

EL TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
EN CHILE.  
UN ANÁLISIS CRÍTICO PROPOSITIVO  
THE COURT OF PUBLIC PROCUREMENT  
IN CHILE.  
A CRITICAL ANALYSIS AND SOME PROPOSALS

*Eduardo S. Escanilla Abarza\**

*Resumen*

El presente artículo propone analizar la experiencia del Tribunal de Contratación Pública chileno, ponderándola bajo una mirada que relaciona criterios propios de la visión jurídica tradicional con otros de orden funcional, con el fin de proponer tópicos para el debate de una reforma legislativa que permita optimizar su desempeño.

Palabras claves: Tribunal de Contratación, contratación administrativa, compras públicas, contencioso administrativo, control jurisdiccional de la Administración.

*Abstract*

This article proposes to analyze the experience of the Chileans Court of Public Contracts, scrutinizing it under an approach related a traditional juridical view and with functional approaches. The purpose is to offer issues for a legislative agenda debate oriented to optimize its performance.

Key words: Court of Public Contracts, administrative contracting, public contract engagement, administrative litigation, judicial review over the Administration

---

\* Magister en Derecho Público, con mención en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad San Sebastián. Artículo recibido el 18 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 5 de marzo de 2013. Correo electrónico: eescanillaa@docente.uss.cl

## I. Introducción

La Ley 19.886, conjuntamente con crear el sistema comúnmente denominado “Chilecompra” –hoy, [mercadopublico.cl](http://mercadopublico.cl)–, estableció el TCP destinado a conocer y fallar la acción de impugnación contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con organismos de la Administración del Estado, entendiendo por tales los órganos y servicios indicados en el artículo 1° de la ley N° 18.575, con excepción de las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley, efectuados a través del ya citado sistema *on line*.

El proyecto de ley se originó en la necesidad de perfeccionar la actividad administrativa contractual, a propósito de diversas iniciativas gubernamentales como la Comisión Nacional de Ética Pública y el Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República, que desembocaron en un Plan Estratégico 1997-2000 del Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, dentro de las acciones de “Transparencia y Probidad de la Gestión Pública”. Este Comité, en enero de 1998, sancionó un Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones<sup>1</sup>.

A lo anterior se sumaban exigencias propias de la globalización, a través de la negociación y entrada en vigencia de acuerdos internacionales suscritos por Chile<sup>2</sup>.

Las expectativas respecto de la institucionalidad regulatoria de la contratación pública no pueden ser menores dada la trascendencia que ello importa para la economía nacional. Según datos entregados recientemente por la Conapyme, existen en Chile más de 720 mil empresas de menor tamaño distribuidas en todos los sectores productivos. De acuerdo a información del mismo organismo, es el sector que genera cinco millones de empleos en el país, lo que representa el 81% de la fuerza laboral, siendo el Estado y las grandes empresas sus principales clientes<sup>3</sup>. En el mismo sentido encontramos los datos proporcionados por el Director de Compras Públicas en su Cuenta Pública de 27 de agosto de 2010, en la

---

<sup>1</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N°19.88 Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, pp. 9-11.

<sup>2</sup> Nos referimos a los tratados de libre comercio con la Unión Europea y EE.UU publicados en el Diario Oficial de 01 y 31 de diciembre de 2003, respectivamente, los cuales contienen disposiciones referentes a la contratación con órganos del Estado. La Ley 19.886 fue publicada en el Diario Oficial de 30 de julio de 2003.

<sup>3</sup> Alex CABRERA, gerente general de Aappear Chile (2010) “¿La Pyme financia al Estado y a las grandes empresas?”. Disponible en: <[www.diariopyme.com/Opinion](http://www.diariopyme.com/Opinion)>. Consultada el 04 de julio de 2010.

cual expresaba que las MYPE han llegado a superar el 40% del total de inscritos en el registro de proveedores a cargo de dicho organismo<sup>4</sup>.

Adicionalmente, en la reciente Primera Cuenta Pública del TCP, su Presidente ha expresado que

“...en este mercado virtual se realizan hoy más de 10 mil operaciones diarias y se transan bienes y servicios por más de 8 mil millones de dólares al año, este es el marco en el cual se encuentra inserta la actividad del Tribunal”<sup>5</sup>.

Es así que nos ha parecido relevante examinar tanto el marco de organización, funcionamiento y competencias dado al TCP, como su *praxis*, manifestada especialmente a través de sus resoluciones, la forma en que los operadores jurídicos han recurrido a esta judicatura, los recursos asignados para su funcionamiento, entre otros, para determinar si la innovación ínsita en la creación de este órgano ha sido suficiente. Y, en el caso que admitiese mejoras, hacia dónde encaminar posibles propuestas para debatir.

Para abordar dichas inquietudes, hemos tomado como marco de referencia los planteamientos del profesor Romero Guzmán expuestos en su artículo titulado: “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de Legitimidad”, en el cual sintetiza los siguientes criterios para revisar la legitimidad o justificación de un régimen regulatorio, que para nuestro caso es de orden jurisdiccional, a saber: Mandato Legislativo, Procedimientos Justos y Participativos (debido proceso), Especialización y Expertise, Eficiencia y Eficacia, y Control y Rendición de Cuentas<sup>6</sup>.

Nuestra opción por este modelo está dada porque dicho planteamiento presenta una interesante combinación de parámetros para efectuar un análisis de esta naturaleza, integrando criterios propiamente jurídicos y otros que complementan la visión estrictamente formal –y tal vez, a veces, excesivamente teórica–, a la cual normalmente tendemos en los estudios de derecho. En nuestra opinión, ha sido determinante para utilizar este modelo el hecho que en él se integran aspectos valorables desde el prisma jurídico tradicional; preferencia por valores formales, procesales o democráticos (lo que según nuestro autor podría denominarse “legitimidad procedimental”) con valores asociados a una visión más centrada en los

<sup>4</sup> DIRECCIÓN DE COMPRAS PÚBLICAS “Aumento de participación de Mypimes marcó Cuenta Pública 2010 de Chilecompra”.

<sup>5</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Primera Cuenta Pública del Tribunal*.

<sup>6</sup> Juan José ROMERO GUZMÁN, “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de Legitimidad”, pp. 539-554.

resultados (lo que según nuestro autor podría denominarse “legitimidad sustantiva”), Al poner en la balanza criterios provenientes de ambas perspectivas, creemos que se logra asentar una panorámica más integral de la realidad que una determinada institución presenta y con ello aproximarnos a una mejor respuesta respecto a si las motivaciones para su establecimiento están satisfechas. En definitiva, si el Estado, al promover una determinada institucionalidad, realmente genera con ello condiciones que favorezcan la realización espiritual y material de las personas, es decir, si aporta al bien común; finalidad última a la cual debe encaminarse toda la actividad estatal.

No obstante, y del mismo modo que lo señala nuestro autor, estamos conscientes de dos condicionantes:

- 1) que los criterios señalados no son los únicos y pueden ser complementados con otros; tanto de orden procedimental como sustantivo, y
- 2) que es la fuerza acumulativa de todos estos criterios en lo que descansa su justificación<sup>7</sup>.

Siguiendo dicho modelo analítico, nuestro trabajo se estructura siguiendo los criterios de legitimidad aludidos, los cuales son tratados considerando tanto los antecedentes de la historia legislativa como la jurisprudencia del tribunal; examinada con el propósito de evidenciar la aplicación práctica del modelo regulatorio jurisdiccional, particularmente, en lo que atañe a su ámbito de competencia y atribuciones, como ello se vincula al mandato legislativo y los resultados a los que, dicha combinación, ha permitido arribar en la práctica. No obstante, dado el propósito de nuestro estudio, que no es exclusivamente jurisprudencial, hemos agregado algunas observaciones de orden estadístico y de gestión, particularmente necesarias para examinar los criterios de eficiencia y *accountability*. Finalmente concluimos con nuestra apreciación en torno a cuáles serían los aspectos que confieren mayor fortaleza al TCP y cuáles podrían ser aquellos a debatir en orden a perfeccionar un sistema jurisdiccional de esta naturaleza. Por ello nuestro análisis, si bien es crítico, intenta igualmente ser constructivo y propositivo. De ahí el título que encabeza este trabajo.

---

<sup>7</sup> ROMERO GUZMAN, “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio?”..., *op. cit.*, pp. 541-543.

## II. Criterios de legitimidad o justificación y praxis

### 1) MANDATO LEGISLATIVO

De acuerdo con este criterio, el sistema regulatorio será más o menos valorado según si se apega, más o menos, al contenido de lo ordenado por la ley, por cuanto el respeto a dichos mandatos llevaría implícita la obediencia a los preceptos democráticamente dispuestos por los representantes de la voluntad popular.

En tal sentido, la mayor claridad y especificidad de las prescripciones legislativas confiere mayor fortaleza a la legitimidad de los órganos reguladores. *A contrario sensu*, en la medida que dichos mandatos son menos claros y requieren una mayor interpretación para su aplicación se debilita la legitimidad.

Examinemos los aspectos vinculados a este parámetro.

#### a. Referencia a la organización y procedimiento

La Ley 19.886 destina su “*Capítulo V Del Tribunal de Contratación Pública*” –compuesto de 7 artículos– a desarrollar la preceptiva del organismo. En ella, el encabezado de su art. 22 dispone: “Créase un tribunal, denominado ‘Tribunal de Contratación Pública’, que tendrá su asiento en Santiago.”, para luego regular su integración, dar algunas reglas esenciales de su funcionamiento; lo que será complementado por un auto acordado que dicte la Corte Suprema<sup>8</sup> y finalmente fijar su competencia<sup>9</sup>.

Las disposiciones que les siguen regulan la presentación, tramitación y fallo de la Acción de Impugnación ante el TCP, como su revisión ante la Corte de Apelaciones de Santiago por la vía del recurso de reclamación.

#### b. La competencia esencial del TCP

En los incisos 1° y 2° del Art. 24 de la mencionada ley se encuentran las prescripciones ordenativas esenciales de dicha competencia. Ellas disponen que:

---

<sup>8</sup> El auto acordado data de 20 de octubre de 2003 bajo el Acta 81-2003 y fue reformado por los acuerdos de 04 de junio de 2007 y 08 de septiembre de 2008. Recientemente, se ha expedido el texto refundido de dicho auto acordado con fecha 11 de marzo de 2011.

<sup>9</sup> Entendemos aquí la competencia a la manera que la define el Art. 108 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, como la facultad para conocer los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones.

“El Tribunal *será competente para 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.

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” (énfasis agregado).

A lo anterior se agrega el Art. 16 inciso 6° de la misma ley, el cual prevé que

“...la decisión consistente en el rechazo o aprobación de las inscripciones corresponderá a la Dirección de Compras y Contratación Pública y *podrá ser reclamable en los términos establecidos en el capítulo v*” (énfasis agregado).

Por otra parte, el Art. 3°, a propósito de los contratos de ejecución de obra pública y de concesión de obra pública excluidos de la aplicación de la ley, expresa en su letra e) inciso 2° que

“No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, *a las contrataciones* a que ellos se refieren *se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo v* de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria...” (énfasis agregado)<sup>10</sup>.

Es decir, somete también a su jurisdicción las controversias sobre licitaciones de concesión y ejecución de obras públicas, en los términos que hemos señalado.

### c. Qué materias conoce

De acuerdo a los antecedentes de la historia de la ley y al texto finalmente vigente, la competencia prevista para el TCP parece ajustarse sólo a la contratación para la adquisición de bienes muebles (suministro) y prestación de servicios y de ejecución y concesión de obras públicas; y para acciones u omisiones ilegales o arbitrarias producidas entre la aprobación

---

<sup>10</sup> Nótese que el empleo de la expresión *contratación* produce el efecto de ser sinónimo de licitación, en el contexto de la ley. Lo que a nuestro entender explicaría el porqué de la denominación que finalmente se dio al órgano. Y así parecen entenderlo los autores. Véase Claudio MORAGA KLENER, *Contratación Administrativa*, p. 290. Por nuestra parte, y aun cuando no nos dedicaremos en este trabajo a desarrollar este aspecto por exceder a sus propósitos, sostenemos un parecer diverso, según señalamos más adelante.

de bases y la adjudicación de una licitación efectuada por los órganos de la Administración del Estado, además de las reclamaciones por inscripciones en el Registro Electrónico de Contratistas.

No obstante haber ratificado por varios años dicha acotada competencia<sup>11</sup>, el Tribunal ha señalado como pertenecientes a su órbita otras materias que no se desprenden con tanta claridad del mandato legislativo, como lo ha manifestado en la sentencia interlocutoria de 29 de enero de 2010, en los autos Rol 152-2009, de acuerdo con la cual estimó dentro de su competencia las impugnaciones a propósito de una licitación de un contrato para el otorgamiento de subsidios a la prestación de servicios de transporte público urbano, efectuada por la Intendencia de Magallanes, cuyo procedimiento se había acogido al marco establecido por la Ley 19.886.

Cabe destacar que la misma resolución da un paso relevante en la explicitación de su competencia, al enunciar de modo general y sistemático los requisitos que permitirían ejercer la acción de impugnación ante dicha sede, a saber:

“...a) la existencia de “un procedimiento administrativo de contratación”; b) dicho procedimiento debe haber sido convocado por un órgano público regido por la Ley N° 19.886; y c) el mencionado procedimiento debe contemplar un acto de “aprobación de las bases” del mismo, y, por último, un acto de “adjudicación”<sup>12</sup>.

