

Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

Jorge Reyes Riveros

Sub Contralor General

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Origen del precepto

Esta norma nace de una indicación en el Senado respecto del proyecto de Ley de Probidad Administrativa que, en definitiva, se aprobó a través de la Ley N° 19.653 y por la cual se modificaron e incorporaron preceptos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575. La indicación fue formulada por los senadores Sres. Fernández, Hamilton, Otero y Sule en la instancia respectiva.

De acuerdo con los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del precepto en análisis, queda del todo claro, y según las intervenciones del Sr. Rolando Pantoja, representante del Gobierno y de los senadores Hamilton, Diez, Viera Gallo, Fernández y Horvath, entre otros, que el fundamento de la nueva disposición legal se encuentra en una especie de concreción de los principios de probidad administrativa y de transparencia en la celebración de los contratos administrativos y aun en el resguardo del patrimonio fiscal compuesto por bienes que pertenecen a todos los chilenos (Diario de Sesiones del Senado, Sesión N° 5, de 14 de octubre de 1997, págs. 267 y 269, y Sesión N° 10, de 1° de julio de 1998, págs. 849 a 853).

Junto a lo anterior se hace necesario dar a conocer que en el criterio de la mayoría de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado y que se manifiesta a través de las sesiones antes mencionadas, se hace especial hincapié en la necesidad de que la Administración en la celebración de las convenciones antes aludidas cuente con atribuciones suficientes que permitan un actuar eficiente en esta materia y por ello

se propone establecer las excepciones de la propuesta privada y del trato directo, cuando respecto de la primera se emita una resolución fundada, o cuando en relación a la segunda la naturaleza de la negociación así lo determine.

Resulta curioso que entre los fundamentos para consignar la formalidad de la licitación en los contratos del Estado se haya olvidado una razón que generalmente se hace presente, cual es el que la Administración a través del procedimiento indicado, obtenga mayores y mejores opciones de contratación, vale decir, consiga una mayor eficiencia operativa en el empleo de sus recursos al elegir entre varios oferentes que, se supone, compiten en pro de que se les adjudique el contrato proponiendo mejores opciones y condiciones para la Administración.

No obstante que las razones esgrimidas anteriormente constituyen valederos fundamentos para justificar la nueva preceptiva, en el juicio de quien formula los comentarios se deben conjugar también disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales de las personas y deberes del Estado que aconsejan la observancia del procedimiento de licitación pública, como regla general en los contratos de la Administración, y que otras formas, como la propuesta privada y el trato directo, sólo sea posible aplicarlas en las situaciones determinadas por la ley y no por los órganos administrativos.

II. Principios y derechos constitucionales que inciden en este análisis

En el estudio de tal normativa, como ya se expresó, debe incorporarse primeramente la consideración de ciertos preceptos y principios que establece la Constitución Política de 1980.

La Ley Suprema, en su primera disposición, reconoce a las personas que ellas **nacen libres e iguales en dignidad y derechos**. Lo anterior importa que existe un derecho de todos los hombres a la igualdad en sus relaciones como personas individuales y en su consideración societaria, es decir, a través de la familia y de las sociedades intermedias. La misma igualdad también es preciso reconocer frente al tratamiento y relaciones con el Estado y con sus órganos.

Se trata, por consiguiente, de un derecho que emana de la naturaleza humana, por cuanto las personas nacen con él y es, por lo tanto, anterior al Estado y al orden jurídico, los cuales no tienen otra alternativa que reconocerlo, respetarlo, ampararlo e incentivarlo.



La propia Ley Fundamental confirma y desarrolla particularmente este derecho en diversas normas. Es así como el mismo art. 1º, en su inciso 5º, consagra como deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con **igualdad de oportunidades en la vida nacional**”, lo que en buen romance significa que las personas tienen derecho a que el Estado satisfaga tal deber. En el art. 19 N° 2 continúa concretando este derecho general al asegurar a todas las personas la igualdad ante la ley al prescribir categóricamente que ni la ley ni autoridad alguna podrán afectar tal derecho estableciendo diferencias arbitrarias. Aclara también el texto constitucional en el numerando 17 de dicho art. 19 y concretando una vez más dicho derecho de igualdad al señalar que la Constitución asegura a todas las personas la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes. Todavía, y para lo que interesa, en los numerados 21 y 22 del art. 19, se destaca, en primer término, que la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (además señala una cierta primacía del individuo sobre el Estado, o bien, dicho de otra manera una subsidiariedad de éste en cuanto a las actividades empresariales); en segundo término establece que la Constitución asegura la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

En opinión de quien redacta este trabajo, resulta claro que en el aspecto de contrataciones del Estado, los principios y normas antes enunciados juegan un papel preponderante en cuanto a que para su cabal aplicación, el Estado y sus organismos deben reconocer y respetar ese derecho fundamental que tienen todos los habitantes de la Nación a un trato igualitario, sin discriminaciones arbitrarias, aplicando el principio de subsidiariedad, para lo cual el Estado debe consagrar procedimientos de adjudicación de los contratos correspondientes, ateniéndose a tales normas y principios fundamentales.

