

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN



Facultad de Derecho

Licitaciones públicas y libre competencia, desde la perspectiva de CENABAST

Tesina para optar al egreso de la carrera de licenciatura en derecho

Autor: Bernardo Peña Villagrán

Profesor guía: Pablo Millán Barría

Concepción- Chile

2016

Mi agradecimiento a mi familia y amigos que me acompañaron durante esta etapa.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	Pág. 5
CAPÍTULO I.....	Pág.6
1.- Planteamiento del Problema.....	Pág.6
1.1. Antecedentes y surgimiento del problema.....	Pág.6
1.2. Problema de investigación.....	Pág.6
1.3. Pregunta de investigación.....	Pág.7
1.4. Objetivo general y objetivos específicos.....	Pág.7
1.5. Hipótesis o Supuestos de investigación.....	Pág.7
1.6. Importancia del problema de investigación.....	Pág.7
CAPÍTULO II.....	Pág.9
2.- La Libre Competencia.....	Pág.9
2.1. Fundamentos de la protección de la Libre Competencia.....	Pág.9
2.2. Conductas que atentan contra la Libre Competencia.....	Pág.12
2.3. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	Pág.19
2.4. La Fiscalía Nacional Económica.....	Pág.24
CAPÍTULO III.....	Pág.28
3.-Contratos Administrativos.....	Pág.28
3.1. Concepto.....	Pág.28
3.2. Características de los contratos administrativos.....	Pág.29
3.3. Procedimiento Administrativo necesario para su celebración	

y existencia.....	Pág.30
3.4. Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.....	Pág.44
3.5. Control de la Contratación Administrativa.....	Pág.53
CAPÍTULO IV.....	Pág.55
4.-Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud..	Pág.55
4.1. Central Nacional de Abastecimiento.....	Pág.55
4.2. Organización de la Central Nacional de Abastecimiento.....	Pág.57
CAPÍTULO V.....	Pág.70
5.-Jurisprudencia.....	Pág.70
5.1. Jurisprudencia Judicial.....	Pág.70
CONCLUSIONES.....	Pág.72
BIBLIOGRAFÍA.....	Pág.73

Introducción

En el presente trabajo trataré someramente sobre la libre competencia y sus beneficios, así como de las conductas que atentan contra la libre competencia en los mercados, con un breve énfasis en la manipulación de licitaciones y las formas que ésta puede revestir; de los órganos encargados de promover y defender la libre competencia en los mercados, la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Luego intentaré explicar el procedimiento administrativo de contratación pública, así como las diversas formas que utiliza, la licitación pública, licitación privada y trato directo; también mencionaré las innovaciones introducidas por la Ley 19.886, el convenio marco, el tribunal de contratación pública y la dirección de compras públicas.

Finalmente abordaré en forma sucinta de la Central Nacional de Abastecimiento del Sistema nacional de salud, desde el punto de vista orgánico; tras lo cual comentaré la escasa jurisprudencia en la materia.

CAPÍTULO I

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Antecedentes y surgimiento del problema.-

La Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Salud es el Organismo Público encargado de proveer de medicamentos, artículos farmacéuticos y de laboratorio, material quirúrgico, instrumental y demás elementos e insumos necesarios, la cual realiza en paralelo junto con otros entes públicos que también realizan dichas adquisiciones, pero con menor relevancia en atención al gasto en que incurren; en cumplimiento de su función CENABAST, debe contratar con los particulares mediante un procedimiento de contratación pública que puede ser la licitación pública, la licitación privada, el trato directo y el convenio marco, todo ello conforme a ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de servicios (LBCAyPS), y el D.S N°250 de 2004, Reglamento de la ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

1.2. Problema de investigación.-

Las licitaciones públicas que realizan los Órganos de la Administración del Estado están sujetas a principios que están consagrados en la Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en adelante LOCBGAE, de entre los cuales se destaca la libre concurrencia de los oferentes, el cual asegura a los potenciales oferentes garantías de acceso a este procedimiento, siempre que cumplan los requisitos previstos en la ley aplicable y su reglamento; es por esto que debemos centrarnos en el oferente, quien puede realizar conductas que atenten contra la libre competencia, dicha conducta se conoce como bid rigging, cuando se refiere a las colusión en las licitaciones públicas; así como el órgano de la administración del Estado que realiza la licitación, toda vez que puede crear barreras de entrada y exigencias, que atenten contra la libre competencia, amparados en la discrecionalidad en la etapa de elaboración de las bases técnicas y económicas de la licitación pública.

1.3. Pregunta de investigación.-

La licitación pública es efectivamente el mecanismo más eficiente y eficaz para la consecución de las funciones de CENABAST.

1.4. Objetivo general.-

-Establecer si la normativa existente facilita la promoción y protección de la libre competencia en las licitaciones públicas efectuadas por CENABAST.

1.4. Objetivos específicos.-

-Estudiar en forma sucinta los procedimientos de contratación empleados por CENABAST de conformidad a la ley N°19.886.

- Determinar si las licitaciones públicas realizadas por CENABAST propenden a resguardar e incentivar la libre competencia entre los oferentes.

-Analizar jurisprudencia administrativa y judicial y los criterios adoptados por ésta.

-Establecer si el control al que se someten las licitaciones realizadas por CENABAST, constituyen una forma efectiva de velar por la libre competencia.

-Reconocer las deficiencias del procedimiento de licitación pública en lo tocante a CENABAST.

-Sugerir soluciones a las falencias detectadas durante la investigación.

1.5. Hipótesis o supuestos de investigación.-

La colusión entre oferentes en las licitaciones públicas llevadas a cabo por CENABAST tiene como factores múltiples, de diversa índole, tanto de carácter público como privado, los cuales se esperan identificar en la presente investigación.

1.6. Importancia del problema de investigación.-

El Estado como agente económico es muy importante, lo que se refleja en el gasto público del año 2015 que alcanzó el 25,83% del PIB; parte de ese gasto lo realiza en la adquisición de bienes y servicios, que en virtud de una serie de disposiciones Constitucionales, legales y reglamentarias, se sujeta al Derecho Público, el cual consagra un sistema de contratación pública, siendo la licitación pública la más relevante y en ésta los oferentes compiten por el mercado, que estará determinado por el bien o servicio que pretende adquirir los órganos de la administración del Estado.

CAPÍTULO II

2.- LA LIBRE COMPETENCIA

2.1. Fundamentos de la protección de la libre competencia

El mercado es aquel *“mecanismo en donde se realizan compras y ventas de bienes y de factores, y se ponen en contacto demandantes y oferentes en forma libre y voluntaria.”*¹

Las funciones del Mercado son:

- Contacta grupos de vendedores y compradores
- Permite que se articule el mecanismo de la oferta y demanda
- Contribuye a la fijación de precios de recursos, bienes y servicios
- Orienta el uso de los recursos productivos de un país

¹ Yrarrázaval Covarrubias, Arturo (2011): Diccionario Jurídico-económico (Santiago, Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile)

Clasificación del Mercado: Según el grado de competencia, entendiendo por tal la “*situación del mercado en que las empresas actúan con total independencia en atraer clientes para alcanzar un objetivo comercial preciso y expresado en términos de beneficios, de volumen de ventas o cuotas de mercado. La competencia puede referirse a los precios, a la calidad, a los servicios o a varias de estos factores simultáneamente. La competencia obliga a las empresas a dar pruebas de eficiencia y a comercializar a menor precio el conjunto más amplio de bienes y servicios. La competencia aumenta el bienestar para el consumidor y de eficiencia en la asignación de recursos. También incide la competencia en la innovación, el cambio tecnológico y el progreso técnico*”².

Mercado de competencia perfecta

Se entiende por competencia perfecta el “*modelo para explicar el funcionamiento de un mercado donde los oferentes y demandantes no pueden influir en el precio del mercado. Para que exista competencia perfecta se requiere de las siguientes condiciones: atonicidad del mercado, homogeneidad del producto, libre entrada al mercado y movilidad de los factores productivos*”³.

Las condiciones para que exista competencia perfecta, según la definición precedente, son las siguientes:

- 1.-Atonicidad
- 2.-Homogeneidad
- 3.-Libre entrada al mercado
- 4.-Movilidad de los factores productivos
- 5.-Transparencia

Mercado de competencia imperfecta

² Yrarrázaval Covarrubias, Arturo (2011): Diccionario Jurídico-económico (Santiago, Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile)

³ Yrarrázaval Covarrubias, Arturo (2011): Diccionario Jurídico-económico (Santiago, Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile)

La Competencia Imperfecta es aquella *“situación donde faltan algunos de los requisitos de competencia perfecta, que se caracteriza por el hecho de que algunos demandantes u oferentes pueden afectar en forma significativa los precios. En la realidad prácticamente todos los mercados son de competencia imperfecta, pero en grados muy diversos, pues en algunos casos se afecta significativamente el precio y en otros en forma muy pequeña”*⁴.

Los argumentos para prevenirla son los siguientes:

- 1.-Mayores precios finales
- 2.-Ineficiencia económica y reducción de bienestar
- 3.-Riesgo de incremento de concentración del mercado
4. Riesgo de incremento de concentración en el mercado

Formas de Competencia Imperfecta

1.-Monopolio: Este caso de competencia imperfecta se vincula con la oferta, es aquel mercado donde existe un solo oferente que tiene plena capacidad para fijar el precio.

La aparición del monopolio se puede explicar por múltiples causas. Estas pueden derivar en la situación del monopolio por sí solas o en conjunto con las demás. Esto último es lo más común. La causa de la imperfección del mercado radica en el control exclusivo de un factor productivo por una empresa o el dominio de la materia prima para la producción de un determinado bien.

También puede identificarse como una causa de monopolio, el control estatal de las ofertas de determinado bienes que un estado puede definir como una relevancia estratégica y que, por consiguiente, los cubre con una peculiar forma de transacción y de precios. Es decir, se origina un monopolio estatal, por ejemplo, las refinerías de petróleo.

⁴ Yrarrázaval Covarrubias, Arturo (2011): Diccionario Jurídico-económico (Santiago, Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile)

Igualmente puede influir en el control monopólico de un producto el tamaño del mercado y la estructura de costos de la industria especiales, que pueden dar lugar a un monopolio natural.

Una clasificación de los monopolios distingue entre monopolio legal, natural y técnico. El monopolio legal es aquel que surge por una disposición de la ley o una autorización gubernativa en que una empresa impone el precio de un determinado bien o servicio.

El monopolio natural es aquel que se desarrolla como consecuencia de que la naturaleza entrega a un solo oferente la exclusividad de la oferta de un bien determinado.

Finalmente, el monopolio técnico es aquel que poseen las empresas por el avance de una tecnología o que aprovechan las ventajas históricas y tecnológicas, como es el caso de las empresas que son dueñas de redes de cables ya instaladas o que requieren equipos muy sofisticados.

2.-Oligopolio: Este caso de competencia imperfecta se relaciona con la oferta, el oligopolio es aquel mercado en el que la mayor parte de las ventas las realizan unas pocas empresas, cada una de las cuales es capaz de influir en el precio de mercado con sus propias actividades.

El oligopolio se caracteriza porque la demanda está atendida por unos pocos oferentes. El caso extremo de oligopolio es aquel en que existen dos productores, lo que se denomina duopolio. Una de las características de este tipo de mercado es la capacidad que el empresario tiene de influir en las decisiones de sus competidores con sus propias acciones y de ser influenciado a su vez por las decisiones de sus rivales.

3.-Monopsonio: Este caso de competencia imperfecta se relaciona con la demanda. Pueden darse casos en que los vendedores son muchos, pero el comprador es uno solo. En estos eventos se dice que existe un monopsonio: el comprador puede usar su poder en el mercado comprando el producto o servicio a menor precio que el que se establecería en el caso de existir competencia. Como los vendedores no tienen otro comprador, el comprador único aprovecha esa situación.

En conclusión los fundamentos para proteger la libre competencia en los mercados es que permite promover la asignación eficiente de los recursos, protege el bienestar de los consumidores, así como la libertad de emprendimiento.

2.2. Conductas que atentan contra la libre competencia

Los ilícitos anticompetitivos son las conductas que conculcan o restringen la libre competencia y pueden clasificarse de la siguiente forma. En primer lugar, los acuerdos horizontales. En segundo lugar, los acuerdos verticales. En tercer lugar, las concentraciones por efecto de las fusiones o adquisiciones de empresas y finalmente, las prácticas predatorias.

Acuerdos horizontales

Son aquellos acuerdos-expresos o tácitos- celebrados entre oferentes o entre demandantes de un bien o servicio, que tienen por finalidad eliminar la competencia en una cadena productiva completa.

Se consideran acuerdos horizontales los que pueden permitir a un grupo de empresas actuar conjuntamente para lograr algunos de los atributos del monopolio como aumento de precios, limitación de rendimientos y prevención de la entrada o de la innovación⁵.

Las principales manifestaciones de acuerdos horizontales son la colusión, los acuerdos de precios, la división de mercados y la manipulación de licitaciones.

-La colusión

Consiste en un acuerdo formal entre empresas que actúan en un mercado de oligopolio, que recae sobre el precio, la producción total del sector de actividad, las cuotas de mercado, el reparto de la clientela, la distribución geográfica del mercado, las ofertas, establecimiento de agencias de ventas, distribución de beneficios o una combinación de estas prácticas.

Se regula en el artículo tres letra a) D.L. 211, en el que se dispone que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos: “los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las practicas concertadas entre ellos, que les confieren poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”.

⁵ Jorge witker derecho de la competencia en américa, Santiago, fondo de cultura económica, 2000

-Acuerdos de precios

Consiste en una práctica comúnmente desarrollada por empresas dominantes (con poder de mercado) o mediante colusiones creadas con tal objeto.

Se regula en el artículo tres letra a) D.L. 211, en el que se dispone que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos: “los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las practicas concertadas entre ellos, que les confieren poder de mercado y que consistan en..... fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización”.

Este tipo de práctica se considera “per se” atentatoria a la libre competencia.

-Acuerdos para repartirse el mercado.

