

Los proveedores frente al Estado a la luz de la Ley de Compras Públicas

Isabel Olivares Guzmán

Abogada

Resumen: los mecanismos de resguardo contemplados en la Ley 19.886 son un gran avance en materia jurídico-administrativa, sobre todo con la creación de un tribunal con competencia específica, lo que ha ayudado a hacer más eficiente y transparente la gestión estatal, pero requieren de mejoras que posibiliten una solución viable y real para los proveedores del Estado, que los incentive a participar como colaboradores de la función pública, bajo el alero de una norma que más allá de acoger o rechazar sus peticiones, les entregue una solución satisfactoria.

El año 1994 se crea la Comisión Nacional de Ética Pública, como una instancia de estudio y elaboración de políticas públicas e iniciativas legales, la que luego de realizar un estudio de la legislación vigente en materia de compras públicas, estimó necesario dictar una ley marco sobre contratos y licitaciones del Estado que "asegure la transparencia, objetividad, imparcialidad, certidumbre del cumplimiento contractual y detallada publicidad de todos los procesos de adjudicaciones de compra de bienes y servicios por parte del Estado; y que, simultáneamente, dé unidad, homogeneidad y coherencia a la legislación sobre el tema". El año 1996, el actual Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República se dedicó a examinar el régimen de contratos y licitaciones en el sector público, y 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".¹

En enero del año 1998, el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública determinó que era necesario contar con un Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones que contemplara la creación de una normativa marco de compras y contrataciones del sector público y reglamentos por Servicios, fue así como el 27 de octubre del año 1999, mediante mensaje N° 9-341, de S.E. El Presidente de la República, se da inicio a un proyecto de ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

¹ Historia de la Ley de Compras Públicas.

Publicada el 30 de julio del año 2003 nace la Ley N° 19.886, de Compras Públicas, para regular: “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones”.²

Se entiende por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la Ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley.³

Quedan entonces excluidos todos los contratos cuyo objeto sea la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles, los que tienen un tratamiento bastante particular, dicho sea de paso, dependiendo de la naturaleza y del monto de la contratación.

Por su parte, el artículo 3° del citado cuerpo legal señala de manera taxativa cuáles contratos y convenios quedan excluidos de la aplicación de la Ley N° 19.886, entre los cuales podemos encontrar *los convenios entre organismos públicos*.

Del análisis de los artículos citados, contenidos en el Capítulo I de la Ley N° 19.886, denominado “Disposiciones Generales”, se extrae el ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas, circunscrito por este hecho, a la relación que surge entre el Estado y los particulares, estos últimos en su rol de proveedores de bienes muebles y servicios.

Como se explica en la Historia de la Ley N° 19.886, uno de los temas centrales que giró en torno a la Comisión que presentó el proyecto fue la regulación de: “a lo menos, dos tipos de contratos públicos básicos e indispensables para el normal funcionamiento de la Administración: el de suministro y el de prestación de servicios. Regularmente, porque ellos son los de mayor ocurrencia dentro de la Administración y porque representan, además, uno de los aspectos centrales de regulación de eficiencia del gasto público y la reforma del Estado”.

El fin que este proyecto tenía en mente al momento de ser presentado era lograr “un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y mayor transparencia en los actos del Estado, lo que hace más fácil prevenir el fraude y la corrupción”.

Son estas relaciones las que viene a regular la Ley N° 19.886 a través de principios rectores, procedimientos para la contratación y la creación de dos mecanismos de control y de transparencia en la contratación pública, como son

² Chapeau del artículo N° 1 de la Ley 19.886.

³ Inciso final del artículo N° 1 de la Ley 19.886.

el Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, y el Tribunal de Contratación Pública, este último como mecanismo de solución de conflictos. Estos dos organismos cautelan las relaciones entre el Estado y los particulares, ya que a la Contraloría General de la República le corresponde la fiscalización de todos los actos administrativos, de conformidad con lo señalado en la resolución N° 1.600 del año 2008, del mismo organismo; y a los tribunales con competencia común, aquellas materias que no sean de competencia del órgano fiscalizador por excelencia, lo que en general se refiere a materias contractuales.

Por tal motivo, se debe entender, por una parte, al sector público como el más importante comprador de nuestra economía, y a los particulares, por la otra, en un rol doble; como sujetos a quienes van dirigidos los esfuerzos de la Administración Estatal, y a la vez como proveedores de los bienes muebles y servicios necesarios para que el Estado cumpla su función.

Se hace necesario contar con una esfera de protección que resguarde tanto los intereses del Estado como los de los particulares, en el desarrollo de sus actividades económicas y como último destinatario del interés público.