También es preciso considerar, de acuerdo con lo previsto en los arts. 5º inciso 2º, 19 N° 21 inciso 1º parte final, y 19 N° 26, que el ejercicio de todo derecho fundamental puede ser limitado, aunque ello sólo puede serlo por disposición legal y nunca por normas de inferior jerarquía y siempre que no se afecte la esencia del derecho respectivo.

Con todos estos elementos de juicio puede concluirse que en materia de contratación estatal con particulares, la regla de oro ha de ser que dichas convenciones deben ser adjudicadas mediante un procedimiento que asegure la igualdad en general, la igualdad de participación en la vida nacional (deber del Estado y correlativo derecho de todos), la no discriminación

en materia económica, lo que naturalmente se ha de conseguir de acuerdo con los procedimientos administrativos que se conocen, es decir, a través del sistema de licitación pública, sea éste el de la propuesta pública o el de la subasta pública, que son los más recurridos y sabidos.

Sin embargo, no se puede dejar de ponderar la necesidad de flexibilidad de que la Administración del Estado debe estar dotada para conseguir el bien común, aun tratándose de la celebración de contratos. Para ello hay que armonizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y su ejercicio con la necesidad de la eficiencia de la Administración. De lo que se colige que las limitaciones que por la vía de la regulación deban contemplarse para que la Administración pueda atender el bien común en forma ágil, oportuna y dinámica, es decir, de manera eficaz y eficiente, deben ser determinadas por la ley y no a través del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Lo que no procedería consignar sería que el legislador delegara en autoridades administrativas el establecimiento de las excepciones, como señalar que en casos justificados o por resolución fundada podrá omitirse la propuesta pública.

Ejemplo muy claro de esta concepción constitucional se presenta en las normas de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas 15.840 (texto refundido aprobado por Decreto N° 850, de 1977, del Ministerio de Obras Públicas), que en su art. 86 prescribe que el contrato de obra pública se adjudicará por **propuesta pública** y que, **por excepción**, es posible que tal contrato se lleve a efecto por propuesta privada, por trato directo o por administración delegada o aun se ejecute la obra pública por administración directa en las situaciones específicas que ese precepto legal establece determinadamente.

III. Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General a partir de la década de 1960 y antes de la vigencia del art. 8° bis de la Ley 18.575

Concepto de propuesta pública y principios que le son aplicables (Dictámenes N°s 83.809, de 1963; 20.165, de 1969; 16.439, de 1969; 6.183, de 1981; 8.491 y 22.142, de 2000, entre muchos otros).

El Dictamen N° 20.165, de 1969, define lo que es propuesta pública y los elementos que la inspiran. Dicho informe expresa: "Nuestra legislación positiva no define lo que es la propuesta pública, pero de acuerdo con lo que prevé el artículo 21 del Código Civil, las palabras técnicas de una ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma

ciencia o arte. Para quienes profesan la ciencia del derecho, propuesta pública es "todo procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas, y consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones" (Sayagués Laso, *La Licitación Pública*, Montevideo, 1940, pág. 53).

Como puede advertirse, hay dos principios fundamentales que rigen este procedimiento: a) los proponentes deben observar estrictamente las bases que rigen el respectivo contrato, y b) todos ellos deben estar en un pie de igualdad ante la Administración.

Respecto del primero, es preciso señalar que las cláusulas de las bases administrativas son la fuente principal de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los oponentes, de manera que sus reglas deben cumplirse estrictamente, pues en caso contrario todo el procedimiento se desnaturalizaría.

Siendo la igualdad de los participantes otro de los principios básicos de la licitación, las bases deben establecer requisitos generales e impersonales que la garanticen".

IV. Consideraciones en torno al art. 8° bis de la Ley N° 18.575, que fue introducido en esta preceptiva por la Ley N° 19.653

Tal norma expresa:

"Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley.

El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.

La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo" (Agrega artículo 8° bis, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1°, N° 6, de la Ley N° 19.653).

A. Análisis del inciso primero.

Tres puntos surgen en el estudio de tal precepto.

1. Qué se entiende para los efectos de dicha norma por “contratos administrativos”.

Doctrinariamente y en general hay contrato administrativo siempre que concurren ciertos supuestos.

- a) La existencia de una convención entre partes, esto es, un acto jurídico bilateral que origina efectos jurídicos subjetivos.
- b) Una de las partes, a lo menos, tendría que ser la Administración del Estado.
- c) En cuanto a los órganos del Estado que celebran tal convención, se persigue la atención de un interés público determinado, y
- d) La concurrencia en favor de la Administración de potestades de Derecho Público que colocan al Estado en una situación de privilegio respecto del particular, sin perjuicio del derecho de éste a que se mantenga el equilibrio de la ecuación financiera del contrato.¹

Los poderes exorbitantes consisten, entre otros, en la facultad de interpretación unilateral del contrato; en la fiscalización de él; en la dirección de la ejecución de la convención; en el *ius variandi* o poder de modificación; en la potestad de sanción (generalmente multas, suspensión y eliminación del registro de contratistas o proveedores), y finalmente en el poder de terminación (caducidad, decaimiento, invalidación).

