



FACULTAD DE DERECHO

TESINA CORRESPONDIENTE A LA CARRERA DE DERECHO

Análisis y Estudio del Sistema de Compras Públicas, sugerencias de modificaciones normativas.

AUTOR: CARLOS VÍCTOR E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ.

PROFESOR: RAUL LETELIER WARTENBERG.

SANTIAGO MAYO 2013

1. Agradecimiento.

Primero que todo, quisiera agradecer por el apoyo prestado a través del tiempo que me he empezado a familiarizar con el Sistema de Compras Públicas a la Señora María de los Ángeles Molina, quien vio en mi una persona con la cual podría contar para poder realizar el importante servicio de mediación de reclamos en la Dirección de Compras Públicas. A Lorena Portugal, con quien he trabajado últimamente y al equipo de mediación de reclamos, que con nuestro estudio diario en nuestro trabajo hemos podido apoyar a compradores y proveedores para llevar sus procesos de contratación de una forma más acorde a la normativa. También a aquellos capacitadores que me dieron las bases para poder trabajar en esta área.

También deseo agradecer a mi profesor guía Raúl Letelier por haberme apoyado y guiado cuando perdí el rumbo de lo que quería plasmar en este proyecto.

Es necesario agradecer además a aquellos funcionarios de las distintas reparticiones públicas y a los proveedores que han hecho posible que el sistema avance en términos de probidad y transparencia, y trabajan en el abastecimiento de productos y servicios para los distintos Organismos Públicos, tratando de llevar un servicio de mejor calidad para el ciudadano.

1. Agradecimiento.
2. Índice.
3. Resumen.
4. Introducción.
5. Introducción a la Ley de Compras y Contratación Pública:
 - 5.1. ¿Por qué una Ley de Compras?
 - 5.2. Gestación de la Ley de Compras.
 - 5.2.1. Comisión Nacional de Ética Pública.
 - 5.2.2. Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República.
 - 5.2.3. Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público del Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública.
 - 5.3. Principios Perseguidos en la ley de Compras.
 - 5.3.1. Principio de Transparencia y Publicidad.
 - 5.3.2. Principio de Igualdad de los Proveedores y Libre Concurrencia.
 - 5.3.3. Principio de Estricta Sujeción a las Bases de Licitación.
 - 5.3.4. Principio de No Formalización.
 - 5.4. Ley de compras desde el punto de vista de la Constitución
6. Actuales problemas del Sistema de Compras Públicas.
 - 6.1 Problemas relacionados con los Organismos Públicos.
 - 6.1.1 Poca preparación de los usuarios del sistema.
 - 6.1.2 Desconocimiento de la norma que rige la contratación.
 - 6.1.3 Falla en la elección del procedimiento para efectuar una compra.
 - 6.1.4 Fallas en la planificación de adquisiciones por falta de tiempo.
 - 6.2 Problemas de los Proveedores del Estado.
 - 6.2.1 Engaño por parte de los proveedores al momento de ofertar.
 - 6.2.2 El problema del proveedor único en zonas poco pobladas.
7. Problemas de la Normativa que rige las Compras Públicas.
 - 7.1 Dirección de Compras y Contratación Pública:
 - 7.1.1 Falta de Facultades de Fiscalización.
 - 7.1.2 Falta de Potestades para solicitar Sanciones a funcionarios que no realicen bien las adquisiciones en el portal.
 - 7.1.3 Falta de facultades de Control de proveedores que incumplen.
 - 7.2 Tribunal de Contratación Pública:

- 7.2.1 Plazo muy acotado para interponer una demanda ante el Tribunal de Contratación Pública.
- 7.2.2 Ponderación del Costo beneficio para poder accionar ante el Tribunal.
- 7.3 Otro Problema de Normativa.
 - 7.3.1 Inexistencia de plazo legal para formular descargos de los proveedores ante errores, suspensión de la adjudicación.
- 8. Trabajo de la Dirección de Compras y Contratación Pública para mejorar el sistema de adquisiciones del Estado.
 - 8.1 Capacitación para Compradores.
 - 8.2 Capacitación de Proveedores.
 - 8.3 Prueba de Acreditación de Competencias.
 - 8.4 Directivas de Compras Públicas.
 - 8.5 Mediación de reclamos por Irregularidad en adquisiciones.
 - 8.6 Consultas Normativas.
 - 8.7 Facultades de la Dirección de Compras al detectar irregularidades en adquisiciones.
- 9 Propuestas de Modificaciones Legales:
 - 9.1 Modificación a las instancias de Fiscalización.
 - 9.1.1 Reclamos ante la dirección de Compras.
 - 9.1.2 Demanda directa ante el Tribunal de Compras:
 - 9.1.3 Ampliación del plazo para interponer demanda:
 - 9.1.4 Interrupción del plazo para interponer demanda:
 - 9.1.5 Incremento del número de Audiencias del Tribunal de Contratación Pública:
 - 9.2 Modificación a las causales de Trato Directo.
 - 9.3 Modificación a las facultades de la Dirección de Compras.
 - 9.3.1 Facultad de solicitud de información.
 - 9.3.2 Facultad de Bloqueo temporal de cuenta.
 - 9.3.3 Facultad de Solicitud de Auditoría.
- 10 Conclusión
- 11 Bibliografía

3. Resumen:

La actividad contractual del Estado es un tema interesante de analizar, que está en constante cambio, desde los tiempos de la Colonia, pasando por los procesos emancipadores, hasta las nuevas democracias y el proceso de dominio de los principios de Probidad y Transparencia en la forma de gastar los recursos públicos.

Con la dictación de la Ley de Compras y la modernización del sistema de adquisiciones del Estado, apoyados en las nuevas tecnologías y el empoderamiento de la ciudadanía que cada día más quiere saber como, cuando y en que se gastan los recursos públicos, se ha dado paso a un proceso en el cual la actuación del Estado debe dejar de lado totalmente la arbitrariedad en la toma de decisiones.

Este trabajo, sin pretender ser un texto doctrinario, viene en analizar los objetivos perseguidos por la ley de compras y ha hacer algunos alcances que nos pueden llevar, desde nuestro humilde punto de vista, a mejorar el sistema de adquisiciones a través del Portal www.mercadopublico.cl.

Es así como a través del análisis de la normativa, la historia de la ley y el trabajo que actualmente realiza la Dirección de Compras y Contratación y la experiencia, analizamos algunos puntos que pueden traer dificultades y que se podrían mejorar con modificaciones legales o conductuales por parte de los distintos actores del Sistema.

Análisis y Estudio del Sistema de Compras Públicas, sugerencias de modificaciones normativas.

4. Introducción:

La actual legislación del sistema de Contratación regido por la ley 19.886 de Compras Públicas y su reglamento rigen desde hace algunos años todos los procesos de Contratación de bienes muebles o servicios que no son excluidos en la propia ley. Es aplicable a la mayor parte de los Organismos Públicos y sin duda ha sido un gran avance en el proceso de modernización del Estado seguido por los gobiernos de carácter democrático, orientando la actividad a los principios de Probidad y Transparencia, al Ahorro en las contrataciones y al estricto apego a la normativa vigente.

5. Introducción a la ley de Compras y Contratación Pública:

En los últimos años, con la dictación de la Ley de Compras y Contratación Pública N°19.886 y el reglamento N° 250 del año 2004 del Ministerio de Hacienda el Estado hace un gran esfuerzo para modernizar el sistema de compras públicas basándose en los principios de Transparencia, probidad administrativa, eficacia y eficiencia en las contrataciones. Para estos efectos se crea el portal www.mercadopublico.cl, portal transaccional del Estado donde todos los Organismos Públicos deben publicar la compra de bienes muebles o servicios a través de sus licitaciones públicas o privadas, sus compras a través de los Convenios Marcos licitados por la Dirección de Compras y Contratación Públicas e incluso publicar sus órdenes de compra por Trato Directo.

Los medios de contratación y el cómo usan los organismos públicos y los proveedores del Estado esta plataforma no es un tema menor, ya que en el sistema de compras públicas se transan anualmente 8.000 millones de dólares. Y la transparencia y probidad que se debe tener cuando los órganos públicos compran ha sido puesto en duda incluso por el Contralor General de la República, Ramiro Mendoza (quien de paso se muestra partidario de una plataforma de bases tipo) en una entrevista al diario Estrategia el 2 de Mayo del 2012.

Importante es destacar que todos los organismos públicos deben regir sus procedimientos de contratación que celebre la administración a título

oneroso de bienes o servicios a través de esta ley, su reglamento y supletoriamente las normas de Derecho Público y en su defecto las de derecho privado.

Este estudio tendrá como finalidad despejar algunas de las carencias que posee la actual Ley de Compras y como solucionarlas para poder crear un mejor sistema de contratación, tanto con cambios legales como de mentalidad en los organismos públicos y los proveedores.