A mayor abundamiento, el número 7° de la parte considerativa de este mismo fallo, en una postura que puede implicar una ampliación considerable del ámbito competencial, y por ende un cambio de criterio, expresa:

“...estos sentenciadores estiman que la competencia de este Tribunal de Contratación Pública no se encuentra limitada por el artículo 1° de la Ley N° 19.886, esto es, a los procedimientos administrativos de contratación destinados a celebrar contratos, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles y de prestación de servicios, ya que el precepto legal que establece su competencia –artículo 24 de la Ley N° 19.886–, que es de carácter especial, alude a los procedimientos administrativos de contratación, *sin distinguir el objeto de la licitación ni tampoco la naturaleza jurídica del contrato que con motivo de ella habrá de celebrarse*, encontrándose sólo exceptuados aquellos casos a que expresamente se refiere el Art. 3° de la mencionada ley...” (énfasis agregado).

<sup>11</sup> Véase 24 infra.

<sup>12</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 152-2009, número 4° de los “Vistos y teniendo presente”.

#### d. Qué materias no conoce

De acuerdo al análisis del texto legal y de la propia jurisprudencia del TCP y a la amplitud que abre la sentencia interlocutoria del Rol 152-2009, nos parece que entre las materias que han quedado fuera de su competencia estarían<sup>13</sup>:

- i. Las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la Administración producidas durante la ejecución y término de un contrato, sea de adquisición de bienes muebles y servicios y de ejecución o concesión obras públicas, como de cualquier otro<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> A partir de la jurisprudencia conocida hasta 2009, se podían considerar igualmente excluidas de la competencia: a) Las contrataciones administrativas que versen sobre materias distintas a la adquisición de bienes muebles y servicios y de obras y concesiones de obras públicas. Como podría ser el caso de la compra y venta de inmuebles de los órganos del Estado o la enajenación de bienes muebles; y b) las contrataciones efectuadas en virtud de normas especiales distintas de la Ley 19.886 y para satisfacer necesidades distintas a las que normalmente requieren los organismos de la Administración del Estado para el desarrollo de las funciones que les son propias. Sin embargo, estas exclusiones deberíamos desestimarlas a partir de los criterios generales asentados en la sentencia de 29 de enero de 2009 del Rol 152-2009, en la cual el TCP ha manifestado tener competencia para conocer de impugnaciones de procesos licitatorios de los órganos de la Administración "... sin distinguir el objeto de la licitación ni tampoco la naturaleza jurídica del contrato que con motivo de ella habrá de celebrarse, encontrándose sólo exceptuados aquellos casos a que expresamente se refiere el Art. 3° de la mencionada ley...".

A la vista de este avance jurisprudencial podríamos preguntarnos si efectivamente tal jurisdicción se puede ver limitada sólo a la DCP y los organismos de la Administración del Estado definidos en el Art. 1° de la Ley 18.575, por cuanto la expresión del Art. 26 de la Ley N° 19.886 al hablar de "...los órganos regidos por esta ley..." podría entenderse más extensa de lo que a primera vista resulta, especialmente si se tiene en cuenta la intención expresada en los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según hemos comentado. En efecto, encontramos en la ley referencias a *otras materias de alguna forma reguladas por ella*, tales como lo concerniente a las inscripciones en registros especiales y la norma del Art. 21 referida al deber de información que abarca incluso a órganos que no forman parte de la Administración de acuerdo al Art. 1° de la Ley 18.575. Luego, si dichas materias están regidas por la ley... nos preguntamos si ¿los órganos sujetos a ellas, efectivamente no estarían sometidos a la Ley N° 19.886? Sin embargo ello no parece posible, dado que la norma del Art. 24 es clara al señalar que se refiere a *procedimientos administrativos*, los que indudablemente sólo son propios de los órganos de la Administración, según se desprende de la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos de los Órganos de la Administración, en sus Arts. 1°, 2° y 3°.

<sup>14</sup> No deja de llamar nuestra atención esta exclusión, que la jurisprudencia del TCP ha ratificado, pues el Art.13 de la Ley 19.886 contempla como facultades de la Administración la modificación y término anticipado de los contratos "...regidos por esta ley" exigiendo que ello se haga por resolución fundada. Pero la revisión de estas medidas, de acuerdo a lo previsto en el texto legal, debería discutirse en sede judicial ordinaria, toda vez que está más allá del proceso de licitación y se ubica precisamente en la fase de ejecución y término de un contrato.

- ii. Las contrataciones para la adquisición de bienes y servicios y de obras y concesiones de obras públicas que efectúen otros órganos del Estado que no forman parte de la Administración de acuerdo al Art. 1° de la Ley 18.575 “Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.
- iii. Las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias de la Administración producidas con ocasión de un contrato de adquisición de bienes muebles y servicios y de obras y concesiones de obras públicas que se celebren por trato directo.
- iv. Las acciones u omisiones ilegales o arbitrarias ocurridas con ocasión de la ejecución de un convenio marco.
- v. Los casos a que expresamente se refiere el Art. 3° de la Ley N° 19.886.

No pretendemos ser taxativos en esta enumeración, pues no puede descartarse que por la vía interpretativa el TCP pueda estimar fuera de su competencia otras materias hasta ahora no sometidas a su conocimiento, como en la resolución dictada el 20 de octubre de 2009 en el Rol 86-2009 en cuanto a la incompetencia para conocer una reclamación por incumplimiento del deber de publicidad que señala la Ley 19.886.

e. La consistencia entre la intención legislativa, la denominación del ente, su cometido y las atribuciones

El cometido del ente no fue una cuestión pacífica en los debates legislativos, constatándose en la historia de la ley importantes llamados de atención sobre este aspecto, tanto en la Cámara Baja como en el Senado, los que adquirieron particular relevancia en este último. Cabe incluso resaltar que, originalmente, en el Mensaje Presidencial presentado al Congreso no se contemplaba la creación del TCP y se proponía:

- a) para las cuestiones de la fase de licitación, un mecanismo de reclamación administrativa ante la Dirección de Compras Públicas, y
- b) para las cuestiones relativas a la ejecución y término de los contratos un mecanismo mixto de características judiciales, arbitrales y transaccionales<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> En una visión crítica acerca de la propuesta de reforma legal y de las perspectivas de esta modalidad, dos investigadores contemporáneos de la reforma expresaban: “La aspiración del proyecto de ley de compras original (de 1999) era encomiable: crear un mecanismo de impugnación y revisión que permita a los participantes en un proceso de contratación quejarse por actos u omisiones arbitrarios o ilegales cometidos por entidades contratantes y obtener una rápida reparación. Su artículo 44 concedía a un participante

Entretanto, la proposición concreta de crear el TCP sólo vino a manifestarse mediante una serie de indicaciones sustitutivas del Ejecutivo, formuladas en el Primer Trámite Constitucional y Primero Reglamentario, el 03 de mayo de 2001. Por su parte, la Corte Suprema, ya en trámite la propuesta de creación del TCP manifestó diversas aprensiones en su primer informe a la Cámara; en el sentido de estimar insuficiente su competencia, las que matizó en el segundo informe evacuado al Senado, durante el Segundo Trámite Constitucional<sup>16</sup>.

La disposición del Art. 24 de la Ley 19.886 parece clara al asignar la competencia del TCP, sin embargo su aplicación ha pasado de una importante restricción de materias a una amplitud considerable; que se evidencia particularmente a partir de la sentencia del Rol 152-2009, según hemos hecho notar más arriba. No obstante, subsisten materias y organismos excluidos de su competencia, lo que no parece consistente respecto de la denominación que se mantuvo y que, a nuestro juicio, no refleja la realidad jurídica de la regulación dispuesta por la normativa positiva y reconocida por la jurisprudencia. Efectivamente la competencia que resulta de ello –y que fuera bastante disputada en las votaciones del proyecto– es acotada y no parece enteramente concordante con la denominación otorgada al Tribunal “...de Contratación Pública” que se le asignó.

De este modo, nos encontramos con que el ente jurisdiccional se encontraría centrado más propiamente en la pre-contratación administrativa que en la contratación en su conjunto, aspecto que ha sido observado por algunos autores<sup>17</sup>; y particularmente, en la llevada a cabo mediante licitación. Su denominación calzaría más bien como la de un “Tribunal para las Licitaciones de la Administración”, pues tampoco comprende al Estado en su totalidad, sino sólo a la Administración.

---

agraviado el derecho a quejarse por supuestos actos y omisiones arbitrarios o ilegales cometidos por una entidad contratante durante un proceso de compra.

Sin embargo, ese artículo 44 no mencionaba si su propósito era reemplazar el mecanismo de impugnación y revisión independiente que ofrece por la División Jurídica de la Contraloría. Si esa fue su intención o fuera su efecto, el artículo 44 constituiría un significativo retroceso y no un avance.

Desafortunadamente, en las últimas cuatro frases de ese artículo 44 se sugiere que el papel de la Contraloría consiste en analizar la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos sobre la base de información suministrada por la Dirección, en lugar de continuar funcionando como una institución verdaderamente independiente y experimentada de impugnación y revisión. A. David MAYER y Jean Marie FATH MEYER, “Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile”, pp. 574-576.

<sup>16</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de... op. cit.*, pp. 17-18 y 38-39.

<sup>17</sup> En este mismo sentido: Nancy BARRA y Gabriel CELIS, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, pp. 143-44.

Este último aspecto podría parecer cosmético, pero lo creemos relevante por cuanto, en nuestra opinión, la voz “Contratación Pública” puede estimarse como más amplia; omnicomprensiva de todo contrato celebrado por el Estado y no sólo de contratos celebrados por la Administración, especialmente si consideramos que el interés público concierne al Estado en su conjunto y no sólo a la Administración. Y así, parece conveniente hacer un paréntesis para verter algunas reflexiones sobre esta materia.

No nos resulta ajeno que la doctrina tradicionalmente ha identificado la expresión “contratación pública” con la de “contratación administrativa” y los estudios más actuales han mantenido el mismo enfoque<sup>18</sup>, sin embargo, los antecedentes del debate legislativo en torno a la creación del órgano, así como las mayores exigencias que la sociedad contemporánea ha venido a plantear al Estado en su conjunto (órganos administrativos, legislativos y judiciales) respecto de la transparencia, sujeción a derecho, respeto a los derechos fundamentales y control y rendición de cuentas, nos mueven hacia una serie de inquietudes en torno a esta temática.

En efecto, de modo semejante a como lo aseveraban algunos diputados en los debates del Primer Trámite Constitucional, cabría preguntarse las razones por las cuales un régimen jurisdiccional de estas características no debiera comprender incluso a los órganos constitucionalmente autónomos; lo que sin duda exigiría revisar aspectos ínsitos en la naturaleza e independencia del TCP. En este orden de ideas, si “los órganos no regidos por la ley” se encuentran de todos modos sometidos al sistema de información, según lo dispone el Art. 21 de la Ley 19.886<sup>19</sup>, ¿por qué razón,

<sup>18</sup> Respecto de este aspecto puede consultarse: Nancy BARRA y Gabriel CELIS, *Contratación Administrativa...*, *op. cit.*, pp. 1-2, citando a DROMI como exponente de una tesis más amplia, y SILVA CIMMA, de otra más restrictiva, del contrato administrativo. Entre tanto, a nuestro modo de ver, el profesor SOTO KLOSS parece tener en cuenta una distinción sobre esta materia al hablar de “contratación pública administrativa” o “contratación administrativa pública”. Vid. Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*, pp. 485-497.

<sup>19</sup> Respecto de este deber de información, durante la Discusión del Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, se da cuenta de una Indicación del Ejecutivo tendiente a explicar que por esa vía se daba amplitud a la normativa legal: “La indicación número 52, de S.E. el Presidente de la República, agrega, a continuación del artículo 19, el siguiente artículo 20, nuevo, corrigiéndose la numeración correlativa según corresponda: “Artículo 20.- Los órganos del sector público no regidos por esta ley, con excepción de las empresas públicas creadas por ley, deberán someterse a las normas de los artículos 17, 18 y 19 de esta ley para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento”. Los personeros del Ejecutivo hicieron presente que los órganos del sector público no regidos por la ley comprenden a todos aquellos organismos que están considerados como sector público en la Ley de Administración Financiera del Estado, donde están la Presidencia de la República, el

dados los avances experimentados con respecto al Estado de Derecho, no podrían sujetarse a la jurisdicción de un tribunal especial?... ¿Acaso sólo la Administración tiene necesidad de contratar bienes y servicios?... ¿Por qué un tribunal especializado para los conflictos derivados de las contrataciones de la Administración y no para las que celebren otros organismos del Estado, si en todos ellos está envuelto el interés público al que el Estado y todos sus organismos se deben por igual? Y más aún, ¿por qué “excluirlos” si en todas esas contrataciones concurren el interés público y el interés privado, a los cuales, el propio Estado y el orden jurídico al cual se encuentra sujeto (Artículos 6° y 7° de la Constitución) deben tratar conforme a los preceptos constitucionales de igualdad, seguridad jurídica y pronta y cumplida administración de justicia?

En tal sentido, creemos relevante tener en cuenta que las intenciones manifestadas en la discusión legislativa ya se referían a este tópico. Así el Diputado Montes, durante el Primer Trámite Constitucional, expresaba:

“Tengo entendido que los contratos de la Cámara de Diputados están incluidos en esta iniciativa, como los de todos los demás servicios –también el Banco Central–. Entonces, no veo por qué las municipalidades y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública no lo están.”

A lo que el diputado José Miguel Ortiz agregó:

“Tal como expresó el diputado señor Carlos Montes, en la Comisión de Hacienda quedó absolutamente claro a qué organismos públicos se aplicará esta iniciativa. Al respecto, los representantes del Ejecutivo señalaron en la Comisión que los sistemas de compras en dichas instituciones funcionan bien; no obstante, no me parece malo clarificar que *los organismos obligados a formar parte del sistema propuesto* y a informar sobre sus adquisiciones, cuando la iniciativa entre en vigencia, *son aquellos que integran los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y entes autónomos, como el Banco Central, la Contraloría General de la República y el Consejo de Defensa del Estado*” (énfasis agregado)<sup>20</sup>.