Sin embargo, en lo que toca a la disposición en comento, concurren otras razones que determinarían un sentido diferente del concepto doctrinario.

En efecto, tanto la historia fidedigna del establecimiento de la norma señalada como la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General

¹ Luis Cosculluela Montaner. *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, 1991, Editorial Civitas S.A., págs. 293 y siguientes.

Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1992, págs. 89 y siguientes.

Ramón Parada. *Derecho Administrativo*. Vol. I. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1995, págs. 342 y siguientes.

Eduardo Barrachina Juan. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Vol. II, págs. 596 y siguientes.

Luis Morell Ocaña. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, Tomo II, págs. 295 y 296.

José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Editorial Astoreca, Buenos Aires, 1992, T. I, págs. 330 y siguientes.

determinan un distinto alcance de tal expresión. Así queda de manifiesto en dictámenes N°s 14.540 y 45.278, de 2000. En ellos se dice: "La expresión contrato administrativo se entiende con un alcance amplio, en el sentido de que abarca los diversos tipos de contratos que celebren los entes de la Administración. Ahora bien, el criterio expresado en la aludida jurisprudencia es aplicable al artículo 8° bis, citado, ya que, teniendo por finalidad dicho precepto resguardar la probidad administrativa, por la vía de asegurar en esta materia la transparencia que debe presidir los procesos de contratación que realicen los organismos de la Administración del Estado –aspecto que aparece del contexto normativo dado por la referida ley N° 19.653–, debe estimarse que la expresión "contratos administrativos", que en él se consigna, comprende todos los convenios que celebre la Administración. Lo anteriormente señalado, a mayor abundamiento, guarda plena correspondencia con la historia fidedigna del establecimiento de la norma, particularmente con lo señalado en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en tercer trámite constitucional (Cámara de Diputados, Sesión 26a., en jueves 10 de diciembre de 1998)".

La constancia que deja dicha Comisión fue motivada por el comentario que sobre el particular expresó el profesor Pedro Pierry en el seno de dicha Comisión, quien opinó, al requerir una precisión de la expresión contratos administrativos, lo siguiente: "Alguien podría decir que son los contratos que hace la Administración del Estado, pero no es así, porque ésta celebra muchos contratos que no tienen el carácter de contratos administrativos. El único contrato realmente administrativo es el contrato de obra pública. Es un asunto que debiera ser precisado, o, tal vez, se podría utilizar otra nomenclatura".

"Dado que la Administración del Estado suele recurrir a contratos regidos por el derecho privado, de mantenerse la norma en los términos propuestos, quedarían excluidos la inmensa mayoría de los contratos celebrados por Organos de la Administración que no se denominan como contratos administrativos".

Sugirió cambiar la expresión contratos administrativos por contratos de la Administración del Estado.

El Sr. Pantoja expresó no estar de acuerdo en que se rechazara el artículo sólo por una precisión.

Finalmente se concluyó: "Vuestra Comisión, por mayoría de votos, propone aprobar la disposición del honorable Senado, dejando constancia que, a su juicio, la expresión "contrato administrativo" debe ser entendida en sentido amplio, de manera de considerar todos los contratos de la Administración del Estado".

De lo anterior se colige, entonces, que el propósito del informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, mencionado, tuvo el propósito de acoger lo expresado por el profesor Pierry y sin reemplazar los términos empleados, es decir, de dar a los vocablos "contratos administrativos", para esta norma, el entendimiento de contratos de la Administración en general.

No obstante lo anterior, válido sería reflexionar acerca de otros aspectos:

a) ¿Constituye dicho informe de la Comisión aludida un elemento determinante de la historia fidedigna de la expresión contratos administrativos?

El solo antecedente del informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que deja constancia del alcance de la expresión contratos administrativos, y aunque haya sido aprobado por la Cámara Baja, puede hacer dudar que constituya la historia fidedigna del establecimiento de la norma en el aspecto en análisis, puesto que no se sabe a ciencia cierta si el Senado, órgano en el que nació la iniciativa de este precepto, ha compartido el juicio de la Comisión aludida, al incorporar la expresión contratos administrativos

b) La propiedad del lenguaje jurídico.

Justamente lo indicado en la letra a) anterior pone de relieve la imperiosa necesidad de emplear los vocablos y expresiones con la propiedad que merecen, por cuanto, como queda de manifiesto, tal impropiedad lleva a plantear las inquietudes que hizo presente el profesor Pedro Pierry. Todo lo anterior se habría evitado en lo que concierne a la disposición en estudio si se hubiere usado la expresión contrato de la Administración del Estado en lugar de contratos administrativos.

Aunque se considera aclarada la cuestión en el sentido que le reconoce la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General en cuanto a la aplicación de la expresión contratos administrativos, vale decir, que ella es comprensiva de toda clase de contratos que celebre la Administración, planteo la inquietud en relación a la casuística que se da en numerosos contratos de la Administración y respecto de los cuales más de alguna duda ha de presentarse para la aplicación de este precepto del art. 8° bis.