Consiste en una práctica mediante la cual ciertos agentes económicos restringen la oferta de un determinado bien o servicio, produciéndose, en consecuencia, un alza de los precios en relación a una situación de competencia. Puede recaer sobre la clientela, sobre el tiempo o sobre el espacio de una determinada actividad comercial o industrial.

Se regula en el artículo tres letra a) D.L. 211 , en el que se dispone que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos: “los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las practicas concertadas entre ellos, que les confieren poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”.

Este tipo de práctica se considera “per se” atentatoria a la libre competencia.

-Manipulación de licitaciones

Se trata de una forma particular de fijación concertada de los precios, mediante la cual las oferentes coordinan sus presentaciones a la contratación pública.

La manipulación de licitaciones puede adoptar alguna de las siguientes formas:

- *Ofertas de resguardo. Las ofertas de resguardo (también llamadas complementarias, de cortesía o simbólicas) son la manera más frecuente de implementar esquemas de manipulación de licitaciones. Las ofertas de resguardo se presentan cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas que contemplen por lo menos un elemento de entre los siguientes: (1) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador designado; (2) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o (3) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador. La presentación de ofertas de resguardo está diseñada para aparentar una competencia genuina.*
- *Supresión de ofertas. El esquema de supresión de ofertas involucra el establecimiento de acuerdos entre competidores en los que una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado. En pocas palabras, la supresión de ofertas significa que una compañía no presenta una oferta para su consideración definitiva.*
- *Rotación de ofertas. En los esquemas de rotación de ofertas las empresas coludidas siguen licitando, pero acuerdan tomar turnos para ganar (es decir, ser el oferente que califique con precio más bajo). La forma en que la rotación de ofertas se implementa puede variar. Por ejemplo, los conspiradores podrían decidir asignar a cada empresa valores monetarios aproximadamente iguales para cierto tipo de contratos o asignar volúmenes que correspondan al tamaño de cada compañía.*
- *Asignación de mercado. Los competidores se reparten el mercado o ciertas zonas geográficas y acuerdan asignarse ciertos clientes. Por ejemplo, las empresas competidoras asignan clientes o tipos de clientes específicos a diferentes empresas, de manera que los competidores no hagan ofertas (o sólo presenten una oferta de resguardo) en contratos que ofrezca un tipo de cliente potencial asignado a una empresa en particular. A cambio de esto,*

el competidor en cuestión no presentará ofertas competitivas para un grupo designado de clientes que corresponde a otras empresas según el acuerdo⁶.

Se regula en el artículo tres letra a) D.L. 211, en el que se dispone que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos: “los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las practicas concertadas entre ellos, que les confieren poder de mercado y que consistan en....., excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación”.

Acuerdos verticales

Son aquellos mediante los cuales se monopolizan etapas contiguas del proceso productivo. Visto desde la perspectiva de la empresa, ellas implican una expansión operacional motivada por criterios de minimización de costos y maximización de utilidades.

Este tipo de práctica se aprecia de acuerdo con el estándar de “razonabilidad”, según cuál sea el mercado relevante.

Se manifiesta principalmente a través de la denegación de venta, los acuerdos de exclusividad, las ventas atadas y la imposición de precios.

-Denegación de venta

Consiste en la negación de trato, o condicionamiento de la venta, impuesto por un distribuidor a un mayorista o minorista.

Esta práctica puede tener varios fines: obligar a un minorista a respetar precios exigidos, es decir, imponerle vender con descuento, apoyar un acuerdo de distribución exclusiva concluido con otros vendedores o reservar la venta del producto a cierta categoría de consumidores o a una zona geográfica.

Se regula en el artículo tres letra b) D.L. 211, en el que se dispone que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia

⁶ <http://www.oecd.org/competition/cartels/42761715.pdf> Pág. n° 3.

o que tienden a producir dichos efectos: “La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

-Acuerdos de exclusividad

Consiste en la limitación impuesta por el productor de un bien o servicio, en orden a que éste sea distribuido por un único comerciante.

En otras palabras, el oferente de un bien o servicio obliga a su contraparte a no negociar con las mercancías de su competidor.

El problema surge al establecer si esta exclusividad confiere al distribuidor un poder sobre el mercado. Para que se considere ilícita debe crear una disminución real o potencial de la competencia.

Se regula en el artículo tres letra b) D.L. 211 , en el que se dispone que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos: “La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

-Ventas atadas

Consiste en aquella situación en que la venta de un producto se encuentra sujeta a la venta de otro producto.

Se regula en el artículo tres letra b) D.L. 211 , en el que se dispone que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos: “La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de

venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

-Imposición de precios

Consiste en aquella práctica mediante la cual un productor impone precios a un adquirente que no es el consumidor final.

Gracias a la imposición de precios de reventa, el productor se encuentra en situación de ejercer un cierto control sobre las utilidades de los minoristas y mayoristas.

Se regula en el artículo tres letra b) D.L. 211, en el que se dispone que se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos: “La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes”.

Concentraciones: fusiones y adquisiciones

Son aquellos actos jurídicos por medio de los cuales una o más empresas (personas jurídicas) buscan detentar mayor parte del mercado relevante de un bien o servicio.

Una fusión es un acto jurídico por medio del cual dos o más personas jurídicas deciden unir sus patrimonios para crear una tercera persona jurídica, diferente a las fusionadas.

Una adquisición consiste en la compra de una persona jurídica por otra, la cual desaparece, pasando a formar parte de la adquirente.

Estos actos jurídicos son, en principio, legítimos. Para considerar si infringen o no a la libre competencia, este tipo de práctica se aprecia de acuerdo con el estándar de la razonabilidad.

El método que se emplea para medir la concentración es el índice “Herfindahl-Hirschman”. El índice de Herfindahl, conocido como un Índice de Herfindahl-Hirschman o HHI, es una medida del tamaño de las empresas en relación con la industria y un indicador de la magnitud de la competencia entre

ellos. Se define como la suma de los cuadrados de las cuotas de mercado de las 50 empresas más grandes (o agregado para todas las empresas, si hay menos de 50), en la industria, donde las cuotas de mercado se expresan en fracciones. El resultado es proporcional a la cuota media de mercado, ponderado por la participación de mercado. Como tal, puede variar desde 0 hasta 1,0 pasando de un gran número de empresas muy pequeñas para un productor monopolista único. Los aumentos en el índice de Herfindahl generalmente indican una disminución de la competencia y el aumento de poder de mercado, mientras que las disminuciones indican lo contrario. La principal ventaja del índice de Herfindahl en relación a medidas como coeficiente de concentración es que da más peso a las grandes empresas.

Prácticas predatorias

Este clase de conductas son las que pueden adoptar los agentes económicos con la finalidad de impedir el ingreso de nuevos competidores o bien en lograr la salida de algunos que participan en éste.

La exclusión de otros agentes económicos puede revestir la forma de precios predatorios e imposición de barreras de entrada.

- Precios predatorios: Son aquellos en que la empresa que ostenta una posición dominante⁷ en el mercado, fija los precios de sus bienes o servicios por debajo de sus costos, con el fin de eliminar a sus competidores.
- Imposición de barreras de entrada: Se trata de la conducta de un agente económico situado en una posición dominante en el mercado, destinada a impedir el ingreso o la participación de un actual o potencial competidor, al que se le imponen barreras estratégicas o artificiales.

2.3. El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

⁷ Prácticas restrictivas de la competencia que puede ser realizada por una empresa que ocupa un lugar preponderante en el mercado relevante, ya sea para mantener o aumentar su participación en el mercado. Yrarrázaval Covarrubias, Arturo (2011): Diccionario Jurídico-económico (Santiago, Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile).pagina 15

El Tribunal de Defensa de la Libre competencia es un órgano jurisdiccional especial, colegiado, e independiente, sujeto a la superintendencia directiva correccional y económica de la Corte Suprema, cuya función será prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. El Tribunal tendrá su sede en Santiago.

El Tribunal estará integrado por cinco ministros: un abogado, que lo presidirá, designado por el Presidente de la República de una nómina de cinco postulantes confeccionada por la Corte Suprema mediante concurso público de antecedentes. Sólo podrán participar en el concurso quienes tengan una destacada actividad profesional o académica especializada en materias de libre competencia o en Derecho Comercial o Económico, y acrediten a lo menos 10 años de ejercicio profesional.

Cuatro profesionales universitarios expertos en materias de libre competencia, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con post grados en ciencias económicas. Dos integrantes, uno de cada área profesional, serán designados por el consejo del banco central previo concurso público de antecedentes. Los otros dos integrantes, también uno de cada área profesional, serán designados por el Presidente de la República, a partir de dos nóminas de tres postulantes, una para cada designación, confeccionadas por el Consejo del Banco Central, también mediante concurso público de antecedentes.

El nombramiento de los integrantes del Tribunal de Defensa de la Libre competencia se hará efectivo por el Presidente de la República mediante decreto supremo del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción suscrito, además, por el Ministro de Hacienda.

El Tribunal tendrá cuatro suplentes, dos de los cuales deberán ser abogados y dos licenciados o con postgrados en ciencias económicas. El Consejo del Banco Central y el Presidente de la República, en su caso, designarán cada uno dos integrantes suplentes, uno por cada área profesional, respectivamente, conforme al procedimiento vigente para los titulares, para lo cual se podrán considerar las mismas nóminas y concursos previstos para el nombramiento de los titulares.

El tribunal tendrá el tratamiento de "Honorable", y cada uno de sus miembros, el de "Ministro".

La ley señala que los concursos para proveer los cinco ministros del Tribunal deberán fundarse en condiciones objetivas, públicas, transparentes y no discriminatorias, establecidas, respectivamente, mediante un auto acordado de la Corte Suprema y un acuerdo del Consejo del Banco Central.

En cuanto a la duración en sus cargos, los integrantes titulares y suplentes del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia permanecerán seis años en sus cargos, pudiendo ser designados por nuevos periodos sucesivos, conforme al procedimiento señalado anteriormente. No obstante, el Tribunal se renovara parcialmente cada dos años.

En lo que atañe al funcionamiento del Tribunal, éste será en forma permanente y fijará sus días y horarios de sesión. En todo caso, deberá sesionar en sala legalmente constituida para la resolución de las causas, como mínimo dos días a la semana. El quorum para sesionar será de a lo menos tres miembros, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría, dirimiendo el voto de quien presida en caso de empate. En lo demás se estará a lo dispuesto en el párrafo 2 del título V del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto fuere aplicable.

En caso de ausencia o impedimento del Presidente del Tribunal, este sesionara bajo la presidencia de uno de los restantes miembros titulares de acuerdo al orden de precedencia que se establezca, mediante auto acordado del Tribunal. Asimismo, por este medio, se determinará el orden en que los suplentes reemplazarán a los integrantes titulares.

En ausencia o inhabilidad de alguno de los miembros titulares, será reemplazado preferentemente por el suplente que corresponda a la misma área profesional. Si por cualquier impedimento el Tribunal careciere de integrantes titulares o suplentes para formar el quorum, se procederá a su subrogación por Ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, de acuerdo a lo dispuesto en el Código Orgánico de Tribunales.

En cuanto a las incompatibilidades, el cargo de integrante titular del Tribunal lo es con la condición de funcionario público, como también con la de administrador, gerente o trabajador dependiente de sociedades anónimas abiertas o sometidas a las reglas de estas sociedades, como asimismo de sus matrices, filiales, coligantes o coligadas. Las personas que al momento de su nombramiento ostenten

cualquiera de dichas condiciones, deberán renunciar a ella. La excepción que se establece es el ejercicio de cargos docentes, sin mayores precisiones en cuanto a la dedicación de los mismos.

La ley también se encarga de establecer, las causales de implicancia o recusación para los ministros, aplicando las de los artículos 195 y 196 del Código Orgánico de Tribunales. Agrega, no obstante dicha norma, que en todo caso se presume de derecho que el Ministro también estará inhabilitado cuando el interés en esa causa sea de su cónyuge o de sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad; o de personas que estén ligados al mismo por vínculos de adopción, o de las empresas en las cuales estas mismas personas sean sus representantes legales, mandatarios, directores, gerentes o desempeñen otros cargos directivos, o posean directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas un porcentaje de la sociedad que les permita participar en la administración de la misma, o elegir o hacer elegir uno o más de sus administradores.

La causal invocada podrá ser aceptada por el integrante afectado. En caso contrario, será fallada de plano por el Tribunal, con exclusión de aquél, aplicándose una multa a beneficio fiscal de hasta veinte unidades tributarias mensuales al incidentista, si la implicancia o la recusación fuere desestimada por unanimidad.

En cuanto a las causales de cesación de las funciones de Ministro, ellas son las siguientes: término del periodo legal de su designación; renuncia voluntaria; destitución por notable abandono de deberes e incapacidad sobreviniente.

La ley sólo se encargó de precisar qué se entiende por incapacidad sobreviniente, indicando que es aquella que impide al integrante ejercer el cargo por un periodo de tres meses consecutivos o de seis meses en un año. Nada se dijo con relación a lo que sería notable abandono de deberes.

La destitución y la incapacidad se harán efectivas por la Corte Suprema, a petición del Presidente del Tribunal o de dos de sus miembros, sin perjuicio de las facultades disciplinarias de la Corte Suprema.

La resolución que haga efectiva la destitución deberá señalar los hechos en que se funda y los antecedentes tenidos a la vista para acreditarlos.

Las atribuciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son las siguientes:

1. Conocer y resolver a solicitud de parte o del fiscal nacional económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la ley.

Esta función jurisdiccional se concentra en determinar si las conductas, actos o hechos denunciados son o no atentados a la libre competencia. Cabe destacar que ante este Tribunal pueden comparecer como parte un particular o el Fiscal Nacional Económico a través de un requerimiento.

2. Conocer y resolver a solicitud de quien tenga interés legítimo, o del Fiscal Nacional Económico, los asuntos de carácter no contencioso sobre hechos, actos o contratos existentes, así como de aquellos que se propongan ejecutarlos o celebrarlos, que puedan infringir las disposiciones del D.L. N° 211, para lo cual podrá fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en dichos hechos, actos o contratos.