---

Congreso Nacional y el Poder Judicial, por lo que esta norma es la que otorga amplitud al sistema de información de las compras públicas. Fue aprobada, sin enmiendas, por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Matthei y señores Boeninger, Foxley y Romero”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, *op. cit.*, p. 385.

<sup>20</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, *op. cit.*, pp. 148-149.

Finalmente, aunque la referencia al Art. 1° de la Ley N° 18.575 le dio amplitud a la ley, ella sólo se fijó respecto de la Administración del Estado<sup>21</sup>.

Por otra parte, no es menos razonable preguntarse: por qué dejar fuera de la competencia del TCP los conflictos propios de la ejecución y término de los contratos, en circunstancias que la misma Ley N° 19.886 admite el ejercicio de facultades de interpretación, modificación y término anticipado de los mismos por parte de la Administración<sup>22</sup>. Cuestión que igualmente fuera planteada durante la tramitación legislativa, aunque no totalmente agotada<sup>23</sup>.

A nuestro entender, una cierta falta de asertividad en el contenido del mandato legislativo, en cuanto a las competencias con que cuenta el tribunal y sus posibilidades resolutorias, ha derivado en importantes restricciones a su actuación, las que ha delineado a través de su jurisprudencia, con las fricciones que ello supone en relación a los principios y deberes constitucionales de Seguridad Jurídica, Juridicidad o Legalidad y Resguardo Judicial Debido y Oportuno de los Derechos Fundamentales.

Es así, por ejemplo, que el TCP ha entendido excluidos de su competencia la actuación de organismos distintos de aquellos descritos en el Art. 1° de la Ley 18.575 y procesos que no se refieran a contrataciones efectuadas para el desarrollo de sus actividades propias al amparo de la Ley 19.886. Así lo manifestó en las sentencias interlocutorias de incompetencia de 10 de julio de 2007, en los autos “Servicio de Protección Jurídica Penal Ltda. con Defensoría Penal Pública”, Rol 29-2007; y de 02 de marzo de 2007, en los autos “Maccioni Baraona con Director Ejecutivo del Programa Bicentenario de Ciencia y Tecnología CONICYT/Banco Mundial” Rol 1-2007<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Incluso estaría limitada a los órganos de la Administración creados por la Constitución o por la ley, según se desprende del considerando 2° de la sentencia de 07 de junio de 2007, en los autos Rol 20-2007, del Tribunal de Contratación Pública.

<sup>22</sup> Véase el Art. 13 de la Ley N° 19.886.

<sup>23</sup> Así, el senador Silva, durante la Discusión en Comisión del Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado, propuso un conjunto de indicaciones que apuntaban a regir la contratación en un sentido más amplio, si bien siempre en sentido administrativo, como lo hemos expresado, y que fueron desestimadas por la Comisión de Constitución del Senado, cuyas razones no quedan expresadas en el texto del Informe. Sin embargo, creemos que algunos de sus planteamientos habrían sido acogidos dando lugar, entre otras, a las excepciones de contratos de obra pública que hoy contempla el art. 3° de la ley. Además, el mismo senador Silva propuso incorporar un capítulo relativo a los contratos especiales, lo que fue declarado inadmisibles por considerarlo ajeno a las ideas matrices del proyecto. Cuestión que parece extraña, ya que una de las ideas matrices del proyecto era precisamente instaurar una ley general marco de la contratación administrativa. Vid. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., pp. 352-354 y 368-380.

<sup>24</sup> Pueden consultarse también: *en cuanto a los órganos* sujetos a su jurisdicción, la sentencia interlocutoria de 07 de junio de 2007 en el Rol 20-2007; *respecto de los*

El criterio interpretativo tradicionalmente restrictivo; referido a que las licitaciones impugnables sólo podían versar sobre la adquisición de bienes y servicios para las funciones propias del órgano administrativo, experimentó un cambio sustancial con la doctrina contenida en el fallo de 29 de enero de 2010 en los autos Rol 152-2009 anteriormente citados, constituyendo un importante avance jurisprudencial en términos de otorgar una mayor presencia al TCP.

No obstante, no podemos desconocer que dicha extensión ofrece aspectos que presentan una tensión con el mandato legislativo.

En efecto, siendo el otorgamiento de competencia una cuestión de derecho estricto, que requiere mención legislativa expresa, de acuerdo al Art. 7° de la Constitución, es dable sostener que, *cuando el legislador ha querido extender la competencia del tribunal a procedimientos de contratación pública distintos de aquellos que constituyen el ámbito de vigencia material propio de la Ley N° 19.886*, esto es, más allá de las licitaciones para adquirir bienes muebles y servicios para las funciones propias, *lo ha señalado explícitamente*, como ocurre con la contra-excepción referida a los contratos de ejecución y concesión de obras, explícitamente señalados en la letra e) del Artículo 3° de la Ley N° 19.886. Y así también lo ha manifestado el propio TCP en una sentencia interlocutoria de 20 de octubre de 2009<sup>25</sup>. Sin embargo, no es desestimable pensar que la doctrina del fallo interlocutorio del Rol 152-2009, ha reconocido una competencia que comprende procedimientos más allá del ámbito material propio de la Ley N° 19.886, esto es, de las licitaciones para adquirir bienes muebles y servicios para las funciones propias, sin un texto legal expreso que hiciera tal reconocimiento, al manifestar en su considerando 7°, que el Art. 24 de la Ley

“alude a los procedimientos administrativos de contratación, *sin distinguir el objeto de la licitación ni tampoco la naturaleza jurídica del contrato que con motivo de ella habrá de celebrarse*, encontrándose sólo exceptuados aquellos casos a que expresamente se refiere el Art. 3° de la mencionada ley...” (énfasis agregado).

---

*procedimientos*, la interlocutoria de 29 de octubre de 2009 en el Rol 115-2009; *respecto de la naturaleza de los contratos cuyo procedimiento de licitación es susceptibles de impugnarse*, véase la interlocutoria de 20 de octubre de 2009 en el Rol 86-2009; *respecto de la exclusión de las fases de ejecución de los contratos*, véase la interlocutoria de 14 de mayo de 2010 en el Rol 33-2010.

<sup>25</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 86-2009, numeral 7° de la parte considerativa.

En la exégesis del Art. 24 reseñada, echamos de menos una reflexión acerca del papel que juega el ámbito de vigencia material de la ley en la determinación de su competencia, como sí lo hicieron las sentencias anteriores dictadas en este orden de materias<sup>26</sup>. Pensamos también, en la incidencia que tiene la aplicación de dicha Ley N° 19.886 para el análisis de fondo de cada caso, ya que los razonamientos de los fallos discurren precisamente sobre la aplicación de esa normativa, pareciéndonos necesario despejar estas inquietudes.

En nuestro concepto, a pesar del encomiable esfuerzo interpretativo que dicha jurisprudencia representa, estimamos indispensable superar una falta de precisión en el mandato legal, a fin de evitar disputas hermenéuticas acerca de la legitimidad jurídica de la competencia del TCP, por la tensión que ello genera con dicho mandato.

#### f. Objetivo de la sentencia. Amplitud y eficacia

El Art. 26 inciso 1° de la ley prescribe que

“En la sentencia definitiva, 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”,

sea que se impugne una aprobación o rechazo en el Registro de la Dirección de Compras y Contratación Pública o un proceso de licitación.

De acuerdo a nuestra apreciación, el mandato legislativo no ha sido enteramente acertado. El legislador se ha limitado a señalar que el propósito del TCP en el ejercicio de su competencia es declarar la ilegalidad o arbitrariedad de los actos u omisiones impugnados, pudiendo ordenar *EN LA SENTENCIA DEFINITIVA las medidas que sean necesarias para restablecer el imperio del derecho*, lo que, indudablemente, impone una condicionante que dificulta adoptar medidas oportunamente, al enfrentarse a una realidad, cuyas exigencias y dinámicas pueden consumarse antes de la intervención judicial manifestada en la sentencia definitiva.

Lo anterior, dejando a salvo aquellos casos en los que se dispusiera la suspensión del procedimiento, conforme al Art. 25 inciso 2° de la Ley N° 19.886. Sin embargo, dicha medida presenta complejidades que se relacionan e inciden directamente sobre los estándares de Control y Rendición de Cuentas, Eficiencia/Eficacia y Debido Proceso. Por de pronto sólo mencionaremos dos de ellas:

<sup>26</sup> Véase 24 supra.

a) Ponderación de intereses y oportunidad de las medidas.

Como hemos dicho, junto al interés público comprometido confluyen los intereses de la parte demandante y aquél del tercero al cual se refieren los actos administrativos impugnados; cuya participación no está actualmente prevista en el procedimiento, lo que se torna más complejo de asumir por encontrarse habilitado el tribunal para disponer medidas sólo en la sentencia definitiva y las dificultades asociadas a la declaración de suspensión. En este sentido, el propio TCP ha advertido en su Primera Cuenta Pública entregada en 2012, que

“Esta potestad de paralizar el procedimiento licitatorio, debido a las delicadas consecuencias que conlleva, para la satisfacción del interés público comprometido en la licitación, ha sido utilizada en forma restrictiva por el Tribunal y en los últimos años de las 552 causas ingresadas, la suspensión sólo se ha decretado en 26 procesos”<sup>27</sup>.

Es decir, se ha decretado en menos del 5% de los casos sometidos a conocimiento del Tribunal.

b) Impugnabilidad de las sentencias interlocutorias que se pronuncian sobre la solicitud de suspensión del procedimiento.

Se suma a lo dicho el hecho que las sentencias que se pronuncian sobre una medida tan trascendente no admiten la revisión de ellas por la vía de la apelación, lo que a nuestro parecer debilita la efectividad que se buscó al entregar esta facultad al TCP. En este sentido, tanto el criterio del propio tribunal como el de las Cortes ha sido unánime<sup>28</sup>.

Sobre este punto en particular, Stewart hace presente que

“...una revisión judicial estricta (“hard look” review) de la discreción ejercida por la agencia se ha transformado en un fundamento central del derecho y práctica administrativa”<sup>29</sup>,

frente a lo cual cabe preguntarnos si ¿dicha revisión judicial estricta es posible bajo las limitaciones aquí comentadas? Y tal

<sup>27</sup> TRIBUNAL DE COMPRAS PÚBLICAS, *Primera Cuenta Pública del Tribunal*, pág. 4

<sup>28</sup> CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2009): Rol IC 2404-2009; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 115-2009; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2011): Rol 102-2011; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2011): Rol 6821-2011.

<sup>29</sup> Richard STEWART, *U.S. Administrative Law: A Resource for Global Administrative Law?*, New York, University, Discussion Draft, January 17. Citado por ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 546.

vez más importante aún, ¿será ella, bajo tales condicionantes, efectiva tutela de los derechos de las partes interesadas?

Creemos que la forma constitucionalmente idónea de proveer soluciones para enfrentar las problemáticas aquí descritas pasa por integrar figuras y otorgar potestades al TCP a través de una mejora en el contenido del mandato legislativo.

#### g. Facultades genéricas y realidad regulada

En la práctica, la formulación normativa amplia a que hemos hecho referencia no sería suficiente para satisfacer las expectativas de los destinatarios de la regulación, ya que las facultades otorgadas al TCP no alcanzarían para adoptar pronunciamientos sustancialmente relevantes, como por ejemplo: para la aplicación de multas por infracciones a la normativa de contratación o el otorgamiento de indemnizaciones de perjuicios a los afectados; cuestión determinante a la hora de optar por accionar o no, como lo veremos a propósito de la eficacia.

Siendo las Mypimes el número mayoritario de quienes se relacionan contractualmente con la Administración<sup>30</sup>, la correlación “mandato legislativo/competencia/facultades/eficacia” adquiere especial importancia, considerando el volumen de proveedores inscritos pertenecientes a ese sector y la significancia que tienen en la fuerza laboral del país, con el consecuente impacto económico que ello supone. Tal aspecto parece adquirir consistencia si se tiene en cuenta que los contratos a los que normalmente acceden las Mypimes se refieren a montos cuyo significado, confrontado con los costos de litigación (honorarios profesionales, costas procesales, etc.) y escasos resultados favorables concretos, no les serían convenientes, con el consiguiente impacto en sus economías, generando una mayor probabilidad de desestimar la actuación judicial ante tales expectativas.

Por otro lado, la cantidad de demandas ingresadas –según veremos a propósito del criterio de la eficacia– se aprecia muy escasa frente a la gran cantidad de reclamaciones presentadas ante la DCP en el rubro “Irregularidad adquisición recibidos” informadas en el “Ranking de Reclamos” y que corresponderían precisamente a situaciones dadas en la fase de licitación que podrían ameritar un accionar judicial. Asimismo, la cantidad de reclamaciones por hechos que podríamos atribuir a la fase

<sup>30</sup> En la cuenta del Director de Chilecompra, llevada a cabo el 27 de agosto de 2010, se destacó el fuerte crecimiento y el mayoritario porcentaje que representan las Mypimes entre los proveedores del sector público. Noticia disponible en: [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl). Consultada el 28 de agosto de 2010.

de cumplimiento del contrato también presenta un número significativo, según se aprecia en ese mismo sitio web<sup>31</sup>.

Hay aquí dos aspectos que surgen como importantes de explorar: qué cantidad de demandantes corresponden a pequeñas y medianas empresas y qué factores influyen en la decisión de accionar judicialmente o no, por parte de esos actores.

A la vista de los antecedentes comentados, nos parece que el mandato legislativo presenta importantes desafíos de manera de poder satisfacer, de modo consistente y suficiente, las necesidades del ámbito que debe constituir el objeto de esta regulación jurisdiccional, y la integración del parecer de sus destinatarios, a través de la consulta de sus intereses y experiencias, fortalecería la legitimidad de esta regulación a la luz del criterio de los “Procedimientos Justos y Participativos” al que aludimos a continuación<sup>32</sup>.