Así, por ejemplo, entre los variados casos que pueden darse podrían destacarse dos:

El primero se refiere a la situación de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles del Estado a particulares y que son regulados por los arts. 66 y siguientes del DL N° 1.939, de 1977. Me pregunto si en estos

casos habrá que llamar a licitación pública como regla general. Otro tanto ocurre con las ventas a título oneroso o gratuito de dichos bienes y que actualmente regulan los arts. 83 y siguientes y 87 y siguientes de la normativa antes señalada.

El segundo concierne a los llamados contratos sobre la base de honorarios, que están previstos en el art. 10 del Estatuto Administrativo, el cual no contiene ninguna exigencia de concurso público para adjudicar tal contrato. ¿Será en este contrato el procedimiento de propuesta o concurso público la regla general?

Ha de ser, a falta de una precisión tanto en el texto del art. 8° bis, cuanto de la historia fidedigna de su establecimiento, la jurisprudencia administrativa y judicial la que venga a determinar en definitiva el alcance que corresponde dar, en la casuística, a la expresión contratos administrativos que emplea la norma en comento.

Por último, no puedo dejar de consignar una reflexión en lo que concierne a las contrataciones a honorarios y que apunta a llenar el vacío que la política legislativa ha dejado al respecto. Mi punto de vista consiste en que por una parte la Administración, y tal como se expresó anteriormente, en cualquier contratación debe considerar el principio de la eficiencia, esto es, que la inversión de los recursos que importe la contratación respectiva le origine el mayor beneficio posible, y por lo tanto, al contratar a honorarios a profesionales, técnicos o expertos en determinadas materias y aún en caso de cometidos específicos, no podría dejar de considerar este principio a que la obliga por otro lado el art. 5° de la Ley de Bases; por otra parte, concurre también otro elemento que, en mi opinión, constituye un derecho que la propia Constitución reconoce, cual es el derecho de igualdad con que toda persona nace (art. 1° inciso 1° de la Constitución Política), que desarrolla el inciso 5° de esa misma norma al prescribir que es deber del Estado "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional", y que se termina de concretar en la materia que interesa en el art. 19 N° 17 de la Carta Política, al decir que "la Constitución asegura a todas las personas la admisión a todas las **funciones** y empleos públicos, sin otro requisito que los que impongan la Constitución y las leyes. Finalmente también se conjugan en este análisis los principios de probidad y transparencia que también deben estar presentes en el reclutamiento del personal de la Administración del Estado, incluido por cierto el que se desempeña a honorarios.

De todo lo anterior resulta claro, en el juicio de quien expone, la obligación del legislador de dar aplicación a todos estos principios en las contrataciones a honorarios de los funcionarios, teniendo, por tanto, que esta-

blecer procedimientos de concurso para acceder a contrataciones a honorarios por regla general y sin perjuicio de las excepciones que el propio legislador tendrá que ponderar, en las situaciones especiales que así lo ameriten.

2. Qué se entiende por propuesta pública.

Dos aspectos conviene analizar:

El primero concierne a la concepción doctrinaria de las expresiones que sobre la materia suelen emplearse.²

Desde tal punto de vista y no obstante que los términos se emplean en distintas acepciones, podría decirse que, en general, se distingue entre licitación o concurso, que son conceptos genéricos, y propuesta y subasta, que denotan especies de aquéllos.

El concurso o licitación consiste en un procedimiento administrativo cuyo objeto es invitar a personas interesadas a formular ofertas relativas a obtener una determinada negociación con el invitante y sobre la base de ciertos principios; además, pueden ser públicos o privados, según la invitación a participar sea genérica, o bien sea restringida a determinadas personas o entidades.

Las especies de licitación o concurso más conocidas son la propuesta y la subasta.

La característica de la primera consiste en que los oferentes tienen una cierta libertad para formular ofertas en relación a la negociación de que se trata.

En cambio, en la subasta las ofertas se limitan a la proposición económica de la negociación y muy especialmente concernientes al precio del contrato, como puede ocurrir en las adquisiciones y enajenaciones de bienes.

El segundo aspecto por examinar es el relativo a la determinación de la expresión propuesta pública que emplea la norma en comento.

² Fernando Garrido Falla. Ob cit. Volumen II. Pág. 75.

Enrique Sayagués Lazo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1953. Págs. 552 y siguientes.

Ramón Parada. Ob. cit. Volumen I. Págs. 302 y siguientes.

Sabino Cassese. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1994. Págs. 257 y siguientes.

Ismael Farrando y Patricia R. Martínez. *Manual de Derecho Administrativo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996. Págs. 300 y siguientes.

José Roberto Dromi. *La Licitación Pública*. Buenos Aires, 1999. Págs. 76 y siguientes.

Al parecer habría que concluir en que tales vocablos se identifican con el concepto genérico, es decir, de licitación o concurso y no con el de propuesta propiamente. La razón que fundamenta este juicio se halla en que –y como ya se ha dicho con anterioridad– el procedimiento concursal es para todos los contratos de la Administración y una interpretación restringida, doctrinal, de tal expresión, marginaría aquellos convenios en que sólo se quiere recibir ofertas acerca de la situación económica del pacto (precio).