En este caso, quienes pueden promover el ejercicio de esta función del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia son las personas que tengan un interés legítimo. Así puede ser quien advierte que un determinado mercado habría un acto o convención o hecho que atente contra la ley y, sin que se deduzca una demanda, se solicita la opinión del Tribunal, como también de quienes desean desarrollar una actividad económica determinada y necesitan que se les precise si se afecta o no a la libre competencia. También el Fiscal Nacional Económico puede solicitar este pronunciamiento.

3. Con motivo de las resoluciones adoptadas en conformidad a los números anteriores o a solicitud del fiscal nacional económico o de quien tenga interés legítimo, dictar resoluciones de efectos generales, de conformidad a la ley, las cuales deberán considerar los agentes económicos en los hechos, actos o contratos que ejecuten o celebren y que tuvieren relación con la libre competencia o pudieran atentar contra ella.

4. Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Estado que corresponda, la modificación o derogación de los preceptos legales y reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia, como también la dictación de preceptos legales o reglamentarios cuando sean necesarios para fomentar la competencia o regular el ejercicio de determinadas actividades económicas que se presten en condiciones no competitivas.

5. Las demás que señalen las leyes.

En cuanto a los procedimientos que se desarrollan ante este tribunal, es necesario distinguir entre un procedimiento contencioso y otro de tipo no contencioso:

Procedimiento contencioso, el cual presenta las tres fases típicas de todo procedimiento de esta naturaleza, a saber, discusión, prueba y fallo, y tiene por finalidad que el Tribunal determine si ciertos actos, contratos u operaciones son contrarios a las normas de defensa de la libre competencia.

Respecto al procedimiento no contencioso, aquel tiene por objeto que el Tribunal tome conocimiento y se pronuncie, a solicitud de quien tenga interés legítimo, sobre actos y contratos, existentes o futuros, que puedan infringir las normas de la libre competencia.

2.4. La Fiscalía Nacional Económica

La Fiscalía Nacional Económica es un organismo público, descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, que se halla sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, cuya labor es la de velar por la libre competencia. La Fiscalía Nacional Económica es la encargada de investigar todo hecho, acto o convención que tienda a impedir, eliminar, restringir o entorpecer la competencia económica en los mercados y, cuando lo estime pertinente, someter el resultado de sus investigaciones al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a fin de que éste, adopte las medidas o sanciones adecuadas para evitar o reparar los efectos anticompetitivos de las conductas o hechos investigados. Además, de acuerdo con el artículo 1° de la ley de Defensa de la

Libre Competencia (D.L. 200), también tiene como función la de promover la libre competencia en el mercado, lo que implica crear una verdadera cultura de la competencia.

La Fiscalía Nacional Económica tiene su sede en Santiago y está a cargo de un funcionario llamado Fiscal Nacional Económico, de la exclusiva confianza del Presidente de la República, a quien le corresponde ejercer tanto la jefatura superior del servicio, así como la representación judicial y extrajudicial. El Fiscal Nacional Económico en el ejercicio de sus funciones, es independiente de todas las autoridades y tribunales ante los cuales actúe.

La Fiscalía Nacional Económica con propósito de cumplir su cometido, está provisto de un conjunto de facultades y se le imponen determinados deberes, los que señalaré a continuación:

a) Realizar las investigaciones que estime procedentes para comprobar las infracciones a esta ley, dando noticia de su inicio al afectado. Con conocimiento del Presidente del tribunal de Defensa de la libre Competencia, la Dirección General de la Política de Investigaciones de Chile deberá poner a disposición del fiscal Nacional Económico el personal que éste requiera para el cumplimiento del cometido indicado en esta letra o ejecutar las diligencias específicas que le solicite con el mismo objeto.

El Fiscal Nacional Económico podrá disponer que las investigaciones que se instruyan de oficio o en virtud de denuncias tengan el carácter de reservada, previo conocimiento del Presidente del Tribunal de defensa de la Libre Competencia.

El Fiscal Nacional Económico con autorización del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, podrá disponer que no se dé noticia del inicio de una investigación al afectado.

b) Actuar como parte, representando el interés general de la colectividad en el orden económico, ante el tribunal de Defensa de la libre Competencia y los tribunales de justicia, con todos los deberes y atribuciones que le correspondan en esa calidad.

c) Requerir del Tribunal de Defensa de la libre Competencia el ejercicio de cualquiera de sus atribuciones y la adopción de medidas preventivas con ocasión de las investigaciones que la Fiscalía se encuentre ejecutando.

d) Velar por el cumplimiento de los fallos, decisiones dictámenes e instrucciones que dicten el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia o los tribunales de justicia en las materias a que se refiere esta ley.

e) Emitir los informes que solicite El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en los casos en que el Fiscal Nacional económico no tenga la calidad de parte;

f) Solicitar la colaboración de cualquier funcionario de los organismos y servicios públicos, de las municipalidades o de las empresas, entidades o sociedades en que el Estado o sus empresas, entidades o sociedades o las municipalidades, tengan aporte representación o participación , quienes estarán obligados a prestarla;

g) Requerir de cualquier oficina, servicio o entidad referida en la letra anterior, que ponga a su disposición los antecedentes que estime necesario para las investigaciones, denuncias o querellas que se encuentre practicando o en que le corresponda intervenir.

h) Solicitar a los particulares las informaciones y los antecedentes que estime necesarios con motivo de las investigaciones que practique.

Las personas naturales y los representantes de personas jurídicas a los que el Fiscal Nacional Económico requiera antecedentes o informaciones cuya entrega pudiera irrogar perjuicio a sus intereses o a los terceros, podrán solicitar al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que deje sin efecto total o parcialmente el requerimiento.

Esta solicitud deberá ser fundada y se presentará a la Fiscalía Nacional Económica dentro de los cinco siguientes a la comunicación del requerimiento, cuyos efectos se suspenderán desde el momento en que se efectúa la respectiva presentación.

El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia conocerá y resolverá dicha solicitud en su sesión más próxima, con informe verbal o escrito del Fiscal Nacional Económico, y su pronunciamiento no será susceptible de recurso alguno;

i) Ejecutar y celebrar toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cosas corporales o incorporeales que integren el patrimonio del servicio, incluso aquellos que permitan enajenar y transferir el dominio y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones, sean contractuales o extracontractuales.

Las transacciones a que se refiere el inciso anterior deberán ser aprobadas por resolución del Ministerio de Hacienda, cuando se trata de sumas superiores a dos mil unidades de fomento.

J) Llamar a declarar, o pedir declaración por escrito a los representantes, administradores, asesores y dependientes de las entidades o personas que pudieren tener conocimiento de hechos, actos o convenciones objeto de investigaciones y a toda otra persona que hubiere ejecutado y celebrado con ellas actos y convenciones de cualquier naturaleza, respecto de algún hecho cuyo conocimiento estime necesario para el cumplimiento de sus funciones.

k) Requerir de los organismos técnicos del Estado los informes que estime necesarios o memorándum de entendimiento con agencias u otros organismos extranjeros que tengan por objeto promover o defender la libre competencia en las actividades económicas.

m) Convenir con otros servicios públicos y organismos del Estado la transferencia electrónica de información, que no tenga el carácter de secreta o reservada de acuerdo a la ley, para facilitar el cumplimiento de sus funciones. Asimismo y previa resolución fundada del Fiscal Nacional Económico, podrá convenir la interconexión electrónica con organismos o instituciones privadas. Del mismo modo, podrá convenir esta interconexión con organismos públicos extranjeros u organizaciones internacionales, con los cuales haya celebrado convenios o memorándum de entendimiento.

n) En casos graves y calificados de investigaciones destinadas a acreditar conductas de las descritas en la letra a) del artículo 3°, solicitar, mediante petición fundada y con la aprobación previa del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, autorización al Ministro de la Corte de Apelaciones que corresponda de acuerdo al turno, para que Carabineros o la Policía de Investigaciones, bajo la dirección del funcionario de la fiscalía nacional económica que indique la solicitud, proceda a:

- Entrar a recintos públicos o privados y, si fuere necesario, a allanar y descerrajar;
 - Registrar e incautar toda clase de objetos y documentos que permitan acreditar la existencia de la infracción;
 - Autorizar la incautación de toda clase de comunicaciones, y
 - Ordenar a cualquier empresa que preste servicios de comunicaciones, que facilite copias y registros de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ella.
- ñ) Suscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados. El tribunal tomará conocimiento del acuerdo en una sola audiencia, sin forma de juicio, dentro del quinto día hábil de recibidos los antecedentes, durante la cual se podrá escuchar alegatos de las partes comparecientes al acuerdo. El tribunal deberá aprobar o rechazar el acuerdo en un plazo máximo de quince días hábiles, contados desde de la fecha de la audiencia.
- o) Las demás que señalen las leyes.

CAPÍTULO III

3.-CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

El proceso de compras y contrataciones públicas, es uno de los procesos transversales de mayor importancia en la Administración del Estado, debido a que se trata por una parte, de un proceso que es aplicado por la mayoría de las entidades de las Administración del Estado y por otra, a la cantidad de recursos que tal proceso considera. El citado proceso de compras, presenta una gran cantidad de riesgos operacionales, ya que se trata de un proceso fuertemente regulado (Ley 19.886 sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios y Decreto N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda que aprueba el Reglamento de la Ley N° 19.886 de Compras Públicas y sus modificaciones, en el cual todas las actividades, así como Los distintos

procedimientos de compra (licitación, trato directo, compras por convenio marco, grandes compras por convenio marco) se encuentran normadas.

3.1. Concepto

Se entiende por contrato administrativo el acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones entre un órgano de la administración del estado, en el ejercicio de sus funciones y potestades administrativas, y un particular o administrado, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas. También se entiende por tal *“el acto jurídico bilateral celebrado entre la administración y un particular u otro órgano de aquella, que persigue un fin público, y se somete a las reglas del Derecho Público”*⁸. *“El contrato administrativo es un acuerdo de voluntades entre un organismo de la Administración del Estado que actúa dentro de su giro y tráfico propio administrativo y en ejercicio de sus competencias específicas, y un particular u otro organismo público que actúa como particular y no dentro de sus competencias específicas, que tiene por objeto la satisfacción de necesidades públicas, produciendo entre ellas derechos y obligaciones”*⁹.

3.2. Características de los contratos administrativos.

A) Desigualdad de los contratantes: La Administración, debido a que contrata para satisfacer una necesidad pública, se encuentra en una posición de superioridad respecto del particular, que lo hace para satisfacer su interés particular, por lo que los contratantes no se encuentran en situación de igualdad o equivalencia como ocurre en los contratos privados. Esta desigualdad contractual a favor de la Administración, que determina su superioridad, se manifiesta jurídicamente en potestades con las que cuenta la administración cuando contrata sujeta al Derecho Administrativo, prerrogativas de las que carece por completo el particulares.

Estas prerrogativas son: Potestad modificatoria, potestad Sancionadora, potestad extintiva y potestad de sustituir al contratante.

⁸ SILVA CIMMA, Enrique: Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y Bienes, Editorial jurídica de Chile, 1995, pág. 174.

⁹ Bermúdez Soto, Jorge: Derecho Administrativo General, segunda edición, Legal Publishing, Chile, 2011, pág. 196.

B) Existencia de cláusulas exorbitantes al derecho común: La posición de preeminencia de que goza la Administración en esta clase de contratos, determina que todo ello se materialice o exprese en el contrato administrativo a través de cláusulas, a favor de la administración, denominadas exorbitante al derecho común.

C) Pueden recaer y normalmente recaen sobre cosas y actividades, prestaciones y servicios (objetos de contratación) que están fuera del comercio humano.

D) Mutabilidad de las prestaciones asumidas por el particular contratante o mutabilidad del contrato: Algunos contratos administrativos se ejecutan por un tiempo prolongado, lapso durante el cual pueden sobrevenir cambios en la legislación, en la tecnología, en las necesidades y requerimientos de la entidad licitante. El contrato administrativo debe tener la aptitud de adaptarse a estos cambios, dado que su fin es satisfacer una necesidad pública, pues de otro modo se transformaría en obsoleto e innecesario.

E) Inmutabilidad de la ecuación económica-financiera: Se entiende por tal ecuación la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que asume el contratante privado como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellas le corresponderá.

F) Terminación unilateral del contrato: La Administración está autorizada, para poner término unilateral y anticipado al contrato administrativo, mediante acto administrativo fundado, cuando así lo exija el interés público y lo autorice expresamente la ley administrativa que regule el respectivo contrato.

G) Contratación controlada administrativamente por la Contraloría General de la República: Toda contratación administrativa o pública se encuentra sometida a controles de legalidad preventivos, como la toma de razón, y represivos confiados a la Contraloría General de la República.

H) Conflictos contractuales sometidos a tribunales especiales: Otro aspecto caracterizador de los contratos administrativos es la existencia de un Tribunal de Contratación Pública, en calidad de tribunal especial, dotado de competencia para resolver los conflictos jurídicos que se presenten en la celebración del contrato y específicamente en los procedimientos administrativos licitatorios que

le anteceden (en la etapa preparatoria anterior a su perfeccionamiento: licitación pública, privada o trato directo), llamada a intervenir tratándose de los contratos de suministro y prestación de servicios.

I) Régimen jurídico del contrato integrado por normas de Derecho Público y, en menor medida por las normas del Derecho Privado.

3.3. Procedimiento Administrativo necesario para su celebración y existencia

El Artículo 7° de nuestra Carta Fundamental exige para la validez de los actos estatales que ellos tengan la forma que prescribe la ley, y tratándose de los actos jurídicos propios de los Órganos de la Administración del Estado sean éstos unilaterales o bilaterales, esa forma legal está constituida por un procedimiento administrativo establecido o fijado por la ley.

La Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N°18.575, en su artículo 9, señala que, tratándose de los contratos administrativos, éstos se celebrarán previa licitación pública o licitación privada, trato o negociación directa, cuando la naturaleza de la negociación así lo exigiere.

Estos procedimientos son previos al contrato administrativo y son indispensables para que este se genere y nazca a la vida jurídica. Constituyen su mecanismo de generación o perfeccionamiento.

Se entiende por procedimiento de Contratación Administrativa aquella sucesión de actos emanados de la Administración (oferentes) y de particulares interesados, encadenados entre sí, que tienen por finalidad producir un contrato administrativo.