5.1 ¿Por qué una Ley de Compras?:

¿En qué medida puede el estado hacer uso de la actividad contractual para lograr la concreción de sus fines públicos? Esa es la pregunta fundamental que tuvo el ejecutivo al momento de empezar a pensar en una regulación actualizada que pudiera regir las contrataciones de los diversos organismos del Estado con particulares a título oneroso. Sabiendo que al igual que los organismos privados, la organización estatal necesita para conseguir realizar sus fines públicos del suministro de bienes y servicios por parte de los privados y que estos suministros se perfeccionan a través de convenios o contratos con particulares, y cada día más, a pesar del proceso privatizador de la economía, el estado es un comprador habitual de todo tipo de suministros para cumplir su función esencial, es que toma una vital importancia el tema de las adquisiciones públicas, *“con el fin de 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.”*¹

El ejecutivo en su mensaje presidencial, indica que considerando que en muchos países latinoamericanos no hay organismos que sirvan de un “punto focal responsable de las adquisiciones del sector público” la responsabilidad de las compras se encuentra dispersa en las diferentes entidades del estado, lo que puede dar como resultado una situación de cierta gravedad en algunos casos. Se da la posibilidad de *“inconsistencias en la aplicación de las normas que rigen las compras del Estado... se corre el riesgo de que los gobiernos no tengan una visión integral y estratégica de las adquisiciones”*² y llegan a la conclusión de que la gestión de compras debe

¹ Historia de la Ley N° 19.886, página 5, Mensaje *Presidencial*.

² Historia de la Ley N° 19.886, página 6, Mensaje *Presidencial*.

ser encarada integralmente en sus aspectos administrativos, financieros, legales, tecnológicos y de gestión.

Para poder obtener el objetivo mencionado, el ejecutivo parece tener tres puntos en la mira, la Capacitación de los recursos humanos, un sistema de información e intermediación electrónica que de transparencia, eficacia y eficiencia y la evolución de la legislación sobre compras del sector público.

Se indica que hay que capacitar a los recursos humanos para que quienes estén encargados de las compras puedan dejar atrás viejas prácticas y propiciar un ambiente comercial más transparente, integrador, que promueva la eficiencia y la economía de las compras. La capacitación, en este sentido, es un pilar fundamental para alcanzar este cambio de cultura, ya que se necesita adiestrar a los funcionarios de forma adecuada para que puedan conocer y usar las nuevas técnicas de adquisiciones, los medios electrónicos y así poder reducir los costos asociados al proceso de compras.

Se sugiere que los avances en la tecnología de la información (internet) *“puede aumentar enormemente la eficiencia de los procesos y propiciar la transparencia como nunca antes”*³. A corto plazo se sugiere enviar las notificaciones de avisos de licitación y su información a través de estos sistemas a los proveedores, así los proveedores podrán ofertar sus productos a través de este medio y los organismos públicos comparar y elegir.

En materia normativa, se indica que las primeras leyes de compras se enfocaron en proteger a la industria nacional en desmedro de las empresas extranjeras, se reconocía el principio de igualdad, pero solo entre los nacionales. En los últimos años del siglo XX se produce un cambio paulatino hacia la mayor participación de las empresas extranjeras en las licitaciones nacionales, lo que dio lugar a variados acuerdos transnacionales en que se comprometen a facilitar el acceso mutuo a sus mercados de adquisiciones públicas, prohibiendo la discriminación a proveedores de países firmantes.

5.2 Gestación de la Ley de Compras:

Debido a las causas antes mencionadas, es que el gobierno del entonces Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, emprendió la tarea de realizar una

³ Historia de la Ley N° 19.886, página 7, Mensaje *Presidencial*.

reforma integral del sistema de compras y contrataciones tarea en la cual destacan los siguientes hitos:

5.2.1 Comisión Nacional de Ética Pública:

La Comisión Nacional de Ética Pública se creó como una *“Instancia de estudio y elaboración de políticas públicas e iniciativas legales destinadas a reforzar los procedimientos e instituciones del Estado, con el propósito de formular perfeccionamientos y reformas destinados a garantizar la transparencia de los procedimientos”*⁴

Esta comisión evaluó, entre otras materias, la reglamentación vigente en materia contractual y licitaciones del Estado y llegó a la conclusión de que existe gran dispersión normativa al respecto, lo que lleva a una desigual y confusa reglamentación en aspectos tales como *“volúmenes de gastos... sistemas de registro de contratistas o de pre calificación y mecanismos de control”*⁵.

Es por estas razones que 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”*⁶. La comisión propone crear un sistema de adjudicación electrónica de propuestas estatales.

5.2.2. Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República:

En 1996 este organismo se dedicó a revisar el régimen de contratos y licitaciones en el sector público, evacuó un informe en el cual se recomienda 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”*. Se sugiere además que para asegurar la transparencia en el uso de los recursos públicos la Licitación Pública sea la regla general de contratación y

⁴ Historia de la Ley N° 19.886, página 9, Mensaje *Presidencial*.

⁵ Historia de la Ley N° 19.886, página 9, Mensaje *Presidencial*.

⁶ Historia de la Ley N° 19.886, página 10, Mensaje *Presidencial*.

que esta se sustente en los principios de Ética Pública, *“para promover la transparencia y publicidad, la libre concurrencia y competencia de oferentes, la sujeción estricta a las bases establecidas para cada procedimiento... y la igualdad de trato para todos los participantes.”*⁷ También sugiere la definición de criterios objetivos para determinar la procedencia de licitación pública, privada o trato directo; la creación de un registro de las personas con las que contrata la administración, de fácil acceso, administrado por una institución competente y autónoma. Se insistió en la importancia de implementar un sistema de adjudicación electrónica de licitaciones del Estado.

5.2.3. Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público del Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública:

Este comité recogió los antecedentes anteriores y sancionó un programa que contemplaba, entre otras, la creación de una normativa marco de compras y contrataciones del sector público y reglamentos por Servicio.

5.4. Principios Perseguidos en la Ley de Compras:

Empezaremos este breve análisis haciendo una distinción entre lo que es un principio y una regla, distinción propuesta por Robert Alexy y que es citada por Gabriel Celis Danzinger⁸ indicando que se puede distinguir un Principio de una Regla, ya que los primeros constituyen normas que contienen *“mandatos de optimización y obedecen al criterio de maximización de un determinado bien jurídico (...) carecen de la estructura clásica de antecedente, consecuencia, y sanción propia de las reglas jurídicas tradicionales de tipo kelseniano”* a diferencia de las normas *“que solo pueden ser cumplidas al modo todo o nada, siendo su criterio el de realización”*.

Hecha esta distinción pasaremos a analizar los principios Constitucionales que atraviesan la normativa de Compras Públicas.⁹

⁷ Historia de la Ley N° 19.886, página 10, Mensaje *Presidencial*.

⁸ Celis Danzinger, Gabriel, “Principios Constitucionales en la Ley de Compras” Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°1 (2008) página 76.

⁹ Dejaré fuera de este análisis la “economía y eficiencia” como principio, ya que considero que este no es un principio a seguir en contrataciones, sino que es parte de los objetivos que se buscan alcanzar al crear esta ley.

5.4.1. Principio de Transparencia y publicidad:

Este principio es recogido, en materia de tratados, en el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en los artículos 19.2 y 3. La Convención Americana de Derechos Humanos lo consagra en su artículo 13, explícitamente como el derecho fundamental de acceso a la Información Pública.

Este principio se recoge, primeramente, del artículo 8 de la Constitución Política de la República, que indica en su inciso segundo *“Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen”*. Esto quiere decir que el Organismo Público no solo debe publicitar la resolución por la cual, por ejemplo, adjudique una licitación, sino que también todos los actos administrativos por los cuales se tomó la decisión de adjudicar, desde la definición del requerimiento, pasando por la evaluación de las ofertas hasta la orden de compra final.

La ley 20.285 sobre acceso a la información nos indica en su artículo 4, inciso segundo en que consiste el principio de Transparencia de la siguiente forma *“en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley”*, el cual sería, para los efectos de la Ley 19.886 el sistema de información establecido por la Dirección de Compras y Contratación Pública según lo indica el artículo 18 de la Ley de Compras.

La publicidad no se encuentra definida, sin embargo nos atenderemos a la opinión de Herbert Hövelmeyer, quien lo define como *“Aquel principio general del Derecho Chileno consagrado en nuestra Carta Fundamental aplicable a todos los órganos del Estado que desarrollan alguna función pública, que pertenece al Estado de Derecho, y que permite el conocimiento de los actos y resoluciones así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen, y que se aplica obligatoriamente en todas las ramas del Derecho Público.”*¹⁰

¹⁰ Hövelmeyer, Herbert, El Principio de Publicidad a la luz de las reformas a la Constitución Política y su posible incorporación a los principios del Estado de Derecho. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Talca, Universidad de Talca, 2006.

Este principio es uno de los pilares fundamentales y fundantes de la Ley de Compras y Contratación Pública, y así queda estipulado desde el mensaje presidencial de la ley *“La publicidad y transparencia son y serán los principios estructurales sobre los cuales descansa y descansará la gestión del estado”*¹¹

Esto se traduce en que los procedimientos por los cuales la administración seleccione a determinado oferente para contratar deben ser Públicos e idóneos.

En la Ley de Compras este principio se encuentra recogido en la prohibición de fragmentar las compras con el fin de hacer variar el procedimiento de Contratación (art. 7); Obligación de utilizar el Sistema de Información (art. 18); Publicidad y gratuidad del Sistema de Información (art. 19); Publicidad del Registro de Contratistas (art.16); la necesidad de fundar los actos administrativos del proceso de Licitación (Art 10; Art. 9; Art. 7b; Art. 9 del Reglamento)¹²

5.4.2. Igualdad de los proveedores y Libre Concurrencia:

Este principio También fue tratado por el mensaje Presidencial en la Ley de Compras de la siguiente forma *“Este principio se traduce en que frente a diferentes sujetos que se encuentren en idénticos supuestos de hecho, incluidos los requisitos para poder contratar, la administración no puede discriminar en razón de ninguno de ellos”*

*“El principio exige que 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.”*¹³

En la Carta Fundamental, se encuentra recogido en el artículo 19 N°2 que indica *“La igualdad ante la ley: En Chile no hay persona ni grupos privilegiados (...) Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”* y también en el numeral 22 del mismo artículo que indica *“La no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.”*

¹¹ Historia de la Ley de Compras, página 12, Mensaje Presidencial

¹² Marta Morales del Rio, Seminario Derecho Administrativo Militar, Power Point.