3. Alcance de la expresión “en conformidad a la ley”.

La discusión del proyecto respectivo en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado revela en síntesis que hubo una proposición de enmienda del precepto inicialmente propuesto en el sentido de establecer en él la idea de que la propuesta pública deberá ser el procedimiento que deberá operar como regla general en las contrataciones de la Administración del Estado y sólo por excepción se aplicará la propuesta privada y el trato directo. Tal modificación fue rechazada por la mayoría de tal Comisión sobre la base de reconocer a la autoridad administrativa una especie de discrecionalidad para optar entre propuesta pública, propuesta privada y trato directo.³

Sin embargo, estos antecedentes, en opinión del autor de este trabajo, debieron no ser considerados, por que son confusos y hasta contradictorios.

³ Diario de Sesiones del Senado, Sesión 3 (anexo de documentos págs. 333 a 336). Allí se expresa lo siguiente:

“Las indicaciones plantean, con diferentes redacciones, restringir los casos en que los contratos administrativos pueden celebrarse previa propuesta privada o mediante trato directo.

La indicación número 11 propone que ello sólo sea posible excepcionalmente, en situaciones de emergencia calificadas como tales por decreto supremo y en aquellos casos en que la ley lo permita atendida su naturaleza o cuantía.

La indicación número 12, a su vez, sugiere que se utilicen esas modalidades de contratación sólo en los casos en que la ley las autorice expresamente, o en circunstancias excepcionales o de emergencia. Agrega que deberá enviarse a la Cámara de Diputados una copia del referido decreto supremo.

La H. Senadora señora Feliú sostuvo que el artículo 8° debía consagrar con absoluta claridad a la licitación pública como la regla general en cuanto a los procedimientos de contratación administrativa. Recordó que, tradicionalmente, los contratos de mayor importancia, por los recursos involucrados, eran los relativos a la construcción de obras públicas y los de adquisiciones realizadas por la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, y ambos estaban regulados en la ley, especialmente en lo relativo a la selección del adjudicatario.

En la actualidad, la Administración suscribe con particulares una gran gama de contratos, muchos de los cuales implican cargos del Estado por cifras muy superiores a las que significa la construcción de una obra pública y, sin embargo, estos contratos no tienen una regulación legal en el aspecto que interesa. Es necesario llenar este vacío, pero en su parecer la solución que da el proyecto no es satisfactoria, pues las excepciones de su inciso tercero son demasiado amplias y discrecionales.

En este sentido, continuó, la indicación tiene por objeto establecer en el inciso primero la regla general por la cual se rigen los contratos administrativos –la propuesta pública–, y, consiguientemente, señalar en el inciso tercero los casos de excepción, en que ellos podrán realizarse por propuesta privada o trato directo. En el seno de la Comisión se discrepó respecto del alcance del artículo 8° bis, que se incorporó en el

En efecto, si el propósito fuera como la mayoría de la Comisión aludida señaló, es decir, que la propuesta pública sólo se emplearía cuando una ley reguladora del contrato específico de que se tratara así lo exigiera y que en los demás casos se determinara discrecionalmente el procedimiento por usar, se da lo siguiente: como la propuesta privada, según el inciso 3° de la norma en examen, opera exclusivamente cuando se dicta una resolución fundada en la situación de la propuesta privada o cuando la naturaleza de la negociación así requiriera la contratación directa, quiere decir que no hay tal discrecionalidad de la Administración, ya que ella deberá, en el primer caso, señalar los motivos que persigue su decisión de acudir a la propuesta privada; o bien tendrá que señalar los hechos que configurarían que la naturaleza de la negociación aconseja el sistema del trato directo. No hay, en consecuencia, una facultad discrecional, sino re-

primer informe con el único propósito de incluir en la Ley N° 18.575 algunas reglas básicas para la celebración de contratos administrativos.

El representante del Ejecutivo, profesor señor Pantoja, explicó que este artículo 8° bis tiene como gran virtud, incorporar en nuestra legislación una disposición que permitirá dar debida transparencia en la celebración de los contratos administrativos, porque se limita a recoger la situación que existe en la práctica, en que una gran cantidad de contratos que celebra la Administración se efectúa mediante el mecanismo de la propuesta privada o del trato directo. En ese sentido, precisó, no puede olvidarse que existen variadas obras y cometidos que no justifican la celebración de propuestas públicas. Por lo mismo, las exigencias que plantea la indicación podrían dificultar el normal desenvolvimiento de la Administración, al restringir de manera importante la posibilidad de ponderación de los hechos que lleva a optar entre la licitación pública, la privada o el trato directo.