Entonces, para explicar de manera simplificada una de las funciones de la Ley N° 19.886, cual es la protección de los intereses de las parte intervinientes, se han agrupados en tres grandes categorías los mecanismos de resguardo que establece la Ley de Compras Públicas, y se les ha llamado mecanismos a modo genérico, ya que dos de ellos tratan materias de fondo y el tercero está formado por los órganos encargados de resguardar la función estatal.

El primero de ellos está formado por los principios rectores, entre los cuales se encuentran los siguientes principios: legalidad, estricta sujeción a las bases, igualdad y libre concurrencia de los oferentes, publicidad y transparencia, idoneidad del contratante, y control de mérito. Este último principio ha sido atribuido específicamente al mérito, pues es el órgano público que requiere el suministro del bien mueble o la prestación del servicio quien debe ejercer esta labor, como requisito previo a la contratación o adquisición a través del catálogo electrónico, o bien a la elaboración de las bases de licitación para su posterior contratación. Mas el control desde el punto de vista de la legalidad no le es ajeno, pero se encuentra más bien relacionado con la función que realiza la Contraloría General de la República, a través de la toma de razón y el registro, y que por mandato constitucional está dentro de la esfera de sus funciones.

“Al respecto, atendidos los argumentos reseñados, se levanta la observación, toda vez que las razones que la autoridad haya tenido en consideración

para iniciar un proceso licitatorio constituye una cuestión de mérito que corresponde ponderar a la administración activa".⁴

Retomando lo reseñado en relación a los mecanismos de resguardo, se encuentran en segundo término los procedimientos para la contratación de bienes o servicios contenidos en la Ley N° 19.886. A este respecto, se vislumbran cuatro modalidades que deben seguir los organismos públicos en un orden de prelación, esto es: en primer término se debe consultar el catálogo de compras públicas que se encuentra publicado en la página web www.mercadopublico.cl, luego si aquello que se requiere contratar no se encuentra en el catálogo, se debe considerar como primera opción la posibilidad de elaborar un procedimiento de licitación abierta a todos los proveedores del Estado, lo que se conoce como licitación pública; y sólo en los casos señalados en el artículo 8° de la Ley De Compras Públicas se podría obviar el paso de la licitación pública para realizar una licitación privada (cerrada), o una contratación directa (dirigida), dependiendo únicamente del fundamento de la causal que sea invocada. Cada uno de estos procedimientos se encuentra ampliamente regulado, tanto en la Ley de Compras Públicas como en su Reglamento, y a través de las Directrices que elabora la Dirección de Compras y Contratación Pública, ChileCompra.

El tercer mecanismo de resguardo está compuesto por los órganos que resguardan los principios y los procedimientos de contratación pública, estos son: la Dirección de Compras y Contratación Pública, y el Tribunal de Contratación Pública. Corresponde a la Dirección de Compras y Contratación Pública: la asesoría en la planificación y gestión de los procesos de compras; licitar la operación del sistema de información y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos; velar por su correcto funcionamiento y actuar como contraparte del operador de estos sistemas; suscribir convenios con entidades públicas y privadas para recabar información para complementar antecedentes del registro de contratistas y proveedores; licitar bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco; representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos en la forma que establezca el reglamento; administrar, mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores; promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración; y establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles, conforme con lo señalado en el artículo N° 30 de la Ley 19.886. Por su parte, corresponde al Tribunal de Contratación pública: "...Conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley".⁵

⁴ Dictamen 40.157, de 20 de julio de 2010 de la CGR.

⁵ Inciso primero del artículo 24 de la Ley 19.886.

Es ante el Tribunal de Contratación Pública donde se pueden observar los derechos y garantías de los proveedores frente a la potestad administrativa discrecional, éste es el punto de encuentro entre los principios contenidos en la Ley N° 19.886 y las potestades exorbitantes de los órganos de la administración en sus relaciones frente a los particulares.

“Poder discrecional consistente en la libre apreciación dejada a la Administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer, sin que su conducta esté previamente determinada por regla de derecho” (Pedro Pierry Arrau).

Se habla de potestades exorbitantes, pues si bien la discrecionalidad es parte de la potestad administrativa de los órganos de la Administración, esta no debe ser arbitraria o ilegal, y es esto lo que sucede cuando los organismos estatales trasgreden o realizan una interpretación abusiva de la norma.