¹³ Historia de la Ley de Compras, página 13, Mensaje Presidencial.

Incluso podemos hacer alusión a la última idea del artículo 1° de la Constitución, *“Es deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”*

En la Ley de Compras se instituye este principio a través del artículo 6 que habla de las bases de licitación, que indica en su inciso primero *“Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni solo atender al precio de la oferta.”*

El reglamento desarrolla este principio en el artículo 20, inciso segundo, que indica también refiriéndose a las condiciones de las bases de licitación *“Estas condiciones no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias entre esos, como asimismo, deberán proporcionar la máxima información a los proveedores.”*

En la Ley de Compras, y refiriéndonos a la libre concurrencia de los proveedores, podemos indicar que en el artículo 4° se establece que *“podrán contratar con la administración personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras”* indicándose posteriormente cuales son las causales de inhabilidad para contratar con el Estado. Es necesario hacer una distinción en este sentido, en referencia a las inhabilidades para contratar. No afectan estas condiciones a la presentación de las ofertas, sino que a **“contratar con la administración”**. Por tanto una persona que se encuentre inhábil para contratar, según la ley o el reglamento, puede de todas formas presentar su oferta, incluso no es exigible el encontrarse en el registro oficial de proveedores del Estado Chileproveedores como se indica en el dictamen 48.179 del 2012 de la Contraloría General de la República, hablando de un certificado del registro de Contratistas del MOP exigido para ofertar, que aclara *“Es dable señalar que ese requerimiento, así como el contar con inscripción vigente en el Registro del Sistema de Compras y Contrataciones Públicas, portal www.mercadopublico.cl. del referido artículo N° 10, solo resulta exigible al momento de la contratación, atendido el principio de libre concurrencia de los oferentes consagrado en los artículos 4 ° y 6° de la ley N° 19.886 y de lo dispuesto en el artículo 16° de la misma (aplica criterio contenido en el dictamen N° 5.392, de 2009)”*

También debemos destacar el artículo 9 de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos que indica *“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.”

5.4.3. Principio de Estricta Sujeción a las Bases de Licitación:

El artículo 10 de la Ley de Compras nos indica que “el adjudicatario de la licitación será en su conjunto, (quien) haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento.

Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente.

El reglamento determinará las características que deberán reunir las bases de las licitaciones.”

Es necesario detenernos acá. Si un organismo público hace bases que son poco claras, en las cuales no está bien definido el requerimiento, de todas formas debería aceptar las ofertas que le llegaron a su licitación si cumplen con los criterios que él puso en esas bases, ya que estrictamente hablando “cumplen con las bases de licitación” y si el organismo público declarara inadmisibles esas ofertas sería él el que incumpliera con el criterio de “estricta sujeción a las bases”, que corre tanto como organismo público como para proveedores participantes en la licitación.

Esto también significa que aquellos proveedores que no presenten su oferta como fue solicitado a través de las bases de licitación deberían ser dejados inmediatamente fuera de bases de y eliminados de la licitación. Pero este principio no debe ser aplicado como una regla (distinción que hicimos en un primer momento) ya que en realidad pueden haber choques entre distintos principios en la Ley de Compras, en este caso, podría chocarse con el principio de libre concurrencia o el de no formalización.

5.4.4. Principio de no Formalización:

Si bien este principio no se encuentra recogido expresamente en la Ley de Compras, me permitiré mencionarlo como un principio aplicable a ella y a los

procesos administrativos de licitación debido a que permite salvar, en la práctica diaria, muchos procesos de licitación que por errores formales podrían perderse.

Este principio se encuentra descrito en el artículo 13 de la Ley 19.880 (Ley de Bases de Procedimiento Administrativo) que indica *“Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con **sencillez y eficacia**, de modo que las formalidades que se exijan sean **aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares**.*

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.”

La jurisprudencia administrativa ha recogido este principio y lo ha aplicado a la Ley de Compras en el dictamen 75.915 del 2011 enunciando *“Asimismo, el dictamen N° 62.483, de 2004, relativo al principio de no formalización del artículo 13 de la ley N° 19.880, agrega que el procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicio a particulares, agregando que el vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado. En el caso en análisis, la omisión denunciada reviste un carácter formal y no constituye un error esencial que afecte la validez de la oferta, pues no guarda relación con aspectos objeto de evaluación, ni ha significado privilegiar a uno de los oferentes en perjuicio de los demás.”*

5.5. Ley de Compras desde el punto de Vista de la Constitución:

Ya analizamos en parte, al estudiar los principios de la ley de Compras, cuál es su fundamento constitucional. En este apartado nos enfocaremos en si la Constitución tiene aplicación directa en la Ley de Compras Públicas.

Nosotros creemos que es así, que la Constitución tiene fuerza normativa propia, y que por tanto, debería ser usada por los operadores jurídicos directamente cuando haya una norma que se puede interpretar en dos sentidos diferentes, siempre debe primar el que se encuentre más ceñido a la Constitución y cuando una situación en concreto no este reglada por una norma en concreto.

“...surge para todos los órganos del Estado y, en realidad, para todas las personas en orden a interpretar y aplicar los preceptos y cláusulas jurídicas conforme a los principios y normas contenidos en la carta Fundamental, o sea, visualizando el Sistema Jurídico Interno desde y hacia la Carta Fundamental.

Por ello, aquella forma de concebir al Ordenamiento Jurídico exige respetar la Constitución en el desenvolvimiento concreto de las conductas públicas y particulares, de manera que ellos no solo respeten la Carta Fundamental en la secuencia dispuesta para su generación y cuando se las confronta, sustantivamente y en abstracto, con la preceptiva fundamental, sino que también cuando esas actuaciones son llevadas a la práctica, aunque no se hayan planteado dudas de constitucionalidad, en sede preventiva o a posteriori, o no obstante que ellas hayan sido desechadas, en el control respectivo”¹⁴

Uno de los principios que menciona Gabriel Celis Danzinger en “Principios Constitucionales de la Ley de Compras” es la eficacia normativa de la Constitución, indicándonos que los preceptos normativos de la constitución tienen aplicación directa a los procesos de contrataciones que se realizan al alero de la Ley de Compras, en virtud de la eficacia normativa inmediata de la constitución, que según él estaría consagrado en el artículo 6, inciso segundo *“los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona institución o grupo”¹⁵.*

¹⁴ Miguel Ángel Fernández González, “Constitución y Casación: ¿De la falta de aplicación al Monopolio Constitucional?” publicado en “estudios Constitucionales, de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/1n_3_2005/6.pdf citando al texto “la Fuerza Normativa de la Constitución”, LXIII Revista de Derecho Público, tomo I (Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2001). Pp, 77-102.

¹⁵ Celis Danzinger, Gabriel, “Principios Constitucionales en la Ley de Compras” Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°1 (2008) página 76.

También nos indica que se debe aplicar la Constitución como un criterio hermenéutico, como lo indica la Contraloría en el dictamen N° 610-2000 que indica *“ninguna norma jurídica puede vulnerar o desconocer la Constitución, principio que configura uno de los componentes del Estado de Derecho y que debe presidir una interpretación de las normas legales”*.

También debemos referirnos al principio del Derecho Convencional Internacional y de los Derechos Humanos.

Los tratados de Derechos Humanos firmados y ratificados por Chile son una limitante a la soberanía en virtud del artículo 5 de la Constitución, y como tal, los procesos de contratación en virtud de la Ley de Compras, debería respetar tanto los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental como aquellos que han sido reconocidos por el Estado de Chile a través de los tratados internacionales que han sido firmados y ratificados por nuestro país y que se encuentren vigentes. Esto debido, a que el Estado está al servicio de la persona humana, por tanto ninguna de sus actuaciones podría estar en contra de este principio de existencia del Estado, o por lo menos eso se espera de un estado que en verdad esté al servicio de la persona humana.

Respecto al resto de los Tratados Internacionales, aquellos que no contienen normas de Derechos Humanos debemos referirnos al artículo 32 N°15 de la Constitución, que indica *“Son Atribuciones especiales del Presidente de la República:*

15- Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados, que estime conveniente para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54N°1.”

En el propio reglamento de compras, en el artículo 1, inciso segundo, se indica *“En lo que sea pertinente, se aplicarán a los contratos señalados anteriormente las normas establecidas en los Tratados Internacionales sobre la materia, ratificados por Chile, y que se encuentren vigentes”*

Por tanto, no se podría desconocer la aplicación de un Tratado Internacional bilateral que trate materias de compras públicas, ya que por estricta aplicación del reglamento, estos deben ser aplicados a la materia cuando sea pertinente.

6. Actuales problemas del Sistema de Compras Públicas:

Si analizamos los problemas actuales del sistema de compras públicas podemos encontrar tres tipos de problemas.

Los problemas relacionados con los organismos públicos, los relacionados con los proveedores y los relacionados con la normativa.