A continuación serán tratados someramente los procedimientos administrativos de contratación pública, los cuales son la licitación pública, la licitación privada y el trato directo. Respecto al convenio marco lo trataremos al referirnos a la ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios.

El Procedimiento Administrativo de Contratación Administrativa denominado Licitación o Propuesta Pública: Es el Procedimiento Administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas,

formulen o presenten cotizaciones, ofertas o propuestas relacionadas con el objeto del contrato que se pretende celebrar, entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente, mediante acto de adjudicación.

Características

1.-Se trata de un procedimiento administrativo legal, precontractual, preparatorio o preliminar, integrado por actos y hechos de la administración licitante y actos y hechos del oferente o proponente.

2.- Es un procedimiento concursal y de selección, a través del cual, la administración realiza un llamado público y abierto, convocando a los interesados para que formulen propuestas u ofertas, al tenor de las bases fijadas por la administración, de entre las cuales se seleccionara y aceptará la más conveniente.

3.-Constituye el procedimiento administrativo de aplicación general en materia de contratación pública, pues procura, en mayor medida, el resguardo de los principios de Transparencia, Eficiencia, Eficacia, Publicidad y Probidad Administrativa por los que se rige la Administración del Estado.

4.-Es un procedimiento de carácter individual por lo que cada contrato administrativo que se pretende celebrar por la administración requiere de su propia licitación pública o propuesta pública.

5.-La impugnabilidad o contrariedad: que se refiere a la prerrogativa de los particulares de presentar reclamos tanto en sede administrativa como judicial por los vicios o ilegalidad que puedan existir en un proceso de licitación.

6.-La responsabilidad en cuanto a que la licitación, no obstante ser una formalidad previa a un contrato, es absolutamente regulada y de la mayor exigencia y seriedad, de tal manera que los incumplimientos o actuaciones contrarias a derecho que en esta etapa se produzcan, son también susceptibles de generar responsabilidad tanto para la Administración como para el particular oferente interviniente en ella. Ello, como se ve, respecto de todos los actores que participan en esta etapa, aunque especialmente referido al oferente (garantía de seriedad de la oferta).

Fines de la licitación

- a) Disponer, la administración, de la mayor cantidad de alternativas de oferentes para poder elegir a su contraparte en el contrato.
- b) Encontrar dentro de dicha diversidad de oferentes, el que de mejor forma satisfaga el interés público.
- c) Conformar un mecanismo idóneo, adecuado, objetivo y transparente para producir el vínculo entre la Administración y el oferente.

Principios que informan la licitación pública

1.- Libre concurrencia de los oferentes.

En virtud de este principio se consagra la facultad de participar en un proceso de licitación a todos aquellos proponentes o interesados que se encuentren legalmente habilitados para ello. La idea que ampara este principio es permitir la sana competencia.

2.- Igualdad de los oferentes ante las bases.

Este principio se refiere a la obligación de la Administración, de establecer bases administrativas de carácter impersonal, objetivas y de aplicación general, de manera de evitar que algún proponente o interesado quede en una posición de privilegio respecto de los demás oferentes.

3.- Trato igualitario e interdicción de diferencias arbitrarias.

Este principio resguarda la igualdad ante la ley y de trato que se exige al Estado y sus órganos, así como la no discriminación, particularmente en materia económica. Junto a la prohibición de basar el actuar de la administración en una voluntad arbitraria o desprovista de razón y sentido lógico.

4.- Sujeción estricta ante las bases.

Tanto para los oferentes, para posteriormente el contratista como para la propia administración, el contenido de las bases de licitación constituye la fuente principal de los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, en términos tales que todos los sujetos que participan en un proceso de

licitación, desde la primera etapa y hasta el término de la obra y finiquito del contrato, deben ceñirse estrictamente a los términos y condiciones que en las bases de licitación se indiquen.

En definitiva, cada uno de los sujetos de un proceso de licitación como del contrato administrativo posterior tiene tantos derechos y obligaciones como lo contemplan las bases.

5.-Publicidad de los documentos de la licitación.

En virtud de este principio lo que se busca es concebir un mecanismo de garantía de transparencia y de comunicación efectiva en cuanto la existencia y contenido de un proceso de licitación. De lo que se trata en definitiva es asegurar que los oferentes de un proceso de licitación estén efectivamente en condiciones de tener conocimiento oportuno de la referida licitación en términos tales que le permita a estos ser oferentes idóneos.

ETAPAS DE LA LICITACIÓN

a) Elaboración de las bases o pliego de condiciones

Por bases de licitación se entiende los documentos elaborados y aprobados por el órgano administrativo competente que contienen el conjunto de los requisitos, condiciones y especificaciones, establecidos por la entidad administrativa licitante, que describen la obra pública, el servicio público, los bienes y servicios de suministro a contratar por la administración, esto es, el objeto del contrato administrativo y que regulan el proceso de contratación y el contrato definitivo.

Constituyen el marco regulatorio del contrato administrativo, la “ley” del contrato administrativo.

Estas bases de licitación se clasifican en bases administrativas y en bases técnicas. Las administrativas son aquellas bases que contienen, de manera general o particular, las etapas, plazos, mecanismos de consulta y/o aclaraciones, criterios de evaluación de las ofertas, mecanismos de adjudicación, modalidades de evaluación, cláusulas del contrato definitivo y demás aspectos administrativos del proceso de licitación. Las bases técnicas, por su parte, son aquellos que contiene de manera general o particular las especificaciones, descripciones, requisitos y demás características de la obra pública, servicio público, bienes y/o servicios de suministro a contratar.

Estas bases de licitación deben tener un contenido mínimo dado por los requisitos y condiciones que deben cumplir los oferentes para que sus ofertas sean aceptadas; las especificaciones de la obra pública, servicio público, bienes o servicios de suministro a contratar; etapas y plazos de la licitación; modalidad de pago; plazo de entrega; naturaleza y monto de las garantías que la entidad licitante estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, así como, la forma y oportunidad en que se restituirán a los oferentes dichas garantías.

Estas bases de licitación se aprueban por acto administrativo de la entidad licitante, que generalmente y salvo ciertas excepciones, contempla el trámite de Toma de Razón, con el objeto de examinar la legalidad del acto administrativo.

Siempre es posible solicitar y obtener por los interesados intervinientes en un procedimiento de licitación pública la aclaración de las bases, mediante consultas.

La elaboración y confección de las bases o pliego de condiciones es un trabajo interno de los Órganos de la Administración del Estado, en el cual los oferentes no tienen participación alguna ni conocimiento de ellas.

b) Llamado a propuesta o llamado a licitación

Dicha etapa se refiere a la necesidad de comunicar a todos los potenciales oferentes e interesados la existencia de este llamado a participar que realiza la administración para el evento de que, si están en condiciones y tienen interés, pueden participar del procedimiento de licitación. Este llamado debe contener la siguiente información relevante: descripción de la obra, servicio público o bien a licitar; nombre de la entidad licitante; modalidad y fechas para la adquisición y aclaración de las bases; fecha y hora de la recepción y apertura de ofertas; monto y modalidad de las garantías exigidas cuando corresponda; dirección y correo de la entidad licitante (funcionario encargado).

Aquí debemos distinguir entre la propuesta pública y la privada. Tratándose de la propuesta pública, esta medida se cumple por medio de un inserto, un aviso, que se publica en un diario de circulación nacional, la que resulta obligatoria por así establecerlo los cuerpos legales por los cuales

cada órgano de la administración regula esta materia y en muchos casos esta publicación debe hacerse en el diario oficial cuando así se exija.

No se acepta que esta publicación se realice por medios tales como radio, televisión, carteles, folletería, etc. Sin perjuicio de que puedan ser utilizados en forma suplementaria. Hoy día, en la práctica, en forma suplementaria también estos avisos se encuentran en el portal web o electrónico de los órganos licitantes (los medios nombrados han sido excluidos como forma de publicidad se debe a la falta de certeza del cumplimiento de esta formalidad).

Tratándose de la propuesta privada el mecanismo de publicidad se cumple con invitaciones (cartas) que hace la autoridad u órgano administrativo licitante directamente a eventuales oferentes a efectos de que estos, con una información básica, decidan si tienen interés o no en participar.

El mecanismo de publicidad entre la propuesta pública y privada es la gran diferencia que existe entre estas dos formas de licitación, ya que en lo demás, especialmente en sus efectos, ambas están equiparadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, por disposición legal, la gran regla en la materia es la propuesta pública. De manera excepcional la propuesta privada o el trato directo.

c) Presentación, recepción y apertura de ofertas

Efectuada la publicación, los interesados comprarán las bases, las estudiarán, harán las consultas respectivas y con ello decidirán si definitivamente van o no a presentar propuestas u ofertas. Normalmente son dos o tres semanas entre la publicación de las bases y la presentación de propuestas.

Si no se presentan ofertas, la Administración podrá cerrar el procedimiento y declarar desierta la licitación, en tal caso podrá insistir en la contratación administrativa a través de la licitación privada y si nuevamente no se presentan ofertas, propuestas, se podrá proceder al trato o contratación directa.

Existiendo ofertas, propuestas o cotizaciones éstas serán admisibles si han sido formuladas en tiempo y forma. Llegado el día, hora y lugar de la apertura de las ofertas-fijado en las bases-y en presencia del representante del órgano encargado de ello, se procede a levantar un acta de esta actuación con indicación de las propuestas recibidas. Las propuestas u ofertas se contienen en sobres cerrados: uno con la oferta técnica y otro con la oferta económica.

El primer sobre en abrirse es el de la oferta técnica o “de documentos anexos”, en el que se contienen todos los antecedentes de la obra menos su valoración económica. Cualquier documento faltante de este sobre o antecedente cumplido imperfectamente traerá como consecuencia que el oferente quede “fuera de base” y sea separado y excluido del proceso licitatorio y, por tanto, impedido de contratar con la Administración, devolviéndosele los antecedentes presentados. (No se abre el sobre con la oferta económica).

De no existir ofertas o de no cumplir ninguna de ellas con las bases o cumpliéndolas, no resultan convenientes para el interés público, la entidad licitante, mediante resolución fundada, puede declarar desierta la licitación.

En caso contrario, una vez determinados los oferentes que cumplen con las exigencias técnicas se procede a abrir el sobre con la oferta económica.

Finalmente el acta es firmada por los miembros de la comisión y por los oferentes presentes que así lo deseen. Igualmente se pueden formular reclamos por parte de los oferentes por las actuaciones que se hayan realizado durante el acta de apertura.

Terminada la ceremonia de apertura de licitación y establecido el universo de oferentes que podrán adjudicarse la propuesta, el órgano dispone de una comisión técnica que procederá a hacer un estudio de las ofertas recibidas al término, evaluándolas conforme a los criterios establecidos en las propias bases y asignándoles un puntaje que permita jerarquizarlas, del cual emitirá un informe fundado a la autoridad del mismo en el que propondrá a un determinado oferente para la adjudicación.

d) Evaluación o estudio de las ofertas o propuestas presentadas

Las bases normalmente establecen una comisión encargada de examinar las ofertas, la que emite su opinión acerca de éstas a la autoridad habilitado para contratar administrativamente. Esta comisión se nombra por resolución.

Se separarán las ofertas defectuosas de aquellas válidamente formuladas. La ausencia de propuestas o de propuestas válidas conduce a declarar terminado el procedimiento licitatorio declarando desierta la licitación. El examen de las propuestas u ofertas puede requerir aclaraciones, las que son posibles de realizar siempre que se encuentren autorizadas las bases, pero sin que ellas importen modificación a las mismas. La calificación de la oferta deberá hacerse conforme a los factores previamente establecidos para ello (precio, condiciones, plazo, calidad), otorgándole a cada uno de estos parámetros la importancia que la ley, el reglamento o las bases le hayan atribuido, todo lo cual se vierte en una tabla de resultados, donde figura el puntaje final de cada concursante.

e) Deserción o selección de ofertas

Con los resultados de la evaluación de las ofertas, la administración podrá desechar las ofertas cuando éstas no resulten convenientes a sus intereses o bien aceptar una de las ofertas, que será la seleccionada y ganadora, sobre la base de la evaluación realizada. Esta aceptación se verificará mediante un acto administrativo (adjudicación), bajo forma de decreto o resolución.

f) Dictación de la resolución o decreto de adjudicación y examen de su legalidad.

Una vez que la autoridad del órgano recibe el informe técnico con la recomendación para adjudicar, debe tomar la decisión de adjudicar a algunos de los oferentes idóneos, y para el caso de que adjudique a un oferente distinto del recomendado en el informe, deberá fundamentar tal resolución.

Una vez dictado el decreto de adjudicación, este deberá ser comunicado al adjudicatario, o enviado al trámite de toma de razón a la Contraloría General de la República dependiendo de la resolución y órgano de que se trate.

Así, cuando la resolución o decreto de adjudicación requiere el trámite de toma de razón, una vez que esté cumplido e ingresado debidamente conforme por oficina de partes del órgano

respectivo, luego de ello la autoridad del órgano estará facultada para comunicar el acto de adjudicación al respectivo oferente quedando ya afinado el acto. Por el contrario, si no hay necesidad de toma de razón de la resolución o acto de adjudicación se comunicará de inmediato al oferente pertinente produciendo efectos. El acto de adjudicación, junto con aceptar la oferta seleccionada, aprueba las bases administrativas y técnicas, los planos presupuestos y demás antecedentes que sirvieron de base a la licitación.

Por adjudicación de la licitación pública, se entiende al acto administrativo, emitido por el órgano licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando la persona del oferente seleccionado, ahora adjudicatario. Importa, por lo tanto, una declaración unilateral de voluntad emitida por el licitante dirigido a la celebración del contrato administrativo. Con la adjudicación se distingue la mejor oferta y se elige al proponente más idóneo, atribuyéndole la ejecución del servicio o suministro objeto de la contratación.

Por adjudicatario se entiende el interviniente oferente del procedimiento administrativo de licitación pública a quién ha sido aceptada una oferta para la celebración de un contrato administrativo.