## 2) PROCEDIMIENTOS JUSTOS Y PARTICIPATIVOS

Según señala el profesor Romero, de acuerdo con este criterio, la valoración del régimen regulatorio de que se trate considera al procedimiento en base al cual se adoptan las decisiones, particularmente en lo referente a la igualdad, justicia, consistencia, apertura y transparencia del mismo, vinculándose estrechamente con el debido proceso.

### a. Procedimiento equitativo

Extrapolando los postulados de Jones y Baldwin a la regulación de un sistema regulatorio jurisdiccional, la legitimidad de los procedimientos

---

<sup>31</sup> Este ranking corresponde a datos entregados por una de las herramientas del portal Chilecompra en el vínculo de información denominado ANALIZA. Disponible en: <[www.analiza.mercadopublico.cl/RankingReclamos/RankingPrincipal.aspx](http://www.analiza.mercadopublico.cl/RankingReclamos/RankingPrincipal.aspx)> Consultada el 28 de agosto de 2010.

<sup>32</sup> Sin desconocer el valor de los pronunciamientos del Tribunal de Contratación Pública, aún pueden subsistir espacios de imprecisión. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, si efectivamente tal jurisdicción se limita sólo a la DCP y los organismos de la Administración del Estado definidos en el Art. 1° de la Ley 18.575, por cuanto la expresión del Art. 26 de la Ley N° 19.886 al hablar de “...los órganos regidos por esta ley...” podría entenderse más extensa de lo que a primera vista resulta, especialmente si se tiene en cuenta la intención expresada en los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, según hemos comentado. En efecto, encontramos en la ley referencias a *otras materias de alguna forma reguladas por ella*, tales como lo concerniente a las inscripciones en registros especiales y la norma del Art. 21 referida al deber de información que abarca incluso a órganos que no forman parte de la Administración de acuerdo al Art. 1° de la Ley 18.575. Luego, si dichas materias están regidas por la ley... ¿los órganos sujetos a ellas efectivamente no estarían sujetos a la Ley N° 19.886?

puede ser incrementada si ellos son percibidos como justos “...en el sentido que ellos permiten la participación de los intereses afectados”, valorando la ecuanimidad e imparcialdad, siendo primordial para esgrimir este criterio como base de justificación

“...el nivel de consideración que se ha dado a aquellos intereses de las personas directamente afectadas por el proceso, decisión o política de que se trate”<sup>33</sup>.

En este orden de ideas, debe reconocerse que el procedimiento es bastante sencillo y asegura la presentación de la posición de las partes y la rendición de probanzas. No obstante, llama nuestra atención la falta de participación, en el procedimiento, de los terceros afectados con las impugnaciones, especialmente en aquellos casos en que el tribunal ordenará dejar sin efecto y retrotraer<sup>34</sup>.

Dicho aspecto sería especialmente trascendente para el caso de impugnaciones de resoluciones adjudicatorias, en las cuales ya se han reconocido derechos a favor de terceros por parte de la Administración, los cuales deberían ser consultados respecto de la impugnación del acto administrativo que les favorece, ante la eventualidad que este sea dejado sin efecto. Ello le daría coherencia a la decisión judicial con los criterios y principios que rigen la invalidación y revocación administrativa; de acuerdo con el cual, al tenor de los Artículos 53 y 61 de la Ley 19.880, la Administración no puede invalidar un acto sin haber oído antes a la parte afectada, ni puede ni revocarlo cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente. Esta coherencia; de oír al particular afectado, nos parece aun más necesaria, pues tanto en la invalidación y revocación administrativa como en la impugnación judicial de que conoce el TCP, están en juego derechos fundamentales de esos particulares, como son el debido proceso y la seguridad jurídica, amparados constitucionalmente.

Por otra parte, la restricción existente en el sentido que quien tiene la legitimación activa es sólo quien tiene interés actual en el caso<sup>35</sup>, sin

<sup>33</sup> Timothy JONES, “Administrative Law, Regulation, and Legitimacy”, en *Journal of Law and Society*, volumen 16, number 4, Winter, 1989, p. 419; y Robert BALDWIN, *Rules and Government*, Oxford socio-legal studies, Clarendon Press Oxford, 1996, p. 44, citados por ROMERO GUZMAN, *op. cit.*, p. 545.

<sup>34</sup> Véanse las sentencias definitivas: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 69-2008; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 76-2008 y Sentencia de Reclamación de la I.C. DE APELACIONES DE SANTIAGO (2007): Rol I.C. 5506-2007.

<sup>35</sup> Véase el Art. 24 inciso 3° de la Ley N° 19.886.

que se trate de una acción popular, parece enteramente acorde con el equilibrio entre el interés del Estado y el de los particulares, evitando generar litigios que entranen la marcha de asuntos de relevante contenido económico y prestacional para uno y otros.

#### b. Centralismo del procedimiento y efectivo acceso a la justicia

Igualmente, bajo la óptica de la efectiva consideración de los intereses involucrados (participación) y su efectivo acceso a la tutela judicial, creemos necesario revisar la implementación de procedimientos auxiliares para garantizar el efectivo acceso al TCP desde regiones.

En efecto, a las reglas referidas a la presentación de demandas ante Intendentes y Gobernadores; previstas en el Art. 24 de la Ley 19.886, se sumaron las disposiciones que la Excm. Corte Suprema incorporó en 2011, en el texto refundido del auto acordado que regula el funcionamiento del TCP, destacando la facultad de exhortar al juez civil correspondiente para que practique diligencias probatorias fuera de Santiago. Sin embargo, ellas sólo contribuyen a paliar la centralidad de la tramitación de esta jurisdicción, tal como se advierte en la reciente Primera Cuenta Pública del TCP<sup>36</sup>.

Esta materia ciertamente requiere proposiciones de orden más sustantivo que requieren ser abordadas por la vía legislativa, tanto para el debido resguardo de los derechos fundamentales de las personas como para la constitucionalidad sustantiva de medidas de organización y atribuciones que hagan realidad el Principio de la Inmediación del Tribunal en el marco de un debido proceso, lo que impactará positivamente en los criterios de eficiencia y eficacia, a propósito de los cuales volveremos a tratar esta materia.

#### c. Independencia

Aunque no se manifiesta plenamente en el procedimiento en sí mismo, vemos que este aspecto vinculado al debido proceso se resiente, dada la dependencia que el TCP tiene respecto de la DCP, la cual, por mandato del Art. 23 inciso 2° de la Ley N° 19.886 debe proveerle de la infraestructura, el apoyo técnico y los medios humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.

Esta cuestión puede cobrar particular importancia en aquellos procesos en que corresponda al TCP conocer de impugnaciones dirigidas contra actuaciones de la DCP, pues entre las materias de competencia del Tribunal está precisamente la de conocer las impugnaciones contra los

<sup>36</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Primera Cuenta Pública...*, *op. cit.*, p. 11.

rechazos o aprobaciones de inscripciones en el registro electrónico oficial de contratistas de la Administración, a cargo de la DCP<sup>37</sup>.

Originalmente se había propuesto entregar la secretaría técnica del tribunal a la Dirección de Compras Públicas, y que fuera su Director quien nombrara a la persona que se desempeñaría en calidad de ministro de fe del tribunal. Sin embargo, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el Segundo Trámite Constitucional, consideró que, tratándose de un tribunal, no correspondía a la estructura tradicional, ni a la prevista en la reforma procesal penal ni en la nueva organización de los Tribunales de Familia, el dar carácter de secretaría técnica del mismo a un servicio público, como la Dirección de Compras y Contratación Pública. Asimismo, estimaron inadecuado el criterio de que fuera el Director de ese servicio quien hiciera la designación del ministro de fe, y que debería ser realizada por el propio Tribunal<sup>38</sup>.

En atención a lo anterior, durante el Segundo Trámite Constitucional, en la Discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se convino en reemplazar el artículo para encomendar al propio Tribunal la designación, de entre los funcionarios de la Dirección de Compras y Contratación Pública, de un abogado, quien tendría el carácter de ministro de fe del Tribunal y que desempeñaría las demás funciones que éste le encomienda<sup>39</sup>.

Como vemos, si bien la designación del ministro de fe finalmente quedó entregada al propio TCP, como lo establece el actual inciso 1° del Art. 23 de la Ley N° 19.886, parte de las ideas legislativas de vinculación con la DCP perduraron, al dejar consagrado en el actual inciso 2° de la norma citada que la Dirección de Compras y Contratación Pública deberá proveer la infraestructura, el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para el adecuado funcionamiento del Tribunal.

Esta última característica, derivada del régimen legal establecido, presenta una fricción con el criterio de debido proceso al afectar la independencia del órgano.

Asimismo, no parece acorde a este criterio el hecho que la DCP se comporte como Secretaría del Tribunal durante el receso por feriado durante el mes de febrero, según lo dispone el Art. 10 del Auto Acordado del TCP.

<sup>37</sup> Sobre impugnaciones contra la DCP, pueden consultarse los Roles 03-2005; 27-2005; 16-2006; 78-2008; 139-2010; y 73-2011, del Tribunal de Contratación Pública.

<sup>38</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., pp. 202-203.

<sup>39</sup> Mediante oficio N° 160-348, del 6 de noviembre de 2002, el Ejecutivo, propuso sustituir este artículo en los términos reseñados. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., pp. 202-203.

#### d. Acceso a la información

Según expresa T. JONES

“...En términos generales, es por supuesto deseable que las políticas y procedimientos administrativos debieran ser fácilmente accesibles tanto para los regulados como para el público en general”<sup>40</sup>.

Tal exigencia parece igualmente lógica de plantearse respecto de un sistema de regulación jurisdiccional, en términos que esté disponible con relativa facilidad para quienes puedan requerirlo.

Acerca de estas cuestiones, dos aspectos nos parecen relevantes de comentar:

- Entrega de información básica de difusión; y
- Acceso y entrega de información de consulta de causas.

Respecto a lo primero, se constata la existencia de una plataforma de información *on-line* que proporciona los antecedentes generales de composición y funcionamiento del TCP, y que se encuentra disponible en su sitio web. En él se encuentra información básica acerca de: su estructura orgánica, facultades, presentación de la demanda y su tramitación, marco normativo y datos esenciales de contacto con el organismo, tales como dirección, horario, teléfonos, los cuales se presentan con suficiente claridad.

Respecto de lo segundo, la misma página web del TCP contempla un link en que se publican las sentencias definitivas ejecutoriadas, el cual permite acceder fácilmente a dicha información<sup>41</sup>.

Es destacable el modo en que están ordenadas, resultando muy sencilla su consulta, al contener un resumen de la doctrina de cada caso. Empero, se echan de menos los antecedentes de la tramitación ante la Corte de Santiago, en aquellos casos en que ha sido presentado un recurso de reclamación, pues la página web sólo hace mención a lo que resolvió el Tribunal de Alzada, salvo aquellos casos en que incorpora el oficio en que la Corte comunica lo resuelto en recursos deducidos antes de la sentencia definitiva.

En lo tocante al acceso a la información de la tramitación de las causas, se extrañan una serie de datos, muchos de los cuales el propio sitio se adelanta a advertir que no se encuentran disponibles. En la mencionada página se aprecia la siguiente información<sup>42</sup>:

---

<sup>40</sup> Timothy JONES, “Administrative Law, Regulation, and Legitimacy”, en *Journal of Law and Society*, volume 16, number 4, Winter, 1989, p. 419. Citado por ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 545.

<sup>41</sup> Véase [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).

<sup>42</sup> Información disponible en: [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl). Consultada por última vez el 11 de enero de 2013.

*Información de causas*

Si usted quiere saber como va el estado de una causa presione el siguiente enlace

Si usted es funcionario del Tribunal de Contratación Pública y quiere ingresar información de una causa presione el siguiente enlace.

*Entrar como invitado*

*Entrar como administrador*

Por cierto que debemos dejar a salvo y resaltar la excelente y atenta disposición que han tenido en el TCP para proporcionarnos información para nuestro trabajo cada vez que la hemos solicitado.

Finalmente, no deja de llamar nuestra atención la diferencia entre el volumen de reclamaciones presentadas ante la DCP y las causas ingresadas al TCP. Este dato, unido a diversas conversaciones sostenidas con asesores y abogados litigantes, parece indicar que hasta hace poco la tendencia a una escasa ocurrencia ante el Tribunal por el desconocimiento de su naturaleza y efectos de sus resoluciones estaría empezando a revertirse, según se desprende de los datos estadísticos que comprobamos en el propio TCP y que comentamos más adelante, así como de la apreciación que recientemente ha manifestado su presidente en la Primera Cuenta Pública presentada en noviembre de 2012, en la cual expresa:

“Durante el período en análisis, septiembre de 2010 a octubre del año 2012, ingresaron 552 demandas de impugnación, lo que significa un promedio anual de 276 causas. Esta cantidad representa un alza de más del 100% respecto del promedio anual de los cinco primeros años de funcionamiento del tribunal, que fue de 125 causas por año. Creemos que esto se explica por una parte por el mayor conocimiento que los proveedores y abogados tienen de la existencia del Tribunal y por la otra, a la mayor *cantidad de sentencias que acogen las demandas, que ordenan retrotraer el* procedimiento de licitación, lo que aumenta la percepción de eficacia de esta acción procesal, entre los operadores del sistema”<sup>43</sup>.