“De esta manera, aunque se trate de una atribución exclusiva del organismo licitante, como lo afirma CONAF en su informe a esta entidad fiscalizadora, no puede ejercerse con discrecionalidad absoluta ni arbitrariamente, por cuya razón la disposición en comento demanda que se exprese y deje constancia del fundamento que motiva la medida en que recae. En apoyo de lo anterior puede anotarse que esta norma, en la medida que incide en el ámbito del desarrollo de actividades económicas, debe interpretarse en concordancia con la garantía prevista en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política, que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar actividades lícitas de ese género, respetando las normas legales que las regulen”.⁶

Es cierto que se debe proteger el interés público, pero no es menos cierto que al tratar de proteger el interés público se puede estar perjudicando a los mismos sujetos que constituyen el fin último del interés público, pasando a llevar al mismo tiempo garantías constitucionales como la libertad económica y de emprendimiento, y el derecho de propiedad.

Un ejemplo claro en este sentido se encuentra en las prosaicamente denominadas “sentencias de papel”, aquellas que son resultado de un proceso jurisdiccional ante el Tribunal de Compras Públicas, llevado acuciosamente, con el debido desgaste económico y profesional del órgano estatal, pero que luego de dictado el fallo, una vez que la sentencia se encuentra ejecutoriada, aun cuando ésta sea favorable al proveedor, nada puede repetirse contra el organismo público sancionado, pues *“En la sentencia definitiva, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las*

⁶ Dictamen N° 33.622 de 2008, de la CGR.

medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho...".⁷ Esta es la sanción que por Ley puede aplicar el Tribunal de Compras Públicas, lo que en la práctica contrasta con las facultades de los órganos de la Administración del Estado, pues con las potestades que posee, bien puede dejar sin efecto un proceso licitatorio haciendo inaplicable la sanción impuesta por un tribunal con competencia para conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. ¿Se puede en este caso "hacer ejecutar lo juzgado"? Este mismo tipo de situación se advierte cuando se trata de contratos de prestación de servicios que son de ejecución inmediata. Prestado el servicio, cuál es la facultad del órgano jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado.

Cabe entonces preguntarse: si existe el derecho a la inalterabilidad del equilibrio económico-financiero del contrato, ¿por qué no existe la indemnización de perjuicios como sanción aplicable por el Tribunal de Contratación Pública? Siendo inaplicable la sanción que señala la norma legal, lógico es pensar en poder obtener una indemnización por los perjuicios ocasionados por el órgano estatal, pero nuevamente encontramos una arista en este punto, pues para que se pudiera solicitar una indemnización de perjuicios primero se tendría que resolver la incógnita relativa a la existencia de derechos adquiridos, tema que no ha sido aún resuelto ni siquiera por el propio Tribunal de Compras Públicas, ya que se aprecia en los diversos fallos dos marcadas tendencias, una de ellas se inclina por aceptar la idea de la existencia de derechos adquiridos una vez adjudicado el contrato, y otra parte señala que estos derechos sólo se adquirirían una vez firmado el contrato.

Señala el abogado y catedrático Eduardo Soto Kloss: "si ocurren situaciones o hechos que implican no la imposibilidad de continuar con el contrato, sino un desequilibrio económico en la adecuación financiera o equidad contractual –tales como hechos de la naturaleza imprevisibles, hechos de orden económico financiero internacional, de la autoridad estatal (legislador), o incluso de la autoridad estatal administrativa, pero distinta de la Administración contratante, o aun de la propia contratante, pero en tanto autoridad pública y no como parte del contrato– la Administración contratante habrá de compensar tal desajuste si bien de distinto modo según sea el caso en cuestión".⁸

En conclusión, los mecanismos de resguardo contemplados en la Ley 19.886 son un gran avance en materia jurídico-administrativa, sobre todo con la creación de un tribunal con competencia específica, lo que ha ayudado a hacer más eficiente y transparente la gestión estatal, pero requieren de mejoras que posibiliten una solución viable y real para los proveedores del Estado, que los

⁷ Artículo N° 26 de la Ley 19.886.

⁸ Eduardo SOTO KLOSS, apuntes de clases "La Contratación Administrativa", Facultad de Derecho Universidad de Chile, 1988, pág. 23

incentive a participar como colaboradores de la función pública, bajo el alero de una norma que más allá de acoger o rechazar sus peticiones, les entregue una solución satisfactoria. Hasta que ello no ocurra, la posibilidad de obtener una sentencia que desagravie los intereses de los proveedores en determinado tipo de situaciones, como las descritas precedentemente, se verá mermada frente a la potestad de los órganos de la Administración del Estado, que son, al fin y al cabo, quienes determinan la existencia o no de una necesidad pública o interés público que satisfacer.