Desde este punto de vista –añadió–, la exigencia que hace el inciso primero de este artículo, en orden a que los contratos administrativos se celebran previa propuesta pública “en conformidad a la ley”, cubre, precisamente, las situaciones de aquellos servicios públicos cuyas normativas determinan los casos en los cuales se exige la propuesta pública, esto es, solamente persigue salvar aquellas situaciones en las cuales esta modalidad de contratación se encuentra ordenada expresamente por un precepto legal. Por consiguiente, no constituye la regla general, sino que la excepción, porque la autoridad recurre normalmente a la licitación privada y no sólo en situaciones de emergencia. Destacó, además, que cuanto así lo dispone, lo hace sin que medie resolución fundada, obligación esta última que se incorpora por primera vez a la legislación nacional, en virtud de este proyecto de ley.

Los HH. Senadores señores Bitar y Hamilton compartieron esta explicación, juzgando que el artículo 8° bis constituye un gran avance respecto de la situación actual, en la idea de acrecentar la transparencia en la actuación de la Administración. Enfatizaron que la regulación en este orden de materias debe ser de tal manera que se logre un equilibrio que permita, por una parte, que la Administración pueda actuar, y por otra, que exista un control de su actividad.

Ello, a su juicio, se obtiene en el texto aprobado en el primer informe, que sujeta la licitación pública a los dos principios básicos elaborados por la jurisprudencia de la Contraloría General; obliga a fundar la resolución o decreto que llama a licitación privada, y faculta para acudir al trato directo sólo cuando proceda por la naturaleza de la negociación.

Al ser sometidas a votación ambas indicaciones, resultaron rechazadas por cuatro votos contra uno. Lo hicieron por el rechazo los HH. Senadores señores Bitar, Hamilton, Larre y Otero, en tanto lo hizo por la aprobación la H. Senadora señora Feliú.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión evaluó la conveniencia de reemplazar en el inciso tercero del artículo 8° bis, la expresión “en su caso” por el adjetivo “excepcionalmente”, que podría conciliar las diferentes formas en las cuales pueden celebrarse los contratos administrativos, en la idea de precisar que la propuesta privada procederá en todos aquellos casos que la autoridad, ponderando las circunstancias de hecho, que deberá expresar en las motivaciones de su resolución, así lo decida.

En principio, así se acordó por los HH. Senadores Bitar, Hamilton, Larre y Otero, con la abstención de la H. Senadora señora Feliú.

Posteriormente, a solicitud del H. Senador señor Hamilton, se revisó la incorporación de ese vocablo. Sostuvo el H. señor Senador, en lo que fue respaldado por los señores representantes del Ejecutivo, que

glada. Pero más aún, ¿qué sucede si no concurren los motivos para que proceda la licitación privada o el trato directo? No queda otra alternativa, según una interpretación de contexto entre el inciso 1° y 3° de la norma y aplicando el principio de racionalidad, que recurrir a la propuesta pública. Ello revela, entonces, que aunque se haya rechazado que este último sistema sea la regla general, sí opera como tal, según lo ya visto.

En estas condiciones, podría estimarse que la cuestión sería la siguientes en cuanto a la precisión de la frase "en conformidad a la ley":

a) Primero hay que observar la regulación especial de la ley dictada para especies de contratos de la Administración, como ocurre en las situaciones mencionadas del art. 86 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públi-

la estructura del artículo 8° bis respeta la realidad legislativa, en virtud de la cual los contratos administrativos se celebran previa propuesta pública cuando así es exigido por la ley, aplicándose a los demás casos la propuesta privada o simplemente el trato directo, de forma tal que la autoridad administrativa sólo debe efectuar el llamado a propuesta pública cuando se encuentra obligada en virtud de algún cuerpo legal, lo que ocurre en ciertas materias.

Por tanto, la introducción del vocablo "excepcionalmente" alteraría la referida situación, ya que la licitación privada pasaría a ser una situación de absoluta excepción y de difícil concreción, convirtiéndose la licitación pública en la regla general para la celebración de los contratos de la Administración, lo cual generaría importantes problemas de aplicación jurídica. Ellos se agravarían por la tipificación de la omisión de la propuesta pública como falta administrativa en el nuevo artículo 64 N° 8 –que pasa a ser N° 7 del texto que proponemos más adelante–, de la Ley N° 18.575, que se agrega en este mismo proyecto de ley e, incluso, como delito, en el artículo 272 bis del Código Penal, de acuerdo al primer informe de esta Comisión recaído en el proyecto de ley que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan casos de corrupción (Boletín N° 1177-07).

Consideró el H. Senador señor Hamilton, en ese orden de argumentaciones, que, en materia de contratación administrativa, no es posible establecer la existencia de una regla general, sino que, simplemente, constatar que en la práctica existen tres formas de contratar: propuesta pública, licitación privada, trato directo, y que será la voluntad de la autoridad llamada a celebrar dichos contratos la que determine cuál de esas formas utiliza, salvo que medie una obligación legal o reglamentaria. En ese sentido, puntualizó, resulta suficiente la sola exigencia de la resolución fundada de la autoridad para contratar mediante el mecanismo de la propuesta privada.

En esa misma línea de pensamiento, el H. Senador señor Aburto precisó que es innecesaria la introducción del adverbio "excepcionalmente", toda vez que la licitación privada para la celebración de contratos administrativos es procedente sólo cuando exista una resolución fundada de la autoridad que así lo determine, lo que, de por sí, da a tal procedimiento una aplicación excepcional.