### 3. EL CONTROL Y RENDICIÓN DE CUENTAS

En palabras del profesor Romero la ponderación de este criterio

“...versa sobre la interrogante ¿quién controla a los controladores o reguladores? Un sistema regulatorio carente de instancias de control o de ‘pesos y contrapesos’ es usualmente visto como carente de legitimidad. Por el contrario, el hecho de rendir cuentas ante o ser controlados por (expresiones que pueden definir el término ‘accountability’) es un ele-

<sup>43</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Primera Cuenta...*, op. cit., p. 5.

mento que puede incrementar los niveles de apoyo y aceptación, y por ende, de legitimidad”<sup>44</sup>.

Hay dos facetas relacionadas con este criterio que han llamado nuestra atención:

- a. La Revisión Judicial de los fallos.
- b. La Cuenta Pública.
- c. Otros aspectos de control.

En lo concerniente a la Revisión Judicial de los fallos del TCP, el Art. 26 inciso 2° estatuye que *las sentencias definitivas* del TCP pueden ser reclamadas ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por la parte agraviada con dicha resolución.

Esta regulación, que a primera vista no ofrece reparos, se ha hecho, a nuestro juicio, insuficiente para el debido resguardo de los intereses de las partes, asegurándoles la efectiva revisión de lo obrado: en los hechos y en el derecho.

En efecto, la jurisprudencia, tanto del TCP como de la IC de Apelaciones de Santiago, ha sido suficientemente explícita en circunscribir la actuación de ambos tribunales sobre las resoluciones del TCP, en tres sentidos:

1° “...el artículo 26 de la Ley N° 19.886 contempla solamente la posibilidad de interponer recurso de reclamación en contra de las sentencias definitivas que expida este tribunal”<sup>45</sup>.

2° “...las normas del Libro I del Código de Procedimiento Civil sólo son aplicables a la tramitación que se sigue en este Tribunal cuando resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento, según dispone el artículo 27 de la Ley N° 19.886 y la *procedencia de la apelación de resoluciones que no revisten el carácter de sentencias definitivas pugna con dicha naturaleza*”<sup>46</sup> (énfasis agregado).

3° “...debe tenerse especialmente en consideración que el medio contemplado en el artículo 26 de la Ley 19.886 para atacar las sentencias del Tribunal de Contratación Pública, es una reclamación, *la que debe fundarse en el hecho de haber incurrido dicha sentencia en alguna ilegalidad o arbitrariedad y no un recurso de apelación*. En consecuencia, a esta Corte sólo le corresponde pronunciarse respecto de las alegaciones de ilegalidad y arbitrariedad atribuidas a ese fallo” (énfasis agregado)<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 548.

<sup>45</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 115-2009, número 1° de los “Vistos”.

<sup>46</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 115-2009, número 2° de los “Vistos”, de la parte que resuelve el recurso de apelación deducido en subsidio de una reposición contra la interlocutoria que declinó competencia.

<sup>47</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol IC 2404-2009, número 2° de los “Vistos y teniendo presente”.

Si bien las causales de ocurrencia resultan favorables para los intereses de las partes, pues no limitan sus posibilidades (haber incurrido en ilegalidad o arbitrariedad la sentencia), no pasa lo mismo con las resoluciones que pueden ser objeto de control. Es así como el sentido de la norma legal, ratificado por la jurisprudencia, ha dejado fuera del control superior decisiones que pueden resultar relevantes en el conocimiento de estos casos, como son: las resoluciones que se pronuncian sobre la suspensión del procedimiento, ya comentadas anteriormente<sup>48</sup>; las resoluciones que reciben la causa a prueba, y toda otra interlocutoria que emita el TCP. En otras palabras, sólo existe la posibilidad de deducir un recurso especial ante los Tribunales Superiores, cual es la reclamación respecto de las sentencias definitivas<sup>49</sup>.

La consagración de adecuados niveles de control

“...va de la mano con la existencia de instancias de control que sean capaces de asegurar la legalidad o integridad del mandato legislativo, el cumplimiento de las reglas del proceso, y la interdicción de la arbitrariedad administrativa”<sup>50</sup>.

Siendo así, se nos presentan algunas inquietudes respecto del actual marco de control, jurisdiccional por cierto. Por ejemplo: ¿se asegurará efectivamente la interdicción de la arbitrariedad administrativa si no es posible revisar la decisión de suspender o no un procedimiento administrativo licitatorio?

A la vista de las reflexiones anteriores, el estándar de control presenta un aspecto que nos parece necesario reforzar en cuanto a la revisión judicial de las decisiones que se adopten en el curso del procedimiento de impugnación, procurando por cierto un adecuado balance entre un mejor nivel de control y la eficiencia y eficacia del procedimiento judicial.

En lo que respecta a la Cuenta Pública, consultado el portal electrónico del Tribunal desde que iniciáramos nuestra investigación, constatamos que recientemente se ha presentado la Primera Cuenta Pública del TCP, con fecha 14 de noviembre de 2012. Es de destacar en ella la síntesis de

<sup>48</sup> Véase en este trabajo: 1) Mandato Legislativo. f) Objetivo de la Sentencia. Amplitud y eficacia. b) Impugnabilidad de la sentencia que se pronuncia sobre la solicitud de suspensión del procedimiento; y nota 28 supra.

<sup>49</sup> Véase por ejemplo, la sentencia de la IC De Apelaciones de Santiago pronunciada en los autos Rol IC 6821/2011, de 23 de septiembre de 2011, en la cual el Tribunal de Alzada ratifica este criterio al rechazar un recurso de hecho interpuesto contra una resolución del TCP que, a su turno, había denegado la apelación subsidiaria contra una resolución que negó la solicitud de suspensión del procedimiento.

<sup>50</sup> ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 548.

los últimos tres años de funcionamiento del órgano, proporcionando una visión general del volumen de trabajo, de algunos criterios sustantivos presentes en sus decisiones y de los desafíos que vislumbra para el futuro. Con esta actuación ciertamente se ha dado un paso significativo en el “*accountability*” que confirma el valor del papel que este ente jurisdiccional ha venido a significar, y que debería seguir incrementando, en un ámbito tan relevante como es la contratación administrativa, favoreciendo de paso la mejor difusión de su quehacer y el conocimiento que de él deben tener los operadores del sistema de compras públicas.

Entretanto, la Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica del TCP, asegurándose por esta vía la debida tutela de estas materias respecto del órgano en estudio.

#### 4. ESPECIALIZACIÓN Y EXPERTISE

“La causal de justificación de los entes reguladores en base a su competencia técnica sostiene que el experto tomará la acción más apropiada dentro de su área de libertad en la cual pueda operar, y que su performance mejorará con el tiempo”<sup>51</sup>.

De acuerdo con este criterio, se resalta el valor del resultado de la decisión por sobre el del procedimiento utilizado y los mecanismos de control.

Como puede apreciarse, la consideración de este criterio nos lleva a incorporar elementos de análisis diversos de las valoraciones jurídico-formales y que, a nuestro juicio, permiten enriquecer el análisis introduciendo valoraciones de impacto práctico que permiten aquilatar mejor el comportamiento del régimen regulatorio que examinamos.

Para la ponderación de este criterio consideramos diversos aspectos, tales como: el ámbito competencial, la integración legal y real del tribunal, el contenido de sus fallos y el grado de independencia, los cuales exponemos en los siguientes párrafos.

##### a. El ámbito de competencia

Claramente hay un ámbito competencial de características particulares al cual se aboca el órgano y que por sí mismo exige conocimientos especializados, como lo hemos venido anticipando. Consecuente con ello, se aplican una normativa y unos principios especializados, propios de una ley especial y en subsidio de ella del derecho público general y del derecho privado o común, sucesivamente.

<sup>51</sup> Robert BALDWIN, citado por ROMERO GUZMÁN, *op. cit.*, p. 550.

### b. Su integración legal

De acuerdo a lo previsto en el Art. 22 inciso 2° de la Ley 19.886, el órgano debe estar integrado por:

“...tres abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previas propuestas en terna hechas por la Corte Suprema.

Las ternas serán formadas sucesivamente, tomando los nombres de una lista, confeccionada especialmente para tal efecto por la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de concurso público. En la señalada lista sólo podrán figurar abogados que sean chilenos; se hayan destacado en la actividad profesional o universitaria; acrediten experiencia en la materia, y tengan no menos de diez años de ejercicio profesional o hayan pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, siempre y cuando hubieran figurado durante los últimos cinco años en Lista Sobresaliente”.

Como se ve, la ley exige expresamente que los abogados deban ser personas que se hayan destacado en la actividad profesional o universitaria y *acrediten experiencia en la materia*, lo que indudablemente confiere una fortaleza al órgano y al ejercicio de las atribuciones de forma especializada.

### c. Las características profesionales de sus miembros

Considerando la información proporcionada por el TCP, los ministros que lo han integrado hasta la fecha presentan experiencia y conocimientos del ámbito judicial y administrativo, sea como jueces, integrantes de organismos ligados a la actividad administrativa o como abogados litigantes<sup>52</sup>.

En este orden de ideas, la preocupación legislativa en cuanto a que el Tribunal fuese integrado con abogados que reunieran características de idoneidad y capacidad estaría satisfecha con la experiencia alcanzada hasta hoy.

Debemos hacer notar que la actual forma de integración tuvo su origen en una propuesta de los representantes del Ministerio de Hacienda y de la Dirección de Aprovechamiento del Estado, quienes sugirieron

---

<sup>52</sup> De acuerdo a los antecedentes recabados en la Secretaría del TCP, entre los jueces titulares que lo han integrado, 3 han tenido vinculación con el ámbito administrativo, tanto por experiencia académica como profesional, como es el caso del magistrado Julio Triviño, quien se desempeñó en la Contraloría General de la República. A ello puede sumarse la incorporación del presidente Sr. Álvaro Arévalo, quien tuvo una larga trayectoria como asesor jurídico en la Fuerza Aérea de Chile, llegando a ocupar el cargo de Auditor General de esa institución.

reemplazar la idea original de dos Ministros de Corte, por dos abogados designados por el Presidente de la República, con sus respectivos suplentes, previa formación, por la Corte Suprema, de las respectivas ternas. Se mantendría, como tercer integrante, un profesional universitario, experto en materias relativas a licitaciones y contratación pública en general, o que posea un grado académico relacionado con el derecho público, designado, junto con su respectivo suplente, por el Ministro de Hacienda, mediante concurso público a cargo de una comisión de dicha Secretaría de Estado.

“Justificaron esta integración diferenciada en que, en las materias que conocerá este tribunal, convergen dos intereses: el interés del proponente y el del Estado; y no sólo debería considerarse el hecho de no afectar los intereses y derechos del primero, sino que también de impedir que se puedan paralizar las necesidades de contratación del Estado, que persiguen un interés público. En tal sentido, *este tercer integrante se visualiza como una persona que pueda ponderar ambos aspectos*”<sup>53</sup> (énfasis agregado).

Finalmente, se estructuró con tres abogados designados a proposición de la Corte Suprema, según explicamos inicialmente.

#### d. El contenido de los fallos.

##### La ponderación del interés y público y privado

Analizar el contenido de las sentencias constituye un aspecto interesante, cuya apreciación requiere de un examen detenido del contenido sustancial de la jurisprudencia del TCP, cuestión que excede los límites de este trabajo. No obstante, considerando que la ponderación del interés público y privado fue una de las preocupaciones que motivaron la integración del órgano con profesionales que acreditaran conocimientos y experiencia especializada, según quedó dicho en el apartado anterior, nos parece relevante mencionar el criterio, presente en algunos fallos del tribunal, para efectuar dicha ponderación.

Al respecto, el tribunal se ha inclinado por no anular contrataciones cuando ellas ya han sido adjudicadas y se ha satisfecho la necesidad pública para la cual se convocó a la licitación correspondiente, sin perjuicio de declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado y dejar abierta la posibilidad de reclamar indemnización de perjuicios y medidas administrativas respecto del órgano y funcionarios infractores<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., p. 199.

<sup>54</sup> Véanse las sentencias definitivas: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 11-2007, Considerandos 15° al 24°; y TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2005): Rol 20-2005.

De acuerdo a nuestro marco analítico de referencia, aquí surge una clara tensión entre este criterio de legitimidad, el del mandato legislativo y aquel de la eficacia, pues los razonamientos del TCP si bien son destacables en orden a conjugar el interés público ínsito en la necesidad pública ya satisfecha con el del particular que ha prestado servicio a la Administración, queda pendiente la satisfacción del interés del demandante, a lo cual el Tribunal se ve limitado por la observancia del mandato legislativo que resulta insuficiente para estos efectos; lo que es particularmente relevante, en orden a indemnizar.

#### e. Grado de independencia

La competencia específica y la especialización de los integrantes del Tribunal ciertamente confiere independencia a su desempeño. No obstante, al parecer esta especialización ha redundado en el establecimiento de una “litigación muy acotada” en términos que afectan el control jurisdiccional superior de las resoluciones del órgano y el debido proceso, como ya hemos explicado.

Hay aquí una reflexión necesaria de realizar a futuro, a fin de procurar un mayor equilibrio entre este parámetro de legitimidad y aquellos de orden democrático-formales como los de mandato legal, debido proceso y control, ya expuestos.

### 5. LA EFICIENCIA Y LA EFICACIA

La consideración de estos criterios implica valorar aspectos sustantivos del desempeño de la institucionalidad en análisis, sopesar la funcionalidad de ella. Corresponden a pautas que escapan a las que tradicionalmente se emplean en el ámbito jurídico para evaluar una determinada institución. Su virtud radica, al igual que sucede con el criterio de la expertise antes visto, en incorporar estimaciones de importancia práctica que ayudarán a obtener una visión más concreta de las bondades de sistema. En definitiva, permiten examinar mejor si la legislación está produciendo los efectos que se esperan de ella, si está provocando lo que se espera que provoque en la realidad social a la cual está dirigida. He ahí su importancia.