Con el perfeccionamiento del contrato administrativo el oferente adjudicatario se transforma en contratista de la Administración.

g) Celebración del Contrato Administrativo

El contrato administrativo adopta la solemnidad de resolución que adjudica el contrato o lo aprueba, reducida a escritura pública o protocolizada notarialmente, según lo señala la respectiva ley, por la que se rige el respectivo contrato administrativo objeto de licitación.

No debe confundirse la licitación pública (o privada, en su caso) con el contrato administrativo propiamente tal. Este último es el resultado del procedimiento licitatorio. Este es el mecanismo formal que permite la generación o perfeccionamiento de un contrato administrativo.

Una vez perfeccionado el contrato, en los términos señalados, le sigue su etapa de ejecución o cumplimiento.

Ejecución del Contrato Administrativo

-Poderes o Prerrogativas de la Administración durante la Ejecución del Contrato Administrativo.

Las partes deben cumplir con las obligaciones del contrato contenidas no solo en su texto, sino en las bases, reglamento y leyes que lo rigen. La Administración cuando contrata sujetándose al Derecho Público mantiene y ejerce sobre su contratista ciertas potestades o prerrogativa que le permiten y autorizan a intervenir durante el inicio, desarrollo y terminación del contrato administrativo. Se trata de una autotutela decisoria y ejecutiva. Estos poderes son:

1.- Poder de dirección, fiscalización y control: se trata de facultades para dirigir la forma y el modo en que debe cumplirse el objeto del contrato, que le permite a la Administración interpretar de manera unilateral y ejecutoria las cláusulas o estipulaciones del contrato mediante constancia, órdenes e instrucciones.

2.- Poder de modificación del contrato o ius variandi: habilita a la Administración, para modificar el contrato y lo pactado en él, exige al contratante particular que adecúe, mejore o amplíe las prestaciones que deben otorgar, para conciliarlas con las nuevas necesidades públicas. La modificación del contrato puede incidir en diversos aspectos, tales como, su duración, el volumen o cantidad de la prestación, o la forma y condiciones de ejecución del contrato.

En todo caso, se señala como limitación a este poder de modificación de la Administración que no puede imponerse al contratista una prestación que excede su capacidad profesional, técnica y financiera. Estas modificaciones deben disponerse por decreto y resoluciones fundadas.

3.-Poder de interpretación unilateral del contrato con efecto obligatorio.

4.- Poder de sanción al contratante: al que nos referimos en detalle más adelante.

5.-Poder de terminación del contrato: al que mencionaremos más adelante.

Terminación del Contrato Administrativo

Se distinguen causales de terminación normales y anormales. Las normales están referidas al cumplimiento integral, oportuno y recíproco del contrato administrativo, en cuanto a que las partes contratantes cumplen con las obligaciones que derivan de él, en los derechos y obligaciones que supone para cada uno, dictándose la resolución que así lo consagre.

Las anormales son:

a) Razones de orden público o por orden público: se refiere a aquellos casos en que la Administración ejerce la potestad de poner término unilateral al contrato, procediendo entonces por ello a terminarlo anticipadamente.

No hay responsabilidad del contratista, él ha cumplido adecuadamente sus obligaciones y no pudiendo resistirse a la decisión de la administración, tendrá derecho a la correspondiente indemnización.

b) Por pérdida de capacidad del contratista: este fallece, se halla en estado de notoria insolvencia, separado del Registro, interdicto, condenado a pena afectiva, etc. Se trata de una causal amplia.

c) Por mutuo acuerdo: en este caso tanto la Administración como el contratista, deciden de manera consensuada poner término anticipado al contrato, causal que por su contenido no genera o no debiera generar responsabilidad para el contratista.

d) Por nulidad del contrato administrativo

e) Por incumplimiento del contratista: la Administración, en forma unilateral, anticipada y verificados, los presupuestos pertinentes referidos al incumplimiento del contratista, que deben ser graves (cuestión calificada por la Administración), decide poner término al contrato administrativo.

La teoría de la contratación pública no contiene un catálogo de conductas del contratista que pudieran ser catalogadas de incumplimiento grave. Sin embargo se mencionan: el no acompañar las garantías exigidas durante el contrato; en casos en que el contratante incurre en atrasos graves y reiterados en el cumplimiento del contrato; si los bienes tuvieran alteraciones o vicios importantes

desde el punto de vista de sus propiedades; en los referidos casos habrá que estarse a las bases generales o especiales para determinar si constituyen un incumplimiento grave.

El Equilibrio Financiero del contrato administrativo

Los contratos Administrativos son de naturaleza onerosa conmutativa, lo que supone efectivamente un equilibrio financiero del contrato entre lo que la Administración necesita y el precio planteado por el contratista.

A fin de preservar este equilibrio financiero que es importante para la materialización y cumplimiento del contrato y la consecuente satisfacción de necesidades públicas, la Doctrina ha elaborado algunas teorías que buscan cautelar dicho equilibrio.

A) Teoría de la imprevisión: se basa en la ocurrencia de circunstancias sobrevinientes durante la ejecución del contrato que lo hacen más oneroso (aunque no imposible de cumplir) y que no se podían prever al momento de firmar el contrato.

Requisitos:

- 1.- Existencia de hechos imprevistos sobrevinientes
- 2.- Que los hechos no hagan imposible la ejecución del contrato sino solo más oneroso.
- 3.- Que tales hechos no sean imputables a ninguna de las partes contratantes.

La consecuencia de requisitos permite, según la Doctrina, arribar a las siguientes alternativas de solución:

-Que el mayor valor que supone la continuación del contrato sea asumido íntegramente por la Administración atendida el fin superior que persigue, como es la satisfacción de la necesidad pública.

B) Teoría de la fuerza mayor o caso fortuito: Se refiere a la concurrencia de hechos sobrevinientes al contrato que hacen imposible el cumplimiento del mismo y ello constituye una excusa legítima para el contratista y que le permiten eximirse de responsabilidad.

C) Teoría del enriquecimiento sin causa: la cual requiere de:

-Empobrecimiento del contratista, esto significa que por el cumplimiento del contratista se ve disminuido en su patrimonio.

-Enriquecimiento de la Administración se refiere a que por el cumplimiento del contrato esta ve mejorado el interés público en una perspectiva mayor a la presupuestada.

-Existencia de un vínculo entre el enriquecimiento y el empobrecimiento.

-ausencia de justa causa, tanto del enriquecimiento como del empobrecimiento.

¿Quién paga? ¿Por mitades o asume los costos la Administración? A ella toca velar por el cumplimiento del bien común.

La teoría del enriquecimiento sin causa tiene solo tratamiento Doctrinario en el Derecho Público, el fundamento último de ella es la equidad.

El procedimiento Administrativo de Contratación Administrativa denominado licitación Privada

Es el procedimiento administrativo de carácter concursal, que tiene lugar previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.

En este tipo de licitación, a diferencia de la pública, solo intervienen las personas o empresas expresamente invitadas por el ente administrativo licitante. Se le llama también y por lo mismo licitación cerrada.

Tiene lugar en virtud de resolución fundada que la disponga, en los casos que la licitación pública no se efectúa o falla, porque no se presentan oferentes o bien porque ninguna de las ofertas o propuestas presentadas cumpla con los requisitos y exigencias formuladas en las bases de licitación.

El Procedimiento Administrativo de Contratación Administrativa denominado Trato Directo

Se trata de un procedimiento administrativo excepcional por el que el Estado o ente público administrativo elige directamente el contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes, sin necesidad de regular previamente un concurso ni preparar bases de licitación de ninguna especie.

I.- Urgencia o Emergencia debidamente calificada por la autoridad: se trataría de situaciones de peligro o riesgo para la población, de compromiso de su seguridad, tranquilidad, salubridad, y otros.

II.- Escasa Envergadura Económica del Contrato: 200 UTM o menos tratándose de las Municipalidades; 100 UTM tratándose de la adquisición de bienes muebles o contratación de servicios (contrato administrativo de suministro y prestación de servicios). Para evitar que la Administración burle la licitación pública se le prohíbe fragmentar sus contrataciones a fin de disminuir artificialmente su envergadura económica y poder eludir la propuesta pública y acogerse al trato directo.

III.- Necesidad de ejecutar inversiones u obras nuevas o adicionales dentro del marco de un contrato administrativo y perfeccionado por vía de una licitación pública: la ampliación de las obras ya contratadas o la ejecución de unas nuevas relacionadas a ellas o la prestación de nuevos servicios pueden hacerse necesarias para el interés general y, por ello, la Administración tiene el poder de modificar unilateralmente el contrato administrativo o ius variandi. En tal caso, no es necesario una nueva licitación de tales obras o servicios sino que se autoriza contratarlos con el particular seleccionado a través de licitación pública mediante el procedimiento administrativo del trato directo.

IV.- Falta de interesados o Presentación de Ofertas Inconvenientes, provocando que la Licitación Pública se tenga por desierta: en estos casos se usan las mismas bases de contratación confeccionadas para la licitación pública.

V.- Existencia de un proveedor del bien o servicio

VI.- Servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiera ofertar la seguridad o el interés nacional

VII.- Contratos que por la naturaleza de la negociación o el lugar en que se prestan servicios hacen necesario acudir a la licitación privada o al trato directo.

El uso de la Licitación Privada y el Trato Directo en defecto de la licitación pública

La regla general es que los Órganos de la Administración del Estado para celebrar válidamente sus contratos administrativos debe realizarlos vía licitación pública. Si este procedimiento concursal falla y concurren las demás circunstancias previstas por la ley, ya mencionadas y previa resolución fundada, es posible acudir a la licitación privada y aún al trato directo.

3.4. Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios

Las novedades introducidas por la Ley en comento son los siguientes: el convenio marco, el Tribunal de Contratación Pública y la Dirección de compras y contratación pública.

Convenio Marco

El convenio marco es definido como un *“Procedimiento de contratación realizado por la Dirección de Compras para procurar el suministro de bienes y/o servicios a las entidades, en la forma, plazo y demás condiciones establecidas en dicho convenio¹⁰”*.

En un convenio marco se establecen precios y condiciones de compra determinadas durante un período de tiempo definido. El objetivo de estos convenios es incorporar los productos y servicios en una tienda virtual, ChileCompra Express, en la cual los organismos del Estado pueden comprar directamente.

Las licitaciones de convenios marco se fijan de acuerdo a los productos y servicios de uso más frecuente en los Órganos de la Administración del Estado. Especialistas de la Dirección de Compras analizan los rubros, montos y cantidades donde existen más compras y contrataciones en todo el Estado. Así deciden de manera precisa cuáles son los productos y servicios que quieren incorporar al catálogo electrónico de productos y servicios y convocan a las distintas industrias a participar de las licitaciones de estos convenios.

¹⁰ Art. 2° N°10, del D. 250 del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios

-Circunstancias en que procede la utilización de un convenio marco

Los órganos y servicios pueden celebrar directamente sus contratos de suministro o servicio por medio de los convenios marco, licitados y adjudicados por la Dirección de Compras, sin importar el monto de las contrataciones.

Los convenios marco son publicados a través de un catálogo de convenios marco en el Sistema de Información o en otros medios que determina la Dirección de Compras Públicas y Contratación Pública.

La suscripción de estos convenios marco no es obligatoria para las municipalidades y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública siendo los criterios, en virtud de los cuales la suscripción de convenios marco no será obligatoria para ellos, materia de un reglamento, dictado en conjunto entre los ministerios de Hacienda y Defensa.

Las entidades que obtengan por su propia cuenta condiciones más ventajosas sobre bienes o servicios respecto de los cuales la Dirección de Compras y Contratación Pública mantiene convenios marco vigentes, debe informar de tal circunstancia a la Dirección.

Con esta información, la Dirección adopta las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que permita extender tales condiciones al resto de organismos públicos.

La Dirección efectuará periódicamente procesos de compra para suscribir convenios marco considerando, entre otros elementos, los planes anuales de compras de cada Entidad. Las entidades pueden solicitar a la Dirección que lleve a cabo un proceso de compra para concretar un convenio marco de un bien o servicio determinado, encargándole la gestión de coordinar un proceso conjunto de contratación o requiriéndole la obtención de condiciones específicas de contratación para bienes o servicios determinados. La Dirección evaluará la oportunidad y conveniencia para llevar a cabo esos procesos.

-Catálogo de convenios marco

Los convenios marco vigentes se incluirán en un catálogo electrónico, que contendrá una descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación, y la individualización de los proveedores a los que se les adjudicó el convenio marco. Los Órganos de la Administración del Estado están obligados a consultar el catálogo antes de proceder a llamar a una licitación pública o privada, o bien la contratación directa.

Este catálogo electrónico denominado ChileCompra Express. Aquí las condiciones de compra están establecidas y los precios y tiempos de entrega son conocidos. Los compradores públicos entonces pueden explorar el catálogo en busca de los productos y servicios que necesitan, los que están ordenados por rubro. Para cada rubro hay ofertas de distintos proveedores.

Si el catálogo contiene el bien y/o servicio requerido, la entidad debe adquirirlo emitiendo directamente al contratista una orden de compra, salvo que obtenga directamente condiciones más ventajosas. Es la vía rápida para las compras públicas porque permite evitarse todo el proceso licitatorio ya que los productos y servicios están disponibles en línea en la tienda virtual ChileCompra Express.

Las órdenes de compra que se emitan en virtud del catálogo deben ajustarse a las condiciones y beneficios pactados en el convenio marco y se emitirán a través del Sistema de Información.

Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, los órganos públicos deben usar de manera preferente el catálogo electrónico para hacer sus compras. De acuerdo a lo anterior, cada servicio público debe consultar el catálogo de convenios marco antes de proceder a llamar a una licitación pública, licitación privada o trato o contratación directa.

-Adquisiciones vía convenio marco que excedan de 1000 UTM o grandes compras.

En las adquisiciones vía convenio marco superiores a 1.000 UTM, las entidades deben comunicar, a través del Sistema, la intención de compra a todos los proveedores que tengan adjudicado en convenio marco el tipo de producto requerido.