6.1 Problemas relacionados con los Organismos Públicos:

6.1.1 Poca preparación de los usuarios del Sistema

Tomando en consideración que el ejercicio de la función pública requiere de un grado importante de preparación por parte del funcionario para llevar el proceso de compra con un estricto apego a la normativa vigente, es necesario que el funcionario que lleva a cabo una adquisición tenga los conocimientos necesarios, tanto tecnológicos como legales y de gestión de abastecimiento.

Desde la Dirección de Compras y Contratación Pública tiene disponible para los operadores cursos de capacitación en el sitio <http://formacion.chilecompra.cl> tanto online como presenciales a través de todo Chile, con el objeto de que puedan aprender y también actualizarse en el sistema de compras públicas. Dentro de estos cursos destacan ciclos acerca del uso de los “Convenio Marco”, de “Compras Sustentables”, “Gestión de Contratos”, “Normativa de Compras Públicas” y “Uso del Portal Comprador”.

A través del sitio e-learning hay cursos de responsabilidad Social Empresarial, cursos de bases de Licitación, cursos acerca del uso de los Criterios de Evaluación, entre otros.

Todos estos cursos tienen la doble finalidad de lograr que los operadores del sistema puedan trabajar de forma más eficiente y respetando siempre la normativa legal vigente en sus procesos de adquisiciones; y, en segundo término pero por nada menos importante, preparar a los usuarios operadores para su acreditación, proceso por el cual la DCCP certifica que aquellos que pasen están capacitados para poder trabajar en Compras Públicas en cualquier organismo del Estado.

Es importante recalcar, que aquellos que no pasen esta prueba serán bloqueados del sistema, o sea, no podrán ingresar con su nombre de usuario y contraseña al portal. Esto se hace para asegurar tanto a los organismos públicos como a la ciudadanía en general, que los operadores del sistema están plenamente calificados para poder trabajar en Compras Públicas.

Muchos errores en los procesos de compra por parte de los organismos públicos se deben a que los operadores del sistema no tienen los conocimientos necesarios para operar en él, a pesar de la disponibilidad de la información en las plataformas digitales.

Quizás el modo de hacer que el operador del sistema se enfoque en mejorar sus conocimientos y aplicarlos al momento de hacer operaciones sea hacer capacitación constante y evaluaciones constantes y no periódicas, no solo a aquel encargado de adquisiciones, sino que también a los encargados de evaluar los procesos, definir los requerimientos y crear las bases de licitación.

También sería importante que aquellos que son los encargados de subir los procesos al portal tengan la capacidad de detectar errores de bases o procedimientos por parte de las unidades requerentes, con el objetivo de que puedan corregir estos errores antes de que sean publicados en el portal.

6.1.2 Desconocimiento de la norma que rige la contratación:

Muy ligado al punto anterior, podemos indicar que una parte de los operarios de la administración no conoce la normativa de compras públicas, o si la conocen no pueden aplicarla correctamente.

Si bien no podemos pedir que todo aquel que trabaje en abastecimiento tenga estudios de derecho o alguna carrera relacionada con la administración o del área jurídica, sería conveniente fortalecer la relación que debe necesariamente existir entre el área jurídica de las distintas reparticiones con aquellos encargados de gestionar las compras públicas.

6.1.3 Falla en el procedimiento adecuado para realizar una compra:

Si bien la licitación pública es la norma general, los organismos públicos también pueden recurrir a comprar por Convenio Marco (obligatoriedad de comprar por Convenio Marco para todas las instituciones exceptuando a las

Municipalidades) o a través de Trato Directo. Muchas veces, pudiendo ocuparse estos medios de adquisiciones, se pierde tiempo haciendo licitaciones públicas, el caso más común es no ocupar trato directo por proveedor único o el realizar una compra fuera del Convenio Marco, a través de una Licitación Pública sin fundamentar realmente cuales son las condiciones más ventajosas por las cuales elude el comprar a través de convenio Marco y que deben ser presentadas al momento de publicar la licitación y no mirando la licitación a posteriori.

6.1.4 Fallas en la planificación de adquisiciones por falta de tiempo:

Muchos errores en las licitaciones se deben a la poca planificación y coordinación que existe dentro de algunas instituciones al momento de tener la necesidad de comprar algún bien o servicio. Muchas veces la unidad requirente manda la solicitud de compra para suplir una necesidad con poca antelación, lo cual dificulta realizar licitaciones en forma óptima, debido a que se deben acortar los plazos de publicación, evaluación de las ofertas y adjudicación. También se tiende a prestar el servicio o entregar el bien en forma expedita, lo cual hace poco oportuno el poder objetar el procedimiento cuando no se ha detectado algún vicio que pueda invalidarlo o hacer cambiar el adjudicatario, ya que si se presta un servicio de forma inmediata no habría tiempo para detener el procedimiento y lo único que quedaría sería el perjuicio para el proveedor no adjudicado.

6.2 Problemas de los Proveedores del Estado:

6.2.1 Engaño por parte de los proveedores en las condiciones comerciales al momento de ofertar:

En su afán por ganar licitaciones, algunos de los proveedores del Estado, ponen en sus condiciones comerciales cláusulas que no podrán cumplir, pero que los harán ganar un mayor puntaje de cara a la evaluación de las ofertas. Ejemplo típico de esta situación es ofertar un plazo de entrega que a priori no van a cumplir, con el consecuente perjuicio para el proveedor que tenía una mejor oferta y que hubiese sido adjudicado en condiciones de normalidad, también se genera perjuicio para el Organismo Público ya que este tipo de situaciones pudieren afectar su normal desempeño.

Las maneras que tienen los organismos públicos para poder frenar a este tipo de proveedores y así obligarlos a ofertar seriamente son las siguientes:

A: Solicitar Boletas de garantía por Fiel Cumplimiento del Contrato y por Seriedad de la Oferta. Se debe tener cuidado con no desincentivar la participación de los proveedores solicitando boletas de Garantía demasiado altas.

B: Evaluación de cumplimiento de los proveedores: Este método está diseñado para que cada vez que se preste un servicio, el organismo público haga una evaluación acerca del desempeño de este y que con las calificaciones obtenidas, posteriormente, se pueda agregar a los criterios de evaluación el comportamiento contractual anterior de los proveedores, teniendo el cuidado de darle la totalidad del puntaje a aquellos proveedores que nunca han contratado con el organismo con el fin de no caer en discriminación arbitraria.

C: Imponer multas: El Organismo Público debería asegurarse de imponer multas en caso de cumplimiento parcial o incumplimiento del contrato, con el fin de resarcir el perjuicio ocasionado y asegurar la calidad de los productos o los servicios prestados.

D: Cláusula de re adjudicación: Es importante para los Organismos Públicos siempre poseer cláusula de re adjudicación dentro de sus licitaciones, con la finalidad de no perder el proceso de licitación completo en caso de incumplimiento del adjudicado original.

6.2.2 El problema del proveedor único en zonas poco pobladas:

En el proyecto de ley Original enviado por el Ejecutivo para la ley de Compras, se indicaba en el original artículo 15, refiriéndose a los tratos directos en la letra D que *“se podrá contratar directamente en los siguientes casos:*

D. Si solo existe un proveedor del bien o servicio o estos son notoriamente escasos en el mercado”

G. Cuando se trate de contratos a ejecutarse en localidades aisladas”¹⁶

Estas dos causales de trato directo contempladas originalmente en el proyecto de ley se perdieron en la tramitación del proyecto, en la letra D se

¹⁶ Historia de la Ley N° 19.886, página 26, Mensaje *Presidencial*.

omitió la opción de que sean notoriamente escasos en el mercado y la letra G fue totalmente eliminada.

Para nosotros, y mirando las circunstancias especiales en que se encuentran muchas localidades de nuestro país, en zonas extremas o de difícil acceso (Isla de Pascua, Juan Fernández, Magallanes, sectores precordilleranos) en los cuales hay poca población, poco comercio y pocos proveedores, la decisión legislativa de eliminar sobre todo la letra G, carece de sentido, sobre todo considerando que aparte de eliminar esta letra, se incluye a las Municipalidades al nuevo marco regulatorio a través del artículo 66 de la Ley Orgánica de Municipalidades que indica lo siguiente:

“Artículo 66.- La regulación de los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y sus reglamentos.”

Esta situación, sumado a problemas como la poca coordinación para hacer las compras con antelación, genera que se deba recurrir a licitaciones públicas, esperando los plazos, cuando se podría haber, con el proyecto de ley original, recurrido al trato directo, el cual aseguraría el abastecimiento del servicio o bien en forma oportuna y sin demasiado trámite.

Se entiende la intención del legislador de eliminar estas letras del artículo 15 e incluir a las Municipalidades en virtud de la transparencia y competencia que debe primar en las compras públicas, pero creemos que es una mala política el quitar las herramientas necesarias para facilitar el trabajo de los Organismos Públicos, haciéndolos gastar más recursos materiales y humanos en crear una licitación que tiene una amplia probabilidad de no tener oferentes o que se presente el único oferente que tiene cierto bien en un sector determinado.

Creemos que, sería importante, refiriéndonos al proveedor único, que se delimite el espacio geográfico en el cual debe ser proveedor único, si se mira desde un punto de vista comunal, provincial, regional o internacional, con el fin de facilitar a los Organismos Públicos el uso (sin el temor de llegar al abuso) de la causal de Trato Directo por proveedor único.