Algunas consideraciones orientadas en función de tales parámetros serían: la coherencia en la asignación de roles y responsabilidades, la fijación de objetivos claros, la asignación de medios humanos y materiales suficientes y adecuados, entre otros. De acuerdo a lo que nos informa el profesor Romero, ha cobrado especial relevancia en el ámbito académico, la consideración del “costo-beneficio” o “costo-efectividad”.

### a. Recursos con que cuenta

Para el cumplimiento de sus funciones, además de los magistrados y secretario previstos en la ley, el TCP cuenta con tres abogados relatores, y cuatro funcionarios administrativos, según da cuenta la página web del tribunal<sup>55</sup>.

De acuerdo a los antecedentes que se nos proporcionaron en el TCP, hasta 2009 se constata que la entrega de recursos ha estado dependiendo de formulaciones puntuales según requerimientos y disponibilidades. A partir de 2010 se produce una mayor ordenación sobre la base de un conjunto de “fichas de proyecto o adquisición” que el Tribunal entrega a la DCP, abarcando diversos rubros, como por ejemplo<sup>56</sup>:

<i>Rubro</i>	<i>Monto estimativo</i>
Uniforme para el personal administrativo	\$ 440.000
Aseo y sanitización de las dependencias del Tribunal	\$ 5.212.212
Mantenimiento y reparación de equipos informáticos	\$ 840.000
Renovación de equipos computacionales	\$ 5.500.000
Capacitación del personal	\$ 3.000.000

Las previsiones de las Leyes de Presupuestos respectivas, desde su creación en 2005, no mencionan en el conjunto de gastos asignados a la DCP, al TCP, hasta la Ley de Presupuesto de 2010, que diferencia específicamente gastos asignados al TCP bajo el Subtítulo 24 Transferencias Corrientes, Item 03 a Otras Entidades Públicas, incorporando el Item 032 Tribunal de Compras Públicas, Glosa N° 06, por \$ 218.918 (miles de pesos).

Al respecto señala la glosa en detalle:

“06 Con cargo a esta asignación, se financiarán las dietas correspondientes a los jueces integrantes del Tribunal, así como también los recursos humanos y los gastos necesarios para su adecuado funcionamiento; de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 19.886 de Compras y Contratación Pública”<sup>57</sup>.

En los años anteriores a 2010 se lee en las asignaciones a la DCP el mismo rubro de transferencias ordinarias a otras entidades públicas, de lo que deducimos que los recursos previstos para el TCP se enmarcan en dicho concepto, sin que nos conste el detalle de tales recursos.

<sup>55</sup> Véase [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl). Última consulta el 18 de enero de 2013.

<sup>56</sup> Fuente: Fichas de Proyecto o Adquisición facilitadas en el TCP para los años 2010 y 2011.

<sup>57</sup> Ley de Presupuesto, Año 2010. Disponible en: [www.dipres.gob.cl](http://www.dipres.gob.cl). Última consulta el 18 de enero de 2013.

En las leyes de presupuestos de los años 2011, 2012 y 2013<sup>58</sup> se incorporan los mismos rubros y detalle de la glosa, con los siguientes montos:

- año 2011= \$269.504.- (miles de pesos).
- año 2012= \$251.308.- (miles de pesos)
- Año 2013 = \$275.220.- (miles de pesos)

Ciertamente que la evolución que demuestran estos indicadores ha sido positiva, por cuanto se va dotando al TCP de crecientes medios económicos para su funcionamiento, aunque desconocemos las razones por las cuales los recursos asignados en 2012 presentan una baja respecto de aquellos proporcionados en 2011.

A juzgar por las cifras revisadas, este parámetro presentaría niveles destacables.

#### b. Tiempos de tramitación

En la Primera Cuenta Pública del tribunal se informa que

“La duración promedio de la tramitación de los autos durante el lapso entre el 28 de septiembre de 2010 y el 31 de octubre de 2012, ha sido de 9 meses, contada desde la fecha de presentación de la demanda a la fecha de la dictación de la sentencia definitiva por este Tribunal”

agregando que

“Estimamos que parte importante de la duración del proceso antes señalada, tiene su origen en la falta de impulso procesal de las partes cuando les corresponde”<sup>59</sup>.

A la vista de los tiempos informados, coincidimos con la impresión del propio TCP, en cuanto a que la demora de los procesos es bastante baja si se los compara con los de otros tribunales, especialmente con los de los juzgados civiles ordinarios, que serían los llamados a conocer de estos casos en caso de no existir el TCP<sup>60</sup>.

Ahora bien, si aun así la principal causa de demoras es la falta de actividad de las partes, parece relevante pensar en introducir figuras que obliguen a las partes a impulsar el proceso, como por ejemplo reducir el plazo para decretar el abandono del procedimiento, basados en que

<sup>58</sup> Disponibles en: [www.dipres.gob.cl](http://www.dipres.gob.cl). Consultada por última vez el 18 de enero de 2013.

<sup>59</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *Primera Cuenta Pública...*, op. cit., p. 10.

<sup>60</sup> Ibid.

el interés público comprometido y el de los terceros afectados con las consecuencias de la impugnación exigen una tramitación célere y un alto sentido de la responsabilidad en el ejercicio de los derechos por parte de los intervinientes. Ciertamente que ello supone estudiar reformas al marco legal vigente.

Por otra parte, de acuerdo a nuestra observación de los datos registrados hasta el 31 de diciembre de 2012, en el Libro de Sentencias abierto el 01 de agosto de 2008, constatamos las siguientes cifras de sentencias definitivas dictadas por año:

<i>Año</i>	<i>Número de sentencias</i>
2005	1
2006	21
2007	26
2008	24
2009	38
2010	49
2011	59
2012	54
TOTAL	272 <sup>61</sup>

### c. Marco legal y capacidad para adoptar medidas eficaces

En los fallos del TCP encontramos decisiones que arrojan algunos datos al respecto. Así se puede apreciar en la sentencia interlocutoria de incompetencia de 09 de noviembre de 2006 en los autos “Sergio del Rosario Morales con Dirección de Vialidad Región de Atacama” Rol 85-2006, rechazando conocer de la aplicación de multas y otras medidas, en cuyos considerandos expresa:

“2° Que la acción deducida en estos autos excede el ámbito de competencia que demarca el artículo 24 de la Ley 19.886, toda vez que lo petitionado sobrepasa a la acción de impugnación por ilegalidad o arbitrariedad del acto reprochado, desde que las pretensiones fundamentales del actor buscan conseguir la aplicación de multas a la entidad reclamada así como la reparación de los perjuicios que expresa haber sufrido con motivo de los actos administrativos que declararon desiertas las licitaciones a que postuló”.

<sup>61</sup> De acuerdo con lo informado en la primera cuenta pública, el número total de sentencias dictadas por el TCP, desde su instalación, sería de 262. TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, *op. cit.*, p. 10.

El mismo criterio se ratifica en las resoluciones de 26 de junio de 2007 en el Rol 32-2007 y en la de 11 de enero de 2008 en el Rol 6-2008, las que rechazaron pronunciarse sobre indemnizaciones de perjuicios.

Importan, además de los aspectos positivos ya citados en los fallos, las limitaciones legales manifestadas en las sentencias respecto de aquellos procesos de contratación que han quedado fuera de su competencia, como el Trato Directo, los actos ejecutados en base a un Convenio Marco o aquellos posteriores a una Resolución de Adjudicación<sup>62</sup>.

Abocado a situaciones propias de la etapa de formación del consentimiento (proceso de licitación para elegir al cocontratante y la oferta), estamos en presencia de un órgano que, por ley, debe pronunciarse acerca de la responsabilidad precontractual. Tal premisa nos conduce a diversas inquietudes en torno a la obtención de resultados: ¿Las normas sustantivas de la ley serán suficientes para ello?<sup>63</sup>. ¿Es suficiente llevar al plano judicial especializado sólo lo referido a las reclamaciones de ese orden, dejando pendientes otras tan relevantes como las ocurridas en la ejecución y término de los contratos? ¿Acaso ello no “encarecería” el efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de la norma?

Toca aquí volver sobre la tensión que se evidencia entre el criterio en análisis y los de especialización y mandato legislativo que anteriormente hemos comentado, ya que ciertamente las limitantes del mandato legislativo reflejadas en los razonamientos especializados del tribunal, ponen de manifiesto una carencia importante en cuanto a la posibilidad de alcanzar soluciones íntegras y realistas para los diversos intereses públicos y privados involucrados en estos casos. Particularmente para un demandante que obteniendo una declaración favorable en la sentencia, y habiéndose prestado el servicio al órgano público demandado, se ve en la necesidad

<sup>62</sup> Sobre la interpretación restrictiva de tales facultades pueden consultarse las siguientes resoluciones: Para procesos de *Trato Directo*: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 99-2006; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 6-2007; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2010): Rol 29-2010. Para *Actos derivados de Convenio Marco*: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 73-2007; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 52-2009; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2010): Rol 33-2010. Para *actos posteriores a la adjudicación*: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2006): Rol 45-2005; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2006): Rol 27-2006. Para *otros procesos y actos*: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2006): Rol 18-2006; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2006): Rol 57-2006; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 05-2007; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 29-2007; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2008): Rol 38-2008; TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2009): Rol 86-2009.

<sup>63</sup> Sin pretender entrar al fondo del asunto, por exceder nuestros propósitos, parece relevante examinar con más detención la consistencia, impuesta desde la norma legal, de juzgar bajo un prisma dogmático contractual actuaciones de naturaleza precontractual.

de tener que iniciar un nuevo procedimiento judicial ante un tribunal ordinario para obtener una indemnización, sometido a un procedimiento de lato conocimiento con el costo en tiempo y recursos económicos que ello le impone. Recordemos a este respecto que el TCP en casos de licitaciones adjudicadas en las que se ha satisfecho la necesidad pública para la cual se convocó, junto con declarar la ilegalidad o arbitrariedad del acto u omisión impugnado, deja abierta la posibilidad de reclamar indemnización y requerir medidas administrativas respecto del órgano y funcionarios infractores<sup>64</sup>.

En este contexto es relevante recordar que el análisis bajo los parámetros eficiencia/eficacia ha venido resaltando la importancia de la ecuación “costo-beneficio” o “costo-efectividad”. Como se ha dicho por algunos estudiosos de estas temáticas en nuestro país

“...se requiere que los beneficios de la acción del Estado superen los costos que ella conlleva. Esta es una condición esencial, por cuanto el Estado también es “imperfecto”<sup>65</sup>.

Nos interesa aquí resaltar la idea que la determinación de crear una institucionalidad regulatoria, en este caso de orden jurisdiccional, supone una reflexión acerca de los efectivos beneficios que ello conlleva.

En dicha perspectiva, el hecho que las cuestiones sobre ejecución y término, y otras como las indemnizatorias deban ventilarse ante tribunales ordinarios supone una consecuente carga de trabajo para ellos y el alejamiento de la discusión en sede especial, *lo que no parece adecuado en orden a obtener el máximo rendimiento del esfuerzo del Estado por crear una judicatura especializada*, máxime si se trata de dar efectiva respuesta a relaciones dinámicas como las presentes en contrataciones destinadas al cumplimiento de las funciones estatales y a los particulares en su actividad económica, por lo cual se requeriría un mayor dinamismo y concentración en el conocimiento de los asuntos, en esta sede especializada.

¿Podría el TCP, por la vía interpretativa, hacer un giro hasta llegar a la determinación de indemnizaciones? ¿No estaría acaso esta capacidad insita en la posibilidad de determinar, en su sentencia definitiva, las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho? ¿Por qué razón dejar ello a los tribunales ordinarios en circunstancias que se creó para

<sup>64</sup> TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2007): Rol 11-2007 y TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2005): Rol 20-2005.

<sup>65</sup> JADRESIC, et al. *La nueva regulación*, Informe de la Comisión Presidencial de Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado, 1999, Dolmen. Citado por ROMERO GUZMAN, *op. cit.*, p. 553.

conocer de estas causas, poniéndose especial énfasis en la especialización de sus integrantes?... Creemos, en todo caso, que a la luz del Principio de Juridicidad de los Artículos 6° y 7° de la Constitución la solución debiera pasar por herramientas legislativas que contemplen expresamente estas facultades, pues en caso contrario, se afectaría seriamente la legitimidad del órgano basada en el cumplimiento del mandato legislativo, con las consecuencias constitucionales que ello importaría.

En este contexto, la propuesta de reforma legislativa señalada en la Primera Cuenta Pública del Tribunal, en orden a ampliar la competencia del órgano judicial sólo a la fase que transcurre entre la adjudicación y la suscripción del contrato, si bien implica un avance, nos parece que no es suficiente, pues apuntaría a continuar circunscrito a la fase precontractual –al menos así parece desprenderse de su tenor literal– sin abordar los demás procedimientos de contratación (trato directo, contratación vía convenio marco), la ejecución y término del contrato administrativo, el conocimiento de acciones indemnizatorias.

Respecto de estas últimas se plantea en dicha Primera Cuenta que sería deseable contemplar en su legislación, una norma semejante a la del Artículo 30 del Decreto Ley N° 211, que en los casos de sentencias condenatorias del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia impone al juez civil la obligación de fundar su fallo en las conductas, hechos y calificación jurídica establecidos en la sentencia definitiva del primero. A la luz del parámetro “costo-beneficio” –que no sólo implica los de tipo financieros– estimamos necesario repensar tal posibilidad, por cuanto, desde este punto de vista se estaría desaprovechando todo el ejercicio jurisdiccional que ya habría efectuado el TCP. ¿Qué sentido tendría imponer a los privados, y aún a los órganos públicos emplear medios humanos, materiales y económicos en un nuevo procedimiento? En definitiva ¿sería esta una medida que favorezca la pronta y cumplida administración de justicia de que habla el constituyente en el inciso 1° del Art. 77 de nuestro Código Político?