Esta comunicación debe realizarse con la debida antelación, considerando los tiempos estándares necesarios para la entrega de la cantidad de bienes o servicios solicitados, plazo que en ningún caso puede ser inferior a los 10 días corridos antes de la emisión de la orden de compra.

En ella debe indicarse, al menos, la fecha de decisión de compra, el producto o servicio requerido, la cantidad y las condiciones de entrega. La entidad debe seleccionar la oferta más conveniente según resultado del cuadro comparativo que debe confeccionar sobre la base de los criterios de evaluación y ponderaciones definidas en las bases de licitación del convenio marco respectivo, en lo que les sean aplicables, cuadro que debe adjuntarse a la orden de compra que se emita y que además sirve de fundamento de la resolución que apruebe la adquisición. (Artículo 14 bis del Reglamento de la Ley N° 19.886)

-Condiciones más ventajosas para la administración

Las condiciones más ventajosas deben referirse a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales para la entidad tales como:

Plazo de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes y servicios, o bien, mejor relación costo beneficio del bien o servicio a adquirir.

En caso que la entidad obtenga condiciones más ventajosas respecto de un bien o servicio contenido en el catálogo, deberá informarlo a la Dirección de Compras, a través del canal que ésta disponga. Las condiciones más ventajosas se podrán verificar a través de diversos mecanismos diferentes a la utilización del Sistema de Información, tales como: procesos de consulta a la industria, publicidad, listas de precios o catálogos públicos, entre otros. En este caso, la entidad deberá efectuar sus procesos de compra conforme a la Ley N° 19.886 y su Reglamento y mantener los respectivos antecedentes para su revisión y control posterior.

La entidad fiscalizadora correspondiente podrá requerir la documentación que respalde, fehacientemente, que al momento en que se realizó una determinada contratación sus condiciones eran más ventajosas a las existentes en los convenios marco vigentes.

-Suscripción de los convenios marco

El proceso de compras, seguido por la Dirección para seleccionar al proveedor de un convenio marco, se rige por la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios de acuerdo a la Ley de Compras y su Reglamento.

Las bases de convenios marco deben establecer los criterios de evaluación que la Dirección estime relevantes para el convenio específico, pudiendo considerar el precio, las condiciones comerciales, la experiencia de los oferentes, la calidad técnica, consideraciones medioambientales y los servicios de post venta de los bienes o servicios objeto de este tipo de contratación.

-Publicación de convenios marco vigentes

La Dirección de compras deberá publicar en el Sistema de Información aquellos convenios marco que se encuentren vigentes, así como las condiciones económicas, técnicas y administrativas contenidas en ellos. Las entidades se relacionarán directamente con el contratista adjudicado por la Dirección, a través de la emisión de la orden de compra respectiva.

-Normativa aplicable a cada convenio marco las cuales serán:

Sus bases, el contrato definitivo si fuere el caso, la respectiva orden de compra (las órdenes de compra deberán ajustarse a las condiciones licitadas, ofertadas y finalmente adjudicadas por la Dirección). En dichos convenios quedarán regulados los derechos y obligaciones que mantendrá la Dirección de Compras para la adecuada fiscalización de los convenios marco.

En las bases de licitación para convenios marco, la Dirección de Compras deberá contemplar como causal para poner término anticipado a dichos convenios, el que el o los contratistas incumplan sus obligaciones con cualquier entidad requirente.

Tribunal de Contratación Pública

El Tribunal de Contratación Pública es un órgano jurisdiccional especial, que integra el Poder Judicial y por tanto se encuentra bajo la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

El Tribunal estará integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema. De entre ellos se elegirá al encargado de presidirlo, por un periodo de dos años, pudiendo ser reelegido.

En cuanto a su funcionamiento, el auto acordado de la Corte Suprema que consta del Acta N°7-2011 dispone que el Tribunal tendrá el mismo horario semanal y diario de funcionamiento que la Dirección de Compras y Contratación Pública, del cual se destinarán cinco horas diarias a la atención de público. El Tribunal realiza audiencias los días martes y jueves de cada semana, con el mismo horario de funcionamiento de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago.

En cuanto a su competencia, ella es especial y restringida, pues el Tribunal sólo podrá conocer de la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos públicos regidos por esta ley.

Acción de impugnación

La acción de impugnación procederá contra cualquier acto u omisión ilegal o arbitrario que tenga lugar entre la aprobación de las bases de la respectiva licitación y su adjudicación, ambos inclusive.

La acción se tramita conforme a las normas contenidas en el Capítulo V de la LBCASyPS y, supletoriamente, por las del Libro I del Código de Procedimiento Civil y las del juicio ordinario de mayor cuantía que resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria del procedimiento que conoce el Tribunal de Contratación Pública.

La demanda mediante la cual se ejerza la mencionada acción podrá ser presentada por toda persona natural o jurídica que tenga un interés actualmente comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación, debiendo deducirse dentro del plazo fatal de diez días hábiles, contado desde el momento en que el afectado haya conocido el acto u omisión que se impugna o desde la publicación de aquél. *“La LBPA que, como ya se mencionó, tiene un ámbito de aplicación general y supletoria, establece en su artículo 25 que los plazos contenidos en ella son de días hábiles, y dentro de su concepción de días hábiles excluye los sábados. A pesar de esto, se debe entender que dicha disposición no es aplicable a lo dispuesto en la ley N° 19886, puesto que*

la LBPA es clara en señalar que las reglas de computo de los plazos son aplicables a aquellos contenidos en esa ley. Por otro lado, en este caso el plazo del reclamo es ante un órgano jurisdiccional y no administrativo, por lo tanto de días hábiles deberán contarse conforme a las reglas generales establecidas para los tribunales, esto es, incluyendo los días sábado”¹¹.

La demanda se presentará directamente ante el Tribunal de Contratación Pública, salvo que el domicilio del interesado se encontrará ubicado fuera de la ciudad de asiento del tribunal, podrá presentarse por medio de las intendencias regionales o gobernaciones provinciales respectivas, que la enviará al Tribunal.

La demanda deberá contener la mención de los hechos que constituyen el acto u omisión ilegal o arbitraria, la identificación de las normas legales o reglamentarias que le sirven de fundamento, y las peticiones concretas que someten al conocimiento del Tribunal. El Tribunal podrá declarar inadmisibles la impugnación que no cumpla con los requisitos exigidos, teniendo el demandante cinco días contados desde la notificación de la inadmisibilidad para corregir la impugnación.

Tramitación y fallo

Acogida a tramitación la impugnación, el Tribunal oficiará al Organismo Público respectivo, acompañando el texto íntegro de la demanda interpuesta, para que, en el plazo fatal de diez días hábiles, contado desde la recepción del oficio, informe sobre la materia objeto de impugnación y las demás sobre las que le consulte el tribunal.

El tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo en el que recae la acción de impugnación.

Recibido el informe o transcurrido el plazo fatal de diez días hábiles, sin que el organismo público haya emitido informe, el Tribunal examinará los autos y, si estima que hay o puede haber controversia sobre algún hecho sustancial y pertinente, recibirá la causa a prueba y fijará, en la misma resolución, los hechos sustanciales controvertidos sobre los cuales deba recaer.

¹¹ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2011): Derecho Administrativo general. Santiago, Editorial Legal Publishing Chile. Pág. 234 y 235.

Desde que esta resolución haya sido notificada a todas las partes, se abrirá un término probatorio común de diez días hábiles, dentro del cual deberán rendirse todas las pruebas que se soliciten. Si se ofreciera prueba testimonial, se acompañará la lista de testigos dentro de los dos primeros días hábiles del término probatorio. El tribunal designará a uno de sus integrantes para la recepción de esta prueba.

Vencido el término probatorio, el Tribunal citará a las partes a oír sentencia. Efectuada esta citación, no se admitirán escritos ni pruebas de ningún género.

La sentencia definitiva deberá dictarse en el plazo de diez días hábiles, contado desde la fecha de la resolución que cita a las partes a oír sentencia. En ella, el Tribunal se pronunciará sobre la legalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y ordenará, en su caso, las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho. La sentencia definitiva se notificará a las partes por cédula.

La parte agraviada con la sentencia definitiva podrá, dentro del plazo de cinco días hábiles, contado desde su notificación, deducir ante el Tribunal recurso de reclamación, el que será conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago. La reclamación se concederá en el solo efecto devolutivo.

Dirección de Compras y Contratación Pública

Es un Servicio Público Descentralizado, a cuya cabeza se encuentra un Director, de exclusiva confianza del Presidente de la República, y que se vincula al Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda.

Sus funciones principales son:

- 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.
- Licitación de la operación del sistema de información, entendiéndose por sistema de información *“el Sistema de información de compras y contratación públicas y de otros medios para la compra y contratación*

electrónica de las Entidades, administrado y licitado por la Dirección de Compras y compuesto por software, hardware e infraestructura electrónica, de comunicaciones y soporte que permite efectuar Procesos de compra” ¹² y de otros medios para la compra y contratación electrónica de los organismos públicos, velar por su correcto funcionamiento y actuar como contraparte del operador de estos sistemas.

- Suscribir convenios con las entidades públicas y privadas que correspondan para los efectos de recabar información para complementar antecedentes del registro de contratistas y proveedores.
- Licitare bienes y servicios, de oficio o a petición de uno o más organismos públicos, a través de la suscripción de convenios marco.
- Representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos a que se refiere esta ley, en la licitación de bienes o servicios en la forma que establezca el reglamento.
- Administrar, mantener actualizado y licitar la operación del registro de contratistas y proveedores, otorgando los certificados técnicos y financieros, según lo establezca el reglamento.
- 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 ésta.
- Establecer las políticas y condiciones de uso de los sistemas de información y contratación electrónicos o digitales que se mantengan disponibles.

3.5. Control de la contratación administrativa.

Una parte de la contratación administrativa está sujeta, también, a control preventivo de la Contraloría General de la República, cuando a este órgano contralor toca examinar, por vía del trámite de toma de razón, las bases de licitación, el decreto supremo o la resolución que adjudica el

¹². Art. 2° N°29, del D. 250 del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

contrato y los actos administrativos de las autoridades competentes que aprueben modificaciones posteriores al régimen contractual. En todos estos casos, la Contraloría puede controlar con amplias atribuciones la juridicidad de aquellos actos jurídicos.

El trámite de toma de razón consiste en un pronunciamiento que hace el Contralor General de la República sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de ciertas resoluciones de los jefes de servicios. La regla general en el Derecho Chileno es que un acto administrativo no se someta a trámite de toma de razón, ya que este control se encuentra reservado a unos casos muy especiales.

En efecto, no obstante la amplitud gramatical del artículo 98 de la CPR, que hace referencia a los actos de la administración en sentido amplio, comprendiéndose en ellos no tan sólo a los decretos y resoluciones, sino que, también a los decretos con fuerza de ley y a los decretos promulgatorios de una ley o de una reforma constitucional (ART 99 inc. 2 y 3 CPR); lo cierto es que conforme a la CPR solamente se encuentran sujetos al trámite de toma de razón los decretos y resoluciones (art 99 y 93 N°16, CPR), y más específicamente aún, los decretos supremos y las resoluciones de los jefes de servicio (artículo 1 y 10, LOCCGR).

CAPÍTULO IV

4.- CENTRAL NACIONAL DE ABASTECIMIENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE SERVICIOS DE SALUD

4.1. Central Nacional de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud.

La Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud, es un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, depende del Ministerio de Salud, para los efectos de someterse a la supervigilancia de éste en su funcionamiento y a cuyas políticas, normas y planes generales deberá sujetarse en el ejercicio de sus actividades.

La Central proveerá de medicamentos, instrumental y demás elementos o insumos que puedan requerir los organismos, entidades, establecimientos y personas integrantes o adscritas al Sistema, para la ejecución de acciones de fomento, protección o recuperación de la salud y de rehabilitación de las personas enfermas, con el solo objeto de cumplir los planes y programas del Ministerio y a los

demás organismos públicos, entre cuyos fines institucionales esté la realización de acciones de salud en favor de sus beneficiarios; esto es sin perjuicio de la facultad de los Servicios de Salud y de otros organismos o entidades del Sistema Nacional de Servicios de Salud para adquirir dichos elementos de otros proveedores.

La Central Nacional de Abastecimiento tiene su sede en la ciudad de Santiago, sin perjuicio de las oficinas que pueda constituir en las regiones del país.

Las funciones de la Central Nacional de Abastecimiento son las siguientes:

a) Proveer de medicamentos, artículos farmacéuticos y de laboratorio, material quirúrgico, instrumental y demás elementos e insumos necesarios que se requieran para el ejercicio de acciones de fomento, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de personas enfermas a los Organismos, instituciones y entidades que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud.

Para estos fines, la Central podrá adquirir, almacenar, distribuir, transportar, arrendar y vender esos elementos a los organismos, entidades, establecimientos y personas que formen parte del Sistema, con el solo objeto de cumplir los planes y programas del Ministerio y a los demás organismos públicos, entre cuyos fines institucionales esté la realización de acciones de salud en favor de sus beneficiarios.

La Central estará obligada a publicar y a mantener actualizados los precios de todos los productos que provea y los descuentos que aplique en la venta por volumen;

b) Mantener en existencia una cantidad adecuada de elementos de la misma naturaleza, determinados por el Ministerio de Salud, necesarios para el eficiente cumplimiento de sus programas;

c) Atender las necesidades que en las materias de su competencia le encomiende satisfacer el Supremo Gobierno, en caso de emergencias nacionales o internacionales, y

d) Prestar servicios de asesoría técnica a otros organismos y entidades del Sistema, en la forma y condiciones que se establezcan en los convenios que al efecto se celebren.

En cuanto al financiamiento de la Central Nacional de Abastecimiento, contara con las siguientes fuentes de ingresos:

- a) Los fondos que consulte la Ley de Presupuestos de la Nación para financiar las existencias a que se refiere la letra b) del artículo 70;
- b) Los ingresos provenientes de las ventas que efectúe y de los servicios que preste, incluyendo los que correspondan a las acciones que deba realizar de acuerdo con la letra c) de la misma disposición;
- c) Los frutos de sus bienes propios y el producto de su enajenación, y
- d) Los aportes, transferencias, subvenciones, empréstitos, préstamos, herencias, legados y donaciones que reciba de parte de otros organismos, entidades o personas, tanto públicas como privadas, sean nacionales o extranjeras.