7 Problemas de la Normativa que rige las Compras Públicas:

En este apartado analizaremos cuales son algunos de los problemas que podemos detectar en la actual regulación de las Compras Públicas a Nivel Nacional.

7.1 Dirección de Compras y Contratación Pública:

La Dirección de Compras y Contratación Pública, como servicio encargado de la administración del portal de Compras Públicas creado por la Ley 19.886 y, entre comillas, sucesor de la Dirección de Aprovechamiento del Estado, es un servicio público que funciona correctamente, con una baja dotación de funcionarios ha podido a través de los años, consolidarse como un servicio responsable en el cual tanto los Proveedores del Estado como los Organismos Públicos tienen confianza.

Según nuestro punto de vista, a este servicio público le faltan algunas facultades para ser un ente encargado realmente de velar por el correcto funcionamiento, ya no solo del portal, sino que de las contrataciones que se hagan a través de él.

Podemos preguntarnos ¿Por qué es necesario que la Dirección de Compras vele por el correcto funcionamiento de las contrataciones? El argumento que puedo ocupar aquí es sencillo. La Dirección de Compras y Contratación Pública es el organismo que está en contacto diariamente con el portal, y hay que aprovechar ese contacto y el conocimiento que tienen de él, tanto funcionarios como la propia institución, para poder fortalecer aún más la transparencia y probidad que rige en materia de Contrataciones.

Los proveedores confían en la Dirección de Compras cuando detectan irregularidades en adquisiciones y las hacen llegar a través del formulario de reclamos. A estos reclamos se les da un trato especial a través del proceso de mediación para poder solucionar en forma oportuna el conflicto y así volver al imperio del derecho.

Hay que aprovechar el potencial y la confianza que se crea tanto en proveedores como compradores para poder perfeccionar el sistema, y para eso, según nuestro punto de vista, no ayuda el que la Dirección de Compras carezca de ciertas facultades que deberían tener para cumplir las expectativas puestas en ella por parte de los actores del sistema.

7.1.1 Falta de Facultades de Fiscalización:

Para poder cumplir con las expectativas puestas en la Dirección de Compras y Contratación Pública, es necesario dotarla de facultades de fiscalización, las cuales no tiene en virtud de la actual ley 19.886, y que, curiosamente, si venían incluidas en el mensaje presidencial de la Ley de Compras, al referirse esta al recurso de reclamación en su artículo 44 original.

“Cualquier persona que participe en los procedimientos de contratación podrá reclamar en contra de las acciones u omisiones de la administración que estime arbitrarias o ilegales (...) dentro del plazo de 10 días contado desde la fecha de las acciones desde e requerimiento, en el caso de las omisiones, ante la Dirección de Compras y Contratación Pública”

En el inciso segundo de este artículo se indicaba que *“En los casos que la Dirección estime que se encuentra comprometida la responsabilidad administrativa de algún funcionario público, deberá, además, remitir los antecedentes a la Contraloría General de la República”*¹⁷

Como podemos apreciar, la idea original del proyecto de ley era facultar a la Dirección de Compras directamente con la facultad de fiscalización, con la opción de acoger las reclamaciones de los proveedores, aunque no se indica cuales son las acciones que puede tomar en caso de evidenciar irregularidades en las adquisiciones, si se indica que puede incluso elevar los antecedentes a la Contraloría para que se sancione administrativamente a los funcionarios que hayan tenido responsabilidad administrativa en los actos investigados.

Importante es destacar que esta función, de recibir los reclamos, fue remplazada en la creación del Tribunal de Contratación en el actual capítulo V de la Ley 19.886.

7.1.2 Falta de Potestades para solicitar sanciones a los funcionarios que no realicen bien las adquisiciones a través del portal:

Como se reviso anteriormente, originalmente la DCCP tenía la facultad para remitir los antecedentes a la Contraloría cuando estimare que alguno de los involucrados en un proceso de compra incurriría en una irregularidad por la cual fuera procedente imponer una sanción administrativa.

¹⁷ Historia de la Ley N° 19.886, página 38, Mensaje *Presidencial*.

Esta facultad se eliminó, eliminándose así una medida de presión que pudiese tener la Dirección cuando desde un Organismo Público no se siguiese correctamente el procedimiento. A nuestro juicio esta decisión fue errada, es necesario que la Dirección tenga esta facultad para poder presionar a los organismos públicos y que así estos puedan llevar sus procesos de compra con un apego estricto a lo que indican sus propias bases de licitación, las cuales, además, deben estar en plena concordancia con la normativa legal vigente, así como todas las actuaciones que tengan los funcionarios en el proceso de licitación, desde el momento oportuno para subir las bases de licitación, pasando por una correcta visita a terreno y una adjudicación adecuada a la normativa y los criterios de evaluación publicados en las bases.

7.1.3 Falta de facultades de control de proveedores que incumplen contratos.

En la Ley 19.886 no hay facultades expresas para la Dirección de Compras y Contratación Pública para poder eliminar del registro de contratistas a aquellos proveedores que incumplen permanentemente contratos.

Esta situación la consideramos como una debilidad, ya que para poder crear un sistema serio, es necesario tener facultades para poder sancionar a proveedores que reiteradamente puedan estar incumpliendo los contratos adjudicados.

Si los Organismos Públicos no pueden prohibir a un proveedor en específico el poder ofertar en sus procesos, sabiendo que se caracterizan por no cumplir los tiempos de entrega, o incluso por malos tratos a los funcionarios de los organismos públicos, se corre el riesgo de que un proveedor que incumpla se siga adjudicando licitaciones, y así se entorpezca la función pública de los organismos, retrasándolos en el logro de las metas de cada institución con los consecuentes perjuicios no solo para el Organismo, sino que también para los propios beneficiarios de los servicios que prestan los organismos (ejemplo el abastecimiento de medicamentos para los hospitales o de libros para las universidades y colegios municipales).

Al detectarse a este tipo de proveedores se le deberían imponer sanciones adecuadas al nivel de incumplimiento, por ejemplo, bloqueando su cuenta para ofertar por un tiempo determinado.

La situación de haber dado lugar al término anticipado de un contrato fue tomada en consideración en el mensaje del Ejecutivo al momento de enviar la ley al Congreso, específicamente en el artículo 5º letra C que indica lo siguiente:

“En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

C) Haber dado lugar al término anticipado de un contrato celebrado con la Administración. En este caso, la prohibición se mantendrá por tres años, pero no regirá cuando un Tribunal exima al afectado de responsabilidad, por sentencia ejecutoriada.”¹⁸

Si bien esa instrucción fue eliminada del Proyecto de Ley, se conserva su espíritu en el reglamento de la Ley de Compras, en sus artículos 95 y 96, acerca de la eliminación del proveedor del registro de Contratistas (Chileproveedores) pero se cancela la inscripción en el registro, no se le priva de la habilidad para contratar con el Estado en ese periodo de tiempo, ya que las inhabilidades para contratar, como lo ha expresado reiteradamente Contraloría General de la República son estrictas y se encuentran contenidas en el artículo 4 de la Ley 19.886.

7.2 Tribunal de Contratación Pública:

Partiremos analizando al Tribunal de Compras, institución creada por la ley 19.886 con el objeto de judicializar los futuros conflictos que puedan surgir entre proveedores y Organismos Públicos respecto a los procesos de licitación en los que estos participen.

Es así como en la Ley de bases Sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (Ley de compras públicas) le dedica todo el capítulo V a regular la conformación, facultades y funcionamiento del Tribunal de Compras Públicas, creado por el artículo 22 de la ley con asiento en Santiago.

En el inciso VIII del artículo 22 se indica que es un tribunal que falla conforme a derecho y esta bajo la Superintendencia de la Corte Suprema *“Este Tribunal fallará conforme a derecho y estará sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema,*

¹⁸ Historia de la Ley N° 19.886, página 21, Mensaje *Presidencial*.

de conformidad con lo que establece el artículo 79 de la Constitución Política de la República.”

La función de este tribunal esta dada por el artículo 14 de la ley de compras, en el cual se indica que será el competente para conocer de las acciones de impugnación en contra de los actos u omisiones ilegales o arbitrarios de los organismos públicos o sus funcionarios durante las licitaciones, desde su publicación hasta su adjudicación.

En Chile, si bien el artículo 38 de la Constitución Política de la República podría interpretarse como un mandato a los tribunales ordinarios para que atiendan las reclamaciones de los ciudadanos afectados en sus derechos por los actos del Estado y las Municipalidades, hay leyes especiales que crean tribunales especiales con carácter contencioso administrativo, ejemplo de ello son los tribunales aduaneros.

La Ley de Compras crea un Tribunal Especial, el Tribunal de Contratación Pública, con carácter Contencioso Administrativo.

Así lo indica el presidente del Tribunal de Compras en ejercicio, don Álvaro Arévalo Adasme en el borrador de cuenta pública del Tribunal¹⁹ *“El Tribunal de Contratación **Pública es un tribunal contencioso administrativo de carácter especial**, creado exclusivamente para conocer de ilegalidades y/o arbitrariedades ocurridos en actos administrativos específicos, acaecidos con ocasión de procedimientos de licitación pública y privada.”*

A continuación procederemos a analizar algunos puntos que este autor identifica como deficiencias en la normativa que regula el Tribunal de Contratación y el procedimiento seguido ante él.