#### d. Medidas eficaces y procedimiento justo

La falta de herramientas normativas para adoptar medidas de mayor eficacia, por efecto del cumplimiento del mandato legislativo (principio de juridicidad o legalidad), genera a su vez una tensión con el debido proceso, particularmente en casos de situaciones consumadas. Ello, por cuanto no permite a los particulares obtener resultados debidamente satisfactorios en la instancia, más allá de la sola declaración que la conducta impugnada ha sido efectivamente ilegal o arbitraria, quedando obligados a recurrir

“ante quien corresponda” para demandar indemnización de perjuicios o requerir otro tipo de medidas administrativas.

Nuevamente surge la pregunta de por qué derivar estos asuntos a nuevos procesos y recurrir ante otros órganos, en circunstancias que el órgano especializado ha constatado la infracción, en aquellos casos que así lo hiciera? La actual limitación a las posibilidades decisionales se entronca igualmente con el contenido de justicia –propio de un debido proceso– esperable en los resultados de un organismo jurisdiccional de estas características, lo que reclama una revisión del conjunto de atribuciones otorgadas a dicho ente.

Igualmente, creemos necesario considerar las expectativas y el impacto en los organismos públicos que, actuando correctamente, pudieran verse afectados por litigantes inescrupulosos o temerarios, cuya intervención sin motivos plausibles o deliberadamente injustificada afectare la satisfacción de las necesidades públicas. Esta es una cuestión que necesita ser abordada normativamente, pues nada más alejado de la realidad sería pretender que sólo los órganos del Estado pueden actuar de manera antijurídica, requiriéndose de mecanismos que sin imponer a dichos entes una carga adicional, hagan igualmente posible adoptar las medidas correctivas y de resguardo necesarias frente a tales casos, así como resarcir los perjuicios ocasionados.

Por otro lado, la experiencia hace aconsejable revisar la mantención de un procedimiento único, con escaso desarrollo normativo, para todas las hipótesis procesales a que se debe enfrentar el TCP. Así, es posible advertir un vacío relevante en materia de cumplimiento de los fallos, el cual, no obstante haber sido integrado por la vía de las normas del Título XIX del Código de Procedimiento Civil referidas al cumplimiento incidental de las sentencias, se revela insuficiente para afrontar las dinámicas propias de contrataciones administrativas cuyos propósitos ya han sido satisfechos, obligando al tribunal a limitarse a declarar que la parte vencedora tiene derecho a indemnización de perjuicios y a requerir de los organismos de control de la Administración competentes, la adopción de las medidas que fueren pertinentes.

En este sentido, destacamos la sentencia de cumplimiento incidental, dictada con fecha 02 de septiembre de 2010 en los autos Rol 07-2008 “Sociedad Juan González Ltda. con Instituto Nacional de Estadísticas”, en la cual, dado que se habían prestado los servicios contratados, debió acoger la excepción de “imposibilidad absoluta de ejecución de lo debido” opuesta por la demandada vencida, conforme los artículos 234 y 534 del Código de Procedimiento Civil, declarando el derecho del demandante vencedor a ser indemnizado.

Asimismo, mediante sentencia de 13 de noviembre de 2009, en los autos Rol 69-2008, el TCP, refiriéndose a las normas del Código de Procedimiento Civil sobre cumplimiento incidental, expresa en su Considerando 4° que

“...debe tenerse presente que la naturaleza contencioso-administrativa de los conflictos que se someten a la decisión de este Tribunal constituyen un límite para la vigencia de los contenidos en dicho título, desde que reglan situaciones diferentes. En efecto, los preceptos aludidos están establecidos para regular la ejecución de las sentencias recaídas en conflictos de naturaleza eminentemente civil y fueron dictados en una época en que la regulación jurisdiccional de los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado no estaba desarrollada en forma orgánica, como ahora, al menos en la materia que nos ocupa”.

También habría que repensar el procedimiento a fin de ajustarlo a la posibilidad de dar lugar a eventuales indemnizaciones, según expusieramos en párrafos anteriores.

Entretanto, no son abundantes los ejemplos de utilización de las medidas de suspensión del procedimiento consagrada en el Art. 25 inciso 2° de la Ley 19.886 y de resoluciones que los dejan sin efecto. De acuerdo con los datos de la Primera Cuenta Pública del TCP, se habría adoptado esa decisión sólo en 26 casos de un total de 552 ingresos, lo que representa menos del 5% de los casos sometidos a conocimiento del Tribunal, como se explicó anteriormente<sup>66</sup>.

En tanto, es posible sintetizar los criterios presentes en la jurisprudencia examinada, del siguiente modo:

- i. En lo procedimental: se tramitan como incidentes.
- ii. En lo sustantivo: se distingue si el contrato ha sido adjudicado o suscrito. En esta segunda situación, si ha producido efectos inmediatos, o si se trata de un contrato de tracto sucesivo.

Según se puede apreciar, los aspectos comentados ponen de manifiesto una nueva tensión entre los criterios del mandato legislativo, los procedimientos justos y la eficacia.

#### e. Satisfacción de la necesidad que justifica su existencia

Las expectativas que generaba la creación del TCP presentan un interesante reflejo en la siguiente intervención ante la Cámara de Diputados, durante la Discusión Particular en Sala, en el Primer Trámite Constitucional:

<sup>66</sup> Véanse como casos de especial relevancia: TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2008): Rol 76-2008 y TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA (2010): Rol 85-2010.

“El señor LUKSIC.- Señor Presidente, estamos ante un gran proyecto, toda vez que crea, por primera vez, una instancia jurisdiccional, dependiente de la Corte Suprema, que conocerá de las reclamaciones formuladas en virtud de actos administrativos, en este caso de los relacionados con las contrataciones que hace la Administración del Estado. De manera que estamos frente a la creación de los tan requeridos tribunales contencioso administrativos que establecía la Constitución Política de 1925, que nunca se llevaron a la práctica.

Reitero que es un muy buen inicio para la instauración en Chile de este tipo de tribunales, los cuales deberían tener competencia no sólo en materia de contratación, sino también en todos los actos administrativos que emanen de la Administración Pública. Como bien se sabe, en la práctica son las cortes de apelaciones las que se han transformado en tribunales contencioso administrativos por la vía del recurso de protección.

Reitero que se trata de una gran iniciativa, y me parece muy razonable que el tribunal que se crea esté integrado por dos ministros de cortes de apelaciones de la Región Metropolitana y sólo por un profesional universitario letrado, lo que le da mayor consistencia desde el punto de vista jurisdiccional y de las materias que deba resolver. He dicho”<sup>67</sup>.

A la vista de semejantes proyecciones la necesidad que motivó su creación parece haberse satisfecho sólo parcialmente: se quiso sustraer de la Administración la capacidad de resolver las reclamaciones por sus actuaciones contractuales entregando su conocimiento a un órgano de orden jurisdiccional, pero la experiencia ha revelado la necesidad de conferir mayores herramientas, pues las actuales no serían del todo suficientes para avanzar de manera sustantiva<sup>68</sup>

No obstante, la actuación del TCP ha venido cobrando mayor relevancia, según desprendemos de tres consideraciones:

- i. El creciente número de impugnaciones efectuadas ante el Tribunal revelaría, por una parte, una mayor difusión de su papel en el sistema de compras públicas, así como también una expectativa de medidas paliativas ante acciones u omisiones arbitrarias o ilegales.
- ii. Revisados los antecedentes de los expedientes, se observa una constante, cual es que los organismos impugnados responden documentadamente al Tribunal de sus actuaciones cuando son requeridos los informes respecto de las impugnaciones presentadas.

<sup>67</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, op. cit., p. 166.

<sup>68</sup> Surge aquí una interrogante en torno a un aspecto técnico que pudo afectar la configuración dada al TCP: ¿debería ser o no un tribunal contencioso administrativo de plena jurisdicción?

- iii. Se ha perfilado con mayor nitidez el criterio que permita decretar suspensiones de procesos licitatorios y con ello maximizar el efecto de las facultades con que cuenta. Ejemplos relevantes de este punto los encontramos en las resoluciones adoptadas en los autos Rol 76-2008 y 85-2010, en los cuales se dispuso la suspensión de la licitación a propósito de importantes procedimientos de adquisición para el Ministerio de Educación y el Servicio de Registro Civil e Identificación, respectivamente<sup>69</sup>.

f. Feriado judicial; eficacia y debido proceso

En el auto acordado se establece que el TCP interrumpirá su funcionamiento durante el feriado judicial de cada año, asumiendo la DCP las actividades de Secretaría durante ese período<sup>70</sup>.

Consultados algunos operadores del sistema y abogados litigantes, se manifiesta que dicha circunstancia afecta la consecución de los propósitos de la Ley 19.886, desde que al no estar en funciones durante ese período se generan alteraciones en la prosecución de las acciones de impugnación, con el consecuente efecto sobre situaciones ya consumadas.

Entretanto, a la vista de dicha disposición vuelve a plantearse la cuestión de la independencia del TCP y del debido proceso, por cuanto no parece aconsejable que un órgano, potencialmente justiciable ante el tribunal, reciba las presentaciones de acciones de impugnación, dadas las posibles situaciones contraproducentes que ello implica. ¿Qué pasaría si la acción va dirigida contra la propia DCP? El demandado conocería antes de la notificación legal de las pretensiones del actor, incluso antes de la admisibilidad de la que debe pronunciarse el tribunal.

---

<sup>69</sup> Mediante sentencia de 18 de noviembre de 2008, en los autos Rol 76-2008, el Tribunal emite una relevante decisión expresando en el numeral 2° que “la entidad demandada deberá retrotraer la tramitación administrativa del proceso licitatorio aludido al estado en que se encontraba antes de entrar en vigencia el acto de la autoridad que en esta sentencia se deja sin efecto, debiendo dicho órgano administrativo ordenar su prosecución sin consideración a la parte resolutive del mismo, que se deja sin efecto por esta sentencia”.

Igualmente destacable nos parece la Resolución de fecha 27 de julio de 2010, dictada en el Rol 85-2010, a través de la cual se resuelve dar lugar a la suspensión del procedimiento administrativo, por un plazo de 20 días corridos, debiendo, en consecuencia, el Servicio de Registro Civil e Identificación, abstenerse de ejecutar o celebrar cualquier acto administrativo o contrato, según sea el caso, dirigido a la prosecución del proceso licitatorio, N°594-56-LP08, denominado “Proyecto del Sistema de Identificación, Documentos de Identidad y Viaje y Servicios Relacionados para el Servicio de Registro Civil e Identificación”.

<sup>70</sup> Véase el Art. 10 del auto acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, cuyo texto refundido fue expedido con fecha 11 de marzo de 2011.

Por lo anterior, resulta deseable arbitrar medidas correctivas para establecer un régimen independiente, que sea eficiente en la tramitación de acciones de impugnación y adopción de medidas judiciales, durante el período de feriado judicial.

#### g. Acceso a la justicia desde regiones

Los antecedentes de la discusión legislativa no dan cuenta de un gran debate acerca de este punto. Sin embargo, ello constituyó motivo de preocupación que terminaría zanjándose con la fórmula de presentación de demandas, desde las regiones y provincias, a través de las Intendencias y Gobernaciones, según lo prevé actualmente el Art. 24 inciso 4° de la Ley 19.886<sup>71</sup>.

De acuerdo a los datos que registra el Libro de Ingresos del TCP desde 2005 al 31 de diciembre de 2012, se pueden apuntar las siguientes apreciaciones:

<i>Año</i>	<i>Total de ingresos</i>	<i>De regiones y provincias</i>
2005	46	9
2006	100	28
2007	90	22
2008	98	26
2009	166	48 2 <sup>72</sup>
2010	169	42
2011	282	52
2012	268 <sup>73</sup> **	61

<sup>71</sup> En su momento, el diputado Mario ESCOBAR expresó en Sala: “Señor Presidente, sin perjuicio de que, en general, me parece aceptable lo planteado por quienes me han antecedido en el uso de la palabra, hay dos situaciones que me preocupan. El artículo 20 señala: “Créase un tribunal, denominado Tribunal de Contratación Pública, que tendrá su asiento en Santiago...”. Este importante aspecto, relacionado con el permanente centralismo que existe en Chile, debería ser considerado por cada comisión al momento de tratar determinadas iniciativas a fin de descentralizar el país. Al respecto, la subsecretaria de Hacienda nos manifestó que por norma y por estar radicados en Santiago los principales organismos, se precisó que funcione también allí el tribunal que se crea. Sin embargo, debería establecerse claramente que para las reclamaciones efectuadas en las regiones más apartadas, el reglamento considerará una instancia que permita a dicho tribunal realizar un trabajo más efectivo y mejor dirigido. He dicho”. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley...*, *op. cit.*, p. 164.

<sup>72</sup> Tres no registran origen, pero corresponden a litigios de interesados de regiones.

<sup>73</sup> Una no señala su origen, correspondiente al rol 165-2012. Sin embargo, consultada la página web [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl) constatamos que se trata de una acción contra la I.M de Máfil.

Enfrente de las cifras precedentes, se confirma el aumento creciente en el ingreso de impugnaciones ante el TCP, las cuales han tenido un incremento muy significativo. Sin embargo, en el total de ingresos, se mantiene una fuerte tendencia de acciones provenientes de la Región Metropolitana y una muy baja representatividad de demandas provenientes de regiones y provincias. En términos porcentuales podemos desprender de los guarismos apuntados, que en 2005 las acciones de regiones representaron aproximadamente el 19,7% del total de ingresos anuales, en tanto que en 2012 dicho porcentaje creció tan solo al 22,5% (aprox.), lo que en definitiva implica un crecimiento de menos del 3% en los siete años de vida que tiene el TCP.

