, 1988.
- **MEYER, A. David, y FATH MEYER, Jean Marie.** Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile. En: Reforma de Estado. Volumen II: Dirección Pública y Compras Públicas. Santiago, Centro de Estudios Públicos, 2002.
- **MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA.** Gobierno Electrónico en Chile 2000 – 2005 Estado del Arte II. Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2006.
- **MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA.** Reforma del Estado en Chile 2000-2006. Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2006.
- **MORAGA Klenner, Claudio.** La Actividad Formal de la Administración del Estado. En: Derecho Administrativo Chileno. Coordinador: Pantoja Bauzá, Rolando. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 2007.
- **MORAGA Klenner, Claudio.** Contratación Administrativa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007
- **BARRA GALLARDO, Nancy.** Consideraciones En Torno A La Contratación Administrativa. La Gaceta Jurídica. Santiago, 2003.
- **PANTOJA BAUZÁ, Rolando.** Contratos Administrativos. Apuntes para la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago 2002.

- **PARADA VÁSQUEZ, José Ramón.** Derecho Administrativo. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2002.
- **PARADA, José Ramón.** DERECHO ADMINISTRATIVO I Parte General. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2002.
- **RANGEL MEDINA, David.** Derecho de La Propiedad Industrial e Intelectual. 2º Ed. México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1992.
- **SANZ RUBIALES, Iñigo.** 2004. Algunos Problemas de la Regulación de los Contratos Públicos en el Derecho Peruano. En: Primer Congreso de Nacional de Derecho Administrativo: 2004. Lima. Jurista Editores – Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Página 651.
- **SIVA CIMA, Enrique.** Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992 – 1996. Volumen 5.

#### **Bibliografía General.**

- **LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge.** Los Contratos, Parte General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- **JEZÈ, Gastón.** Principios Generales del Derecho Administrativo. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1948.
- **BOQUERA OLIVER, José María.** La selección de contratistas: Procedimiento de selección y contrato. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.
- **SOTO KLOSS, Eduardo.** Derecho Administrativo: Bases Fundamentales. Santiago, Jurídica de Chile, 1996.
- **GARCÍA-TREVIJANO GÁRNICA, Ernesto.** El Régimen de las Garantías en la Contratación Administrativa. Madrid, Editorial Civitas, 2002.
- **CASSAGNE, Juan Carlos.** Derecho Administrativo. Séptima Edición. Buenos Aires, Editorial Lexis Nexos Abeledo-Perrot, 2002.
- **FERRADA Bórquez, Juan Carlos (Coordinador).** La Justicia Administrativa. Santiago, Lexis Nexis, 2005.

- **GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco.** La Presentación Indirecta de Ofertas en los Procedimientos de Selección de Contratistas. Revista de Administración Pública. (46) Madrid, 1965.

#### **Recursos Electrónicos.**

1. **MATAMALA, Bárbara.** Columna Legal. Dirección de Compras y Contratación Pública, (en línea)  
[https://www.chilecompra.cl/portal/PortalComprador/centro\\_informacion/normativa\\_compras/columnas\\_n61.asp](https://www.chilecompra.cl/portal/PortalComprador/centro_informacion/normativa_compras/columnas_n61.asp).
2. **MUÑOZ CHIU, Natalia.** Contratación Administrativa. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, tomo 12. (En línea)  
<<http://www.cde.cl/getFilePublic.php?id=20506&code=sa95JwLV4hFRE>>
3. **REAL ACADEMIA ESPAÑOLA,** Diccionario de la Lengua Española, (en línea)  
[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=magnitud](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=magnitud)