4.2. Organización de la Central Nacional de Abastecimiento

La Administración superior de la Central corresponderá al Director, que tendrá la calidad de funcionario de la confianza exclusiva del Primer Mandatario y será nombrado a proposición del Ministro de Salud. El Director será el jefe de la Central y tendrá su representación judicial y extrajudicial.

En caso de ausencia o impedimento, el Director será subrogado por el Jefe del Departamento de Operaciones, sin perjuicio de que, el Presidente de la República pueda designar un subrogante distinto.

El Director dispondrá de una Secretaría y contará con la asesoría de las oficinas de Auditoría y Asesoría Jurídica. Dependerán asimismo, del Director, el Departamento de Operaciones y el Departamento de finanzas, Administración y Servicio interno.

Las facultades del Director serán las siguientes:

a) Dirigir, planificar, organizar, coordinar y supervigilar las acciones de la Central y adoptar las medidas conducentes a su eficiente funcionamiento; así como también mecanismos de comunicación expeditos con los Servicios de Salud;

b) Ejecutar y celebrar, toda clase de actos y contratos sobre bienes muebles e inmuebles y sobre cosas corporales o incorporeales incluso aquellos que permitan enajenar y transferir el dominio, pero en este caso sólo a título oneroso y transigir respecto de derechos, acciones y obligaciones, sean contractuales o extracontractuales. Las transacciones relativas a las materias a que se refiere el inciso anterior, deberán ser aprobadas por resolución del Ministerio de Hacienda, cuando se trate de sumas superiores a cinco mil unidades de fomento.

Con todo, no podrán enajenarse bienes muebles sin que medie autorización previa otorgada por resolución del Ministerio de Salud y de acuerdo a las normas del decreto ley N° 1939, de 1977;

c) Elaborar y someter a la aprobación del Ministerio de Salud los proyectos de reglamentos, de inversión, de presupuesto anual, los balances de su ejercicio y demás asuntos que debe conocer;

d) Designar a los funcionarios y poner término a sus servicios y, en general, ejercer a su respecto todas las funciones y facultades que competen a un jefe superior, en conformidad con la ley;

e) Presentar a la Comisión de adquisiciones, los antecedentes necesarios para que ella conozca y se pronuncie sobre las adquisiciones respectivas;

f) Resolver directamente las adquisiciones de artículos y elementos cuyo valor no exceda de tres mil unidades de fomento, por cada tipo de artículo, sin perjuicio de que la adquisición de bienes de uso y consumo de la Central se arreglarán a las normas legales vigentes para los servicios del sector público.

Asimismo, el Director podrá, en situaciones de emergencia, efectuar directamente y bajo su responsabilidad, adquisiciones de toda clase de artículos y elementos, hasta seis mil unidades de fomento, por cada tipo de artículo, sin intervención de la Comisión a que se refiere el artículo 17 de este reglamento, ni sujeción a propuesta pública o privada, cuando la situación de emergencia así lo amerite.

En ambos casos, en la primera reunión siguiente de la Comisión mencionada, el Director deberá dar cuenta de lo obrado.

Para estos efectos se entenderá como situaciones de emergencia las siguientes:

- Catástrofes configuradas por hechos de la naturaleza, tales como: terremotos, maremotos, sequías, incendios, inundaciones, etc., o del hombre (tales como guerras, huelgas, motines, actos terroristas, desórdenes populares, etc.), cuyas consecuencias afecten o puedan afectar a todo o parte del territorio nacional.

- Las ocasionadas por caso fortuito o fuerza mayor, que provoquen o puedan provocar desabastecimiento de los elementos e insumos mencionados en la letra a) del artículo 4º, o de aquellos que conformen Programas encargados por el Ministerio de Salud a la referida Central.

- Epidemias o amenazas de epidemias o brotes de enfermedades infecto-contagiosas, que puedan producir grave riesgo para la población.

- Atención de necesidades que en carácter de urgente le encomiende el Supremo Gobierno, por razones fundadas mediante resolución del Ministerio de Salud.

g) Delegar algunas de sus facultades en los Jefes de Departamento u otras unidades de la Central, sin perjuicio de su responsabilidad como Jefe Superior del Servicio, de acuerdo a las directivas generales que le imparta el Ministerio de Salud;

h) Conferir mandatos en asuntos determinados;

i) Determinar y modificar, mediante resolución previamente aprobada por el Ministerio de Salud, la estructura interna de los Departamentos que establece el presente Reglamento;

j) Establecer las oficinas de almacenamiento, distribución y ventas en las regiones del país;

k) Pronunciarse sobre las proposiciones que le formule el Departamento de Finanzas, Administración y Servicio Interno en conformidad a lo establecido en el artículo 14 del reglamento;

- l) Informar semestralmente al Ministerio de Salud sobre el movimiento financiero y sobre el control valorizado de existencias, de acuerdo a las instrucciones que imparta esa Secretaría de Estado;
- m) Disponer, en casos calificados, la venta a particulares de medicamentos y otros elementos a cuyo respecto se plantee una situación de escasez, determinada por el Ministerio; y
- n) Ejercer las demás funciones que le asignen las leyes y reglamentos.

La Oficina de Auditoría tendrá la labor de asesorar al Director en la fiscalización, control y evaluación de las actividades del Servicio de orden técnico administrativo, financiero y patrimonial, y podrá solicitar al Director de la Central la colaboración ocasional de profesionales, técnicos y/o funcionarios administrativos de otras dependencias de la Central, según la naturaleza, complejidad y volumen de las labores que deba desempeñar en el ejercicio de sus funciones, y en especial desempeñar, las siguientes funciones:

- a) Verificar el cumplimiento de las normas, planes, programas y directivas aprobadas por el Ministerio y por la Dirección de la Central;
- b) Controlar la regularidad y corrección de las operaciones y procedimientos relativos al ingreso, administración e inversión de los recursos financieros y patrimoniales del Servicio y la observancia de las normas de Administración Financiera del Estado y demás disposiciones pertinentes a la materia;
- c) Controlar el fiel y oportuno cumplimiento de las disposiciones de aplicación general a los Servicios Públicos, los derechos y obligaciones de los funcionarios y demás asuntos de aplicación común en toda la Administración o especiales para la Central;
- d) Colaborar en el cumplimiento de las misiones que le encomiende, por intermedio del Director de la Central, el Ministerio de Salud y preparar los informes y antecedentes que por el mismo conducto le solicite la Contraloría General de la República;
- e) Evaluar a lo menos semestralmente la eficacia de los procesos relativos a la administración de inventarios, y

f) Desempeñar las demás funciones que le asigne el Director de la Central en las materias de su competencia.

En el cumplimiento de sus funciones específicas, podrá tener acceso a antecedentes o asuntos protegidos bajo la clasificación de secreto o reserva, con el deber legal de mantener igual grado de reserva.

La Oficina de Asesoría Jurídica ejercerá las siguientes funciones:

a) Asesorar al Director y a otras jefaturas de la Central en la aplicación de las normas legales y reglamentarias y otras disposiciones, emitiendo los informes que le sean requeridos;

b) Redactar y revisar los proyectos de formalización de actos contratos y convenios en que participe la Central y realizar las gestiones tendientes a materializarlos;

c) Intervenir en la elaboración de las resoluciones e instrucciones que deba aprobar la Dirección de la Central, a requerimiento de ésta;

d) Preparar los informes y las consultas a la Contraloría General sobre la interpretación de normas legales y reglamentarias;

e) Asumir la defensa de la Central en los juicios en que sea parte o en los asuntos en que tenga interés ante los Tribunales de Justicia; y

f) Ejercer las demás funciones que le encomiende el Director de la Central en las materias de su especialidad.

Al Departamento de Operaciones corresponderá estudiar, formular y proponer los programas de adquisiciones. Le corresponderá igualmente ejecutar la distribución y enajenación de los elementos e insumos y deberá especialmente:

a) Establecer pautas e instrucciones para determinar los productos que formen el stock de existencia. Estas deberán indicar categoría y clasificaciones por grupos de productos, las especificaciones técnicas de cada uno de ellos y su grado de importancia relativa, para determinar y ejecutar las correspondientes funciones de recepción, almacenamiento y distribución de los mismos;

- b) Efectuar la clasificación de los artículos según la estacionalidad de su consumo, su período de eficacia, su carácter estratégico y otros factores;
- c) Proponer y ejecutar sistemas para la administración de inventarios, en los cuales deberán considerarse, además de las características propias o particulares de cada producto, su tiempo de reposición, volumen económico de compra, precio, cantidad y stock de seguridad;
- d) Proponer los programas de adquisiciones conforme a las pautas a que se refieren en las letras anteriores;
- e) Proponer las especificaciones técnicas para las compras en plaza e importaciones;
- f) Elaborar, proponer y ejecutar sistemas y procedimientos para determinar el precio de venta de aquellos artículos respecto de los cuales no se disponga la información actualizada de su costo, se aproxime su vencimiento u obsolescencia, y demás casos análogos;
- g) Proponer y ejecutar políticas de ventas y distribución, señalando reglas y procedimientos;
- h) Preparar y ejecutar las reglas y procedimientos operativos necesarios para la recepción, almacenamiento, custodia y despacho de las mercaderías que maneje la Central;
- i) Proponer el establecimiento de las oficinas de almacenamiento, distribución y ventas que sean necesarias en las regiones, el ámbito geográfico que deberán atender y la variedad de artículos que suministrará cada una de ellas;
- j) Velar por el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el Código Sanitario y Reglamentos complementarios en la Central;
- k) Controlar el ingreso, almacenamiento, custodia y despacho de los estupefacientes y productos farmacéuticos que causen dependencia y demás sustancias psicotrópicas susceptibles de surtir efectos análogos;
- l) Efectuar evaluaciones técnicas de las ofertas para la decisión de las adquisiciones;

- m) Informar al Director de los posibles incumplimientos de contratos y proporcionar los antecedentes correspondientes;
- n) Coordinar y supervisar el funcionamiento de las oficinas de almacenamiento, distribución y ventas;
y
- ñ) Desempeñar las demás funciones que le encomiende el Director.

El Departamento de Finanzas, Administración y Servicio Interno, es el encargado de diseñar y ejecutar los programas conducentes a una eficiente utilización de los recursos de la Central, debiendo proponer alternativas de financiamiento, siendo responsable del uso de los recursos disponibles y del manejo contable y administrativo de la Central y ejercerá las siguientes tareas:

- a) Ejecutar los programas de adquisiciones, velando porque ellos se realicen a través de sistemas que aseguren la agilidad del proceso de compra y efectuando funciones como las siguientes:

Preparar las bases de licitaciones; realizar el llamado de las licitaciones; presentar los informes administrativos de las ofertas para la decisión de las adquisiciones; girar y controlar el cumplimiento de las Órdenes de Compra;

- b) Recoger oportunamente de parte de los Servicios de Salud la información necesaria para el desempeño de sus funciones;
- c) Preparar trimestralmente los informes relativos al uso de los recursos materiales, financieros y humanos de la organización;
- d) Proponer pautas e instrucciones para determinar y regular las distintas modalidades de facturación, cobros y pagos de la Central, sin perjuicio de las normas y directivas del Ministerio de Salud;
- e) Elaborar el proyecto de balance general y demás estados o informes contables o financieros que deba presentar la Central;

- f) Proponer procedimientos internos de administración contable y financiera, en conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias pertinentes y las instrucciones emanadas de las autoridades competentes, y una vez aprobados, ejecutarlos y velar por su aplicación;
- g) Preparar los antecedentes que el Ministerio de Salud requiera, para la confección del presupuesto anual del Programa Nacional de Alimentación Complementaria y otros programas específicos; y realizar las operaciones necesarias para la ejecución de esos programas, hasta la entrega de los productos a los establecimientos encargados de su distribución;
- h) Estudiar, gestionar y evaluar, a requerimiento del Director, los créditos externos para el abastecimiento del Sistema, de conformidad con la legislación vigente;
- i) Asesorar a la Dirección en la Administración, autorización y aprobación de todo movimiento de fondos de la Central;
- j) Proponer pautas e instrucciones para la fijación de precios de venta de los artículos de stock, de tal manera que posibiliten su reposición y generen un margen de comercialización adecuado, tomando en consideración la naturaleza de las funciones que corresponden a la Central;
- k) Proponer el porcentaje de comisión por prestaciones de servicio como agente de importaciones u otras asesorías técnicas que se otorguen a los organismos y entidades del Sistema;
- l) Proponer garantías de presentación y cumplimiento de las licitaciones;
- m) Dirigir y supervisar la ejecución de todas las operaciones destinadas al cumplimiento de las normas sobre la administración de los recursos financieros, materiales y humanos de la organización;
- n) Preparar pautas y cumplir las instrucciones sobre la aplicación de multas, sanciones, recargos e intereses a que den lugar las operaciones de la Central;
- ñ) Informar al Director de los posibles incumplimientos de contratos y proporcionar los antecedentes correspondientes; y
- o) Desempeñar las demás funciones que le encomiende el Director.

Las responsabilidades por la ejecución de las funciones de los Departamentos corresponderán a sus respectivos jefes, los que dispondrán de las asesorías técnicas y secciones que determine el Director.

La Comisión de adquisiciones de la Central de Abastecimiento es un órgano colegiado que conocerá y se pronunciará sobre las adquisiciones que efectúe la Central, la cual estará integrada por:

- a) El Subsecretario del Ministerio de Salud, o su representante que la presidirá;
- b) El Jefe de uno de los Departamentos de la Oficina de Planificación y Presupuesto del Ministerio de Salud, designado por el Ministro;
- c) El Director del Fondo Nacional de Salud, y
- d) Dos Directores de Servicios de Salud.

Los miembros de la Comisión a que se refieren las letras a) y d) serán designados mediante resoluciones del Ministerio de Salud, quien podrá poner término a su desempeño en esa calidad cuando lo estima necesario. El representante del Subsecretario será, asimismo, designado por éste mediante resolución.