7.2.1 Plazo muy acotado para interponer una demanda ante el Tribunal de Contratación Pública.

La ley da un plazo fatal para poder interponer la demanda ante el tribunal de compras, el cual es de 10 días hábiles desde que se toma conocimiento del acto administrativo u omisión por la cual podría viciarse el procedimiento de contratación. Hay que tomar en consideración que según el artículo 6 del reglamento de la ley de compras, se entienden realizadas 24 horas después de que el organismo público haya publicado el decreto o resolución en el

¹⁹ <http://www.tribunaldecompras.cl/web/images/cuenta%20publica%202012.pdf>

portal de mercadopublico, sin embargo, el artículo 24 de la ley indica que el plazo para presentar la demanda se cuenta desde la fecha en al que el interesado toma conocimiento. El artículo 47 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo indica que **“Artículo 47. Notificación tácita. Aun cuando no hubiere sido practicada notificación alguna, o la que existiere fuere viciada, se entenderá el acto debidamente notificado si el interesado a quien afectare, hiciere cualquier gestión en el procedimiento, con posterioridad al acto, que suponga necesariamente su conocimiento, sin haber reclamado previamente de su falta o nulidad.”**

Respecto a la presentación de la demanda, la ley da la opción de presentarla directamente en el tribunal o presentarla mediante las intendencias regionales o gobernaciones, quienes deberán remitirla el mismo día o a más tardar al día siguiente hábil.

Consideramos que este plazo es insuficiente para poder hacer una reclamación bien fundada, sobre todo en aquellos casos en los cuales por la naturaleza del negocio hay que fundar con mucha atención las circunstancias de hecho o de derecho que pueden llevar a una irregularidad en el proceso de compras, como una mala evaluación a los servicios ofertados por el reclamante o por el proveedor adjudicado. Además, creemos que se debería tomar en consideración en el cómputo del plazo y refiriéndonos a la suspensión de este, la interposición de un reclamo por irregularidad en la adquisición hecho a través del portal de mercadopúblico. Esto debido a que al interponer un reclamo, los proveedores esperan respuesta por parte del Organismo Público y que se enmiende el proceso acorde a derecho, y mientras se espera la respuesta al reclamo, van corriendo los días de interposición de la demanda, la cual, no debería ser declarada admisible si se presenta luego de 10 días hábiles de ocurrida la irregularidad, cuartándose así la posibilidad de acudir a la jurisdicción administrativa para solucionar la controversia. Los reclamos interpuestos a través del portal no tienen la naturaleza de un recurso de reposición administrativa o recurso jerárquico, por tanto no podrían interrumpir el cómputo del plazo de interposición de la demanda ante el Tribunal de Contratación.

7.2.2 Ponderación del Costo beneficio para interponer una demanda ante el Tribunal:

Otro aspecto que puede inhibir la decisión de un proveedor que se vea afectado por una resolución administrativa en un proceso de licitación al momento de analizar si acudir o no al Tribunal de Contratación es el cálculo del costo beneficio.

El proveedor, como cualquier persona, piensa antes de interponer una demanda cuales son las consecuencias que tendría para el económicamente el interponer una acción. Calcula el costo de abogado, lo que puede ganar en el caso de ser indemnizado, lo que dejó de ganar por una arbitrariedad o ilegalidad del Organismo Público, incluso piensa que por interponer una demanda, no se adjudicará nunca más una licitación de determinada institución.

¿Cuándo el proveedor acude al Tribunal de Contratación? El proveedor acude a esta instancia cuando el beneficio que puede obtener de ello es importante en comparación al gasto que tendrá que hacer. Resumiendo, va a demandar cuando sepa que tiene la razón y que el perjuicio económico sufrido (en realizar la propuesta, su daño emergente y lucro cesante) sea alto.

El problema que puede generar este razonamiento es que en la práctica, se terminen remitiendo al Tribunal de Compras solo aquellas adquisiciones de montos elevados y que recurran al Tribunal solo aquellos proveedores que tienen, por lo menos, los recursos suficientes para costearse el costo de un abogado (que además debe estar domiciliado en Santiago) para que los represente ante esta instancia jurisdiccional, en definitiva, este razonamiento hace que las PYMES no acudan a la jurisdicción y que muchas de las adquisiciones abiertamente irregulares no sean sancionadas por el organismo competente ni los perjuicios de estas actuaciones sean resarcidos a favor de los proveedores.

7.3 Otro problema de normativa:

7.3.1 Inexistencia de plazo legal para formular descargos de los proveedores ante errores, suspensión de la adjudicación:

La normativa carece de un plazo para poder analizar efectivamente si se realizó la adjudicación de forma oportuna, rigiéndose por los criterios de

evaluación establecidos en las bases. Cuando un Organismo Público adjudica, no hay ningún plazo para que los proveedores puedan hacer sus descargos respecto a puntos dudosos en la adjudicación, la adjudicación puede hacerse efectiva una vez publicada en el portal, enviarse los productos, prestarse los servicios, aceptarse la Orden de Compra y Facturarse el servicio sin necesidad de esperar a que los demás proveedores interesados puedan revisar si se realizó el proceso correctamente, lo cual podría impedir, incluso, que el recurso de reposición administrativa tenga un efecto de hacer volver la licitación al imperio del derecho evitando los perjuicios a los proveedores.

¿Qué incentivo va a tener un proveedor para reclamar por una adjudicación, por ejemplo, de la producción de un evento que se realice con motivo de la conmemoración del día de navidad si la adjudicación de esta licitación se hace el mismo día del evento? ¿De que le servirá interponer un reclamo ante la dirección, una demanda ante el tribunal de contratación o un recurso de reposición o jerárquico ante el organismo si el servicio se prestó?

La ley de compra carece de tiempo de “vacancia” para poder realizar estas acciones antes de que surjan consecuencias perjudiciales, tanto para los proveedores afectados como para la misma administración.

8 Trabajo de la Dirección de Compras y Contratación Pública para mejorar el sistema de adquisiciones del Estado:

Respecto a la Dirección de Compras y Contratación Pública, cabe destacar el empeño que ha tenido a través de los años que lleva de funcionamiento para poder mejorar los procesos de compras, capacitando tanto a compradores operarios como a proveedores, impartiendo directivas de Compras y con su servicio de mediación de Reclamos por Irregularidad en adquisición, con el espacio de Consultas Normativas donde el área jurídica de la Dirección se encarga de resolver las dudas de compradores y proveedores y también los Centros de Emprendimiento donde se ayuda a los proveedores para ofertar de forma adecuada en el portal y también se les indica como hacerse parte del sistema de Compras y Contratación Pública. Cabe destacar la labor de la Mesa de Ayuda de la DCCP a la cual pueden llamar los compradores y proveedores para despejar dudas de carácter operativo del portal, orientados por ejecutivos capacitados en Compras

Públicas quienes a diario orientan a cientos de proveedores y operadores de sistema. La DCCP también está encargada de velar por asegurar la calidad de los operadores del sistema a través de su sistema de Acreditación.

Partiremos analizando la labor de la DCCP a través de las capacitaciones que tiene disponibles para operarios de los organismos públicos y para los proveedores de bienes y servicios para el estado.

8.1 Capacitación para compradores

El artículo 30 de la ley 18.886 (De contratación Pública) indica en su letra “a” que *“Son funciones del Servicio las siguientes:*

a) Asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras y contrataciones. Para ello podrá celebrar convenios de asesoría para el diseño de programas de capacitación y de calificación y evaluación contractual”²⁰

Los Organismos públicos cuentan con áreas de adquisiciones que día a día publican en el portal www.mercadopublico.cl sus procesos de adquisiciones para que los proveedores de los rubros puedan ofertar en ello. Para poder hacerlo, deben tener un grado de conocimiento, tanto del portal de compras como de la normativa vigente, adecuado para el ejercicio de su cargo.

Es por esto, que la DCCP tiene disponible para los operadores cursos de capacitación en el sitio <http://formacion.chilecompra.cl> tanto online como presenciales a través de todo Chile, con el objeto de que puedan aprender y también actualizarse en el sistema de compras públicas. Dentro de estos cursos destacan ciclos acerca del uso de los “Convenio Marco”, de “Compras Sustentables”, “Gestión de Contratos”, “Normativa de Compras Públicas” y “Uso del Portal Comprador”.

A través del sitio e-learning hay cursos de responsabilidad Social Empresarial, cursos de bases de Licitación, cursos acerca del uso de los Criterios de Evaluación, entre otros.

Todos estos cursos tienen la doble finalidad de lograr que los operadores del sistema puedan trabajar de forma más eficiente y respetando siempre la normativa legal vigente en sus procesos de adquisiciones; y, en segundo

²⁰ Artículo 30, capítulo VI, Ley de Bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicio

término pero por nada menos importante, preparar a los usuarios operadores para su acreditación, proceso por el cual la DCCP certifica que aquellos que pasen están capacitados para poder trabajar en Compras Públicas en cualquier organismo del Estado.

Es importante recalcar, que aquellos que no pasen esta prueba serán bloqueados del sistema, o sea, no podrán ingresar con su nombre de usuario y contraseña al portal. Esto se hace para asegurar tanto a los organismos públicos como a la ciudadanía en general, que los operadores del sistema están plenamente calificados para poder trabajar en Compras Públicas.

8.2 Capacitación de Proveedores:

El mismo artículo 30 de la ley de Compras, en su letra G nos indica:

“Son funciones del Servicio las siguientes:

G) Promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. Además deberá ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por esta”

Muchas veces una buena oferta de un proveedor debe ser dejada fuera de base de licitación por parte del Organismo Público porque el proveedor no se atiene estrictamente a las bases de licitación, haciendo que las compras de los organismos sean menos eficientes de lo que todos queremos.

Es por esto, que desde la DCCP también se capacita a los proveedores, empresarios, profesionales y personas naturales, para que puedan ingresar sus ofertas al portal de la forma idónea y así no perder negocios que pueden ser muy rentables y favorecer tanto al estado como a los proveedores.

En la plataforma <http://cemanager.chilecompra.cl> se ofrecen cursos de capacitación para proveedores totalmente gratuitos, en los cuales destacan “Como participar en un Convenio Marco”, “Administración de cuenta mercadopublico.cl”, “Análisis de bases de licitación”, “Como ofertar con éxito”, incluso se les ayuda con alfabetización digital con el curso “Navegando en Internet + Mercadopublico + Chileproveedores”.

Todo esto con el objeto de que los proveedores efectivamente puedan comprender el sistema de compras públicas y abrir el sistema a grandes y

pequeños empresarios, a las PYMES y personas naturales que deseen participar, fomentando con ello la competencia y la integración de nuevos actores al mercado, el empleo y el emprendimiento, fin último que, a mi modesto punto de vista, debería apuntar cualquier sistema de adquisición de bienes y servicios por parte del Estado.

8.3 Prueba de acreditación de Competencias:

Según el artículo 5 bis del decreto 250 del Ministerio de Hacienda (Reglamento de la ley de Compras), los usuarios/operadores del sistema, de las entidades licitantes *“deberán contar con las competencias técnicas suficientes para operar en el Sistema de Información, de acuerdo a lo establecido en las Políticas y Condiciones de Uso del Sistema de Información y Contratación Electrónica.*

Tales competencias técnicas estarán referidas a los distintos perfiles de usuarios y comprenderán materias relacionadas con gestión de abastecimiento, uso del portal, aplicación de la normativa y conceptos de ética y probidad en los procesos de compras, entre otros. Los perfiles de usuarios estarán definidos en las Políticas y Condiciones de Uso.”²¹

En los términos y condiciones de uso del portal, disponibles en www.chilecompra.cl, en la sección de acreditación de usuarios, y en concordancia con la facultad entregada por la ley 19.886, en su artículo 30, letra H y el artículo 5 bis del decreto 250 del Ministerio de Hacienda, la dirección establece un sistema de acreditación de las capacidades que deben tener los operadores del sistema para poder trabajar en el portal.

En la sección concerniente a la acreditación se establece que:

“Los usuarios de las entidades licitantes deberán acreditar sus competencias técnicas ante la Dirección para operar en el Sistema de Información, en la forma y plazos que ésta establezca en las Políticas y Condiciones de Uso del Sistema de Información y Contratación Electrónica. A todo aquel usuario que no apruebe el proceso de acreditación de competencias, la Dirección de Compras podrá bloquearle su clave de acceso al sistema de información hasta que obtenga la certificación respectiva.”

²¹ Artículo 5 bis decreto 250 del Ministerio de Hacienda, reglamento de la Ley 19.886

Por tanto, se excluye del sistema a aquellos operarios que no pasen la prueba de acreditación en su perfil de usuario, los cuales tendrán una nueva oportunidad de dar la prueba de acreditación hasta que la pasen. Esta prueba de acreditación se rinde dos veces al año y quienes no la aprueben serán bloqueados del sistema.

La prueba de acreditación consta de dos etapas, una de seguimiento de las licitaciones en las cuales a tomado parte el operador, y un examen escrito, información disponible en el reglamento de la prueba de acreditación disponible en el sistema.

8.4 Directivas de Compras Públicas

Las Directivas de Contratación Pública son recomendaciones que en diversas materias de Compras Públicas emite la DCCP, con el fin de poder ayudar a los Organismos Públicos a realizar de una manera más eficiente y acorde a la ley y el reglamento sus procesos de compra, sean estos a través de Convenio Marco, Licitación Pública, Licitación Privada o Trato Directo.

Así nos encontramos con directivas acerca del uso de los Convenios Marco, de cómo deberían integrarse y funcionar adecuadamente las comisiones evaluadoras, como realizar contrataciones sustentables, como prevenir la colusión entre oferentes, solo por mencionar algunas.

Hay una directiva, que aunque no es una emanada directamente desde la Dirección de Compras, creo necesario a lo menos mencionar.

Se trata de la circular N° 23 del 13 de Abril del 2006 procedente del Ministerio de Hacienda con la cual se intento instar a los Organismos Públicos a ayudar a cumplir con la promesa de campaña de la ex presidente Verónica Michelle Bachelet acerca del pago a los proveedores a 30 días. Menciono esta circular ya que uno de los grandes problemas a los cuales se enfrentan los proveedores, y el motivo por lo que algunos dudan en venderle o prestarle servicios al estado, es que algunos servicios públicos no pagan en el tiempo acordado ni en los 30 días que deberían hacerlo.

8.5 Mediación de Reclamos por Irregularidad en adquisición

La Dirección de Compras y Contratación Pública ha puesto a disposición de los usuarios un Servicio de Mediación de Reclamos, completamente gratuito,

con el objetivo de poder facilitar las vías de comunicación entre compradores y proveedores cuando la respuesta a los reclamos que estos formulan por irregularidad en adquisición a través del portal no fueron satisfactorias.

Si bien la Dirección de Compras y Contratación Pública no es un organismo fiscalizador de las operaciones que se generan a través del portal, el servicio de mediación trata de orientar a compradores cuando podríamos estar frente a un caso de irregularidad en adquisición, indicándoles las normas que podrían estar siendo vulneradas, indicándoles que ha dicho contraloría en casos parecidos a el que se comenta o indicándoles que sería prudente adjuntar la documentación que respalda su proceso de compra, algunas veces que hicieron mal el cálculo en el cuadro de evaluación de oferta o que no han evaluado ni dejado fuera de base a un proveedor en específico. Si bien no se ejerce un rol fiscalizador, si es una asesoría a los organismos públicos en virtud del artículo 30 letra a de la ley de compras ya analizado. También, y cuando el proveedor cayese en algún error respecto a su reclamo, se le trata de explicar el porque del error y cual es la solución para ello y así en futuras ocasiones no vuelva a cometer el mismo error y pueda ofertar en mejores condiciones.

El año 2010, según cifras indicadas por la DCCP en su portal, hubo un total de 665 reclamos mediados a lo largo del país, de los cuales se logró un resultado positivo en 401 casos.

8.6 Consultas Normativas

Este servicio esta orientado a los usuarios del sistema de información como al público en general.

En el portal de Chilecompra hay un formulario donde los usuarios podrán realizar consultas gratuitas referentes a la Ley de Compras Públicas y su reglamento, las cuales serán contestadas por los abogados de la Dirección con el fin de despejar sus dudas, tanto a operadores de sistema, proveedores y también a las áreas jurídicas de los distintos Organismos Públicos. Es importante mencionar la celeridad de la respuesta, la cual se entrega en un plazo máximo de 3 días hábiles.

8.7 Facultades de la Dirección de Compras Públicas al Detectar Irregularidades en Adquisiciones.

La DCCP, como se ha dicho anteriormente, no tiene facultades de fiscalización respecto a los demás organismos públicos, no puede imponer sanciones de ningún tipo ni multas, tampoco solicitar sumarios administrativos en contra de los operadores que se vean involucrados en una situación irregular, sin perjuicio de poner los antecedentes a disposición de la fiscalía cuando se pueda configurar algún tipo de delito.

Sin embargo, si puede oficiar al jefe superior del Servicio cuando se encuentre en un proceso una situación irregular, con el fin de informar a este acerca de alguna violación al decreto 250 del Ministerio de Hacienda, a la ley 19.886 o a la ley de bases de procedimiento administrativo.

9 Propuestas de modificaciones legales:

A través del análisis de la normativa legal vigente expuesta en este trabajo, me gustaría sugerir para el debate medidas con el fin de propiciar la transparencia del sistema de compras y contratación pública junto con la eficacia y la eficiencia en las adquisiciones de los organismos públicos.

9.1 Modificación a las Instancias de Fiscalización.

Tomando en consideración que aún no se han creado tribunales Contenciosos Administrativos propiamente tal y que el Tribunal de Contratación es un Tribunal Ad Hoc, es que venimos en proponer los siguientes cambios en la reglamentación del Tribunal de Contratación para que pueda cumplir su función correctamente, integrándolo de una manera mucho más efectiva con la Dirección de Compras y Contratación, con la finalidad de que todos los proveedores tengan la oportunidad de acceder en forma más eficiente a la justicia administrativa.

Creemos que el Tribunal de Compras debiera transformarse en una instancia a la cual puedan acceder todos los proveedores, y para lograrlo propongo el siguiente sistema de seguimiento a los recursos presentados por los proveedores del Estado.

9.1.1 Reclamos ante la dirección de Compras:

Todo reclamo por irregularidad en adquisiciones debiera ser primero que todo canalizado a través de la DCCP, con el objeto de que a través de la instancia de mediación puedan resolverse expeditamente aquellas reclamaciones que puedan solucionarse sin que sea necesario llegar a una instancia jurisdiccional.

Una vez analizado el reclamo, y si es que se detecta una irregularidad que no haya sido solucionada por parte del Organismo Público con la asesoría de la Dirección de Compras y Contratación a través del proceso de mediación, la Dirección podrá enviar, previa consulta al proveedor reclamante, si desea que este caso sea resuelto por el Tribunal de Contratación. En caso de ser positiva la respuesta por parte del proveedor, se derivan los antecedentes al Tribunal donde se seguirá el proceso en su etapa jurisdiccional, previo informe de la Dirección de Compras indicando cuales son las normas vulneradas en el proceso de licitación y cuales son las solicitudes del proveedor respecto a la licitación investigada.

Una vez evacuado el informe, el proveedor podrá hacerse parte a través de una demanda, la cual se agregará al expediente y se le dará la oportunidad de presentar nueva prueba al proceso, en el caso de los Organismos Públicos, para su defensa, el proceso quedaría tal cual se sigue hasta ahora. La conveniencia de usar este medio es eliminar el costo de abogado que represente al proveedor y además otorgarle a la Dirección de Compras una herramienta de presión adicional para que los organismos públicos respondan de mejor manera los reclamos por irregularidad y eviten en un futuro cometer los mismos errores.

Una vez resuelta la controversia, y en el caso de que por parte del Tribunal de Contratación se estime que hay irregularidades en adquisición y que en ellas le cabe responsabilidad a algún funcionario, se podrán derivar los antecedentes a Contraloría para que se investigue la responsabilidad administrativa de el o los funcionarios.

9.1.2 Demanda directa ante el Tribunal de Compras:

En el caso de que el proveedor afectado por una irregularidad no desee seguir el procedimiento anterior, o en el caso de que desde la Dirección de Compras y Contratación no se observe irregularidad alguna, el proveedor

tendrá el derecho de realizar la demanda directamente ante el Tribunal de Contratación.

9.1.3 Ampliación del plazo para interponer demanda:

Sugiero se amplíe el plazo para interponer demanda ante el Tribunal de Compras, de los 10 días hábiles actuales a 15 días hábiles, esto ya que muchos de los proveedores que podrían interponer una demanda ante el Tribunal de Compras no lo alcanzan a hacer debido al tan acotado plazo para poder interponer la acción, así podremos garantizar de mejor forma el acceso a la justicia a los proveedores, sobre todo en aquellos casos en que hay una resolución de adjudicación pero no están antecedentes importantes a disposición de los futuros litigantes y que son esenciales, como por ejemplo el cuadro de evaluación de ofertas o el acta de la comisión evaluadora.

9.1.4 Interrupción del plazo para interponer demanda:

Aparte del recurso de reposición administrativo y el recurso jerárquico, sugiero que los reclamos por irregularidad en adquisición también puedan interrumpir el plazo de interposición de la demanda, el cual volvería a contarse una vez que efectivamente el comprador responda el reclamo. Esto ya que muchos proveedores confían en que a través del reclamo (y el probable proceso de mediación) se podrá llegar a una solución mucho más idónea a su situación en un plazo menor, pero debido a que son pocos los organismos públicos que responden en el plazo de 2 días hábiles que da el portal para responder el reclamo, muchas veces el tiempo para interponer la demanda se va antes de que el comprador responda el reclamo. Para que no siga ocurriendo esto es que sugiero que el reclamo por irregularidad suspenda el plazo de interposición de la demanda, y así el reclamo (y su respuesta) deje de ser usada por algunos organismos públicos como un escudo para que el plazo de interposición de la demanda siga corriendo.

9.1.5 Incremento del número de Audiencias del Tribunal de Contratación Pública:

Haciendo eco de lo indicado por don Álvaro Arévalo Adasme en la cuenta pública del Tribunal de Contratación Pública, en su página 11²², debido a la alta cantidad de demandas que han ingresado al tribunal, se hace necesario incrementar el número de audiencias, y también los días en los que debería sesionar el tribunal, esto con el objeto de que no se retrasen los procesos, y no aumentar la demora en la dictación de las sentencias por parte del tribunal, así garantizar el acceso a una justicia más expedita y también instar a los proveedores a demandar cuando sea necesario. Recordemos que si la sentencia se demora mucho en dictarse puede terminar siendo inoficiosa y el daño al proveedor puede haberse consumado. Recordemos además que en el caso de que un Organismo Público espere la resolución del tribunal para dar curso o no a un contrato, por la fluidez que necesitan muchos de los servicios, no es bueno dejarlos esperando demasiado para no entorpecer la labor que realizan.

9.2 Modificación a las causales de Trato Directo:

Sugiero en este punto reincorporemos a la normativa las causales de Trato Directo por proveedor único o notoriamente escaso en el mercado y la causal de Trato Directo por compra en zona extrema.

El motivo de re incorporar estas causales de Trato Directo es hacer más eficiente las compras, sobre todo en localidades aisladas o donde no hay un número de proveedores adecuado para poder generar la sana competencia en la adquisición, haciendo de la licitación pública una pérdida de tiempo para la administración.

También es necesario definir exactamente que se entiende por proveedor único, como se ha dicho anteriormente, si se está hablando de proveedor único en todo el mundo, territorio nacional, región, provincia o comuna. También es necesario aclarar como podrán demostrar los Organismos Públicos que el proveedor que ha sido contratado es el único proveedor de algún bien o servicio que se vaya a requerir.

9.3 Modificación a las facultades de la Dirección de Compras Públicas.

²² <http://www.tribunaldecompras.cl/web/images/cuenta%20publica%202012.pdf>

9.3.1 Facultad de solicitud de información:

Con el fin de facilitar la transparencia en las compras públicas sería una buena modificación legal el otorgarle a la Dirección de Compras y Contratación Pública la facultad de solicitar a los organismos públicos que subieran toda la documentación necesaria a la licitación, certificados de disponibilidad presupuestaria, actas de la comisión de evaluación, cuadros de evaluación de ofertas, motivos por los cuales no se evalúan a proveedores que pasan la etapa de apertura, decretos de adjudicación, bases aprobadas por la autoridad competente, entre otra documentación necesaria para poder transparentar la compra, esta documentación luego del requerimiento debería ser subida al portal en un plazo máximo de un día hábil bajo sanción de bloqueo de cuenta por una semana y que en el proceso de acreditación del comprador, en la etapa de seguimiento, sea bajado su promedio.

9.3.2 Facultad de Bloqueo temporal de cuenta:

En el caso de que una persona encargada de un proceso de compra sea sancionada en virtud de un sumario administrativo, y en proporción a la sanción que le sea impuesta, la Dirección de Compras podría bloquear su cuenta en el periodo de un mes a seis meses, con la finalidad de que el operador pueda re estudiar la normativa legal vigente y regir su actuar conforme a derecho y los principios de Probidad y Transparencia que deben imperar en la contratación pública.

9.3.3 Facultad de Solicitud de Auditoría:

Sugiero que la DCCP tenga la facultad de solicitar a la Contraloría General de la República o a las respectivas Contralorías Regionales inspecciones o auditorias a aquellos Organismos Públicos en los cuales haya un alto número de reclamos por irregularidad en un periodo de tiempo determinado, el cual podría ser desde 6 meses a un año, con la finalidad de que investigue si hay uno o más funcionarios que no están llevando sus procesos de adquisición en forma idónea y solicite los sumarios administrativos respectivos.

10 Conclusiones:

Como conclusión a este trabajo podemos indicar que el proceso de compra a través del portal debe tener como norma primordial el perseguir la debida transparencia en los actos de contratación de la administración.

Si bien es una ley de Compras que es buena y cumple con su objetivo primordial, hace falta más trabajo y las herramientas adecuadas para poder velar por los principios de Transparencia y Probidad Administrativa que debe imperar, erradicar algunas prácticas de los usuarios del sistema, tanto proveedores como compradores y pasar a una nueva etapa de la Dirección de Compras Públicas, convirtiéndola desde un ente encargado del portal a el ente encargado como una especie de primera línea de defensa” en contra de las malas prácticas de contratación. Esto se logrará solo cuando tengamos un sistema que integre a los actores principales, Dirección de Compras, Contraloría y Tribunal de Contratación, así, con un trabajo conjunto y coordinado, podremos erradicar definitivamente estas malas prácticas que afectan a los proveedores y a todo ciudadano preocupado del como se gastan los recursos públicos las reparticiones del Estado. Así lograremos una mayor confianza ciudadana y un ahorro de recursos importante, comprando productos de buena calidad para el estado con precios convenientes y a la vez dándole un nuevo aire a las PYMES que comercian con el Estado.

11 Bibliografía:

Historia de la Ley N° 19.886

Celis Danzinger, Gabriel, "Principios Constitucionales en la Ley de Compras" Nomos, Universidad de Viña del Mar, N°1 (2008)

Hövelmeyer, Herbert, El Principio de Publicidad a la luz de las reformas a la Constitución Política y su posible incorporación a los principios del Estado de Derecho. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Talca, Universidad de Talca, 2006.

Marta Morales del Rio, Seminario Derecho Administrativo Militar, Power Point.

Miguel Ángel Fernández González, "Constitución y Casación: ¿De la falta de aplicación al Monopolio Constitucional?" publicado en "estudios Constitucionales, de la Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca

Eva Tocol, "La Contratación Pública"; Tesis para Optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, 2007.

Cuenta Pública 2012 del Tribunal de Contratación.

Ley 19.886 de Bases Sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Decreto 250 Aprueba Reglamento de la Ley 19.886 de Bases sobre contratos administrativo de Suministro y prestación de Servicios.

Constitución Política de la República de Chile.