En sentido contrario se manifestó el H. Senador señor Diez, quien entendió que la redacción del artículo 8° bis contempla la licitación privada como una forma excepcional para la celebración de contratos administrativos y creyó que es importante mantenerlo así. Agregó que es indispensable acrecentar la transparencia en la actuación de la Administración, por lo que incluso podría resultar conveniente, como propuso en la indicación número 12, que una copia de la resolución que autoriza la licitación privada sea remitida a la Cámara de Diputados para los efectos de fiscalización.

Por su parte el H. Senador señor Larraín también se declaró partidario de tal criterio, ya que, si la determinación de la procedencia de la licitación privada queda entregada al criterio de la autoridad, ésta debe actuar en términos restrictivos, por lo cual conviene utilizar el adverbio "excepcionalmente". El H. Senador señor Viera-Gallo, en cambio, se opuso al empleo de ese concepto, haciendo presente que, en materia de fiscalización, existe un control estricto de la Contraloría General de la República sobre los contratos que celebra la Administración.

Consiguientemente, en definitiva, se resolvió no incluir en el inciso tercero del artículo 8° bis el adverbio "excepcionalmente" por tres votos contra dos, de forma de mantener el precepto como figura en el primer informe. Los de mayoría correspondieron a los HH. Senadores señores Aburto, Hamilton y Viera-Gallo, y los de minoría a los HH. Senadores señores Diez y Larraín".

cas, o del art. 8° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

b) A falta de esta normativa especial, se debe acudir al art. 8° bis de la Ley N° 18.575. En tal caso, será procedente la propuesta pública si así lo estima conveniente la autoridad administrativa competente en la materia, o bien en la situación en que no existan motivos que se expresan en una resolución fundada, o si la naturaleza de la negociación así lo aconseja.

c) Cuando se den las situaciones de estas últimas alternativas, se podrá aplicar la propuesta privada o el trato directo.

B. Examen del inciso segundo.

La disposición se refiere a dos asuntos:

1) Si hay concurso o licitación (y como no se distingue, lo será en caso de propuesta pública o privada), se reconoce o más bien se confirma el derecho a la libre concurrencia o participación en el procedimiento.⁴

Este es un derecho cuyo fundamento se encuentra en la Constitución Política de la República de Chile en los ya mencionados arts. 1° incisos 1° y 5°; 19 N° 2 inciso 2° y 19 N°s 21 y 22.

En relación a lo anterior, no puede dejar de mencionarse que el ejercicio de este derecho puede tener restricciones y exclusiones. En todo caso, ellas tendrán que ser establecidas por ley, al menos en sus aspectos básicos, de tal manera que los llamados registros de contratistas y de provee-

⁴ Algunos autores califican de derecho subjetivo este derecho de libre concurrencia a las contrataciones del Estado. Ramón Parada. Ob. cit. T. I. Pág. 290, quien dice:

"Todas las personas físicas y jurídicas son aptas, en principio, para contratar con la Administración, siempre que tengan plena capacidad jurídica y de obrar. Esta regla encuentra un apoyo cierto en el principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos (art. 14 CE), que les hace iguales a la hora de la adjudicación de los contratos públicos, y, apurando el argumento, en el derecho de acceso de todos los españoles en condiciones de igualdad al ejercicio de funciones públicas (art. 23.2 CE). Ambos principios deben inspirar esta materia, porque los contratistas de la Administración, sobre todo los que gestionen un servicio público, se consideran verdaderos colaboradores de aquélla. Sólo, pues, en virtud de ley y por causa justificada podrá limitarse el derecho de los ciudadanos a concurrir en un procedimiento de selección de contratistas y a convertirse, si su oferta es la más ventajosa, en los adjudicatarios de un contrato de la Administración. Por encima incluso de nuestro ordenamiento, los principios de libre circulación de trabajo y mercancías y de libre competencia, que inspiran las Directivas comunitarias antes mencionadas, han obligado a mantener el respeto a la regla de la no discriminación, acomodando a ésta nuestros procedimientos de selección de contratistas".

En el mismo sentido, Eduardo Barrachina Juan. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Págs. 576 y 577, manifiesta que el derecho o libertad de concurrencia se encuentra expresamente reconocido en la ley española, el que sólo puede ser limitado por ley; cuya finalidad es proteger los intereses económicos de la Administración mediante la competencia máxima posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación administrativa (cita a García de Enterría).

dores u otros, deben tener previsto en la ley su establecimiento con criterios básicos de su operatoria.⁵

En nuestro país, la materia en estudio no posee un desarrollo suficiente. Solamente diría –por excepción– se da normativa concerniente a registro de contratistas, como es en la situación de las obras públicas a cargo del Ministerio del ramo.

2) Se confirma el derecho a la igualdad de tratamiento frente al pliego de condiciones del contrato.

El reconocimiento del derecho a la igualdad, como ya se ha visto, es de origen constitucional, y no puede estar limitado en materia de contrataciones del Estado sólo respecto de las bases del contrato, pues ello importaría una restricción que afecta el derecho en su esencia. A este respecto, no es feliz el precepto en análisis, pues el derecho a la igualdad lo es ante la Administración en todos los aspectos de la contratación y no sólo respecto del pliego de condiciones del mismo.⁶

⁵ Dromi, Roberto. Ob. cit., pág. 316, quien dice: “Exclusión.

Concepto. Conforme a la etapa procesal, los interesados tienen en la licitación derecho subjetivo a la participación, interés legítimo a la adjudicación y, en caso de resultar uno de los oferentes el adjudicatario, su situación jurídica es de derecho subjetivo a la contratación. Vemos entonces que el derecho de participar en los procedimientos de selección, conforma una situación jurídica especial en favor de cada uno de los licitadores.

No obstante lo expuesto, las disposiciones legales, reglamentarias o las cláusulas particulares del pliego de condiciones pueden disponer restricciones, que se expresan, como hemos visto, en la exigencia de una específica capacidad técnica o económica, pero que también pueden fundarse en los antecedentes del licitador. En tal caso se trata de la exclusión de ciertos licitadores; v.gr., quienes hayan resultado culpables ante la Administración por faltas en el cumplimiento de anteriores contrataciones, por incapacidad formalmente demostrada, por falta grave respecto de las condiciones de trabajo, por ejecución habitualmente defectuosa, por retardos reiterados, por fraude o tentativa de fraude, etcétera. **Causas.** *Estas restricciones a la participación deben fundarse, en todos los casos, en causales expresamente previstas por el ordenamiento jurídico.* En otros términos, no le está autorizado a la Administración excluir a sus oferentes del procedimiento licitatorio por otras motivaciones que no sean las previstas por la normativa legal o reglamentaria, de ahí que deba ajustarse a las pautas generales de los procedimientos administrativos, respetando sus principios a efectos de no incurrir en razones fútiles, antojadizas o ajenas al servicio público (Sayagués Laso, Enrique, *La licitación pública*, p. 117). Por tanto, la resolución que disponga la exclusión deberá ser motivada y fundada (art. 7º, incisos e y b, LNPA9º).

⁶ Roberto Dromi. Ob. cit., pág. 83, dice:

“Igualdad jurídica: La Administración no puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente derechos a otros. Cuando existen intereses contrapuestos de los administrados en un procedimiento (p. ej. concursos, licitaciones públicas, franquicias, exenciones, etc.), éste adquiere carácter contradictorio y *la Administración está obligada a dar una participación igualitaria a los interesados*, so pena de ilegitimidad de la decisión por afectar la imparcialidad que debe guardar en el trámite.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia ha reiterado el carácter no absoluto de igualdad ante la ley. ‘Se trata de una igualdad de tratamiento en razonable igualdad de circunstancias, eliminado excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se acuerde a otros en las mismas circunstancias mediante distinciones arbitrarias, injustas u hostiles, contra determinadas personas o categorías de personas’ (Fallos, 199:268).

El principio de igualdad supone un tratamiento igual para situaciones iguales”.

Finalmente nada se agrega en el inciso 2° referente al principio de estricta sujeción a la normativa del contrato, esto es, el pliego de condiciones o bases del mismo. Tal omisión no tiene mayor trascendencia si se tiene en cuenta que el principio de juridicidad es obligatorio tanto para gobernantes como para gobernados (art. 6° de la Carta Política) y por lo tanto, debe seguir aplicándose.

C. Inciso 3°.

En lo que concierne a lo prescrito en esta disposición, es preciso recordar todo lo que se ha mencionado a lo largo del estudio, esto es, que si de acuerdo con lo que previene la Ley Fundamental y lo que reconoce la doctrina, existe un derecho de toda persona a concurrir con los otros interesados, en igualdad de condiciones, ante la Administración del Estado para contratar, tal derecho se concreta en el procedimiento de concurso o licitación pública, pudiendo limitarse o prohibirse esa concurrencia por razones de eficiencia funcional y operacional de la Administración por la vía legal y no por la vía reglamentaria.

En este procedimiento, la disposición en análisis no condice con esos principios, pues, al conferirse a la Administración una facultad, al parecer discrecional, para recurrir a la propuesta privada, con la sola limitación de fundar el motivo, se estaría delegando en la Administración una tarea propia del legislador que es indelegable por referirse a un derecho fundamental y no tener plazo (art. 61 Constitución Política).

En lo que toca al trato directo, tampoco la preceptiva del art. 8° bis es la adecuada, puesto que, por una parte, al emplear un concepto jurídico indeterminado, como es "salvo que **por la naturaleza de la negociación** corresponda acudir al trato directo", deja establecido un campo indefinido que puede interpretarse o aplicarse sin suficiente precisión; y por otra parte, con ello se vuelve a establecer una limitación a un derecho de todos sobre la base de la simple apreciación discrecional de la Administración.

Se hace necesario repetir un paradigma en esta materia, cual es la norma del art. 86 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, que recoge absolutamente la preocupación que se plantea en este análisis.