Las funciones de la Comisión serán las siguientes:

- a) Resolver las adquisiciones de medicamentos y demás artículos y elementos comprendidos en la actividad de la Central, cuyo valor exceda de tres mil unidades de fomento, por cada tipo de artículo, sea que ellas se efectúen por propuestas públicas o privadas, simples cotizaciones o compras directas;
- b) Tomar conocimiento de las adquisiciones directas realizadas por el Director de la Central;
- c) Conocer y resolver los reclamos relativos a las adjudicaciones que presenten los proveedores;
- d) Estudiar y proponer modificaciones al Reglamento, y

e) Adoptar, por unanimidad, acuerdos que declaren que determinadas adquisiciones,- por razones especiales de mercado,- son favorables a los intereses o necesidades del Servicio.

En ejercicio de la función a que alude la letra a), la Comisión podrá aceptar la propuesta, cotización u oferta que estime más conveniente; desestimarlas todas o declarar desiertas, en su caso, las respectivas propuestas, cotizaciones u ofertas presentadas.

La Comisión tendrá sesiones ordinarias y extraordinarias, en las cuales conocerá y resolverá las materias de su competencia. Las sesiones ordinarias se efectuarán en los días y horas fijos que determine la propia Comisión; ellas deberán celebrarse al menos quincenalmente y tendrán por objeto tratar los asuntos comprendidos en la tabla respectiva. Esta tabla será propuesta por el Director de la Central al Presidente de la Comisión y se comunicará a todos sus integrantes, a lo menos, tres días antes de la reunión respectiva.

Dicha tabla contendrá las adquisiciones a resolverse, debidamente valorizadas de acuerdo con los antecedentes con que se cuente a la fecha de su emisión.

Las sesiones extraordinarias se realizarán cuando ello sea necesario; para tratar asuntos urgentes o determinados; serán convocadas por el Presidente de la Comisión, de oficio o a requerimiento del Director de la Central y tendrán por objeto conocer de las materias incluidas en la respectiva convocatoria.

La Comisión será presidida por el Subsecretario del Ministerio de Salud y en defecto de éste, por su representante.

El Presidente dirigirá las sesiones de la Comisión; ordenará las deliberaciones de sus miembros; someterá a votación las resoluciones, acuerdos o informes que deban aprobarse y representará a la comisión ante otras autoridades, organismos o entidades y, en general, adoptará todas las medidas conducentes al fiel y oportuno desempeño de sus funciones.

El quórum para sesionar y adoptar acuerdos de la Comisión será de tres miembros y sus resoluciones se aprobarán por mayoría de votos de los asistentes. Los empates serán dirimidos por el Presidente de la Comisión.

A su vez, la Comisión, por intermedio de su Presidente, podrá solicitar la asesoría, estudios e información que considere necesarios para el mejor cumplimiento de sus cometidos, a cualquier dependencia o funcionario de la Central y de otros organismos del Sistema Nacional de Servicios de Salud.

A pesar de lo mencionado, el Director de la Central de Abastecimiento será el encargado de presentar ante la Comisión los diferentes asuntos incluidos en la tabla o convocatorias acerca de los cuales ella deba pronunciarse, con la asesoría de los funcionarios del Servicio que estime conveniente, y deberá proporcionar los informes, datos y antecedentes que la comisión le requiera en relación a las materias específicas de su competencia.

La Comisión contará con una Secretaría que estará a cargo de un funcionario de la Central que elija su Director, con la aprobación del Presidente.

El Secretario de la Comisión será ministro de fe de sus acuerdos y resoluciones; deberá llevar actas de cada sesión ordinaria y extraordinaria que ella celebre, en las que se dejará constancia, en forma sucinta y clara, de sus determinaciones, así como de las razones y antecedentes en que éstas se funden. Dichas actas se transcribirán, dentro de los cuatro días posteriores a cada sesión, a cada uno de los integrantes de la Comisión y deberán aprobarse en la sesión ordinaria siguiente que ella celebre.

Corresponderá, asimismo, a la secretaría despachar las citaciones a sesiones ordinarias o extraordinarias; prestar todo el apoyo administrativo inmediato que requiera la Comisión y, en general, desempeñar las demás funciones o tareas que ella le encomiende.

En lo relativo a las adquisiciones estas se efectuarán, por regla general, mediante propuesta pública tanto para las compras en plaza o de importación. Sólo podrá omitirse la propuesta pública en los siguientes casos:

a) Cuando dos o más oferentes en ella presenten iguales condiciones de precio, calidad, oportunidad y otras, debiendo en tal caso recotizarse entre todos aquellos oferentes que hayan formulado sus ofertas en tales condiciones.

b) Cuando se trate de casos urgentes e imprevistos, en cuyo caso las adquisiciones no podrán exceder las cantidades o volúmenes necesarios para satisfacer la urgencia que los motiva.

Se entenderá que constituyen casos urgentes e imprevistos, sin perjuicio de otros que puedan así considerarse por la Comisión de Adquisiciones, las situaciones de emergencia señaladas en el párrafo cuarto de la letra f) del artículo 8° del reglamento .

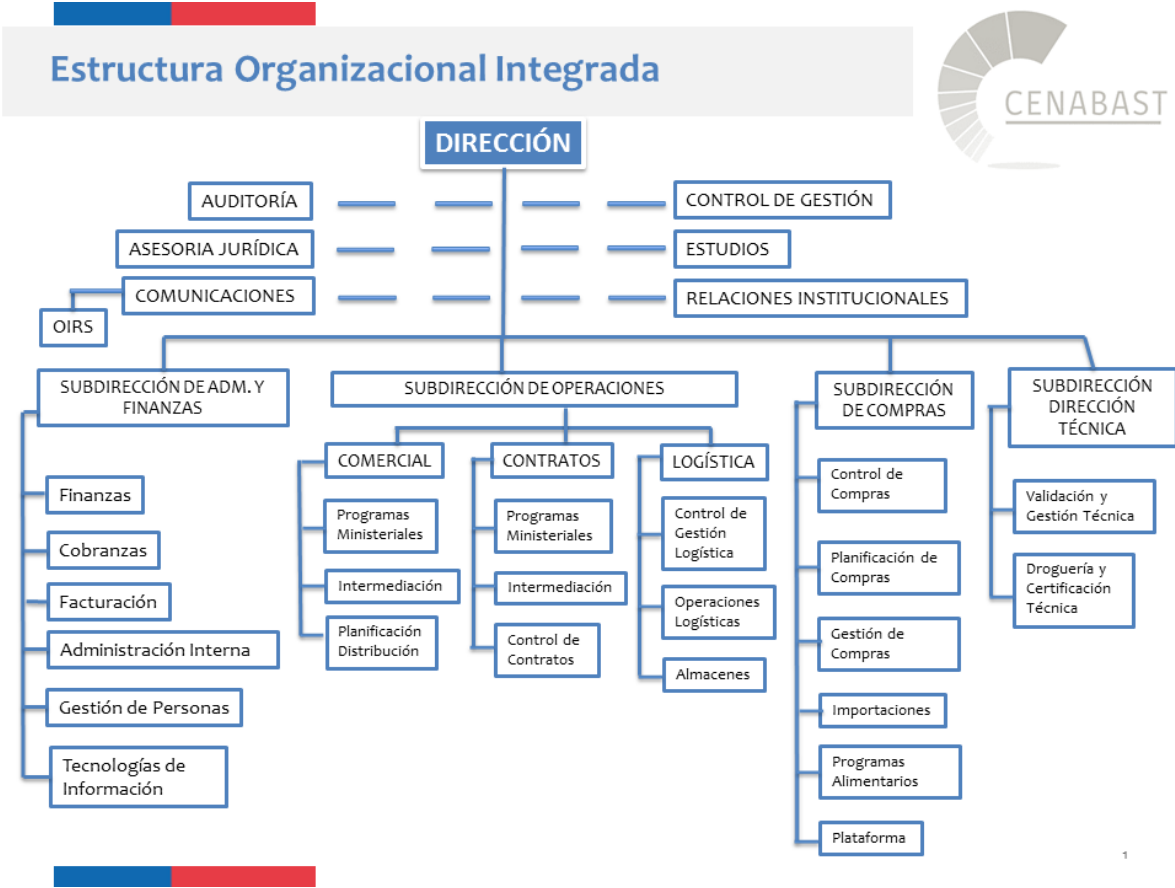
c) Cuando se trate de elementos que sólo pueden adquirirse a productores o distribuidores exclusivos.

d) Cuando convocado un concurso de esta naturaleza, él se haya declarado desierto o cuando no se produzcan ofertas en determinados ítem, en tres oportunidades consecutivas.

e) Cuando por razones especiales de mercado se obtengan condiciones comerciales que se estimen, por acuerdo unánime de la Comisión de Adquisiciones, favorables a los intereses o necesidades del Servicio. En todo caso, en las licitaciones privadas y simples cotizaciones deberá convocarse a concursar a no menos de tres oferentes, salvo en los casos señalados en las letras c) y e) precedentes.

Ilustración n°2 Modelo de negocios de CENABAST

Ilustración n°2: “Organigrama”



Fuente: www.cenabast.cl

CAPÍTULO V

5.-JURISPRUDENCIA

Corresponde ahora determinar de qué forma, y en qué medida los órganos jurisdiccionales establecidos en nuestra Constitución y la ley han tratado la manipulación de licitaciones o colusión en procesos de compras. Para estos efectos, hemos examinado los siguientes fallos.

5.1. Jurisprudencia Judicial

De escaso desarrollo en nuestro país, los casos de *bid rigging* o colusión entre los oferentes en procesos licitatorios, son sólo tres *Oxígenos* (2006), *Asfaltos* (2008) y *Ambulancias* (2010); de los cuales solo comentaremos el caso ambulancias, ya que CENABAST fue el órgano licitante.

Caso *Ambulancias*: El Fiscal Nacional Económico, formuló requerimiento en contra de las sociedades requeridas, las que a su juicio establecieron un acuerdo con el fin de restringir la competencia en dos licitaciones organizadas por el Ministerio de Salud (Minsal) y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud (Cenabast) para la provisión de 151 ambulancias y 23 clínicas dentales móviles. Específicamente, les imputa haberse coludido para repartirse el mercado de provisión de ambulancias y clínicas dentales móviles al sistema público de salud, con ocasión del llamado a dos licitaciones convocadas al efecto por la autoridad respectiva, esto es, las licitaciones públicas números 621-701-LP06 y 621-702- LP06. Todo ello, con la participación y auxilio de Comercial Kaufmann S.A., quien le habría negado a competidores de Bertonati y de San José la entrega de vehículos marca Mercedes Benz que serían necesarios para poder armar las ambulancias requeridas por las bases de licitación. Se trataría, en suma, de un caso de colusión en licitaciones o *bid rigging*, en este caso públicas, que consistiría en negociar y acordar la forma y los montos en que San José y Bertonati asistidos por Comercial Kaufmann S.A., presentarían sus respectivas ofertas a ambas licitaciones, fruto de lo cual ambas resultarían como adjudicatarias en dichos procesos, excluyendo así a sus competidores. El TDLC acogió las

excepciones de prescripción opuestas por las requeridas por lo que rechazó el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica¹³.

¹³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Causa rol C- 163-2008, caratulado Fiscalía Nacional Económica con Bertonatti Vehículos Especiales Limitada, Conversiones San José S.A. y Kauffmann S.A. Vehículos motorizados.

CONCLUSION

El éxito de las licitaciones públicas realizadas por CENABAST radica en múltiples circunstancias y una de las más importante es el proceso de elaboración de las bases, ya que con ellas se determina el mercado relevante, por lo tanto, los diseñadores deben propender a eliminar barreras de entradas artificiales. En el objetivo de ser eficientes y eficaces en la realización de su cometido, no quepa la menor duda que la licitación pública es la herramienta más importante, ya que permite la reducción de precios de los medicamentos e insumos médicos.

Este sistema tiene deficiencias en las que tienen incidencia no sólo los organismos públicos vinculados con CENABAST, sino que también los particulares que participan en las licitaciones mediante actos que atenten contra la libre competencia, ejemplo de ello es que en agosto de 2016 la Fiscalía Nacional Económica presentó un requerimiento en contra de FRESENIUS KABI CHILE LTDA., LABORATORIO BIOSANTO S.A., y LABORATORIO SANDERSON S.A., por celebrar y ejecutar acuerdos que afectaron resultados de procesos de licitación pública convocados por CENABAST para la adquisición de medicamentos inyectables genéricos contenidos en envases de menor volumen, también llamados “ampollas”. Lo que nos demuestra que nuestras instituciones que deben proteger la libre competencia en los mercados cumplen su función, a pesar de su escaso financiamiento.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-VALDÉS PRIETO, Domingo. (2006): Libre competencia y monopolio (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- 2.-BERMÚDEZ SOTO, Jorge. (2011): Derecho Administrativo general (Santiago, Editorial Legal Publishing Chile).
- 3.-MORAGA KLENNER, Claudio (2007): Contratación Administrativa (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- 4.-GARCÍA MACHMAR, William (2011): Manual de la libre competencia (Santiago, Thomson Reuters).
- 5.-YRARRÁZAVAL COVARRUBIAS, Arturo (2011): Diccionario Jurídico-económico (Santiago, Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile).
- 6.- ZAVALA ORTIZ, José Luis y MORALES GODOY, Joaquín (2004): Derecho económico (Santiago, LexisNexis).
- 7.- CALDERA DELGADO, Hugo (2001): Tratado de Derecho Administrativo (Santiago, ediciones parlamento LTDA.).
- 8.- SILVA CIMMA, Enrique (1994): Derecho Administrativo Chileno y Comparado, El Control Público (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- 9.-FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2006): Derecho Constitucional Económico. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- 10- RUIZ-TAGLE VIAL, Carlos (2010): Curso de Derecho Económico (Santiago, Librotecnia)
- 11.- Samuelson, P., Nordhaus, W. y Pérez, D.; traducción Rabasco, E. y Toharia, L (2003): Economía (Buenos Aires, McGraw-Hill).
- 12.-Garrido, F., Palomar, A. y Losada, H (2006): Tratado de Derecho Administrativo, Volumen II (Madrid, Editorial Tecnos).