Frente a tales antecedentes resultaría relevante indagar acerca de las razones que están detrás de estas cifras... ¿falta de conocimiento del TCP?, ¿distancia física de la sede del tribunal?, ¿menores volúmenes en el tráfico contractual con los organismos de la Administración en regiones?

Por otra parte, tal como advirtiéramos al abordar el criterio del procedimiento justo y participativo, la existencia de un procedimiento único, desarrollado ante una instancia eminentemente centralizada, genera una evidente tensión entre dicho criterio y los del debido proceso y eficacia, haciendo necesario buscar fórmulas que atenúen efectivamente esta carencia.

Los tópicos comentados para abordar este criterio ponen de manifiesto el tratarse de un organismo relevante para perfilar el sistema de compras públicas. No obstante, nos parece forzoso señalar que su conformación y las herramientas contempladas en el marco legal son insuficientes para satisfacer las exigencias de sus destinatarios; públicos y privados, envueltos en la dinámica de la contratación administrativa, o pública según se quiera.

### *¿Qué mejorar?*

#### *Nuestras conclusiones*

Como podrá apreciarse, la primera impresión que nos deja el trabajo realizado es que la configuración legal del Tribunal ha impactado inconvenientemente en su desempeño, limitando un desarrollo más potente de este órgano, en cuya perspectiva cabe preguntarnos sobre sus fortalezas y aspectos a evaluar para una mejor proyección.

Sin duda la mayor fortaleza del TCP pasa por su carácter especializado y la expertise que han ido alcanzando sus medios. En este sentido, creemos que, además de cambios legislativos que fortalezcan sus atribuciones, el propio organismo, consciente de la importancia de su rol,

debe continuar en los encomiables esfuerzos y avances interpretativos que ha venido realizando, pues no debemos olvidar que se trata de una entidad relativamente novel. En tal sentido, y a pesar de las prevenciones que manifestáramos acerca de la real coherencia con el mandato legal, la sentencia interlocutoria de 29 de enero de 2009, dictada en los autos Rol 152-2009, constituye una muestra ejemplar de esa búsqueda por encontrar mayores desarrollos en la labor del TCP.

De acuerdo al examen que hemos efectuado en las páginas precedentes, los restantes criterios de legitimidad muestran carencias que estimamos necesario abordar. En cuanto al mandato legislativo: este aparece como deficitario en orden a la competencia y facultades concedidas al TCP, dejándole un espectro de actuación, en la práctica, reducido, con atribuciones genéricas e insuficientes, que obligan al órgano a un constante esfuerzo hermenéutico.

Precisamente a raíz de las condicionantes legislativas, la eficacia y la eficiencia se ven resentidas y los cambios normativos contribuirían a una mejora sustancial. El procedimiento único y escasamente desarrollado requiere tomar en cuenta las diferencias entre los intereses de los organismos públicos y de todos los particulares que pueden estar en juego en sintonía con los postulados del debido proceso, la oportunidad en que ello ocurre y las expectativas de las partes. Por último, la revisión judicial de las resoluciones requiere ajustes importantes.

Conforme al mérito del análisis realizado, nos parece pertinente proponer una reforma legislativa en la cual se ponderen los siguientes tópicos:

- i. Ampliar el ámbito competencial del TCP:
  - 1) considerando, al menos, las impugnaciones de todos los procedimientos de contratación administrativa contemplados actualmente en la Ley 19.886 (trato directo, empleo de convenio marco, etc.);
  - 2) abarcar los conflictos suscitados en las fases de ejecución y término del contrato;
  - 3) comprender a otras personas de derecho público, y a otras modalidades y tipos de contratos celebrados por el Estado. Esto a fin de maximizar el rendimiento que implica para el Estado la creación de un ente jurisdiccional especializado que ya cuenta con una *expertise* relevante.
- ii. Dotar al Tribunal de facultades más precisas y eficaces, como por ejemplo, la aplicación de multas y la determinación de indemnizaciones.
- iii. Formular reglas de procedimiento adecuadas a la realidad de las dinámicas de la contratación administrativa, como por ejemplo, en materia de participación de los terceros afectados por la im-

- pugnación de los actos administrativos, suspensión de los procedimientos licitatorios, abandono del procedimiento judicial y cumplimiento incidental del fallo.
- iv. Implementar medidas que permitan mejorar el acceso a los procedimientos desde las regiones, más allá de la posibilidad de gestionar exhortos por medio de los juzgados civiles.
  - v. Consagrar una efectiva revisión judicial en doble instancia respecto de resoluciones particularmente relevantes, como aquellas que ordenan suspender el procedimiento.
  - vi. Otorgarle una real autonomía financiera, logística y de medios humanos, así como asegurar la continuidad e independencia de sus actividades durante todo el año, evitando la dependencia que hoy presenta de la Dirección de Compras Públicas dependiente del Ministerio de Hacienda.

Es importante reiterar que los criterios de legitimidad tras los cuales hemos desarrollado nuestro diagnóstico no son absolutos y las proposiciones que se estudien deben procurar ir en busca del adecuado balance de unos y otros, pues, como lo advierte el profesor Romero, no existe un solo criterio que fundamente la legitimidad del régimen regulatorio, sino que ella resultará de la más adecuada combinación de parámetros. Agregaríamos nosotros que ello exige también tomar muy en cuenta las particularidades propias de nuestro medio socio-cultural a fin de determinar dónde poner los énfasis.

Considerando las reflexiones expuestas en este trabajo, estamos convencidos que existe espacio para una segunda fase de creación legislativa que complete los aspectos carenciales que la experiencia ha revelado. El punto parece relevante de abordar para dotar, efectiva y consistentemente, a nuestro país de una normativa legal marco para el conjunto de las contrataciones administrativas –o públicas, según hemos advertido– tal como lo manifestaron el Gobierno y el Congreso Nacional en los debates conducentes a la dictación de la Ley 19.886.

### *Bibliografía citada*

- BARRA GALLARDO, Nancy, y CELIS DANZINGER, Gabriel, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, 2ª ed., Santiago, LegalPublishing, 2009.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 19.886 Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios*, 30 de julio, 2003. Disponible en: [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)

- DIRECCIÓN DE COMPRAS PÚBLICAS. “Ranking de Reclamos” en el sistema de mercado público denominado Chilecompra. Disponible en: [www.analiza.mercadopublico.cl/RankingReclamos/RankingPrincipal.aspx](http://www.analiza.mercadopublico.cl/RankingReclamos/RankingPrincipal.aspx)
- MAYER, David, y FATH MEYER, Jean Marie, “Evaluación de las Contrataciones Públicas en Chile”, en: *Revista de Estudios Públicos*, 2001, pp. 574-557, disponible en: [www.cepchile.cl](http://www.cepchile.cl).
- MORAGA KLENNER, Claudio, *Contratación Administrativa*, 1ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.
- ROMERO GUZMÁN, Juan José, “¿Cuándo hay un buen sistema regulatorio? Criterios de Legitimidad”, en *Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público*; 25-27 noviembre de 2004, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile; 1ª ed., Santiago, noviembre 2005, pp. 539-554.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo Temas Fundamentales*, segunda edición, Santiago, Abeledo Perrot, LegalPublishing, 2010.
- TRIBUNAL DE COMPRAS PÚBLICAS, *Primera Cuenta Pública del Tribunal (14 de noviembre de 2012)*. Disponible en: [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).

#### NORMAS CITADAS

- República de Chile, Ley N° 19.886 “Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios”. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
- República de Chile, Decreto con Fuerza de Ley 1/19653 “Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
- República de Chile, Decreto Supremo N° 28 del Ministerio de RR.EE. que “Promulga el Acuerdo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile por la otra y sus anexos, apéndices, protocolos y notas, suscritos en Bruselas, el 18 de noviembre de 2002. Ministerio de Relaciones Exteriores. 01 de febrero de 2003. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl)
- República de Chile, Decreto Supremo N° 312 del Ministerio de RR.EE que “Promulga Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus Anexos y las Notas Intercambiadas entre ambos Gobiernos relativas a dicho Tratado, de 01 de diciembre de 2003. Disponible en [www.bcn.cl](http://www.bcn.cl).
- República de Chile, “Ley de Presupuestos Año 2006, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01”. Disponible en [www.dipres.cl](http://www.dipres.cl).
- República de Chile, “Ley de Presupuestos Año 2007, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,05) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01”. Disponible en [www.dipres.cl](http://www.dipres.cl).
- República de Chile, “Ley de Presupuestos Año 2008 Ministerio de Hacienda Dirección de Compras y Contratación Pública Dirección de Compras y

- Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en [www.dipres.cl](http://www.dipres.cl).
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2009, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en [www.dipres.cl](http://www.dipres.cl).
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2010, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en [www.dipres.cl](http://www.dipres.cl).
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2011, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en [www.dipres.cl](http://www.dipres.cl).
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2012, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en [www.dipres.cl](http://www.dipres.cl).
- República de Chile, "Ley de Presupuestos Año 2013, Ministerio de Hacienda, Dirección de Compras y Contratación Pública, Dirección de Compras y Contratación Pública (01,02,03) Partida : 08 Capítulo : 07 Programa : 01". Disponible en [www.dipres.cl](http://www.dipres.cl).
- Corte Suprema de Chile, Auto Acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública, Texto Refundido, de fecha 11 de marzo de 2011. Disponible en: [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).

#### JURISPRUDENCIA CITADA

- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Bestpharma con Instituto de Salud Pública" (2005): Rol 20-2005, 02 de marzo de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Instituto de Investigación y Desarrollo y Capacitación con Defensoría Penal Pública" (2005): Rol 45-2005, 06 de enero de 2006. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Jonathan Ismael Gómez Toledo con CONADI y Consejo de Monumentos Nacionales" (2006): Rol 27-2006, 30 de marzo de 2006. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Empresa de Servicios de Aseo y Roces Mecanizados Limitada Servimar Ltda. Con I. Municipalidad de Temuco" (2006): Rol 18-2006, 31 de marzo de 2006. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Starco S.A. con I. Municipalidad de Conchalí" (2006): Rol 57-2006, 18 de agosto de 2006. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, "Sergio del Rosario Morales con Dirección de Vialidad Región de Atacama" (2006): Rol 85-2006, 09 de noviembre de 2006. Disponible en: archivo del TCP.

- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Tecnotransportes Viña Sociedad Anónima con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones” (2007): Rol 99-2006, 04 de enero de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Maccioni Baraona con Director Ejecutivo del Programa Bicentenario de Ciencia y Tecnología CONICYT/Banco Mundial” (2007): Rol 1-2007, 02 de marzo de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Servicio de Movilización Colectiva Campanil Ltda. con JUNAEB” (2007): Rol 6-2007, 29 de marzo de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Starco S.A. con I. Municipalidad de San Javier” (2007): Rol 05-2007, 03 de abril de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Eurosolutions E.I.R.L. con Servicio Médico Legal” (2007): Rol 32-2007, 26 de junio de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Servicio de Protección Jurídica Penal Ltda. con Defensoría Penal Pública” (2007): Rol 29-2007, 10 de julio de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Diseño y Producción Mugarte Ltda. con CONACE” (2007): Rol 11-2007, 14 de diciembre de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Ingeniería y Construcción Ricardo Rod con Ministerio de Educación”, (2007): Rol 73-2007, 28 de diciembre de 2007. Disponible en: archivo del TCP.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “Polaris Ltda. con Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena” (2007): Rol IC 5506-2007 / Sentencia de Reclamación de 29 de noviembre de 2007. Disponible en: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Instituto Nacional de Seguridad Integral y Desarrollo de Chile con Hospital Clínico San Borja Arriarán” (2008): Rol 6-2008, 11 de enero de 2008. Disponible en: [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Vivianne Aravena Garín con I. Municipalidad de San Miguel” (2008): Rol 38-2008, 04 de julio de 2008. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Xerox de Chile S.A. con Defensoría Penal Pública” (2008): Rol 69-2008, 06 de marzo de 2009. Disponible en: [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Sociedad Mare Nostrum Limitada con Ministerio de Educación” (2008): Rol 76-2008, 18 de noviembre de 2008. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Isabel Berrios Recabarren con Intendencia Regional de Magallanes y la Antártica Chilena” (2009): Rol 152-2009, 29 de enero de 2009. Disponible en: archivo del TCP.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “AGA S.A. con Central de Abastecimientos del Sistema Nacional de Servicios de Salud” (2009): Rol IC 2404-2009, Sentencia de Reclamación, 07 de julio de 2009. En: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Vivanet Ltda con Ministerio de Educación” (2009): Rol 52-2009, 13 de agosto de 2009. Disponible en: [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Sociedad Comercial FSC Chile S.A. con Subsecretaría de Desarrollo Regional” (2009): Rol 86-2009, 20 de octubre de 2009. Disponible en : [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Vesia S.A. con Dirección de Vialidad de la VI Región, Provincia de Cachapoal, Región de O’Higgins del Ministerio de Obras Públicas”(2010): Rol 29-2010, 04 de marzo de 2010. Disponible en: archivo del TCP.
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Accor Services Chile S.A. con Junta Nacional de Auxilio Escolar y Becas” (2010): Rol 33-2010, 14 de mayo de 2010. Disponible en: [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Sagem Securite S.A. ahora MORPHO S.A. con Servicio de Registro Civil e Identificación” (2010): Rol 85-2010, 27 de julio de 2010. Disponible en: [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).
- TRIBUNAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, “Sociedad Juan González Ltda. con Instituto Nacional de Estadísticas” (2010): Rol 07-2008, 02 de septiembre de 2010. Disponible en: [www.tribunaldecompras.cl](http://www.tribunaldecompras.cl).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, “Constructora San Felipe S.A. con Dirección Regional de Vialidad y SEREMI de Obras Públicas de la XIV Región de Los Ríos” (2011): Rol IC 6821-2011, 23 de septiembre de 2011. Disponible en: [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl).