



Estudio de Mercado sobre Compras Públicas (EM05-2019)

División Estudios de Mercado

INFORME PRELIMINAR

Santiago, agosto de 2020

Equipo División Estudios de Mercado:

Sebastián Castro Quiroz, Jefe División
Felipe Castro Altamirano, Subjefe División
Luis Muñoz Chaparro, Economista
María de la Luz Daniel Cruz, Abogada
Eduardo Rivera Silva, Economista
Benjamín Leiva Silva, Economista

CONTENIDOS

I.	RESUMEN EJECUTIVO	11
A.	Planificación y Presupuesto	12
B.	Funcionamiento y rendimiento competitivo del sistema	13
i.	Licitación pública.....	14
ii.	Convenios marco	15
iii.	Trato directo.....	18
C.	Selección de tipo de contratos	18
D.	Gestión de contratos.....	20
E.	Recomendaciones	20
i.	Estructura del sistema.....	20
ii.	Planificación de compras	22
iii.	Procesos de contratación y competencia	23
iv.	Gestión de contratos	24
II.	ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS	25
A.	Historia de las compras públicas	25
B.	Regulación vigente del sistema de compras públicas	40
C.	Principios que gobiernan las compras públicas	44
III.	DISEÑO INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS	48
A.	Principales actores del mercado	48
i.	Dirección de Compras y Contratación Pública	48
ii.	Dirección de Presupuestos	50
iii.	Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.....	51
iv.	Demandantes.....	52
v.	Oferentes	56
vi.	Tribunal de Contratación Pública	60
vii.	Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.....	62
viii.	Ministerio Público	62
ix.	Tribunales Ordinarios.....	63

x.	Contraloría General de la República	63
B.	Monitoreo y control de los procesos de compra.....	65
i.	Control interno.....	65
ii.	Control externo.....	66
C.	Mecanismos de impugnación y de solución de controversias	81
i.	Impugnación administrativa.....	82
ii.	Impugnación judicial.....	85
IV.	PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA	87
A.	Licitación pública	91
i.	El principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo ..	92
ii.	El principio de igualdad de los oferentes ante las bases que rigen el contrato	93
iii.	Etapas de la licitación pública	96
iv.	Compra coordinada.....	104
B.	Licitación privada	105
C.	Trato Directo.....	107
i.	Microcompra	110
ii.	Compra Ágil	111
iii.	Causales de procedencia de la licitación privada y trato directo	112
D.	Convenio marco	120
i.	Suscripción del convenio por parte de la Dirección	121
ii.	Suscripción de convenios marco a través de la Dirección	124
iii.	Grandes Compras.....	126
V.	PLANIFICACIÓN Y PRESUPUESTO	129
A.	Estándares internacionales y buenas prácticas	130
i.	Análisis de necesidades	131
ii.	Consultas al mercado.....	134
iii.	Compras colaborativas.....	136
B.	Estándares y prácticas en Chile.....	141
i.	Análisis comparado de directivas y prácticas recomendadas	142
ii.	Proceso de planificación y ejecución presupuestaria en Chile.....	145
C.	Conclusiones	151

VI.	SELECCIÓN DE MECANISMO DE COMPRA	152
A.	Selección de mecanismo de contratación.....	152
i.	Licitación pública.....	153
ii.	Trato directo.....	154
iii.	Convenio Marco	158
B.	Diseño de contrato.....	163
i.	Marco teórico	163
ii.	Aplicación a las compras públicas en Chile	165
iii.	Estimación de ganancias en eficiencia.....	167
iv.	Duración de los contratos.....	170
C.	Conclusiones	172
VII.	ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE COMPRA.....	174
A.	Licitaciones públicas.....	175
i.	Precisiones de lenguaje y elementos metodológicos a tener presentes	175
ii.	Análisis de competencia.....	178
iii.	Conclusiones	189
B.	Convenios Marco.....	190
i.	Desafíos metodológicos que involucró el análisis de competencia.....	191
ii.	Los convenios marco no han funcionado de manera competitiva.....	193
iii.	Haber priorizado la competencia hubiese resultado en importantes ahorros	205
iv.	Conclusiones	207
VIII.	GESTIÓN DE CONTRATOS	208
A.	Marco conceptual de la gestión de contratos.....	209
i.	Objetivos y nivel de seguimiento del contrato.....	209
ii.	Trade-off en los contratos: costo, calidad y tiempos de entrega del objeto de compra	210
iii.	Identificación y mitigación del riesgo o incertidumbre	211
iv.	Generación de un plan de gestión de contratos	212
v.	La del gestor de contratos.....	213
vi.	Etapas de la gestión de contratos	214
B.	Gestión de contratos en Chile.....	215

i.	Documentación de ChileCompra.....	215
ii.	Evidencia sobre la práctica de gestión de los contratos en Chile	219
C.	Conclusiones.....	222
IX.	PROPUESTAS.....	224
A.	Recomendaciones en relación con la estructura del sistema.....	224
i.	Diseño institucional general.....	224
ii.	Recomendaciones en relación a la plataforma de Mercado Público.....	231
iii.	Sistema de fiscalización y sanciones	234
B.	Recomendaciones en relación con la planificación de las compras.	237
i.	Realización de análisis de necesidades a través del portal de Mercado Público 237	
ii.	Crear incentivos que permitan mejorar el cumplimiento de los planes de compra	238
C.	Recomendaciones sobre los procesos de contratación y competencia en ellos 240	
i.	Licitaciones	240
ii.	Convenios marco	241
iii.	Tratos directos	245
iv.	Elección de tipo de contrato	247
D.	Recomendaciones en relación con la Gestión de Contratos	248
i.	Registrar digitalmente la información sobre la gestión de los contratos.....	248
ii.	Fortalecer el pago oportuno a proveedores.....	248
iii.	Formalizar la asignación de responsabilidades entre el personal de compras 249	
iv.	Reglamentar e incentivar la externalización de la gestión de contratos cuando la compra o los medios de la entidad contratante así lo ameriten	250
	BIBLIOGRAFÍA.....	251

TABLAS

Tabla 1: Ejemplo de matriz de análisis de necesidades	133
Tabla 2: Documentación asociada a planificación de compras	143
Tabla 3: Dotación de personal en unidades de compra	147
Tabla 4: Volumen de gasto por mecanismo de contratación	153
Tabla 5: Frecuencia de causales para justificar Tratos Directos (2017-2019)	155
Tabla 6: Causales TD no justificadas apropiadamente	157
Tabla 7: Uso de Gran Compra dentro del Convenio marco (2019).....	162
Tabla 8: Complejidad de los productos y servicios adquiridos por licitación (2017-2019)166	
Tabla 9: Tipo de contrato según complejidad del suministro.	167
Tabla 10: Horas gastadas por compra	169
Tabla 11: Duración de convenios marco y contratos de suministro.....	171
Tabla 12: Características de los contratos	179
Tabla 13: Características de los procesos licitatorios.....	180
Tabla 14: Importancia de los tipos de limitantes, y porcentaje de licitaciones con limitantes	185
Tabla 17: Mercados cuyo ratio mayor-menor es superior a un umbral.....	198
Tabla 18: Resultados regresión de mínimos cuadrados generalizados.....	204
Tabla 19: Estimación ahorro promedio anual, y gasto promedio anual estimado y efectivo	206
Tabla 20: Guías o directrices asociadas a cada aspecto de la GDC	216

FIGURAS

Figura 1: Diagrama mecanismos de compra.....	89
Figura 2: Etapas de una licitación pública.....	96
Figura 3: Contenido obligatorio Bases de Licitación Pública.....	98
Figura 4: Etapas convenios marco.....	121
Figura 5: Marco Conceptual Compra Pública Cooperativa.....	138
Figura 6: Años de experiencia del personal de compras.....	148
Figura 7: Existencia de un proceso periódico de definición de necesidades.....	149
Figura 8: Verificación de sustitutos.....	150
Figura 9: Porcentaje de compras urgentes que podrían haberse planificado.....	151
Figura 10: Proporción de tratos directos justificados adecuadamente.....	156
Figura 11: Estado de sistematización de licitaciones.....	177
Figura 12: Porcentaje de licitaciones por número de ofertas admisibles.....	181
Figura 13: Relación entre ratio 1-2 y número de ofertas admisibles.....	182
Figura 14: Volumen de gasto por contrato versus número de ofertas admisibles.....	184
Figura 15: Fracción de licitaciones según número de oferentes y presencia de limitantes.....	187
Figura 16: Porcentaje de ofertas adjudicadas por convenio.....	195
Figura 17: Distribución de coeficientes de variación por mercado.....	197
Figura 18: Tensiones dentro de un contrato.....	210
Figura 19: Asignación de responsabilidades según capacidad del organismo y complejidad del contrato.....	213
Figura 20: Existencia de un procedimiento de asignación de responsabilidades.....	220
Figura 21: Existencia de protocolos para la gestión de riesgos en contratos.....	221
Figura 22: Porcentaje de contratos externalizados en 2019.....	222

ABREVIACIONES

BD:	Base de Datos.
CAIGG:	Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno.
CENABAST:	Central Nacional de Abastecimiento del Sistema de Servicios de Salud.
CGR:	Contraloría General de la República.
CM:	Convenio Marco.
CPC:	Compra Pública Colaborativa.
CPLT:	Consejo para la Transparencia.
CS:	Corte Suprema.
DCCP:	Dirección de Compras y Contratación Pública.
DIPRES:	Dirección de Presupuestos.
DL:	Decreto Ley.
FA:	<i>Framework Agreement.</i>
FNE:	Fiscalía Nacional Económica.
GC:	Gestor del Contrato
GDC:	Gestión de Contratos.
IHH:	Índice de Herfindahl-Hirschman.
IVA:	Impuesto al Valor Agregado.
LBCA:	Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
LBPA:	Ley N°19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado.
LOCBGAE:	Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
MAPS:	<i>Methodology for Assessing Procurement Systems.</i>
MEI:	Meta de Eficiencia Institucional.
OC:	Orden de Compra.
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
OIReScon:	Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación de España.

PAC:	Plan Anual de Compra.
PGC:	Plan de Gestión de Contratos.
PYME:	Pequeña y Mediana Empresa.
RRHH:	Recursos Humanos.
SENAME:	Servicio Nacional de Menores.
TCP:	Tribunal de Contratación Pública.
SIGMA:	<i>Support for Improvement in Governance and Management.</i>
TD:	Trato Directo.
TDLC:	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.
UNCITRAL:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
UNCTAD:	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.
UTM:	Unidad Tributaria Mensual.
UTP:	Unión Temporal de Proveedores.

I. RESUMEN EJECUTIVO

El presente estudio (en adelante “Estudio”) se enfoca en el mercado de compras públicas. Específicamente, se enmarca en las compras públicas reguladas por la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y realizadas a través del portal de compras administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública (en adelante “ChileCompra”). Se exceptúan, por tanto, todas aquellas compras no reguladas por esta normativa, siendo los ejemplos más destacados de este tipo de compras las relacionadas a armamento de las Fuerzas Armadas y las concesiones de obras públicas.

Este Estudio tuvo como hipótesis de falta de competencia que *“existen espacios en el mercado de compras públicas que no se encuentran funcionando de forma adecuada desde el punto de vista de la competencia, lo que estaría provocando que las condiciones comerciales a las que pueden acceder los organismos del Estado no sean las óptimas y por tanto se asignen de forma deficiente los recursos de este”*.

La referida hipótesis se fundamentó en diversas razones que se explican con mayor detalle en la Minuta de Lanzamiento del 29 de mayo de 2019, pero que, en términos generales, apuntan fundamentalmente a posibles problemas con el funcionamiento del convenio marco y a deficiencias del marco regulatorio vigente.

Como en todos los estudios de mercado, el foco de este estudio se encuentra en analizar críticamente el mercado desde el punto de vista competitivo y en caso de existir fallas de este tipo, recomendar al Ejecutivo reformas para solucionar. Todo ello con la finalidad que los consumidores (en este caso el Estado) puedan acceder a más y mejores bienes al mejor precio posible.

Para abordar la hipótesis antes referida, y concluir si ella se comprobaba, la División de Estudios de Mercado utilizó cuatro fuentes principales de información.

Primero, se analizaron las bases de datos de ChileCompra que contienen información sobre los distintos mecanismos de compra. Desde ya anticipamos que esta base de datos, si bien contiene abundante información, fue de limitada utilidad para realizar los análisis de esta agencia de competencia. Las razones son múltiples y se explican con mayor detalle en la Sección VII del Informe, pero una de suma importancia es que la información para conocer cuestiones básicas desde el punto de vista competitivo, como por ejemplo cuántos oferentes participan de una licitación, se encuentra registrada en el sistema de manera incorrecta para un porcentaje importante de procesos de compra. Una dificultad adicional es que la información fidedigna se encuentra sólo en formatos no interpretables por computadores, tales como documentos escaneados que solo pueden ser analizados

manualmente. Así, su uso y utilidad, para los fines del análisis competitivo, lo que también impacta en el cumplimiento de los principios que gobiernan las compras públicas según se detalla en la Sección II de este Informe, fue más bien insuficiente.

Debido a lo señalado en el párrafo anterior, se procedió a diseñar una estrategia distinta para obtener la información necesaria para muchos de los análisis requeridos para el Estudio. En concreto, se optó por realizar el análisis en base a muestras que permitieran realizar afirmaciones sobre la población de manera estadísticamente correcta. Por ello, la segunda fuente de datos proviene de una base construida en forma manual por la División de Estudios de Mercado en que se analizan 400 licitaciones, 400 líneas de convenios marco y 400 tratos directos¹.

En tercer lugar, con la finalidad de entender de mejor manera la forma en que se planifican y gestionan los contratos, se realizó una encuesta a una muestra representativa del personal que se desempeña en las unidades de compras de los organismos públicos. Se obtuvo respuesta de 208 instituciones, de las cuales 78 pertenecen a organismos centralizados y 130 a municipalidades.

Finalmente, una cuarta fuente fue documental. Se revisó de manera exhaustiva la regulación que rige las compras públicas, así como su historia. Además, se revisó la literatura académica y documentos técnicos que han analizado el sistema.

Resulta relevante destacar que se contó con la cooperación absoluta y constante de ChileCompra, lo que facilitó de manera importante la ejecución de este Estudio.

En lo que sigue, se dará cuenta de los principales hallazgos del Estudio, siguiendo una estructura similar a la que presenta el Informe Preliminar (en adelante “Informe”). Asimismo, al final de este resumen ejecutivo se presentan de manera resumida las propuestas que se propondrían para solucionar los problemas que se detectan en el desarrollo del Informe.

A. Planificación y Presupuesto

La primera etapa de las compras públicas consiste en decidir qué necesidades debe satisfacer cada organismo público. Esta etapa es de suma relevancia puesto que es el momento en que el organismo debe plantearse, de manera reflexiva y estratégica, cómo va a cubrir las necesidades que tiene para operar. Más aún, de ello depende la determinación de cuál es el mercado que enfrentará el organismo para cubrir dichas necesidades. Elegir inadecuadamente un mercado tiene repercusiones importantes, pues optar por uno poco

¹ Los detalles de la forma en que se construyeron estas muestras pueden encontrarse en la Sección VII de este Informe.

competitivo lleva a que el Estado acceda a peores condiciones que las que obtendría en uno más competitivo.

Asimismo, esta etapa resulta relevante desde una perspectiva competitiva pues una planificación adecuada y creíble en cuanto a su ejecución por parte de los organismos públicos permitiría que otros posibles proveedores del Estado, distintos a los ya existentes, planifiquen su entrada al mercado en virtud de estos planes y que, por otro lado, el Estado sea capaz, por ejemplo, de realizar compras coordinadas respecto de bienes o servicios requeridos por organismos que no tienen una relación entre ellos.

En la actualidad la planificación se realiza mediante la entrega a ChileCompra de un Plan Anual de Compra (“PAC”). Estos planes son en los hechos una mera formalidad. ChileCompra no tiene facultades para exigir el cumplimiento ni para sancionar el incumplimiento de los PAC y, por tanto, no les hace seguimiento.

Sin perjuicio de la obligación de entregar los PAC, los que por constituir una herramienta de planificación debieran implicar un análisis de necesidades de los organismos públicos, la encuesta realizada a compradores públicos revela que un tercio reconoce no realizar esta labor. Por ejemplo, los mismos compradores públicos estiman que un tercio de sus compras de emergencia podrían haber sido evitadas si se hubiera planificado adecuadamente. Esto resulta ser relevante, ya que estas compras se realizan a través de un mecanismo no competitivo como el trato directo en desmedro de uno competitivo.

Por todo esto es necesario avanzar decididamente en reforzar esta etapa en las compras del Estado.

B. Funcionamiento y rendimiento competitivo del sistema

La regulación vigente determina los mecanismos que deben utilizarse para seleccionar a los proveedores del Estado. Estas reglas, en general, no dejan margen de discrecionalidad a los compradores públicos para seleccionar el mecanismo mediante el cual adjudica un ganador en un proceso de compra. Las excepciones a esto se encuentran en reglas especiales con las que cuentan tanto Municipalidades como Fuerzas Armadas, bajo ciertos supuestos, para no utilizar los convenios marco.

Existen cuatro mecanismos para estos fines; el convenio marco, la licitación pública, el trato directo y la licitación privada. De estos cuatro, los primeros tres concentran prácticamente la totalidad de las compras del Estado (más del 99%) por lo que el análisis de mecanismos se concentrará en aquellos.

A través de estos tres mecanismos se ejecutan aproximadamente 10 mil millones de dólares anualmente, siendo ellos adjudicados, medidos en valor, en un 55% a través de licitaciones públicas, 25% a través de convenio marco y 20% a través de tratos directos.

Un asunto de evidente importancia es evaluar críticamente el funcionamiento de los distintos mecanismos de adjudicación y muy especialmente el rendimiento competitivo que han tenido ellos. Para esto, en el Informe se analiza cada uno de ellos por separado.

i. Licitación pública

Primero se analiza la licitación pública. Esta puede definirse como un procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que estos, sujetándose a las bases previamente fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente.

Como se mencionó, el 55% en valor de las compras públicas se realiza a través de este mecanismo de adjudicación. En general, puede afirmarse que este mecanismo funciona en forma razonablemente adecuada. El proceso de una licitación promedio duró 30 días. Los criterios técnicos y económicos ponderaron en promedio 94%. Tan solo un 1% fue objeto de control de la Contraloría a través de la toma de razón lo que se debe a que las reglas vigentes solo permiten el control *ex ante* cuando lo licitado es de montos bastante relevantes.

Sin perjuicio de lo anterior, existen una serie de asuntos preocupantes que estimamos deben ser abordados y solucionados porque harían de las licitaciones procesos aún más competitivos y, por tanto, fuente de mayores eficiencias y ahorros para el Estado. El dato más alarmante es la baja participación de oferentes en un porcentaje relevante de licitaciones. Así, en un 25% de licitaciones participa solo un oferente, mientras en un 40% participan dos o menos. Asimismo, un 56% del gasto canaliza a través de licitaciones donde se presentan dos o menos oferentes. Ello es relevante porque un bajo número de participantes en las licitaciones repercute en una menor intensidad competitiva y también en un mayor riesgo de ilícitos anticompetitivos.

El hecho de que en las licitaciones participe un número insuficiente de oferentes se debe a una errónea planificación de las necesidades por parte de los órganos públicos –que, por eso, limitan los mercados y por ello el potencial número de oferentes a los que se enfrentan en las licitaciones– y también según nuestro análisis manual, a que un 20% de las bases de licitaciones contienen limitantes a la competencia. Las limitantes más usuales se relacionan con establecer criterios que resultan innecesariamente exigentes dada la naturaleza del bien (por ejemplo, requerir tener estaciones de servicio en todo el país para

el suministro de combustible de una municipalidad) o criterios con un alto grado de discrecionalidad (por ejemplo, el asignarle a la calidad un peso relevante en la evaluación pero no especificar qué significa), cuyos puntajes son de una subjetividad tal que impiden cualquier control o impugnación. Notamos que estas limitantes identificadas manualmente se correlacionan negativamente con el número de competidores, por lo que plausiblemente impactan los niveles de competencia en este instrumento de contratación.

Cabe tener presente que un 8% de las licitaciones no pueden ser analizadas ni siquiera manualmente, puesto que no se encuentran en la base de datos los antecedentes necesarios para ello. De igual manera, cerca de un 20% de las licitaciones presenta inconsistencias documentales, esto es, inconsistencias entre la información reportada en la base de datos y los documentos adjuntos (generalmente meramente escaneados, y por tanto, inservibles para cualquier tipo de análisis de datos), todo lo cual refuerza el hecho de que la base de datos de ChileCompra no era adecuada el análisis de competencia que se quería efectuar.

Finalmente, se observa que existe una falta generalizada de estandarización de los procesos en todas las variables relevantes de una licitación. Así, por ejemplo, existe una gran variedad del tipo de bases, de los criterios de evaluación, de la ponderación de los mismos, y de las fórmulas para calcular el puntaje. ChileCompra ha realizado un esfuerzo por estandarizar entregando bases tipos para licitaciones de menos de 100 UTM, pero según el análisis realizado, este esfuerzo aún es insuficiente. La situación actual evidentemente conlleva, no solo efectos para la competencia en las licitaciones, sino también un sobre costo administrativo.

ii. Convenios marco

Los convenios marco, por su parte, pueden ser definidos como un procedimiento de contratación realizado por ChileCompra de oficio o a petición de una entidad, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a los organismos públicos, en la forma, plazo y demás condiciones que se establezcan en éste.

Este tipo de mecanismo se utiliza con la finalidad de generar un ahorro en costo administrativo para aquella clase de bienes que son adquiridos de manera reiterada por muchos organismos públicos. Así, estos acuerdos fijan todas las condiciones relevantes de contratación evitando que cada organismo deba incurrir en el costo administrativo de realizar procesos de compra como una licitación o trato directo.

Desde un punto de vista teórico, los convenios marco debiesen corresponder a una licitación en dos etapas. En la primera existe una competencia por la cancha en la cual normalmente se seleccionan pocos proveedores, mientras que en la segunda existe una

regla preestablecida según la que se selecciona al proveedor. Un ejemplo de este tipo de regla es contar con una selección en cascada, esto es, que siempre se le compre a quién fue primero en la primera etapa del convenio marco a no ser que ocurra algún hecho objetivo como un quiebre de stock, en cuyo caso se recurre al segundo, y así sucesivamente.

En Chile, sin embargo, los convenios marco no funcionan según dicta la teoría por varios motivos. La diferencia más relevante radica en que en la primera etapa no existe una competencia real por la cancha. En promedio, 78% de quienes participan en los procesos entran al convenio, y por lo tanto es más adecuado calificar a estos como procesos “de filtro” de carácter formal más que de procesos competencia. La consecuencia negativa más evidente de este fenómeno es que en la adquisición de bienes a través de los convenios marco no se obtienen las ventajas de un proceso competitivo, siendo la más saliente de estas ventajas el obtener un mejor precio para el Estado.

Otra diferencia relevante se encuentra en la segunda etapa del convenio marco. En esta, no existe una regla de selección de proveedores predeterminada. Es decir, el comprador público puede elegir cualquiera de las alternativas que el sistema le provee, independientemente del precio. Esto resulta de suma importancia, puesto que la plataforma del convenio marco se estructura de una manera muy similar a plataformas privadas como Amazon o MercadoLibre, ofreciendo a veces muchas alternativas de proveedor para un mismo producto. Sin embargo, en su funcionamiento existe una diferencia extremadamente relevante. Mientras en las plataformas tipo Amazon o MercadoLibre la persona que selecciona los bienes y servicios sí los paga, en el portal de mercado público no las paga él, sino el Estado. En los hechos, observamos que los compradores públicos no se comportan como en teoría debiera comportarse una persona racional. Es decir, eligiendo el producto o servicio más económico. Esto tiene consecuencias en desincentivar la competencia en precios en el mercado y, por lo tanto, en el nivel de eficiencia de este.

En la configuración de los convenios marco existen también otros problemas, algunos de los cuales se han ido solucionando de manera relevante por ChileCompra últimamente. Uno de ellos es que, especialmente en los convenios marco más antiguos, pero aún vigentes, existe una evidente falla en el análisis de necesidades que realmente tienen o deberían tener los organismos públicos. Como se anticipaba, los convenios marco, dada su lógica de ahorro de costos administrativos para el Estado, deben limitarse a bienes que sean adquiridos de manera reiterada por muchos organismos públicos. Sin embargo, un simple análisis del Convenio Marco de Alimentos, por ejemplo, permite encontrarse con productos tales como chocolates, helados y otros bienes, que difícilmente cumplen con dichos criterios. De hecho, este convenio marco cuenta con más de 82 mil productos distintos.

Un problema final que resaltamos en este mecanismo de adjudicación es que también se observa una defectuosa definición de los mercados, lo que no es sino una consecuencia de un deficiente análisis de las necesidades que tienen los organismos públicos para operar.. En específico, es posible identificar convenios en que los mercados en realidad son productos específicos de marca y no una categoría estandarizada de un tipo de bien o servicio. Esto genera que exista una competencia entre distribuidores y no entre productores o marcas. Por ejemplo, el Convenio Marco de Alimentos contiene como un mercado la leche entera de un 1 litro marca A y de manera separada, como otro mercado distinto, la leche entera de un litro de la marca B. Para cada uno de ellos existen varios distribuidores. Lo correcto, sin embargo, es que se trata de un mercado único que debió haber sido definido -al menos- como “leche entera de 1 litro”, sin marca. Este problema, si bien aún subsiste, se ha ido solucionando por ChileCompra en los convenios marco más recientes, en que el número de mercados ha disminuido exponencialmente y en que los mercados efectivamente se han configurado estandarizando los bienes requeridos. Un buen ejemplo de esto es el Convenio Marco de Emergencias, en que se pueden encontrar mercados como “sábanas 144 hilos 1 plaza”, sin especificación de marca alguna.

Dados los problemas detectados, se realizó un ejercicio para calcular cuál habría sido el resultado en eficiencias o ahorros para el Estado si es de que la segunda etapa de los convenios marco hubiera funcionado de manera adecuada. En otras palabras, se calcularon las eficiencias o ahorros que habría significado para el Estado si es que los mercados hubieran estado bien configurados y que los compradores públicos hubieran optado por la opción más económica dentro de dicho mercado.

Para realizar este ejercicio se procedió manualmente a configurar los mercados relevantes reales, pero de manera conservadora. Así, siguiendo con el ejemplo de la leche entera, se configuró un solo mercado con todas las leches enteras de 1 litro, sin importar la marca. Recalamos que fue una configuración de un mercado relevante conservadora, puesto que no se consideraron otros productos que plausiblemente podrían formar parte del mercado relevante por ejercer presión competitiva, como por ejemplo podría ser la leche semi-descremada, o la descremada. Este ejercicio se hizo con los 400 productos que fueron parte de la muestra aleatoria realizada respecto de los convenios marco. Luego, se compararon las decisiones reales de los compradores públicos contra la opción más económica seleccionada y se calculó la diferencia.

Este cálculo arrojó que el ahorro posible que se hubiera obtenido por elegir la opción más económica en el mercado adecuadamente definido es de al menos un 11% y hasta un 37% del total de compras a través de convenio marco (con un 90% de confianza). Llevado a nivel de todos los productos en el catálogo de convenio marco, esto asciende aproximadamente a un rango que va entre 197 mil y 600 mil millones de pesos (USD 240 a USD 805 millones)

de ahorro para el Estado por año. Debe destacarse que los cálculos anteriores no incluyen el posible ahorro que se hubiera obtenido en caso de optar por una primera etapa competitiva, de competencia “por la cancha” los que deberían ser relevantes.

iii. Trato directo

El último mecanismo de selección analizado es el trato directo. Este puede ser definido como una modalidad de contratación en que la Administración celebra con un cocontratante libremente elegido para obtener de él los bienes o servicios que necesita. Es un sistema excepcional de contratación que sólo procede en las causales expresamente previstas en la Ley o el Reglamento de Compras Públicas. Resulta de suma importancia revisar su utilización de forma adecuada, puesto que por definición el optar por este mecanismo significa no contar con los beneficios de la competencia para que el Estado acceda a bienes y servicios.

Para verificar la utilización adecuada de este mecanismo, como se anticipó, se realizó un análisis manual de 400 tratos directos en que se evaluaron las justificaciones entregadas para su uso a la luz de la ley, el reglamento de compras públicas y de la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República (“CGR”). El análisis realizado arrojó que en un 58% de los tratos directos, los organismos públicos demandantes no cumplieron con el estándar regulatorio para justificar su uso. Por ejemplo, se observa la utilización recurrente de ciertas causales, como la de emergencia o la existencia de un solo proveedor, para casos que más bien podrían obedecer a desórdenes administrativos derivados de una mala planificación por parte de los organismos públicos o a una mala determinación de los mercados relevantes.

Ello permite inferir que al menos existe un nivel de disuasión subóptimo en el sistema de compras públicas. Esta situación podría explicarse debido a que los resultados de los posibles sumarios administrativos que sancionan el incumplimiento de la normativa no son públicos, ni siquiera a nivel agregado. Como se mencionaba, una utilización más allá de lo estrictamente necesario del trato directo resulta indeseable, pues impide la utilización de mecanismos competitivos y las ventajas que se deriven de estos.

C. Selección de tipo de contratos

Sin perjuicio de encontrarse muy reglado el mecanismo que debe utilizarse para seleccionar al ganador de un proceso de compra del Estado, el tipo de contrato que debe suscribirse no tiene regulación alguna. Esto es válido tanto para licitaciones como para tratos directos, y no para los convenios marco.

En términos generales, al revisar los procesos registrados en el portal de ChileCompra puede observarse que el tipo de contrato más utilizado es el de orden fija, seguido por el

de suministro. La diferencia principal entre ambos tipos de contrato es que en el primero se fijan todas las variables relevantes del contrato, mientras que en el segundo generalmente se fijan condiciones comerciales, pero no se establece la cantidad ni fechas exactas en que se ordenarán los productos o servicios. A modo ejemplar, en un contrato de orden fija un hospital licitaría mil unidades de un medicamento para ser entregadas en un plazo de X días a un precio de Y pesos por unidad, mientras que en un contrato de suministro se fijaría el precio en Y pesos por unidad, pero se dejaría abierta la posibilidad que el hospital pidiera las unidades que necesitase del mismo medicamento durante un periodo de tiempo determinado (por ejemplo, un año).

La relevancia de esta distinción y de la elección del tipo de contrato es que la literatura económica señala que ciertas combinaciones de bienes y contratos son mejores que otras en términos de reducciones de costos de transacción. Esto es, dependiendo de la naturaleza de un bien, puede resultar más eficiente contar con contratos más o menos flexibles. Por ejemplo, para un hospital seguramente será óptimo contar con un contrato de suministro (el que flexibiliza la provisión) para la adquisición de ciertos bienes que sabe necesitará, pero no exactamente cuántas unidades ni cuándo. En términos económicos, esto reducirá el costo administrativo de licitar múltiples veces un mismo producto.

Como se señalaba, desviarse de esta regla óptima tiene costos económicos. En el ejemplo del hospital, si en vez de contar con un contrato de suministro, éste realiza licitaciones cada vez que se queda sin stock, podría aumentar en múltiples veces el costo administrativo para suministrar el bien que necesita. Por otra parte, reducir el número de licitaciones seguramente le requeriría tener espacio de almacenamiento innecesariamente grande, el que podría reducirse de integrarse temporalmente (mediante un contrato flexible) con el proveedor aguas arriba. Este último podría disponer de la misma capacidad, pero utilizada de manera más eficiente al agregar demanda de múltiples clientes aguas abajo.

Para analizar el impacto que este tipo de ineficiencias generan, se comparó la selección de contratos que realizaron los compradores públicos con el óptimo según las reglas antes descritas. Esto es, se identificaron los casos en que existían contratos de orden fija debiendo haber sido de suministro. Con esa información se realizó un cálculo de cuánto habría sido el ahorro administrativo de no haber licitado en exceso al óptimo. Por ejemplo, si en vez de haber licitado 4 veces por órdenes fijas de un producto X, se hubiera licitado una vez y se hubiera contado con un contrato de suministro para dicho producto.

Para calcular la magnitud de la ineficiencia, se tomó información de la encuesta realizada a compradores públicos según la cual cada licitación tomaría 55 horas, y considerando el salario promedio de los compradores públicos de \$856.000 según lo reportado en la encuesta, se calculó que el costo promedio de una licitación en términos administrativos era de \$244.000. Este monto fue aplicado a los casos que se encontraron en la muestra y

luego se llevó a nivel de sistema, arrojando que el potencial ahorro administrativo por contar con reglas de contratación óptimas ascenderían a aproximadamente USD 50 millones anuales.

D. Gestión de contratos

La última etapa en la contratación pública es la gestión de contratos. Esta etapa resulta relevante debido a que una gestión de contratos por parte del Estado demasiado gravosa o burocrática puede hacer que sea menos atractivo contratar con éste, y por lo tanto contar con procesos menos competitivos. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si el pago es tardío o la devolución de boletas de garantía es dificultosa. Por otra parte, una gestión de contratos laxa puede llevar a comportamientos oportunistas por parte de oferentes. Por ejemplo, participando en procesos licitatorios con ofertas bajas, y no entregando un producto o servicio de calidad después.

Observamos que a esta etapa de las compras públicas se le presta poca atención en general. Así, a modo ejemplar, la encuesta realizada a compradores públicos revela que un 30% de los organismos no cuenta con procesos para asignar responsabilidad en la gestión de los contratos y un 83% no tiene protocolos preestablecidos para la gestión de riesgos.

E. Recomendaciones

Considerando el análisis expuesto, en el Informe se formulan una serie de recomendaciones que tienen la finalidad de robustecer el sistema de compras públicas para que este opere de una manera que pueda favorecer procesos más competitivos y por tanto más eficientes. A continuación, se entrega un resumen las recomendaciones, las que se encuentran desarrolladas en mayor detalle en la Sección IX de este Informe.

Destacamos que muchas de estas recomendaciones -como se precisa en el cuerpo del Informe- han sido formuladas en similar forma por numerosas organizaciones, tales como el Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, el Observatorio del Gasto Fiscal, el Centro de Sistemas Públicos de la Universidad de Chile, e informes emitidos o encargados por la propia ChileCompra, además de numerosos artículos académicos.

i. Estructura del sistema

Desde un punto de vista de la estructura del sistema, se realizan recomendaciones en relación con la institucionalidad, el sistema informático y el sistema de fiscalización y sanciones.

En cuanto a la institucionalidad se proponen tres medidas principales. Primero, se sugiere entregar facultades regulatorias a ChileCompra. Actualmente esta institución no tiene facultad alguna para dictar normativa de aplicación general de carácter imperativo y, por ejemplo, ni siquiera puede instruir de manera obligatoria la forma en que deben llenarse los campos de los procesos de compra cuando los organismos públicos utilizan el portal de compras públicas. Una segunda recomendación es ampliar la competencia actual que tiene el Tribunal de Contratación Pública. En la actualidad este Tribunal tiene una competencia sumamente acotada, que le impide, por ejemplo, resolver toda cuestión relacionada con los procesos de compra que se hagan mediante mecanismos que no sean estrictamente una licitación, así como también resolver materias relativas a la ejecución de los contratos como la devolución de boleta de garantías u otros. Junto con ello resulta también necesario reforzar la estructura orgánica y presupuesto de este tribunal. Finalmente, también se sugiere derogar las excepciones con que cuentan actualmente las Municipalidades para utilizar el convenio marco, y obligar a las corporaciones municipales a utilizar el sistema de compras públicas como cualquier otro organismo público.

Sobre el sistema informático y la plataforma de Mercado Público sugerimos analizar una modificación mayor a su funcionamiento. Por una parte, debe transitarse a una digitalización total del sistema. Esto es algo muy distinto que convertir en digitales los documentos físicos como ocurre actualmente, sino que implica que toda la información tenga un ciclo de vida completamente digital y por lo tanto sus procesos se estructuren considerando esta nueva realidad. Esto traería múltiples beneficios. Por ejemplo, evitaría todas las inconsistencias detectadas entre la información contenida en la versión electrónica y la que se encuentra en versión papel digitalizado, facilitaría la supervisión de las unidades de compra, y permitiría a los oferentes entender de mejor manera el sistema, promoviendo así procesos más competitivos. Asimismo, sugerimos diseñar la plataforma de una forma tal que su uso sea expedito y que la posibilidad de error humano se limite al máximo. Esto puede realizarse normalmente mediante buenos *defaults* y verificaciones automáticas. Lo anterior impactaría en contar con mejor información, pero también en ahorro administrativo al poder utilizar formatos estandarizables y con la información predeterminada según el comprador particular que realiza el proceso.

En cuanto al sistema de fiscalización, proponemos su fortalecimiento. Esto podría lograrse por distintas vías. Una forma de realizarlo de relativa fácil ejecución es entregar publicidad a las sanciones aplicadas por la CGR y por los diversos órganos de la administración del Estado a los funcionarios públicos que hayan incumplido la normativa de compras públicas. Esto podría aumentar la disuasión y por lo tanto, aumentar el nivel de cumplimiento normativo.

Junto a ello, podría evaluarse un cambio más profundo al sistema de fiscalización. Para ello existen una serie de alternativas. Una primera alternativa, que sería la más consistente con la estructura general actual de nuestro sistema de fiscalización de los actos de la administración de Estado y de sus funcionarios, así como también cumpliría el objetivo especial que se impuso la propia CGR en 2018 de fomentar la probidad en las compras públicas, consistiría en entregar a la CGR la responsabilidad de instruir directamente –lo que implicaría otorgarle muchos mayores recursos para estos efectos– todos los sumarios por incumplimiento de la normativa de manera similar a la forma que lo realiza en relación a los sumarios por el uso indebido de los vehículos fiscales. Una segunda alternativa podría ser entregarle a ChileCompra legitimación activa para perseguir y acusar incumplimientos de la regulación de compras públicas al Tribunal de Contratación Pública, lo que implicaría aumentar la competencia de este Tribunal. Esta alternativa implicaría la adopción de un sistema similar a la actual institucionalidad en sede de libre competencia. Por último, una tercera alternativa podría ser incluso convertir a ChileCompra en un regulador, con un grado de independencia adecuado, que persiga, acuse y sancione directamente los incumplimientos a la normativa de compras públicas. Esta alternativa implicaría la adopción de un sistema muy similar a la actual institucionalidad en sede de mercado de valores.

Sin perjuicio de la alternativa que se tome para robustecer la fiscalización en el sistema, también debería analizarse una modificación a las sanciones existentes con el objeto de aumentar el cumplimiento efectivo de la normativa de compras públicas. Actualmente estas se limitan primordialmente a las establecidas en el estatuto administrativo para los funcionarios públicos, yendo por lo tanto de la censura a la destitución. Este sistema tiene como problema que, normalmente, en un proceso de compra intervienen múltiples personas dentro de un organismo y por lo tanto podría resultar particularmente difícil sancionar a alguno en particular. Sugerimos considerar un sistema de sanciones distinto, que parece estar funcionando de muy buena manera, en que la sanción no se aplica al funcionario responsable, sino que al jefe de servicio. Este sistema se encuentra en la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

ii. Planificación de compras

En cuanto a la planificación de compras se realizan dos recomendaciones. La primera es que la planificación de compras debiera reformularse siguiendo estándares de países líderes en esta materia, lo que se traduce en contar con instrumentos estandarizados que faciliten el análisis de necesidades de los organismos públicos, que además debieran estar registrados públicamente en el portal de compras públicas para intentar atraer a futuros competidores.

Una segunda propuesta es generar incentivos para que los planes de compra se cumplan de forma efectiva. Esto podría implementarse a través de la incorporación del cumplimiento de los planes en alguna meta de gestión.

iii. Procesos de contratación y competencia

En cuanto a las recomendaciones relacionadas con los procesos de selección, estas se presentan divididas por el tipo de proceso. Adicionalmente se presentan propuestas con relación a la selección del tipo de contrato.

Cómo se anticipaba, en las licitaciones el mayor desafío es incrementar el número de participantes en las mismas. Para ello, se observan tres medidas que podrían ayudar a este fin. La primera es realizar un análisis cuidadoso de necesidades y de definición de mercados. Este seguramente es el paso más relevante puesto que, de optarse por un mercado con pocos oferentes, no es mucho lo que se puede hacer posteriormente, a nivel de bases, para que el número de participantes sea relevante. Una segunda medida es realizar esfuerzos para estandarizar los aspectos administrativos de las licitaciones en la mayor medida posible. Esto permitirá, por un lado, ahorro de costo administrativo en el diseño de las licitaciones y, por el otro, entregar predictibilidad de la forma en que se desarrollan administrativamente las licitaciones, lo que podría atraer a más competidores. Finalmente, como en toda licitación, variables como el plazo que se entrega para participar o el tamaño del contrato influirán para atraer a más competidores, y sugerimos optar por tiempos y tamaños que permitan maximizar el número de participantes (esto es, aumentar los plazos y el tamaño del contrato).

En cuanto a los convenios marco, sugerimos que se establezca la existencia de una competencia por la cancha en la primera etapa del convenio y de una regla clara de asignación de proveedores en la segunda que privilegie la eficiencia de la compra, eliminando toda discrecionalidad para elegir proveedores a los organismos públicos. Una forma de esto es asegurarle al ganador que se llevará toda la demanda por ese bien o servicio, y que solo se asignará parte de esa demanda al segundo o subsiguientes si se produce un hecho objetivo como un quiebre de stock. Esto hará muy atractivo el adjudicarse el convenio marco, lo que debería repercutir en mayor competencia y mejores precios para el Estado. Idealmente, este tipo de regla o principio debiera consagrarse a nivel legal puesto que, de lo contrario, no se podrá aislar a la Dirección de ChileCompra de presiones que busquen no cumplir con estos principios. Adicionalmente, sugerimos continuar con la modernización de los convenios marco que ha realizado ChileCompra en el sentido de realizar un análisis de necesidades cuidadoso, limitándose a incorporar sólo bienes que sean estandarizables, de uso común y reiterado en muchas reparticiones públicas. Asimismo, y en la misma línea, se debería continuar configurando los mercados en relación a características objetivas estandarizadas y no como productos particulares con marca.

Respecto a los tratos directos, sugerimos incrementar su fiscalización para evitar muy especialmente su utilización en desmedro de mecanismos competitivos cuando no fuera absolutamente necesario. También sugerimos revisar el diseño y existencia de algunas de las causales contempladas en la Ley y el Reglamento para su uso, puesto que según el análisis que se desarrolla en el Informe, varias de ellas tienen como supuesto implícito la imposibilidad de que exista un mecanismo competitivo, cuando muchas veces ese supuesto es falso.

Finalmente, sobre los tipos de contrato que deben suscribirse, esto es, si debe optarse por un contrato de orden fija o de suministro, sugerimos como primer paso que se establezcan guías y reglas que permitan orientar a los compradores públicos acerca de cuándo es óptimo utilizar uno u otro mecanismo. A mediano o largo plazo, sugerimos que sea ChileCompra quien tenga la facultad de ordenar a los organismos la utilización del tipo de contrato que estime óptimo en virtud de su experiencia.

iv. Gestión de contratos

Finalmente, en relación con la gestión de contratos se proponen cuatro medidas. Primero, se sugiere establecer una obligación de registro de los contratos en la página de Mercado Público para que así se pueda hacer seguimiento de los mismos. Esto actualmente se hace, pero no de manera generalizada. Una segunda medida propuesta es realizar gestiones para mejorar el pago oportuno a proveedores. Como se señalaba anteriormente, el hecho de que el Estado no pague a tiempo lo convierte en un contratante más riesgoso, y por lo tanto no podrá acceder a los mejores precios disponibles en el mercado.

En tercer lugar, se propone formalizar la asignación de responsabilidades entre el personal de compras. Actualmente esto ocurre en parte importante de las organizaciones públicas, pero sigue existiendo un porcentaje considerable en que esto no es así. El contar con un responsable permite hacer seguimiento efectivo a los contratos, lo que tendría efectos positivos en una mejor gestión. Finalmente, en cuarto lugar, se propone reglamentar e incentivar la externalización de la gestión de contratos cuando la compra o los medios de la entidad contratante así lo ameriten. Lo anterior, puesto que, en ciertos casos, es deseable que un tercero experto o con suficiente tiempo gestione los contratos.

II. ASPECTOS GENERALES DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS

A. Historia de las compras públicas

1. Durante el periodo colonial, el Cabildo reguló variados aspectos de la vida, incluyendo el abastecimiento de las ciudades². Los cabildos fueron aquellas corporaciones municipales originadas en el medioevo español que luego se trasladaron a América como parte del aparato institucional colonial, representando a las elites locales frente a la burocracia real³.
2. Inicialmente, estos cabildos estuvieron compuestos por los soldados que participaron en la Conquista, y tuvieron una notable influencia en la administración de las tierras apoderadas, llegando por ejemplo a nombrar gobernador a Pedro de Valdivia en 1541. Sin embargo, esta influencia fue decreciendo a medida que se fue instalando y consolidando la burocracia real, que tuvo como hito la creación de la Real Audiencia de Santiago en 1609⁴.
3. Los cabildos se integraban nuclearmente por dos alcaldes de elección anual y seis regidores, así como por otros cargos de menor importancia. Una de las principales funciones de estas instituciones fue velar por el abastecimiento de la ciudad⁵. En efecto, el Cabildo intervino en todos los detalles relativos al abasto, encargándose de la provisión necesaria, así como de la elaboración, calidad y buen estado de los artículos alimenticios, y de la fijación de precios y otros aranceles por la prestación de servicios⁶. El Fiel Ejecutor, miembro del Cabildo, cumplía en esa función un rol central, siendo el encomendado para la provisión de los bienes necesarios a la ciudad⁷. Contaba con facultades jurisdiccionales, pudiendo ejercer sus oficios con el Escribano del Cabildo⁸. El Fiel Ejecutor era además quien autorizaba el funcionamiento de tiendas y pulperías, verificaba los pesos y medidas

² Juan Carlos Silva Opazo, «La costumbre como fuente del derecho indiano en Chile: las actas del cabildo de la ciudad de Santiago», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección Historia del Derecho], XVIII, (1996). 395.

³ «El Cabildo colonial», Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile, acceso el 12 de mayo de 2020, disponible [aquí](#).

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*

⁶ Silva, «La costumbre como fuente del derecho indiano en Chile: las actas del cabildo de la ciudad de Santiago», 407.

⁷ *Ibíd.* 391.

⁸ *Ibíd.* 396.

y controlaba el margen de lucro de los comerciantes para que no sobrepasaran los límites considerados razonables y justos⁹.

4. Los cabildos sesionaban, o bien de manera ordinaria, esto es, únicamente con los integrantes de la corporación, o bien en modalidad abierta, en la que se convocaba a todos los vecinos calificados de la ciudad. Esta segunda modalidad fue decayendo en frecuencia desde los años de la Conquista dada la burocratización de los cabildos y el paulatino control que la aristocracia criolla adquirió sobre éstos. Sin embargo, en 1810, dado el aprisionamiento del rey Fernando VII de España y el nombramiento de una Junta de Gobierno para gobernar en su ausencia, esta práctica se volvió a utilizar¹⁰. No obstante, con la instauración institucional de la República de Chile, esta centralidad en el abastecimiento público vista durante la Colonia desapareció, dejando lugar a un sistema disperso e inorgánico, del que se tienen pocos registros.
5. Más de un siglo después de la Independencia y la incipiente formación de la República, se desarrolló por primera vez una institucionalidad referida a las compras del Estado. Esto ocurrió a partir de la segunda mitad de la década de 1920, periodo marcado a nivel regional por una crisis que puso el foco del debate sobre el concepto, estructura y funciones del Estado¹¹. Desde 1924, con los militares en el poder tras el “Ruido de Sables”, se inició un proceso de transformación estatal, liderado por Carlos Ibáñez del Campo entre los años 1925 y 1931, y consolidado en su segundo periodo en el poder, entre los años 1952 y 1958. Éste consistió, a grandes rasgos, en el reordenamiento político y administrativo, la intervención social en materia laboral, de salud, educación, y previsional, entre otros, y la regulación e intervención del proceso económico¹².
6. Estas reformas apuntaban a una modernización del aparato público chileno y requirieron una expansión y reforma institucional del Estado. En 1926 Ibáñez, en calidad de Ministro de Guerra, afirmó que “los rumbos de un Estado moderno deben orientarse de preferencia y urgentemente hacia la solución de los problemas económicos [...] el viejo criterio político debe ser sustituido por un nuevo concepto de gobierno que resuelva y ejecute¹³”, para lo

⁹ Ibíd. 395.

¹⁰ «El Cabildo colonial», Memoria Chilena, Biblioteca Nacional de Chile.

¹¹ Karina Arias Yurisch, «Ideas, intentos y fracasos en el proceso modernización administrativa entre las dos administraciones de Ibáñez (1927-1958)». *Universum* (Talca), 27(1), (2012) 13-27.

¹² Ibíd.

¹³ Ibíd.

que era necesario “que se reorganice nuestra administración pública, modernizándola y reduciéndola en beneficio de su eficacia¹⁴”.

7. Esta reforma se llevó a cabo mediante la extensión del aparato estatal a una plataforma paraestatal, conformada por una administración institucionalmente descentralizada y de carácter autónomo: los organismos que la conformaban disponían de patrimonio propio y de personalidad jurídica. Esta institucionalización de la autonomía que tuvo lugar entre los años 1925 y 1958 se sustentó en la búsqueda de tres objetivos: eficiencia, separación de lo político y administrativo y la consolidación tecnocrática¹⁵.
8. En lo referido a compras del Estado, se creó el año 1927 la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, mediante el Decreto con Fuerza de Ley N°2.925. Este organismo dependía del Ministerio del Interior, y estaba a cargo de la adquisición, almacenamiento y distribución de todos los elementos necesarios para el funcionamiento de la Administración Pública¹⁶. Previo a su creación, las adquisiciones para los servicios de la República se hacían en numerosas y pequeñas oficinas, generalmente por grandes cantidades y mediante licitación pública, sin intermediarios¹⁷.
9. Todos los organismos, servicios o instituciones de la administración pública, tanto centralizados como autónomos, las instituciones semifiscales, las empresas estatales y otros organismos como las universidades estatales debían comprar por medio de este organismo, exceptuándose las Fuerzas Armadas y la Junta de Servicio Judicial. Por otra parte, las Municipalidades, establecimientos educacionales en general y todo organismo subvencionado por el Estado, si bien no estaban obligados a adquirir a través de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, podían optar por hacerlo, siempre que los bienes que comprarán estuvieran destinados a su uso¹⁸.
10. Los productos que se podían adquirir mediante la Dirección de Aprovisionamiento del Estado correspondían a textiles, vestuarios, calzados; materiales de uso o consumo corriente; combustibles y lubricantes; materiales de oficina e impresos; productos químicos

¹⁴ Ibíd.

¹⁵ Ibíd.

¹⁶ Artículo 1 del Decreto con Fuerza de Ley N°2.925 que crea la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, publicado el año 1936.

¹⁷ Arias Yurisch, «Ideas, intentos y fracasos en el proceso modernización administrativa entre las dos administraciones de Ibáñez (1927-1958)», 13-27.

¹⁸ Dirección de Aprovisionamiento del Estado, Publicación que da a conocer las funciones realizadas, acceso el 11 de mayo de 2020, disponible [aquí](#).

y farmacéuticos; productos agropecuarios y forestales; materiales y útiles químicos; materiales y útiles de aseo; menaje para oficinas, casinos y otros; materiales de enseñanza, deportes y recreación; materiales para mantenimiento y reparación; máquinas y equipos de operaciones auxiliares y muebles de servicio; y equipos de tracción, transporte y elevación¹⁹.

11. Este organismo estaba dirigido por un director, asesorado por un Consejo Directivo compuesto por un delegado de cada Ministerio, así como un delegado técnico de Carabineros de Chile, nombrados por el Presidente de la República, y presidido por el Ministro de Hacienda²⁰. Las funciones de este Consejo relativas a las compras públicas consistían en resolver, dependiendo del monto y naturaleza de las compras, el procedimiento de adquisición, siendo los mecanismos existentes en aquella época la licitación pública, licitación privada y la compra directa²¹.
12. Todas las adquisiciones o contratos hechos por la Dirección se debían realizar por regla general mediante licitación pública, excepto en los siguientes casos: (i) Que las adquisiciones fueran por montos bajos; (ii) Que fuere imposible, dada la naturaleza de los bienes o servicios o de sus condiciones de producción, su compra por este mecanismo; (iii) En caso de adquisiciones urgentes o imprevistas, por cantidades que debieran satisfacer esa urgencia; y (iv) Si era establecido por el Consejo por el voto de tres cuartos de los miembros presentes²². En estas situaciones se podía adquirir productos o servicios por vía de licitación privada o compra directa²³.
13. La Dirección debía dar preferencia en las adquisiciones efectuadas, en igualdad de precios y siempre que no lesionara el interés fiscal, a productos de fabricación nacional, así como, con aprobación del Presidente de la República, realizar contratos a largo plazo con fábricas nacionales que requirieran nuevas instalaciones para la producción de productos que no se produjeran en el país y que fueran constantemente solicitados por los organismos públicos²⁴.

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley N°2.925 que crea la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, publicado el año 1936.

²¹ Dirección de Aprovisionamiento del Estado, Publicación que da a conocer las funciones realizadas.

²² Artículo 10 de la Ley N°4.800 Orgánica de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado.

²³ Dirección de Aprovisionamiento del Estado, Publicación que da a conocer las funciones realizadas.

²⁴ Artículo 8 de la Ley N°4.800 Orgánica de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado.

14. La creación de la Dirección de Aproveccionamiento del Estado permitió un mejor control de las adquisiciones del gobierno dada la radicación de la gran mayoría de las compras en un solo Servicio. De esta forma, se posibilitó una disminución de los precios, tanto por la agregación de demanda como por la oportunidad de uniformar los artículos que se adquirirían. Adicionalmente, la aplicación de principios y técnicas modernas en materia de adquisiciones, tales como Programas de Compras, Compras Masivas, Registro de Proveedores, Cuerpo de Cotizadores especializados, control técnico de calidad de la mercadería recibida y almacenamiento adecuado de los artículos de stock, entre otras, contribuyeron al buen funcionamiento del sistema²⁵.
15. El organismo disponía de una serie de almacenes para guardar los bienes adquiridos según su naturaleza, como el almacén Moneda, para los artículos de escritorio, impresos o útiles de aseo, ferretería y menaje, telas, eléctricos, escolares, etc., o el almacén de correos y telégrafos, para los materiales de consumo necesarios para el funcionamiento de todas las oficinas del Servicio de Correos y Telégrafos del país²⁶, así como de una flota de once camiones para realizar despachos a las localidades entre Antofagasta y Temuco, mientras que para aquellas fuera de este radio, los despachos se hacían por ferrocarril o vía marítima²⁷.
16. Respecto de la adquisición pública de medicamentos e insumos médicos, cabe mencionar que, junto con la creación en 1924 del Ministerio de Salud, en ese entonces de Higiene, Asistencia y Previsión Social, nace igualmente la necesidad de centralizar la compra de estos productos. Para satisfacerla correctamente, se creó en 1932 una Central de Compras, que sería el antecedente de la contemporánea Central Nacional de Abastecimiento del Sistema de Servicios de Salud ("CENABAST"), institución pública y descentralizada que asegura la disponibilidad de medicamentos, alimentos, insumos y equipamientos de la red de salud en Chile²⁸.
17. Durante el régimen militar que se extendió entre los años 1973 y 1990, se emprendió una reforma del Estado inspirada en las teorías económicas de la Escuela de Chicago, que

²⁵ Dirección de Aproveccionamiento del Estado, Publicación que da a conocer las funciones realizadas. Disponible [aquí](#).

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ «Quiénes Somos», CENABAST, acceso el 11 de mayo de 2020, disponible [aquí](#).

consistió a grandes rasgos en la reducción del tamaño y de las responsabilidades del Estado, y ajustes fiscales coherentes con la mencionada postura económica²⁹.

18. Luego, el retorno a la democracia estuvo marcado por un nuevo proyecto de modernización del Estado, llevado a cabo por los gobiernos de la Concertación³⁰. Entre los años 1990 y 2000 tuvo lugar un proceso de identificación e implementación de medidas orientadas a mejorar la gestión pública, fruto de una política de modernización³¹. En este proceso, y en particular en lo referido al sistema de compras públicas, el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle tuvo un rol central.
19. A inicios de su mandato, se creó la Comisión Nacional de Ética Pública para estudiar y elaborar políticas e iniciativas legales para reforzar procedimientos e instituciones a cargo de la actividad pública. Ésta concluyó, respecto del sistema de compras públicas, que existía una dispersión normativa en estas materias, que había conducido a una reglamentación opaca, en particular respecto a volúmenes de gasto para determinar los mecanismos de contratación, sistemas de registro de contratistas o de precalificación y mecanismos de control. Así, recomendó la dictación de una ley que, por un lado, asegurara la transparencia, objetividad, imparcialidad, certidumbre del cumplimiento contractual y la publicidad de los procesos de adjudicación de compras públicas de bienes y servicios, y que, por otro, diera unidad, homogeneidad y coherencia a la legislación. Se sugirió al respecto un sistema electrónico para adjudicar las propuestas estatales³².
20. El año 1996 fue creado el Consejo de Auditoría Interna de la Presidencia de la República, que igualmente analizó el sistema de contratación pública. Éste, conteste con el diagnóstico anterior, recomendó la creación de un marco legal común para la compra de bienes y servicios por parte de los organismos públicos, y que las compras mediante el mecanismo de licitación pública fueran la regla general, para así “asegurar la transparencia en el uso de los recursos públicos, sustentando las contrataciones en principios básicos de ética pública que promuevan y favorezcan la transparencia y publicidad, la libre concurrencia y competencia de oferentes, la sujeción estricta a las bases establecidas para cada procedimiento, de parte de todos los involucrados y la igualdad de trato para todos los

²⁹ Verónica Figueroa Huencho, Mauricio Olavarría Gambi y Bernardo Navarrete Yáñez. «Política de Modernización de la Gestión Pública en Chile 1990-2006: evidencias a partir de un modelo de análisis». *Convergencia*, Vol.18, No. 57 (2011): 61-99, acceso el 15 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

³² Mensaje de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

participantes³³. Este Consejo estimó además relevante la definición de criterios objetivos y generales para establecer la procedencia de los diferentes mecanismos de contratación pública (en ese entonces la licitación pública y privada, así como el trato directo) y la creación de un registro informativo para publicitar las personas con quienes contrata la administración, así como también hizo hincapié en la necesidad de implementar el sistema de adjudicación electrónica de las propuestas públicas³⁴.

21. Sus recomendaciones igualmente se consideraron por la CGR. En efecto, el órgano contralor propuso reformular el proceso de revisión de toma de razón, basado en que éste actúa con prontitud, y efectivamente detecta y previene errores, en especial cuando el personal encargado de las contrataciones públicas no está capacitado ni cuenta con experiencia en estas materias. Así, estas revisiones *a priori* fomentan la transparencia y probidad del régimen de contrataciones públicas. Los argumentos contrarios a esta medida eran que los controles *a priori* de la Contraloría enlentecen innecesariamente las contrataciones públicas, así como que, dada la falta de preparación técnica de su personal, no tiene la capacidad para formular comentarios sobre aspectos sustanciales en las contrataciones. Asimismo, se sostenía que esta revisión casi nunca llevaba a detectar o prevenir errores legales en los documentos o procedimientos analizados³⁵.
22. A inicios del año 1998, el Comité de Modernización de la Gestión Pública (“Comité de Modernización”) publicó el Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público, en que hizo un diagnóstico de los distintos mecanismos de compras públicas vigentes en ese entonces. En el documento se enunciaron una serie de falencias detectadas en el sistema que atentaban contra la competencia en el mercado y que provocaban pérdidas económicas. En efecto, a la fecha, la mayoría de las reparticiones de la Administración Pública tenía una reglamentación propia al respecto, lo que comprometía la transparencia y eficacia del proceso de compras públicas. Además, los canales de información a los agentes interesados en participar en este sistema, dada su limitación, afectaban el acceso y la eficiencia del mercado. Finalmente, se estimó que era posible reducir los costos administrativos y disminuir los tiempos excesivos en la formación y concretización de los procesos de compra, así como desconcentrar las decisiones de

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ David Meyer y Jean Marie Fath. «Evaluación de las contrataciones públicas en Chile». En *Reforma del Estado. Volumen ii. Dirección pública y compras públicas*, ed. por Salvador Valdés Prieto (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2002), 573.

compra, dado que las estructuras regionales sometían sus decisiones respecto de la consideración y gestión de las autoridades centrales³⁶.

23. El Comité estimó que alrededor de 6.000 funcionarios se ocupaban de realizar cerca de un millón y medio de transacciones anuales de compras de bienes y servicios para el sector público. A juicio de Meyer y Fath, plasmado en un informe publicado el año 2001, hasta ese entonces Chile carecía de asociaciones formales o informales de profesionales de contrataciones, por lo que no se estaba aprovechando los beneficios que conlleva contar con personal capacitado en contrataciones públicas, lo que sí ocurría en otros países³⁷.
24. A partir de este diagnóstico, el documento del Comité de Modernización enumera una serie de oportunidades desaprovechadas por el Estado, entre estas, cabe destacar la de otorgar un carácter estratégico a la gestión de compras, a través de una mayor utilización de tecnologías de información por parte de los Servicios Públicos, la disposición de asistencia técnica e información a nivel central, reglamentación y capacitación de las unidades de compra, intercambio de bases de datos de proveedores y la provisión de un moderno y eficiente sistema de intermediación al que puedan acceder los Servicios Públicos en el que puedan comprar centralizadamente para acceder a economías de escala³⁸.
25. Así, se proyectaron una serie de objetivos en materia de contratación de bienes y servicios. Entre ellos cabe destacar la preservación de la probidad, eliminando las posibilidades de arbitrariedad en el manejo de recursos fiscales en esta materia, y también mejorar el ahorro y la gestión de las operaciones de compra y contratación mediante la mejora de la eficiencia y eficacia de éstas. Otro de los objetivos era propiciar un mercado competitivo y transparente, facilitando el acceso y aumentando la competencia de proveedores en el mercado, e incentivar el desarrollo de mejores productos y servicios³⁹.
26. Coherentemente con estos objetivos, el documento propuso líneas estratégicas a seguir. Entre otras, se menciona asegurar una efectiva difusión del sistema, oportunidades y resultados de las compras del gobierno, estableciendo la obligatoriedad de transparencia e información en todos los procesos de compra. Así también, se buscó mantener la desregulación del mercado de compras públicas de ese entonces, estableciendo garantías

³⁶ Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, «Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público, Documento de Política» (1998), 2.

³⁷ Meyer y Fath, «Evaluación de las contrataciones públicas en Chile», 586.

³⁸ Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública, «Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público, Documento de Política», 3.

³⁹ *Ibíd.*

mínimas de probidad en el accionar de los servicios públicos. Asimismo, fortalecer la descentralización de las compras públicas, resguardando una supervisión, obtención de economías de escala y generación de inteligencia de mercado. Finalmente, otorgar un rol estratégico en la gestión de los Servicios Públicos como elemento necesario de la modernización de la gestión pública, instruyendo a jefes de servicio sobre la permanente atención y revisión de la actividad, creando iniciativas a nivel central para apoyar a las reparticiones⁴⁰.

27. Por otra parte, se estableció que el Estado debía tener iniciativas y crear una institucionalidad que permitiera llevar a cabo una serie de funciones, a saber: (i) Función de diseño y evaluación de políticas, mediante el estudio de evolución del mercado de compras, la definición de estrategias y cursos de acción, la dictación de un marco normativo al respecto, y establecimiento de indicadores de gestión en la materia; (ii) Función de información, dirigida tanto a proveedores y opinión pública sobre el funcionamiento del sistema de compras, como a servicios públicos sobre nuevos productos, servicios, oportunidades de compra y registro de proveedores, así como la generación de estadísticas e informes a proveedores, autoridades financieras, administrativas y al parlamento, que se realizaría utilizando medios electrónicos; (iii) Fortalecimiento de técnicas de compra, lo que implicaba el desarrollo y transferencia de nuevas técnicas, tales como softwares, bases de licitación tipo, disciplinas de negociación, metodologías y herramientas de control de gestión y logística; (iv) Función de intermediación, consistente en la provisión a los servicios públicos de un mercado electrónico de bienes y servicios, así como los servicios de intermediación para compras de bienes y servicios específicos; (v) Función de desarrollo de mercados, mediante especificaciones técnicas y de una demanda planificada y comunicada a proveedores; y (vi) Función de acceso a mercados de compras y contratación pública, que buscaba facilitar a proveedores nacionales e internacionales la integración al mercado de compras públicas nacional a través de una comunicación fluida, así como aportar en la apertura de oportunidades para proveedores nacionales a los mercados extranjeros⁴¹.
28. Además del Consejo de Auditoría Interna de Gobierno y el Comité Interministerial de Modernización, cumplían en ese periodo un rol central en las compras públicas el Ministerio de Hacienda y la CGR. El primero lo hacía, por una parte, a través de la Dirección de Presupuestos, dependiente de éste, que recibía la fundamentación de gastos para explicar la necesidad y el uso de fondos asignados por la Ley de Presupuestos, y, por otra parte,

⁴⁰ Ibíd. 4.

⁴¹ Ibíd. 6 - 7.

ejerciendo control mediante leyes y decretos aplicables a ciertas esferas de su actividad⁴². A su vez, el órgano contralor era el principal agente de control externo de la legalidad de los actos y transacciones realizadas⁴³. Por otro lado, la antes protagonista Dirección de Abastecimiento del Estado había perdido su rol central en la adquisición de bienes y servicios para el sector público para ese entonces. A mediados de la década de 1990 la institución solamente realizaba 2 a 3% del total de las contrataciones públicas, y a finales de la década efectuó una reducción de personal en un plan destinado a eliminar a largo plazo todas sus actividades centrales de contratación. Sin embargo, CENABAST cumplía con sus funciones de suministro para el Servicio Nacional de Salud de manera satisfactoria⁴⁴.

29. Esta decadencia en el sistema central de compras públicas quedó igualmente patente en el informe emitido el año 1998 por la Oficina Técnica del Comité de Control Externo de la Contraloría respecto de las actividades de compra de 179 organismos, entre los que se contaban 70 municipalidades y diversos servicios públicos centralizados y descentralizados, gobiernos regionales, universidades estatales y empresas públicas, durante 1995 y 1996. Del informe se desprendía que solamente seis de las entidades aplicaban planes de contratación anuales, que casi no había actividades de auditoría interna dentro del sector público del gobierno central, así como tampoco existían políticas o procedimientos para orientar operaciones de compra, mientras que al mismo tiempo no se respetaban directrices vigentes, o bien las normas de orientación eran inadecuadas o estaban obsoletas. Por otra parte, este importante grado de discrecionalidad repercutía en que las normas aplicables a las entidades no se respetaban, así como muchas veces no se exigían cotizaciones al momento de adquirir bienes y servicios, o bien no se actualizaban los registros de proveedores a pesar de que existieran. Respecto a los proveedores, la Contraloría constató que se les pagaba tardíamente, o bien sin suficiente documentación, así como también se detectaron errores en los precios facturados e incumplimientos contractuales. Respecto de las municipalidades, el informe concluyó que en estas no se separaban adecuadamente las funciones entre la contratación, recepción y almacenamiento de los bienes adquiridos, así como un porcentaje significativo de los procesos de compra no estaba regido por códigos internos o bien se realizaban incumpliendo la normativa⁴⁵.

⁴² Meyer y Fath, «Evaluación de las contrataciones públicas en Chile», 550.

⁴³ *Ibíd.* 550 – 551.

⁴⁴ *Ibíd.* 549.

⁴⁵ *Ibíd.* 571 – 572.

30. El año 1999 se cumplió la primera de las iniciativas impulsadas por el Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público, con la creación de un Sistema de Información de compras y contrataciones públicas⁴⁶, antecedente del actual portal de la Dirección de Compras y Contratación Pública. Al momento de su creación correspondía solamente a un portal informativo, en el que los órganos y servicios públicos contemplados⁴⁷ en el artículo 1 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado⁴⁸ debían informar permanentemente sus llamados a licitaciones públicas, las bases de éstas, las consultas y aclaraciones que se hicieran respecto a su contenido, el acta de adjudicación de las licitaciones públicas y privadas efectuadas, las observaciones acerca de la licitación que fueran consideradas de interés, y todas las contrataciones efectuadas, indistintamente de si se trataba de una licitación pública, privada o una contratación directa⁴⁹. Las instituciones exceptuadas de esta obligación podían acogerse voluntariamente a estas normas, mediante una comunicación dirigida al Ministerio de Hacienda, y en caso de que se acogieran las Fuerzas Armadas o de Orden y Seguridad Pública, no estarían obligadas a informar sobre asuntos que pudieran afectar la defensa nacional o la seguridad pública⁵⁰.
31. En un primer periodo, entre enero del año 2000 y octubre del año 2002, los esfuerzos estatales respecto de ChileCompra estuvieron orientados en la implementación de un sitio electrónico de información y difusión, sin que se desarrollara una política general de compras. En este periodo se creó la página web www.chilecompra.cl⁵¹.
32. Ese mismo año se inició la tramitación de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios ("Ley de Compras Públicas" o "Ley

⁴⁶ Decreto Supremo N°1.312 del Ministerio de Hacienda, que establece sistema de información de compras y contrataciones públicas, publicado el año 1999.

⁴⁷ Exceptuando a la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, el Consejo Nacional de Televisión, las empresas públicas creadas por ley y las Municipalidades.

⁴⁸ Artículo 1 Decreto Supremo N°1.312 del Ministerio de Hacienda, que establece sistema de información de compras y contrataciones públicas, publicado el año 1999.

⁴⁹ Artículo 2 Decreto Supremo N°1.312 del Ministerio de Hacienda, que establece sistema de información de compras y contrataciones públicas, publicado el año 1999.

⁵⁰ Artículo 4 Decreto Supremo N°1.312 del Ministerio de Hacienda, que establece sistema de información de compras y contrataciones públicas, publicado el año 1999.

⁵¹ Karen Angelika Hussmann, «La promesa de las compras públicas electrónicas: el caso de ChileCompra (2000 – 2003)» (Versión resumida de Estudio de Caso para obtener grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas: Universidad de Chile, 2004), 13.

de Compras”). En el mensaje de esta ley se denunciaba la falta de planificación estratégica con respecto a las compras públicas, lo que obviaría el hecho de que éstas son en realidad un tema de política de Estado, donde se ven reflejados aspectos tales como la transparencia, eficiencia y probidad. Sumándose a lo expuesto en el Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público, los motivos de este proyecto de ley correspondieron a la necesidad de lograr un uso eficiente de los recursos, compras de mejor calidad, ahorros presupuestarios y una mayor transparencia en las compras públicas, para prevenir el fraude y la corrupción. El mensaje del Proyecto de Ley expuso que en América Latina los países gastaban en ese entonces entre el 10 y 15 por ciento de su PIB en adquisiciones públicas, excluyendo el área de defensa, lo que hacía del sector público uno de los más relevantes en las economías locales, así como el cliente más importante del sector privado, por lo que urgía llevar a cabo medidas y reformas para lograr los objetivos expuestos⁵².

33. El diagnóstico de los problemas encontrados en los sistemas de compras públicas en América Latina fue, en primer lugar, que en muchos países no existían organismos responsables de las adquisiciones del sector público, encontrándose en general la responsabilidad atomizada en diferentes entidades públicas, lo que generaba una inconsistencia en la aplicación de las normas, así como una deficiencia en su control⁵³. Adicionalmente, esta diseminación impedía que los gobiernos tuvieran una visión integral o estratégica de las adquisiciones que realizaban los distintos organismos públicos. En segundo lugar, se observó que los procesos de descentralización llevados a cabo a escala latinoamericana no estaban siendo respaldados por sistemas de coordinación a nivel central ni contaban con una correcta delegación de responsabilidades, por lo que no se estaba logrando un sistema de adquisiciones con centralización normativa y operacional. En tercer lugar, se estableció que los mencionados objetivos solamente serían posibles si los encargados de las adquisiciones públicas propiciaban un ambiente comercial transparente, motivado por la eficiencia y la economía en las compras. Finalmente, se denunciaba una falta de adecuación de la normativa en materia de compras públicas con el creciente carácter internacional de los mercados⁵⁴.
34. Así, el proyecto buscaba hacerse cargo de las necesidades que se desprendían de este diagnóstico: que la gestión de las compras sea encarada integralmente en aspectos

⁵² Mensaje de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁵³ *Ibíd.*

⁵⁴ *Ibíd.*

administrativos, tecnológicos y de gestión, la necesidad de capacitación en materia de adquisiciones públicas de los funcionarios que las gestionan, el requerimiento de simplificación y modernización de los procesos de adquisiciones mediante el uso de nuevas tecnologías de la información, y la necesidad de contar con reglas claras que permitieran la negociación con empresas extranjeras en el marco de compras públicas⁵⁵.

35. Cabe destacar que, en sus inicios, el Proyecto de Ley excluía expresamente de este sistema los contratos celebrados por las Municipalidades, Servicios de Salud y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Finalmente se optó por eliminar la exclusión, afirmándose entre otras razones que estas entidades “también podrían verse beneficiadas con la disminución en los costos de ciertos bienes. Así, por ejemplo, se recordó que estas últimas adquieren bienes comunes, tales como alimentos, ropa, e insumos varios, y no sólo armamento⁵⁶”.
36. El presidente Ricardo Lagos Escobar, sucesor de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, continuó con el proyecto de modernización del Estado iniciado por su predecesor. El año 2000 se inició el Proyecto de Reforma y Modernización del Estado, que reemplazó el Comité Interministerial de Modernización. En términos prácticos, el proyecto se centró en la simplificación de trámites y procedimientos administrativos, la agenda de gobierno electrónico y buenas prácticas en gestión pública⁵⁷.
37. El año 2002 se inició una segunda fase de operación de ChileCompra, al elaborarse una política pública de compras estatales, que respondía a la ya mencionada política de 1998. Así, a través de su sitio web, el sistema empezó a utilizarse para todo el régimen de compras públicas⁵⁸. Hasta ese momento, el sistema de compras públicas chileno contaba con una buena evaluación comparativamente con los países de la región. Sin embargo, ese año una serie de prácticas irregulares y acusaciones de corrupción salieron a la luz, confirmando el diagnóstico hecho tiempo atrás por el Comité de Modernización de la Gestión Pública⁵⁹. Esto tuvo por efecto la calificada por Waissbluth como una de las agendas más ambiciosas de reformas transversales del Estado de la historia chilena, materializada en los Acuerdos

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ «Historia de la Ley N°19.886», Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 23, acceso el 22 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

⁵⁷ Nuria Cunill Grau, «La modernización de la gestión pública en Chile y su impacto en el proceso de descentralización». (Programa CAPACIDES de InWEnt para los países andinos 2007 – 2009: 2009): 22, acceso el 11 de mayo de 2020, disponible [aquí](#).

⁵⁸ Hussmann, «La promesa de las compras públicas electrónicas: el caso de ChileCompra (2000 – 2003)», 13.

⁵⁹ *Ibíd.* 7.

Político-Legislativos para la Modernización del Estado, la Transparencia y la Promoción del Crecimiento, que incluían consideraciones respecto de compras públicas⁶⁰. Otro efecto de estos escándalos fue la generación del impulso político necesario para que se aprobara en 2003 la Ley de Compras Públicas.

38. Una de las novedades de esta normativa fue la instauración de los convenios marco, que se acompañó de la creación de un Catálogo Electrónico en el que se exponían los productos previamente licitados⁶¹. Mediante esta incorporación “se provee a los organismos públicos de herramientas para comprar de manera ágil y económica, por la vía de negociar en forma consolidada, manteniendo la independencia de su gestión administrativa⁶²”.
39. Asimismo, y respondiendo a los lineamientos desarrollados en 1998, se determinó que los funcionarios públicos encargados de abastecimiento serían capacitados, lo que se aseguraba mediante convenios con distintas universidades. En efecto, pasaron a regirse por estándares generales y ya no las normas internas de sus propios servicios, siendo sus decisiones ahora conocidas, y por tanto fiscalizables. Esta evolución del sistema estatal de adquisiciones permitió igualmente que las empresas tuvieran un mejor acceso al mercado⁶³.
40. Otra de las transformaciones esenciales de esta Ley fue la creación de la Dirección de Compras y Contratación Pública⁶⁴ que reemplazó a la Dirección de Aprovisionamiento del Estado. Este es un servicio público descentralizado, que a grandes rasgos administra el sistema electrónico de compras públicas y asesora a los servicios en sus procesos de contratación⁶⁵. Al año de su creación, 350 organismos públicos estaban incorporados a este sistema⁶⁶.

⁶⁰ Cunill Grau, «La modernización de la gestión pública en Chile y su impacto en el proceso de descentralización», 22.

⁶¹ *Ibíd.* 25.

⁶² «Historia de la Ley N°19.886», Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 80.

⁶³ Cunill Grau, «La modernización de la gestión pública en Chile y su impacto en el proceso de descentralización», 22.

⁶⁴ Artículo 28 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁶⁵ Mensaje de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁶⁶ Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016. Informe final* (2017), acceso el 11 de mayo de 2020, disponible [aquí](#).

41. Al año siguiente de la promulgación de la Ley de Compras, ocurrieron dos hitos relevantes para el sistema de compras públicas: la aprobación del Reglamento de la Ley de Compras Públicas⁶⁷, y el inicio de la tercera fase de funcionamiento del portal ChileCompra, en que las adquisiciones por vía electrónica se hicieron efectivas. Entre 2004 y 2006, se incorporaron paulatinamente al sistema los municipios y las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública⁶⁸. La cuarta versión del portal fue implementada entre los años 2007 y 2008, creándose el sitio web www.mercadopublico.cl. En ese mismo periodo se terminó de consolidar el catálogo electrónico de convenios marco, y ChileCompra fue galardonado con el premio a la excelencia en el Servicio Público de la Organización de las Naciones Unidas⁶⁹. Dos años después, ChileCompra volvió a ser premiado, pero esta vez por el Banco Interamericano de Desarrollo, siendo el primer sistema de compras en ser reconocido por esta institución^{70,71}.
42. En la década del 2010, los esfuerzos en torno a las compras públicas se han enfocado en torno a la probidad, la inclusión y la sustentabilidad. Manifestaciones de este enfoque son la creación del Observatorio ChileCompra, cuyo rol es monitorear y detectar potenciales irregularidades en los procesos de compras realizados por los organismos públicos, el establecimiento del programa de asesoría de gestión comercial, así como una serie de modificaciones realizadas al Reglamento de Compras Públicas para fortalecer la probidad, transparencia y la incorporación de criterios de inclusión⁷².
43. El 21 de enero de 2020 se publicó en el Diario Oficial el Decreto Supremo N°821 del Ministerio de Hacienda que modificó el Reglamento de Compras Públicas. Este texto constituye a la fecha la última reforma al sistema normativo de compras públicas, y busca impulsar la eficiencia y disminuir la burocracia de los procedimientos de compra. En este sentido, se incorporaron dos nuevas modalidades de contratación que explicaremos con mayor detalle en las secciones siguientes: Compra Ágil y Compra Coordinada.

⁶⁷ Decreto N°250 del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Reglamento de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, publicado el año 2004.

⁶⁸ «Nuestra historia», Dirección ChileCompra, acceso el 11 de mayo de 2020, disponible [aquí](#).

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ *Ibíd.*

⁷¹ Esta institución concluyó que el Sistema de Compras y Contrataciones Públicas chileno era robusto, electrónico, moderno y eficiente, y mediante el cual se realizaban transacciones de la mayor parte de las compras y contrataciones públicas del país. Véase Dirección ChileCompra, *Chile Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016. Informe final*.

⁷² *Ibíd.*

B. Regulación vigente del sistema de compras públicas

44. En primer lugar, si bien la Constitución Política de la República no regula orgánicamente la contratación administrativa ni establece sus principios generales, hay un conjunto de normas que resultan aplicables⁷³. Cabe destacar que en nuestro país no existe una ley general aplicable a todos los contratos administrativos, sino que “las bases y fundamentos esenciales de la contratación administrativa se encuentran consagrados en textos positivos, plenamente vigentes⁷⁴”.
45. Con la promulgación de la Ley de Compras y su respectivo Reglamento, se creó un Sistema electrónico de información de contratación pública, “de acceso público y gratuito⁷⁵” a cargo de ChileCompra⁷⁶. El artículo 54 del Reglamento establece que las entidades públicas deberán desarrollar todos sus procesos de compras utilizando solamente el Sistema de Información de la Dirección. Esto incluye todos los actos, documentos y resoluciones relacionados directa o indirectamente con los procesos de compras públicas. Adicionalmente, indica que los organismos no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través del Sistema de Información⁷⁷. Se ha señalado que “hay en la ley un imperativo de transformar la Administración en una e-Administración y el procedimiento administrativo de contratación en un ciberprocedimiento⁷⁸”.
46. Respecto a los contratos que celebra el Estado se ha apuntado que existe una situación de desigualdad material entre las partes contratantes. En este sentido, los órganos de la Administración tendrían prerrogativas y facultades que los posicionan en un nivel de superioridad frente a los proveedores particulares en la relación contractual. Algunas de las prerrogativas son el *ius variandi* o poder de modificación del objeto del contrato, la potestad sancionadora de la Administración, la facultad de poner término anticipado y de manera unilateral al contrato por razones de interés público o la potestad de sustituir al contratante

⁷³ Claudio Moraga Klenner, *Contratación Administrativa* (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 254.

⁷⁴ *Ibíd.* 253.

⁷⁵ *Ibíd.* 279.

⁷⁶ Cabe destacar en relación con este punto que el Reglamento define en el artículo 1, numeral 32, al “Usuario Ciudadano” como una persona natural o jurídica que requiere información de los Procesos de Compra a través del Sistema de Información, enfatizando el carácter público de la información contenida en este sistema.

⁷⁷ Existen algunas excepciones a esta regla general que se encuentran enumeradas en el artículo 62 del Decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁷⁸ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 279.

por mora de este al incumplir sus obligaciones⁷⁹. Esta desigualdad estaría explicada por la función que cumplen los organismos públicos, consistente en “la satisfacción de las necesidades de interés general⁸⁰”.

47. Respecto al ámbito de aplicación, la Ley de Compras señala que esta regirá para todos “los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones⁸¹”. Así, regulatoriamente se requieren cuatro requisitos copulativos para la aplicabilidad de la Ley de Compras: (i) Que la contratación sea celebrada por la Administración del Estado; (ii) Que la contratación sea a título oneroso; (iii) Que el objeto de la contratación sea el suministro de bienes muebles y servicios y; (iv) Que estos bienes y servicios sean necesarios para el desarrollo de la función pública⁸². Estas relaciones contractuales se ajustarán a las normas de esta Ley y su Reglamento, así como también a las normas de Derecho Público y en su defecto a aquellas de Derecho Privado⁸³.
48. Por su parte, el artículo 3 de la Ley de Compras señala los contratos administrativos que se encuentran excluidos. Además de estas exclusiones, quedan igualmente excluidos, por oposición a los elementos exigidos para que esta ley tenga aplicación⁸⁴, los contratos

⁷⁹ Ibíd. 222.

⁸⁰ Nancy Barra y Gabriel Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, (Santiago, Thomson Reuters, 2018), edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.3. Licitación Privada.

⁸¹ Artículo 1 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y artículo 1 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁸² Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 4.4. Bienes y servicios necesarios para el desarrollo de la función pública.

⁸³ Artículo 1 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y artículo 1 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁸⁴ El artículo 1 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios establece que los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado, así como que para los efectos de esa ley, se entenderán por Administración del Estado los órganos y servicios indicados en el artículo 1 de la ley N°18.575, salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley. La ley también será aplicable al Consejo Nacional de Televisión.

celebrados por la Administración del Estado que cumplan con alguna de las condiciones siguientes: (i) Ser de carácter gratuito; (ii) Tener por objeto el suministro de bienes inmuebles; o (iii) Tener una finalidad diversa al desarrollo de sus funciones.

49. Moraga ordena las disposiciones del artículo 3 de la Ley de Compras según tres justificaciones de exclusión. En primer lugar, estarían aquellos contratos que se encuentran tipificados y reglados en leyes especiales, y que por lo tanto quedan excluidos de las disposiciones de la Ley de Compras⁸⁵. Estos corresponden a: (i) Las contrataciones de personal de la Administración reguladas por estatutos especiales, así como los contratos a honorarios celebrados con personas naturales para que presten servicios a organismos públicos, cualquiera sea la fuente legal en que sustentan⁸⁶; y (ii) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas, así como los contratos celebrados por los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, y los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, suscritos en conformidad a la Ley N°19.865, que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido^{87,88}.
50. En segundo lugar, están aquellos contratos que no pueden ser asimilados al suministro de bienes muebles o servicios que se requieren para el desarrollo de las funciones de la Administración, por lo que quedarán igualmente excluidos⁸⁹. Estos corresponden, según lo dispuesto en el artículo en comento, a los contratos relacionados con la compraventa y la transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros⁹⁰. Si bien la historia fidedigna de la ley no aclara las razones de esta exclusión, parece razonable suponer a juicio de Moraga que la exclusión de las actividades mercantiles se sustenta en que éstas se realizan en mercados de valores suficientemente reglados y transparentes, en

⁸⁵ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 296-297.

⁸⁶ Artículo 3 literal a de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁸⁷ Artículo 3 literal e de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁸⁸ No obstante, las exclusiones de que se da cuenta en este literal, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria.

⁸⁹ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 297.

⁹⁰ Artículo 3 literal d de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

que el interés público se encuentra resguardado por la misma circunstancia de operar en un escenario de fuerte competencia entre los diferentes agentes económicos que participan de éste⁹¹.

51. Finalmente, el tercer motivo de exclusión de contratos de las disposiciones de la Ley de Compras corresponde a los contratos que, en razón de su naturaleza o calidad de los intervinientes, deben someterse a procedimientos de negociación y contratación especiales, que resultan incompatibles con procesos licitatorios de la Ley N°19.886⁹². Estos contratos corresponderían a: (i) Los convenios que celebren entre sí los organismos públicos enumerados en el inciso primero del artículo 2 del Decreto Ley N°1.263 de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado y sus modificaciones⁹³. En efecto, este Decreto Ley considera que el concepto de Estado abarca los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, la CGR, Ministerios, Municipalidades y otros servicios e instituciones de la Administración central y descentralizada, complejo de organismos públicos que abarcan el sector público, compuesto igualmente por personas jurídicas privadas relacionadas con los entes públicos⁹⁴; (ii) Los contratos efectuados de acuerdo con el procedimiento específico de un organismo internacional, tal como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo u otro, asociados a los créditos o aportes que éste otorgue⁹⁵; y (iii) Los contratos que versen sobre material de guerra, los celebrados en virtud de las leyes N°7.144, N°13.196 y sus modificaciones y los que se celebren para ciertas adquisiciones por parte de las Fuerzas Armadas o las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública⁹⁶. Igualmente quedarán exceptuadas las contrataciones de bienes y servicios necesarios para prevenir riesgos excepcionales a la seguridad nacional o la seguridad pública, calificados por decreto supremo expedido por intermedio del

⁹¹ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 297.

⁹² *Ibíd.* 297-298.

⁹³ Artículo 3 literal b de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁹⁴ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 298.

⁹⁵ Artículo 3 literal c de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁹⁶ Vehículos de uso militar o policial, excluidas las camionetas, automóviles y buses; equipos y sistemas de información de tecnología avanzada y emergente, utilizados exclusivamente para sistemas de comando, de control, de comunicaciones, computacionales y de inteligencia; elementos o partes para la fabricación, integración, mantenimiento, reparación, mejoramiento o armadura de armamentos, sus repuestos, combustibles y lubricantes.

Ministerio de Defensa Nacional a proposición del Comandante en Jefe que corresponda, o el General Director de Carabineros o del Director de Investigaciones, según sea el caso⁹⁷.

C. Principios que gobiernan las compras públicas

52. La Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (“LOCBGAE”) establece una serie de condiciones y principios en materia de contratación administrativa⁹⁸: (i) La propuesta pública como regla general para la celebración de contratos administrativos; (ii) El principio de libre concurrencia al llamado administrativo de los oferentes; (iii) Igualdad de los oferentes ante las Bases que rigen el contrato; (iv) La licitación privada solo procede previa resolución fundada; y (v) La contratación directa solo es procedente en el caso en que la naturaleza de la negociación así lo requiera. Adicionalmente, la LOCBGAE en su artículo 62 numeral 7 sanciona la omisión o elusión de las propuestas públicas en los casos en que la ley así lo dispone, señalando que es una conducta que contraviene especialmente el principio de probidad administrativa⁹⁹. Con la consagración legal en la LOCBGAE de los principios de libre concurrencia y de igualdad ante las bases se “pretende reflejar la legalidad, publicidad y transparencia que debe primar en todos los procedimientos administrativos destinados a seleccionar contratistas, por lo que no pueden permitirse excepciones a ellos, salvo casos fortuitos o de fuerza mayor [...]”¹⁰⁰.
53. Por su parte, si bien la Ley N°19.886 y su Reglamento no enumeran expresamente los principios generales¹⁰¹, sí los reconoce en normas de observancia y cumplimiento que son obligatorias para todos los procesos de compra, particularmente los de igualdad de oferentes, libre concurrencia, transparencia, sujeción a las bases, eficiencia¹⁰² y competencia. En el mismo sentido, el mensaje presidencial de la Ley de Compras Públicas, al establecer que la licitación pública constituye el procedimiento general de contratación,

⁹⁷ Artículo 3 literal f de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁹⁸ Enrique Díaz Bravo, «Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea», *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 22, 178.

⁹⁹ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 256.

¹⁰⁰ *Ibíd.* 260.

¹⁰¹ José Antonio Moreno Molina, «Contratación Pública Internacional», en *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, ed. por Enrique Díaz y José Antonio Moreno (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 40.

¹⁰² Díaz Bravo, «Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea», 179.

señala que esto tiene como principal objetivo "asegurar la transparencia en el uso de los recursos públicos, sustentando las contrataciones en principios básicos de ética pública que promuevan y favorezcan la transparencia y publicidad, la libre concurrencia y competencia de oferentes, la sujeción estricta a las bases establecidas para cada procedimiento, de parte de todos los involucrados y la igualdad de trato para todos los participantes¹⁰³". De esta forma, la normativa de compras públicas introducida por la Ley N°19.886 y su Reglamento tuvo como principal objetivo transparentar el sistema de adquisiciones del Estado, así como también "mejorar la eficacia y eficiencia de la competencia pública en los mecanismos de compra, mediante procedimientos expeditos y claros para todos¹⁰⁴".

54. Cabe resaltar que la competencia como principio general de las compras públicas se desprende de las normas que señalan que la licitación pública constituye la regla general en materias de contratación administrativa y del artículo 30 literal g) de la Ley de Compras, que establece que una de las funciones de la Dirección de Compras y Contratación Pública es la promoción de la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración.
55. En 2011 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional publicó la Ley Modelo sobre la Contratación Pública, en la que señala que estima aconsejable reglamentar la contratación pública a fin de promover los siguientes objetivos: economía y eficiencia, fomentar la participación de proveedores sin hacer distinciones por conceptos de nacionalidad, promover la competencia entre proveedores, garantizar un trato justo, igual y equitativo, promover la rectitud y equidad en el proceso de contratación y dotar de transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública¹⁰⁵.
56. En este orden de ideas, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo establece que el punto de partida para lograr la mejor relación precio-calidad en la

¹⁰³ Mensaje del Presidente de la República, con el que inicia un proyecto de Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. 27 de octubre de 1999. Cuenta en Sesión 17, Legislatura 341.

¹⁰⁴ Díaz Bravo, «Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea», 179.

¹⁰⁵ Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, UNCITRAL, acceso el 1 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

contratación pública es un marco regulatorio que se base en el principio de competencia y que obligue a que el gasto público adhiera a métodos de compra competitivos¹⁰⁶.

57. La interacción entre compras públicas y competencia se da principalmente en dos dimensiones. La primera dimensión está relacionada con las conductas anticompetitivas, específicamente la colusión en las licitaciones o *bid rigging*. En nuestro ordenamiento jurídico, estas conductas se encuentran expresamente sancionadas en literal a) del artículo 3 del Decreto Ley N°211 de 1973, que establece que se considerarán como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienen a producir dichos efectos, entre otros, los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o *afectar el resultado de procesos de licitación*.
58. En relación con esta dimensión de contratación pública y competencia, la OCDE¹⁰⁷ emitió en julio de 2012 una recomendación para combatir la colusión en la contratación pública. Este informe, por un lado, establece un listado de acciones para detectar colusión en licitaciones para adquisiciones públicas, y por el otro, establece distintos elementos y etapas necesarias para prevenir conductas ilícitas. En relación a este último punto, la OCDE señala que los procedimientos de contratación deben contar con las siguientes condiciones: (i) Información adecuada antes del proceso de licitación; (ii) Diseñar el proceso de licitación para maximizar la participación potencial de licitantes que compiten; (iii) Definir los requisitos con claridad y evitar las medidas predecibles; (iv) Diseñar el proceso de licitación para reducir eficazmente la comunicación entre oferentes; (v) Elegir con cuidado los criterios para evaluar y adjudicar las ofertas; y (vi) Crear conciencia en el personal de compras públicas de los riesgos de la colusión en los procesos de adquisición.
59. La otra dimensión entre competencia y compras públicas se refiere a la necesidad de evadir posibles distorsiones a la competencia con la creación de barreras regulatorias referidas a la entrada al mercado¹⁰⁸. En nuestro país, tanto el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (“TDLC”) como la Corte Suprema han señalado reiteradamente que “las

¹⁰⁶ UNCTAD, «Intergovernmental Group of Expert on Competition Law and Policy, Competition policy and Public procurement» (United Nations Conference on Trade and Development: 2012), 4, acceso el 1 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

¹⁰⁷ OCDE, *Recomendación para combatir la colusión en la contratación pública* (2012), acceso el 1 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

¹⁰⁸ Albert Sánchez, «Competition Law and Public Procurement», en *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, ed. por Enrique Díaz y José Antonio Moreno (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 113.

normas de protección de la libre competencia son de orden público y por ende aplicables a todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, en cuanto éstas concurren al mercado, de manera que es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia el llamado a resolver si ha tenido lugar alguna infracción¹⁰⁹. Así también, dentro de los actos de los órganos de la Administración del Estado que son susceptibles de ser juzgados en esta sede, ya sea en un procedimiento contencioso o no contencioso, están las cuestiones relativas a las bases de licitación pública, toda vez que las licitaciones “son aptas para crear mercados nuevos, eliminar o reemplazar los existentes, o afectar positiva o negativamente la competencia en unos u otros, dependiendo de las características y estructura de los mercados en que inciden, así como de las condiciones o requisitos de participación que se establezcan en las respectivas licitaciones o concursos¹¹⁰”.

¹⁰⁹ Sentencia Corte Suprema. 28 de enero de 2011. Rol N°61-2010, consideración 6°. El mismo criterio está señalado en las Resoluciones TDLC N°58/2019 de fecha 3 de diciembre de 2019; N°60/2019 de fecha 5 de diciembre de 2019; y N°61/2020, de fecha 7 de abril de 2020.

¹¹⁰ Sentencia TDLC N°118/2012, consideración 6°, y Resolución TDLC, de fecha 7 de abril de 2020, Rol N°61/2020.

III. DISEÑO INSTITUCIONAL DEL SISTEMA DE COMPRAS PÚBLICAS

A. Principales actores del mercado

60. En el mercado de compras públicas es posible distinguir una serie de actores que intervienen de distinta manera. Así, es posible encontrar a los demandantes, que son los distintos organismos públicos, los oferentes o proveedores, aquellos organismos que coordinan las compras públicas, los que determinan la ejecución presupuestaria, los que fiscalizan a los organismos públicos que adquieren bienes y/o servicios, y aquellas entidades que juzgan los conflictos que surgen en estas materias.

i. Dirección de Compras y Contratación Pública

61. La Dirección de Compras y Contratación Pública es un servicio público descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, dependiente del Ministerio de Hacienda, que fue creado con la dictación de la Ley de Compras Públicas el año 2003. La dirección superior, organización y administración del organismo corresponden a un director, jefe superior del Servicio que es de exclusiva confianza del Presidente de la República.
62. De acuerdo con la regulación vigente, ChileCompra debe cumplir una serie de funciones en materia de compras públicas, entre las que se encuentra asesorar a los organismos públicos en la planificación y gestión de sus procesos de compras. Para lograr esto, podrá, en primer lugar, emitir orientaciones y recomendaciones generales, conducentes a difundir buenas prácticas y a fortalecer la probidad, la transparencia y la eficiencia en las compras públicas por parte de los compradores y los proveedores. Cabe destacar que la CGR sostuvo¹¹¹ que las directrices que emana ChileCompra no son vinculantes, teniendo el carácter de meras recomendaciones realizadas por un organismo asesor en orden de promover las buenas prácticas en los procesos de compra. En segundo lugar, también deberá fomentar y proponer acciones para una mayor eficiencia y probidad en las compras públicas regidas por la Ley de Compras, pudiendo, entre otras acciones, desarrollar o incentivar procesos de compras coordinadas¹¹² y bases tipo de licitación¹¹³.

¹¹¹ Así lo ha señalado la Contraloría General de la República en su dictamen N°62.237, del 27 de septiembre de 2013.

¹¹² Artículo 2 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Este tipo de compra consiste en que dos o más organismos públicos agregan demanda mediante un procedimiento competitivo, para lograr ahorros y reducir costos de transacción.

¹¹³ Contraloría General de la República, dictamen N°8.769, 3 de abril de 2018.

63. La Ley de Compras señala expresamente en su artículo 30 literal g) que ChileCompra deberá “promover la máxima competencia posible en los actos de contratación de la Administración, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. Además, deberá ejercer una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales de la Administración, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por ésta”.
64. Otra función consiste en licitar la operación del Sistema de Información electrónico para los procesos de compra y contratación de los organismos públicos y velar por su correcto funcionamiento. La plataforma disponible para esto es Mercado Público, sistema electrónico donde se reúnen la oferta de los organismos de la Administración del Estado regidos por la Ley con la demanda de múltiples proveedores de todo tipo de bienes y servicios. Adicionalmente, ChileCompra deberá establecer las políticas y condiciones de uso de la plataforma. La Dirección promueve que las compras mediante esta plataforma sean efectuadas en un contexto de competencia, transparencia, eficiencia, universalidad, accesibilidad, sustentabilidad y no discriminación¹¹⁴.
65. Así también, ChileCompra deberá mantener actualizado y licitar la operación del Registro de Contratistas y Proveedores (“ChileProveedores”), otorgando los certificados técnicos y financieros según correspondan. Este registro identifica y documenta a todas las personas naturales y jurídicas, evaluando su idoneidad para contratar con organismos del Estado. Además, deberá suscribir convenios con las entidades públicas y privadas que correspondan para los efectos de recabar información para complementar antecedentes del Registro.
66. De oficio o a petición de uno o más organismos públicos, podrá efectuar procesos de compra para suscribir convenios marco, los que consistirán en un catálogo con los bienes y servicios ofrecidos por los proveedores participantes¹¹⁵. También podrá representar o actuar como mandatario de uno o más organismos públicos en la licitación de bienes o

¹¹⁴ En ese sentido, véanse las Directivas de la Dirección ChileCompra N°4 «Estándares de Transparencia», N°11 «Instrucciones para la prevención de la colusión entre oferentes», N°13 «Instrucciones para realizar Contrataciones Sustentables en el mercado público chileno», N°17 «Instrucciones para realizar contrataciones públicas inclusivas y que promuevan la igualdad de oportunidades en el mercado público», N°20 «Enfoque de género en materia de compras públicas», N°25 «Recomendaciones para la contratación de bienes y servicios incorporando criterios ambientales y de eficiencia energética», N°26 «Recomendaciones para una mayor eficiencia en la contratación de bienes y servicios», N°27 «Recomendaciones para favorecer la generación de datos abiertos en la contratación pública», N°28 «Código de Ética sobre la probidad en las compras públicas», N°31 «Código de Ética para proveedores del Estado en compras públicas», y N°33 «Recomendaciones para la innovación en compras públicas». Disponibles [aquí](#).

¹¹⁵ Artículo 14 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

servicios. Finalmente, deberá promover la máxima competencia posible en los actos de contratación por parte de los organismos públicos, desarrollando iniciativas para incorporar la mayor cantidad de oferentes. En ese sentido, deberá realizar una labor de difusión hacia los proveedores actuales y potenciales, de las normativas, procedimientos y tecnologías utilizadas por las instituciones de la Administración del Estado.

ii. Dirección de Presupuestos

67. La Dirección de Presupuestos (“DIPRES”) es el organismo técnico encargado de velar por la eficiente asignación y uso de recursos públicos en el marco de la política fiscal, mediante la aplicación de sistemas e instrumentos de gestión financiera, programación y control de gestión. Además, participa activamente en la elaboración y tramitación de la Ley de Presupuestos. Es una entidad dependiente del Ministerio de Hacienda y se encuentra regulada por el Decreto Ley N°1.263 de 1975.
68. De acuerdo con su artículo 15, se pueden agrupar las funciones de la Dirección de Presupuestos en dos grandes categorías, que pasaremos a explicar en los siguientes párrafos.
69. En primer lugar, el organismo debe preparar el proyecto de Ley de Presupuestos, de discusión anual, realizado mediante un examen exhaustivo, tomando en cuenta las peticiones de las distintas entidades públicas. Posteriormente, tiene que formular las normas para la ejecución de cada partida presupuestaria para el año siguiente, considerando las prioridades gubernamentales¹¹⁶. Para verificar la correcta ejecución del presupuesto en cada una de las entidades públicas, la DIPRES elabora todos los años las “Instrucciones para ejecución de la Ley de Presupuestos del Sector Público”, como lo señala el artículo 2 del Decreto con Fuerza de Ley N°106 de 1960 del Ministerio de Hacienda.
70. En segundo lugar, la Dirección de Presupuestos debe controlar y regular el gasto público efectuado por cada organismo a partir de su presupuesto asignado por la Ley. Esta función permite evaluar que la actividad financiera se ha desarrollado legalmente, así como también identificar el nivel de cumplimiento de los objetivos propuestos y constatar el gasto soportado, analizando la eficiencia y eficacia¹¹⁷.

¹¹⁶ Carlos Montalva, «Control Presupuestario en el Derecho Público Chileno» (tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile, 2017), 16. Disponible [aquí](#).

¹¹⁷ *Ibíd.* 37 y 38.

71. El organismo contempla cinco objetivos principales¹¹⁸: (i) Fortalecer el presupuesto como instrumento para la asignación eficiente de los recursos públicos, en función de los objetivos prioritarios de la acción gubernamental, optimizando los procedimientos para su formulación, discusión, ejecución y evaluación; (ii) Estimar las entradas (ingresos, excedentes e intereses de activos financieros) del sector público y su rendimiento proyectado, y aumentar la eficiencia del uso de recursos para el logro de los objetivos de la acción gubernamental; (iii) Promover la eficiencia en el uso de los recursos públicos a través de la integración de los instrumentos de control de gestión pública con el presupuesto; (iv) Fortalecer la coordinación de la DIPRES con los actores relacionados, para agilizar la elaboración y tramitación de los anteproyectos y proyectos de Ley que le competen; y (v) Informar a los organismos públicos y a la ciudadanía en general sobre la asignación y aplicación de los recursos financieros del sector público y sus perspectivas de mediano plazo.

iii. Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno

72. El Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno (“CAIGG”) es un órgano asesor del Presidente de la República en materias de auditoría interna, control interno y probidad administrativa, creado en 1997. Busca coordinar y asesorar la actividad de las unidades de auditoría interna de los Servicios Públicos dependientes o relacionados con el Ejecutivo, logrando así un sistema de control interno gubernamental¹¹⁹. En particular, emite lineamientos y directrices para ser aplicados por los auditores internos en los órganos correspondientes en procesos de compras públicas. Así, se previenen conductas que puedan atentar contra la probidad del uso de recursos públicos, propugnando una gestión basada en la probidad y transparencia. Para Cordero, las funciones realizadas por esta institución “vinculan aspectos tanto normativos como de eficacia y eficiencia de las acciones públicas¹²⁰”.
73. Su tarea está claramente delimitada, estableciéndose que quien realiza el control externo y a *posteriori* es la CGR, no pudiendo el CAIGG interferir en sus funciones en forma alguna¹²¹. Por otra parte, realiza un control tanto de legalidad como de mérito. A grandes rasgos, el CAIGG cuenta con cuatro grandes grupos de atribuciones: (i) Estudio y proposición de políticas de Auditoría Interna; (ii) Recomendación y proposición de programas y normas

¹¹⁸«Objetivos estratégicos», Dirección de Presupuestos, acceso el 15 de junio de 2020, disponible [aquí](#).

¹¹⁹ Montalva, «Control Presupuestario en el Derecho Público Chileno», 195.

¹²⁰ Luis Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo* (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 607.

¹²¹ Artículo 3 del Decreto N°12 de la Secretaría General de la Presidencia, que crea Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, publicado el año 1997.

técnicas de Auditoría Interna (iii) Capacitación del personal del sistema de Auditoría Interna; (iv) Recepción de criterios y jurisprudencia de la Contraloría; y (v) Asesoría a la Presidencia en probidad y transparencia¹²².

74. Para cumplir con los objetivos descritos, la Ordenanza N°20 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia del 1 de junio de 2018¹²³ establece una serie de acciones de aseguramiento preventivas. En materia de procesos de compras públicas, señala los siguientes objetivos de control: (i) Verificar que los procedimientos de trato o contratación directa se ajustan a las exigencias de la Ley N°19.886 y su reglamento; (ii) Evaluar la contratación de servicios profesionales y asesorías especiales u ocasionales prestadas por personas naturales o jurídicas, contratadas durante el trimestre que se informa, cuyo monto sea superior a 200 UTM; (iii) Verificar en las adquisiciones llevadas a cabo por trato directo que se han efectuado las cotizaciones en las condiciones que exige la normativa; (iv) Identificar y analizar las 5 adquisiciones de mayor monto efectuadas durante el trimestre, bajo la modalidad de trato directo; (v) Identificar y evaluar los convenios suscritos con empresas o personas naturales que presenten ampliaciones o renovaciones de servicios superiores al 10% del monto original pactado; (vi) Informar y verificar el monto total y cantidad de las adquisiciones efectuadas durante el mismo periodo, tanto a través de trato directo como de licitaciones públicas o privadas; y (vii) Verificar que las contrataciones no han sido fragmentadas con la finalidad de vulnerar la normativa.

iv. Demandantes

75. En términos orgánicos, la Ley de Compras regula los procesos de contratación y compras llevados a cabo por los organismos señalados en el artículo 1 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, a saber: los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones, los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, la CGR, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales y las Municipalidades.
76. La normativa de contratación pública incluye al Consejo Nacional de Televisión, y excluye explícitamente a las empresas públicas creadas por ley, tales como la Corporación Nacional del Cobre, Televisión Nacional de Chile o Metro S.A. Por otra parte, la Contraloría ha

¹²² Alicia De la Cruz y Fernanda Garcés. «Orientaciones para un control interno fuerte y eficiente y una coordinación efectiva con la Contraloría General de la República», en *Un Estado para la Ciudadanía*, ed. por Isabel Aninat y Slaven Razmilic (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2018), 677-713.

¹²³ Consejo de Auditoría Interna General de Gobierno, Ordenanza N°20, 1 de junio de 2018, acceso el 21 de junio de 2020, disponible [aquí](#).

entendido también sujetos a esta normativa a los Servicios de Bienestar de los organismos públicos, al Servicio Nacional de Menores y las universidades estatales¹²⁴.

77. Las municipalidades cuentan con ciertas características especiales en los procesos de compras públicas. La suscripción de convenios marco, a diferencia del resto de los órganos y servicios, no será obligatoria para los municipios, sin perjuicio de que puedan adherir voluntariamente a los mismos¹²⁵. De acuerdo con la historia de la Ley, esta regla se justifica por el respeto a la autonomía administrativa y financiera que estas entidades gozan y que se traduce en “impedir que el Gobierno incida directamente en las decisiones de compra de los Municipios¹²⁶”.
78. Adicionalmente, las corporaciones municipales, en tanto sujetos de derecho privado no enumerados en la Ley N°18.575, no tienen la obligación legal de acogerse a la normativa de compras públicas, por lo que sus adquisiciones y compras se efectúan según los procedimientos del sector privado. Por su parte, las resoluciones que dicten las municipalidades estarán exentas del trámite de toma de razón, pero deberán registrarse en el órgano contralor cuando afecten a funcionarios municipales¹²⁷.
79. Para las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública tampoco será obligatoria la suscripción de convenios marco, respecto de los bienes y servicios determinados por las autoridades pertinentes en virtud de un reglamento dictado en conjunto por los Ministerios de Hacienda y Defensa¹²⁸. Por otra parte, estas instituciones podrán mantener registros reservados de contratistas y proveedores respecto de los bienes que se exceptúan en el artículo 3 de la Ley de Compras¹²⁹.

¹²⁴ En relación a los Servicios de Bienestar de los organismos públicos, la Contraloría General de la República emitió el dictamen N°59.041, del 29 de noviembre de 2004. Con respecto al SENAME, véase el dictamen N°3.888, del 28 de enero de 2004. A la inclusión de las universidades estatales se refiere el dictamen N°47.500, del 21 de septiembre de 2004.

¹²⁵ Artículo 30 literal d de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹²⁶ Véase «Historia de la Ley N°19.886», Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, acceso el 22 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

¹²⁷ Artículo 53 de la Ley N°18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

¹²⁸ Artículo 30 literal d de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y artículo 8 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹²⁹ Artículo 16 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

80. Según lo dispuesto en el artículo 18 del texto legal, los organismos públicos previamente señalados deberán desarrollar todos sus procesos de contratación y compra de bienes y servicios mediante el sistema electrónico administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública: la plataforma Mercado Público. La utilización del sistema podrá ser directa o intermediada a través de redes abiertas o cerradas, sea en forma individual, como en las licitaciones públicas, privadas o tratos directos, o en forma colectiva, si se decidiera comprar vía convenios marco celebrados por ChileCompra. Así, está prohibido para las instituciones de la Administración del Estado la contratación con proveedores cuyas ofertas no hayan sido recibidas mediante la plataforma electrónica señalada.
81. Con todo, el artículo 53 del Reglamento de Compras establece la posibilidad de que los contratos puedan efectuarse fuera de este sistema en cuatro situaciones: (i) Si el monto de la contratación es inferior a 3 UTM; (ii) En el caso de tratos directos, inferiores a 100 UTM, con cargo a recursos destinados a operaciones menores, siempre que el monto haya sido aprobado por resolución fundada; (iii) Las contrataciones que se financien con gastos de representación; y (iv) Los pagos de gastos comunes o servicios básicos.
82. Adicionalmente, se encuentran ciertos organismos que, no estando afectos a la Ley de Compras Públicas en forma obligatoria y permanente, pueden someterse voluntariamente al sistema, de acuerdo con las leyes de presupuesto del Sector Público entre los años 2007 y 2020¹³⁰. La sujeción obliga al órgano a respetar las reglas que rigen el sistema de contratación pública.
83. De esta forma, pueden adherir o han adherido voluntariamente al Sistema de la Ley N°19.886¹³¹: (i) Los órganos del sector público que no estén regidos por la Ley, concepto más amplio que comprende a todos los organismos enumerados en el artículo 2 de la Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, como la Cámara de Diputados, el Senado¹³² y la Corporación Administrativa del Poder Judicial¹³³; (ii) Las personas jurídicas privadas receptoras de fondos públicos, según lo establecido en la Ley N°19.862, respecto

¹³⁰ Carlos Becerra. «La Adhesión voluntaria del Senado al sistema de información de compras y contrataciones de la Administración y a los convenios marco suscritos por la Dirección de Compras Públicas». *Revista 50 + UNO*, n°4 (2016): 82 y 83.

¹³¹ Así lo señala la Ley N°21.192 de Presupuestos del Sector Público correspondiente al año 2020. Glosa N°02, Partida 08, Capítulo 07, Programa 01. Información complementada por la Dirección ChileCompra.

¹³² Artículo 1 del Reglamento de Contratos del Senado de la República, 18 de octubre de 2007.

¹³³ Dirección ChileCompra, Convenio de Colaboración entre la Corporación Administrativa del Poder Judicial y la Dirección de Compras y Contratación Pública, 20 de junio de 2011, acceso el 22 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

de los fondos que reciban, tales como las Corporaciones Municipales, fundaciones privadas dependientes de la Presidencia, u organizaciones de la sociedad civil financiadas con fondos públicos¹³⁴; (iii) Las organizaciones afectas a la Ley N°20.285, sobre Acceso a la Información Pública, a saber: las empresas públicas por ley y las empresas del Estado y sociedades en que éste tenga participación accionaria superior al 50% o mayoría en el directorio, como Televisión Nacional de Chile, la Empresa Nacional de Minería, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Corporación Nacional del Cobre de Chile o Banco Estado¹³⁵; (iv) Los demás tribunales especiales de la República¹³⁶, tales como el Tribunal de Contratación Pública, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal Constitucional y los tribunales de justicia electoral; y (v) El Ministerio Público¹³⁷.

84. Por último, la Contraloría sistematizó en el Dictamen N°7.561 del 2018 las obligaciones que tienen las entidades sometidas a esta ley en relación con la gestión presupuestaria y el procedimiento de pago: (i) Contar, con anterioridad a la adjudicación del contrato, con la autorización presupuestaria que confiera el financiamiento suficiente¹³⁸; (ii) Establecer un procedimiento de recepción de las compras y otro para el pago oportuno¹³⁹; (iii) Nombrar y delimitar las funciones de los funcionarios responsables de la correcta realización del procedimiento contractual y gestión de pagos¹⁴⁰; (iv) Las bases de licitación deben contener la condición, plazo y modo en que se comprometen los pagos por parte de las entidades¹⁴¹; (v) Publicar en el Sistema de Información la forma y modalidad de pago, y el documento

¹³⁴ Así lo confirma el Dictamen N°33.622 de la Contraloría del 21 de julio de 2008, refiriéndose a la Corporación Nacional Forestal.

¹³⁵ Contraloría General de la República, dictamen N°31.956, 19 de mayo de 2011.

¹³⁶ A modo de ejemplo, véanse: (i) Convenio de Colaboración entre la Dirección y el TDLC, del 1 de junio de 2018, y (ii) Convenio de Colaboración entre la Dirección y el Primer Tribunal Ambiental, del 13 de diciembre de 2017.

¹³⁷ Reglamento de Compra de Bienes Muebles y de Contratación de Servicios del Ministerio Público, aprobado por Resolución FN/MP de 23 de diciembre de 2016.

¹³⁸ Artículo 3 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹³⁹ Artículo 4 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁴⁰ Artículo 12 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁴¹ Artículo 22 numeral 4 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

que verifique la recepción conforme de los bienes y servicios¹⁴²; y (vi) Pagar a los proveedores de bienes y servicios dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la factura o del respectivo instrumento tributario de cobro, sin perjuicio de que existan excepciones legales que establezcan un plazo distinto¹⁴³.

v. Oferentes

85. El Reglamento de Compras define al oferente como el "proveedor que participa en un Proceso de Compras, presentando una oferta o cotización¹⁴⁴". La Ley de Compras Públicas establece en su artículo 4 que podrán contratar con las instituciones de la Administración quienes cumplan tres requisitos copulativos: (i) Ser una persona natural o jurídica, chilena o extranjera; (ii) Acreditar su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el Reglamento; y (iii) Cumplir los demás requisitos exigidos por la normativa de compras públicas y el derecho común.
86. Por otra parte, la misma disposición señala que los órganos afectos a la Ley no podrán contratar con (i) Los funcionarios directivos de la misma institución; (ii) Con personas unidas por vínculos de parentesco cercanos; y (iii) Sociedades en las que haya algún grado de participación o relación¹⁴⁵.
87. La Dirección de Compras y Contratación Pública deberá poner a disposición un registro electrónico oficial de contratistas o proveedores de la Administración¹⁴⁶. Este registro público, también llamado "ChileProveedores", busca identificar a todas las personas naturales y jurídicas, chilenas o extranjeras, que quieran contratar con entidades de la Administración, y verificar la existencia de alguna inhabilidad o incompatibilidad para esto, acreditando debidamente su estado financiero, idoneidad técnica y situación legal. La existencia de esta lista de proveedores permite la reducción de los costos de transacción,

¹⁴² Artículo 57 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁴³ Artículo 79 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁴⁴ Artículo 2 numeral 22 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁴⁵ Artículo 4 inciso sexto de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁴⁶ Artículo 16 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

pues abarca en una sola plataforma todos los antecedentes necesarios¹⁴⁷. El Registro almacena y supervisa toda esta documentación, otorgando los certificados técnicos y financieros que avalen la posibilidad de contratación con el Estado. De acuerdo con la historia de la Ley, este Registro es una manifestación del principio de publicidad y transparencia que debe regir todo proceso de compras públicas¹⁴⁸, por lo que la evaluación de los proveedores debe ser objetiva y fundada.

88. El Reglamento de la Ley de Compras establece que estarán inhabilitados para inscribirse en el Registro de Proveedores quienes se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias¹⁴⁹: (i) Haber sido condenado por cualquiera de los delitos de cohecho contemplados en el Código Penal; (ii) Registrar una o más deudas tributarias por un monto total superior a 500 UTM por más de un año, o superior a 200 UTM e inferior a 500 UTM por un período superior a 2 años, sin que exista un convenio de pago vigente; (iii) Registrar deudas previsionales o de salud por más de 12 meses por sus trabajadores dependientes; (iv) Haber presentado al Registro Nacional de Proveedores de uno o más documentos falsos; (v) Haber sido declarado en quiebra por resolución judicial ejecutoriada; (vi) Haber sido eliminado o encontrarse suspendido del Registro Nacional de Proveedores por resolución fundada de la Dirección de Compras; y (vii) Haber sido condenado por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador. Además, se extrae del artículo 10 de la Ley N°20.393 de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas que no podrán inscribirse en el Registro quienes tengan prohibición perpetua, o temporal si corresponde, de celebrar actos y contratos con el Estado.
89. Además, ChileCompra podrá suspender por un periodo máximo de 2 años a los proveedores inscritos en el Registro en las siguientes situaciones¹⁵⁰: (i) Si el proveedor no ha declarado oportunamente el cambio o modificación de algún antecedente solicitado para la inscripción o para la actualización de su información; y (ii) Si el proveedor es condenado por incumplimiento contractual, derivado de culpa o falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y siempre que la entidad afectada solicite a la Dirección su suspensión.

¹⁴⁷ José Luis Lara. «Funcionamiento del sistema nacional de compras públicas y evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: propuestas de cambio», en *Un Estado para la Ciudadanía*, ed. por Isabel Aninat y Slaven Razmilic (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2018), 723.

¹⁴⁸ «Historia de la Ley N°19.886», Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 8.

¹⁴⁹ Artículo 92 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁵⁰ Artículo 95 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

90. Por otro lado, podrá eliminar a los proveedores presentes en el Registro en las siguientes circunstancias¹⁵¹: (i) Si los antecedentes presentados por el proveedor en su solicitud de inscripción son maliciosamente falsos, han sido enmendados o tergiversados o se presentan de una forma que claramente induce a error para efectos de su evaluación; (ii) Si el Proveedor es condenado en forma reiterada por incumplimiento contractual derivado de culpa o falta de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones y siempre que la entidad afectada solicite su eliminación; y (iii) Cuando concurra de manera sobreviniente alguna de las causales de inhabilidad mencionadas anteriormente.
91. De esta manera, los participantes a quienes no les afecte alguna prohibición o inhabilidad están en condiciones de presentar ofertas al órgano licitador, debiendo satisfacer además todas las exigencias y requerimientos señalados en las respectivas bases de licitación. La Dirección fijará las tarifas que pagarán los contratistas para su respectiva inscripción y permanencia, debiendo impedir que con esto se impida el libre e igualitario acceso al Registro¹⁵².
92. Las entidades públicas sujetas a la Ley N°19.886 deberán agregar en cada una de las bases de licitación o términos de referencia, una cláusula exigiendo a los proveedores su debida inscripción en el Registro, para poder llegar a un acuerdo contractual. En el caso de que los oferentes no estén inscritos, se les debe conferir un plazo de 15 días para hacerlo, contado desde que se le comunica la adjudicación o emite la orden de compra respectiva¹⁵³.
93. De todas formas, los organismos licitadores podrán contar con registros especiales de proveedores o contratistas en caso de que se requiera, debiendo siempre ser públicos y regulados por decreto supremo expedido por el Ministerio respectivo. No obstante, las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad Pública podrán administrar registros reservados, respecto de los bienes y servicios del artículo 3 de la Ley¹⁵⁴.

Unión Temporal de Proveedores

¹⁵¹ Artículo 96 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁵² Artículo 16 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁵³ Resolución Exenta N°340 B de ChileCompra que modifica políticas y condiciones de uso para el sistema de información www.chilecompra.cl, 9 de abril de 2007.

¹⁵⁴ Artículo 16 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

94. El Reglamento define a la Unión Temporal de Proveedores (“UTP”) como una “asociación de personas naturales y/o jurídicas, para la presentación de una oferta en caso de licitaciones, o para la suscripción de un contrato, en caso de un trato directo¹⁵⁵”. De la definición se extrae que quienes conforman una Unión conservan su individualidad y autonomía, no siendo necesario que se constituya un nuevo sujeto de derecho.
95. Esta figura fue incluida en la normativa de compras públicas con la finalidad de “facilitar la inclusión de empresas de menor tamaño al Sistema de Compras Públicas; e incrementar la participación del Estado en la compra de bienes y servicios en aquellos territorios rezagados que enfrentan situaciones de pobreza, alto desempleo, requerimientos de infraestructura y servicios públicos, y déficit de conectividad y capacidades productivas¹⁵⁶”. Al unir esfuerzos, las personas naturales o empresas de menor tamaño podrán eventualmente presentar ofertas más competitivas que frente a una actuación individual, al participar en una mayor igualdad de condiciones con empresas de mayor tamaño o incumbentes¹⁵⁷. En todo caso, una Unión Temporal de Proveedores debe ser evaluada en igualdad de condiciones en relación con las demás personas jurídicas o naturales que oferten en un proceso de compras públicas.
96. Las UTP deben constituirse por escrito, mediante documento público o privado. Si la adquisición es mayor o igual a 1.000 Unidades Tributarias Mensuales, la formalización debe realizarse mediante escritura pública. Para su conformación, se deberá establecer, al menos, la solidaridad entre los participantes con respecto de todas las obligaciones que se puedan generar con el organismo licitante, y el nombramiento de un representante o apoderado común con poderes suficientes. Si la institución de la Administración exige la inscripción en el Registro de Proveedores para la suscripción del contrato, cada proveedor deberá hacerlo en forma individual. Por otro lado, las causales de inhabilidad para la presentación de ofertas o suscripción del contrato afectan a los integrantes de la UTP en

¹⁵⁵ Artículo 2 numeral 37 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁵⁶ Decreto N°1.410 del Ministerio de Hacienda que modifica el Decreto Supremo N°250, de 2004, que aprueba Reglamento de la Ley N°19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, publicado el año 2015.

¹⁵⁷ Directiva N°22: «Orientaciones sobre la participación de las Uniones Temporales de Proveedores en los procesos de Compra», del 1 de diciembre de 2015, de la Dirección ChileCompra, 3 y 4.

forma individual. Finalmente, la vigencia de esta asociación no puede ser inferior a la del contrato adjudicado¹⁵⁸.

vi. Tribunal de Contratación Pública

97. El Tribunal de Contratación Pública (“TCP”) es un órgano jurisdiccional especial, sometido a la superintendencia directiva, económica y correccional de la Corte Suprema. Está reglamentado en el Capítulo V de la Ley de Compras Públicas, y en un Auto Acordado dictado por el máximo tribunal, que regula su funcionamiento interno¹⁵⁹.
98. Es un tribunal colegiado y letrado, integrado por tres abogados designados por el Presidente de la República, y tres suplentes, elegidos a partir de propuestas en terna confeccionadas por la Corte Suprema. Estas ternas están formadas a su vez a partir de una lista hecha por la Corte de Apelaciones de Santiago, a través de un concurso público, donde quienes participen deben: (i) Ser abogados de nacionalidad chilena; (ii) Haberse destacado en la actividad profesional o universitaria; y (iii) Acreditar experiencia en la materia y tener no menos de diez años de ejercicio profesional, o haber pertenecido al Escalafón Primario del Poder Judicial, debiendo figurar durante los últimos cinco años en Lista Sobresaliente. Los integrantes permanecen en sus cargos por cinco años, pudiendo ser nuevamente designados en la forma antes descrita. Además, los miembros del tribunal deberán elegir a un presidente por un periodo de dos años, con posibilidad de reelección¹⁶⁰.
99. El Tribunal tiene su asiento en la ciudad de Santiago, y su sede es proporcionada por la Dirección de Compras y Contratación Pública. Este recinto “deberá poseer las dependencias y condiciones necesarias para permitir el expedito y cómodo funcionamiento del Tribunal, de su Secretaría y Archivo y asegurar su independencia institucional¹⁶¹”. Adicionalmente, la Dirección proporciona el apoyo técnico y los recursos humanos y materiales necesarios para un adecuado ejercicio de la función jurisdiccional.
100. El órgano jurisdiccional falla conforme a derecho. Es competente para conocer de las impugnaciones contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos durante la fase precontractual de un proceso de contratación con los organismos sujetos a esta Ley. Será

¹⁵⁸ Artículo 67 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁵⁹ Auto Acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública. Texto refundido. Corte Suprema. Acta 165-2018, del 5 de octubre de 2018.

¹⁶⁰ Artículo 22 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁶¹ Artículo 1 del Auto Acordado sobre Funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública.

procedente la impugnación contra actos u omisiones que hayan tenido lugar entre la aprobación de las bases de licitación y su adjudicación¹⁶². Así, el Tribunal no conoce de controversias contractuales¹⁶³. Adicionalmente, el Tribunal es competente para conocer sobre reclamaciones contra la Dirección de Compras y Contratación Pública de aprobar o rechazar la inscripción de un proveedor en el Registro¹⁶⁴.

101. La demanda para ejercer la acción de impugnación puede ser interpuesta por toda persona natural o jurídica con un interés comprometido en el proceso de contratación, dentro del plazo fatal de diez días hábiles, contado desde el momento en que se haya tomado conocimiento de la acción u omisión impugnados, o desde su publicación. La demanda debe mencionar los hechos que constituyen el acto u omisión que se quiere impugnar, los fundamentos de derecho, y las peticiones concretas.
102. Acogida la tramitación de la acción, el Tribunal oficiará al órgano público para que en el plazo de diez días informe sobre la materia objeto de impugnación. Durante el transcurso del juicio, el Tribunal podrá decretar, por resolución fundada, la suspensión del procedimiento administrativo de licitación pública o privada en que recae la impugnación.
103. Recibido el informe o transcurrido el plazo, el órgano examinará los autos y recibirá la causa a prueba si lo estima pertinente. En caso de haber hechos sustanciales controvertidos, cabrá un término probatorio común de diez días. Vencido el periodo, se citará a las partes a oír sentencia. La sentencia definitiva deberá dictarse en el plazo de diez días, contado desde la fecha de la resolución que cita a oír sentencia¹⁶⁵.
104. En la sentencia definitiva, el Tribunal de Contratación Pública deberá pronunciarse acerca de si el acto u omisión impugnado tuvo el carácter de ilegal o arbitrario, y ordenará, de ser necesario, las medidas necesarias para reestablecer el imperio del derecho. Entre otras medidas, se podrán adoptar las siguientes: (i) Declarar la nulidad de los actos ilegales; (ii) Retrotraer la licitación al estado en que ésta se encontraba al momento de cometerse la ilegalidad; y (iii) Reconocer el derecho a indemnización cuando no se puede anular el acto

¹⁶² Artículo 24 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁶³ Contraloría General de la República, dictamen N°18.740, 15 de abril de 2004.

¹⁶⁴ Artículo 16 inciso sexto de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁶⁵ Artículo 25 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

ilegal¹⁶⁶. La parte agraviada podrá deducir un recurso de reclamación, que será conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago. En su contra no procederá recurso alguno¹⁶⁷.

vii. Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

105. De acuerdo con el artículo 3 del Decreto Ley N°211, el sujeto activo de una infracción anticompetitiva puede ser cualquier persona natural o jurídica, de derecho público o privado¹⁶⁸. De esta forma, las instituciones del Estado están sujetas al derecho de la competencia “en cuanto éstas concurren al mercado¹⁶⁹”, es decir, “si sus actuaciones como oferente o demandante de bienes y servicios inciden o no en el resultado que debiera prevalecer en un mercado competitivo¹⁷⁰”. Así, todo organismo público debe llevar a cabo su participación en los mercados con la debida observancia a estas normas¹⁷¹.
106. El TDLC ha conocido y dictado distintos pronunciamientos en materia de compras públicas en virtud de sus atribuciones establecidas en el artículo 18 del DL N°211, resolviendo tanto asuntos contenciosos como no contenciosos, y dictando instrucciones de carácter general. Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica se ha pronunciado en esta materia mediante resoluciones, minutas de archivo y de inadmisibilidad dictadas en el marco de investigaciones por eventuales infracciones anticompetitivas, según el artículo 39 letra a) del mismo texto. Adicionalmente, ha emitido guías y compendios sobre compras públicas en el cumplimiento del mandato legal de promoción de la competencia. Para un análisis más desarrollado sobre estas materias véase el Anexo A del presente Informe.

viii. Ministerio Público

107. El Ministerio Público interviene en los procesos de compra de los organismos públicos en aquellos casos en que deba ejercer la acción penal pública para los delitos que no estén sometidos a una regulación especial. En este sentido, el Código Penal no contempla un

¹⁶⁶ «Facultades del Tribunal», Tribunal de Contratación Pública, acceso el 2 de agosto de 2020, disponible [aquí](#).

¹⁶⁷ Artículo 26 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

¹⁶⁸ Sentencia TDLC N°100/2010, consideración 7°.

¹⁶⁹ Sentencia CS, Rol N°6100/2010, que acoge reclamación en contra de la sentencia TDLC N°100/2010.

¹⁷⁰ Sentencia TDLC N°77/2008, consideración 10°.

¹⁷¹ Sentencia TDLC N°77/2008, consideración 4°. En ese sentido, la Instrucción de Carácter General N°3/2013 del TDLC, de fecha 21 de marzo de 2013, Rol NC N°409-12, estableció que los organismos deben respetar la normativa de libre competencia durante todo el proceso licitatorio, debiendo establecer las condiciones que permitan asegurar la mayor cantidad de oferentes posibles.

apartado que agrupe sistemáticamente todos los delitos que atentan contra la función pública¹⁷². Sin embargo, es posible encontrar en nuestro ordenamiento jurídico una serie de delitos que pueden ser cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus funciones. Estos pueden ser clasificados en: (i) Aquellos que afectan la probidad administrativa; (ii) Los que afectan la confianza pública depositada en los funcionarios; (iii) Los que afectan el buen funcionamiento de la Administración; (iv) Los que afectan la recta administración de justicia; y (v) Aquellos agravios inferidos a los derechos garantizados en la Constitución¹⁷³.

108. Cabe destacar aquellos delitos que atentan a la probidad administrativa, como aquel contemplado en el artículo 239 del Código Penal, que establece el delito de fraude al Fisco propiamente tal, siendo una forma de estafa en que el empleado público interviniendo por razón de su cargo produce un daño al Estado o a los órganos de este, mediante la realización de un engaño o el incumplimiento de sus deberes. Adicionalmente, el artículo 240 del mismo cuerpo legal consagra el delito por negociaciones incompatibles. En esta figura delictiva, el funcionario público utiliza el cargo en beneficio y provecho personal, o de personas ligadas a él, para beneficiarse o favorecer a estos con negocios en que debe intervenir en su carácter de empleado público.

ix. Tribunales Ordinarios

109. Los tribunales ordinarios cumplen la función de jurisdicción subsidiaria en el caso de las reclamaciones originadas durante el proceso licitatorio¹⁷⁴. En este sentido, se ha señalado que “se entiende que los mismos actúan como instancia para reclamar todos los asuntos sobre indemnizaciones y demás aspectos no contenidos en la Ley de Compras Públicas, siendo de su competencia por tanto, todos los asuntos relativos a la ejecución, interpretación o cumplimiento del contrato, teniendo en síntesis competencia de todos los asuntos relacionados a licitaciones y compras públicas en todos los casos en que no tenga competencia el Tribunal de Contratación Pública¹⁷⁵”.

x. Contraloría General de la República

¹⁷² Luis Rodríguez Collao y María Magdalena Ossandón Widow, *Delitos contra la función pública* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 93.

¹⁷³ Ministerio Secretaría General de la Presidencia, «Conceptos Generales Sobre Delitos Funcionarios» (2016), acceso el 20 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

¹⁷⁴ Lara, «Funcionamiento del sistema nacional de compras públicas y evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: propuestas de cambio», 724.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, citando a la Contraloría General de la República, dictamen N°81.790, 30 de diciembre de 2011.

110. La CGR es un organismo autónomo encargado, entre otras atribuciones, del control de la legalidad de los actos de la Administración, así como de la fiscalización del ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y demás organismos públicos que determinen las leyes¹⁷⁶. En el cumplimiento de ese deber constitucional, el órgano contralor ejerce diversas funciones. En primer lugar, y mediante el trámite de toma de razón, los controles de reemplazo y la realización de auditorías, este órgano controla la legalidad de la adquisición pública de bienes y servicios. En segundo lugar, mediante la emisión de dictámenes, ha cumplido un rol central en desarrollar y dar contenido y sustancia a principios e instituciones ligadas a la contratación pública.
111. Cabe igualmente destacar los esfuerzos realizados por fomentar la probidad en el marco de las compras públicas, materializados en un instructivo del año 2018 a este respecto. En este sentido, con el objeto de fomentar la probidad en las compras públicas, la CGR emitió un pronunciamiento general respecto del cumplimiento del principio de probidad en materia de contratación pública. En este indica todas las disposiciones contenidas en la Ley de Compras, su respectivo Reglamento y otros cuerpos normativos, que, refiriéndose o no expresamente a la probidad administrativa en materia de compras públicas, tienden a resguardar tal principio¹⁷⁷. Las disposiciones que hacen referencia tanto directa como indirecta al principio de probidad pública son ordenadas por el órgano contralor según su materia. Las materias mencionadas corresponden a las obligaciones previas que tienen los organismos al realizar una contratación, las obligaciones relacionadas con la elaboración de las bases, que corresponden a la prohibición de establecer diferencias arbitrarias, las exigencias que deben cumplir los participantes de los procesos convocados por las entidades públicas, obligaciones relacionadas con la evaluación de las ofertas, obligaciones relacionadas a la suscripción del contrato y a la gestión de contratos, y aquellas relacionadas con el acceso ciudadano a la información administrativa.
112. En la sección siguiente explicaremos resumidamente las distintas funciones de control de los procesos de compra que cumple la CGR¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Artículo 98 de la Constitución Política de la República.

¹⁷⁷ Contraloría General de la República, «Instrucciones Sobre el Cumplimiento del Principio de Probidad en Materia de Contratación Pública de Suministro de Bienes Muebles y Prestación de Servicios», 22 de enero de 2018.

¹⁷⁸ Claudio Moraga Klenner. «La Contraloría General de la República y la contratación administrativa», *Revista de Derecho Público* n°78 (2013). Disponible [aquí](#).

B. Monitoreo y control de los procesos de compra

113. En el monitoreo y control de los procesos de compra, se pueden distinguir distintos organismos que intervienen interna o externamente. En los párrafos siguientes pasaremos a explicar someramente el rol que tienen las auditorías internas de los servicios públicos y el CAIGG en el control interno, y luego describiremos el control externo, especialmente aquel ejercido por la CGR.
114. Es relevante destacar antes de explicar el monitoreo interno y externo, que los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones están sujetos a responsabilidad civil, penal y administrativa. Si bien todas provienen de una misma conducta, la manera en que se persiguen y las acciones en cada caso son distintas¹⁷⁹.

i. Control interno

115. El control interno es definido como aquel que “realizan los órganos de la propia Administración activa y de la misma rama de donde proviene el acto examinado. En otros términos, es la propia Administración quien investiga, comprueba y, en su caso determina el resultado de la legalidad y la eficacia con que actúan sus propios organismos. Es decir, el control interno es aquel control efectuado por un órgano que forma parte de la Administración controlada¹⁸⁰”.
116. El control interno del sistema de compras lo lleva a cabo cada servicio a través de las Unidades de Auditoría Interna¹⁸¹. Estas auditorías internas son lideradas, como ya explicamos anteriormente, por el CAIGG. De acuerdo con el artículo 61 de la Ley de Bases de la Administración del Estado, las reparticiones encargadas del control interno en los organismos de la Administración tendrán la obligación de velar por la observancia de las normas establecidas en la ley, sin perjuicio de las atribuciones de la CGR, lo que significa que este organismo mantiene sus facultades para efectuar sus propias auditorías.
117. La auditoría interna en el sector público es definida como “una actividad independiente y objetiva de aseguramiento y consultoría, concebida para agregar valor y mejorar las operaciones de la organización gubernamental. Contribuye a cumplir con sus objetivos, aportando un enfoque sistemático y disciplinado para evaluar y mejorar la eficacia de los

¹⁷⁹ Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y comparado. El Servicio Público* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), 76.

¹⁸⁰ Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 542.

¹⁸¹ Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 152.

procesos de control interno, gestión de riesgos y gobernanza¹⁸². Este control debe reportarse al Presidente de la República en su calidad de jefe de la Administración, de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución Política de la República¹⁸³.

118. En el Documento Técnico N°69 del 2016¹⁸⁴, el CAIGG entrega directrices sobre aseguramiento al proceso de compras públicas a los auditores internos para un aseguramiento selectivo en el proceso de adquisición de bienes y servicios. En este se establecen los distintos riesgos asociados al cumplimiento de la probidad administrativa y la transparencia en los procesos de compra de las organizaciones gubernamentales. Así, “a través de las matrices de riesgo definidas por cada servicio público se puede evidenciar a qué procesos hay que prestar mayor atención, y para ellos se realizan planes de acción que permiten mitigar los riesgos. Esta matriz de riesgo es auditada por los Auditores Internos, quienes realizan un informe que el Jefe de Servicio envía al CAIGG¹⁸⁵”.

ii. Control externo

119. Respecto al control externo, es posible distinguir el rol que cumple la CGR que, encargada de velar por la legalidad de los actos, interviene mediante un control *ex ante* y *ex post* en los procesos de compra de las entidades públicas, a través de la toma de razón, controles de reemplazo, auditorías y dictámenes.
120. Adicionalmente, ChileCompra a través de su Observatorio “realiza un constante monitoreo de las compras públicas, ChileCompra deja a disposición de toda la ciudadanía un canal de denuncias, a través del cual se puede informar respecto a una situación que a su juicio atente contra la probidad, transparencia o integridad de uno o más procesos de contratación realizados por los organismos públicos¹⁸⁶”. Cabe destacar que el Observatorio es un actor informal en el sistema ya que carece de fundamento legal, por lo que las acciones que realiza son informativas, de apoyo y de gestión.

¹⁸² Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, «Documento Técnico N°101 Versión 0.1, Estructura y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna de Gobierno y Coordinación con el CAIGG» (2018), acceso el 22 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

¹⁸³ De la Cruz y Garcés. «Orientaciones para un control interno fuerte y eficiente y una coordinación efectiva con la Contraloría General de la República», 682.

¹⁸⁴ Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, «Documento Técnico N°69 Versión 0.2, Aseguramiento al proceso de compras públicas» (2016), acceso el 22 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

¹⁸⁵ Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 154.

¹⁸⁶ «Conoce el Observatorio, canal de denuncia», Dirección ChileCompra, acceso el 21 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

a. Toma de razón

121. Se ha señalado que la toma de razón constituiría una especie de “remedio preventivo”¹⁸⁷. La toma de razón ha sido definida por la doctrina, a falta de definición normativa, como el trámite de control preventivo, que se inserta dentro de un procedimiento administrativo una vez dictado el acto administrativo. A través de ella, la CGR examina la juridicidad de la actuación administrativa, lo que puede tener como resultado la *representación* del decreto por su ilegalidad o inconstitucionalidad. La representación consiste entonces en la verificación por parte de la Contraloría de la falta de conformidad de un decreto o resolución con el principio de juridicidad¹⁸⁸. Mediante este trámite se materializa la función de control de la legalidad de los actos de la Administración. La toma de razón se traduce en un juicio lógico entre norma y acto, y en la verificación que las circunstancias que se invocan como fundamento de la medida adoptada estén correctamente justificadas^{189,190}.
122. En lo que atañe a la contratación administrativa, una parte de ella está sujeta a la toma de razón, y por tanto a un control preventivo de juridicidad: las bases de licitación y circulares aclaratorias, los actos de adjudicación, el texto de los contratos, los actos de aprobación de contratos, los convenios modificatorios de los contratos ya celebrados y los actos que

¹⁸⁷ Enrique Díaz Bravo, «La Contraloría General de la República de Chile como foro de tutela de la contratación pública. Observatorio de los contratos públicos», en *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, ed. por José María Gimeno (Pamplona: Aranzadi, 2017), 600.

¹⁸⁸ *Ibíd.* 607.

¹⁸⁹ Luis Cordero Vega, «La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias», *Revista de Derecho Público* 69 (2016), 153-166.

¹⁹⁰ Este trámite se encuentra regulado a nivel constitucional y legal. Por una parte, el artículo 99 de la Constitución Política de la República establece que el Contralor General, en el ejercicio de la función de control de legalidad, tomará razón de los decretos y resoluciones que deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer. Por otra parte, una serie de disposiciones de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República aluden a este trámite. Así, el artículo 1 inciso primero indica como uno de los objetos de este organismo el pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General. En el mismo sentido, el artículo 10 inciso primero indica que el Contralor General tomará razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría, así como representará la inconstitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer. El artículo 154 establece que la Contraloría velará porque se dé estricto cumplimiento a las disposiciones que prohíben la comunicación de los decretos supremos y resoluciones antes de que de ellos haya tomado razón el Contralor.

aprueban esas modificaciones contractuales¹⁹¹. Para llevar a cabo este control se analizan y abarcan integralmente los textos contractuales y actos administrativos¹⁹².

123. Sin embargo, la CGR, mediante las resoluciones N°1.600 del año 2008, en vigencia hasta marzo del 2019 y posteriormente las resoluciones N°7 y 8, en vigencia desde esa fecha, fuerza lo que Moraga denomina una “estandarización contractual”, que tiene como objetivo mejorar la eficiencia en el control. Así, estas resoluciones establecen cuáles de entre los actos mencionados serán sometidos al control de juridicidad preventivo por vía del trámite de toma de razón según o bien la naturaleza de la contratación o bien los montos involucrados en esta, como se expondrá a continuación¹⁹³.

Resolución N°1.600 de la Contraloría General de la República del año 2008

124. La Resolución N°1.600 de 2008 de la CGR determina, respecto a la contratación administrativa, que: (i) Para determinar si un convenio con cuantía indeterminada debe pasar por toma de razón, se debe estar al gasto estimado por el Servicio conforme a parámetros objetivos cuyos antecedentes deben estar a disposición de la CGR¹⁹⁴; (ii) Los decretos y resoluciones afectos a toma de razón deben remitirse conjuntamente con los antecedentes que les sirven de fundamento, excepto aquellos accesibles electrónicamente a través de sistemas institucionales¹⁹⁵; y (iii) Los actos administrativos que aprueban convenios o contratos a honorarios con personas naturales deberán transcribirlos en el cuerpo del decreto o resolución, y los actos que aprueben bases administrativas también deberán contenerlas íntegramente en el cuerpo del decreto o resolución¹⁹⁶.
125. En primer lugar, en materia de contratación de bienes, esta resolución establece que será aplicable el trámite de toma de razón, en lo que respecta a compras públicas a: (i) Los contratos para la adquisición de bienes inmuebles y para la adquisición o suministro de bienes muebles, de créditos, instrumentos financieros y valores mobiliarios, por trato directo o licitación privada por un monto superior a 2.500 UTM; (ii) Los contratos para la adquisición de bienes inmuebles y para la adquisición o suministro de bienes muebles, de créditos, instrumentos financieros y valores mobiliarios, por licitación pública por un monto superior

¹⁹¹ Artículo 10 de la Resolución N°7 de la Contraloría General de la República del año 2019.

¹⁹² Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 236-237.

¹⁹³ *Ibíd.*

¹⁹⁴ Artículo 5 de la Resolución N°1.600 de la Contraloría General de la República del año 2008.

¹⁹⁵ Artículo 6.1 de la Resolución N°1.600 de la Contraloría General de la República del año 2008.

¹⁹⁶ Artículos 6.2 y 3 de la Resolución N°1.600 de la Contraloría General de la República del año 2008.

a 5.000 UTM; (iii) Los contratos para adquisición de acciones u otros títulos de participación en sociedades; (iv) La aceptación de donaciones modales que excedan de 5.000 UTM; (v) Los contratos para la enajenación de inmuebles por trato directo o licitación privada cuyo monto exceda de 2.500 UTM; (vi) Los contratos para la enajenación de inmuebles por licitación pública cuyo monto exceda de 5.000 UTM; (vii) Los contratos para la transferencia gratuita de inmuebles cuyo avalúo fiscal exceda de 2.000 UTM; (viii) Los contratos para la enajenación por trato directo o licitación privada de créditos, instrumentos financieros, valores mobiliarios, acciones u otros títulos de participación en sociedades, por un monto superior a 2.500 UTM; y (ix) Los contratos para la enajenación por licitación pública de créditos, instrumentos financieros, valores mobiliarios, acciones u otros títulos de participación en sociedades, por un monto superior a 5.000 UTM¹⁹⁷.

126. Por otra parte, en materia de contratación de servicios, la toma de razón será aplicable a (i) Los convenios de prestación de servicios entre entidades públicas, cuyo monto total exceda de 5.000 UTM; (ii) Los convenios para la ejecución de acciones relacionadas con los fines del Servicio, de acciones de apoyo, y otros de prestación de servicios celebrados por trato directo o licitación privada, cuando su monto total exceda de 2.500 UTM; y (iii) Los convenios para la ejecución de acciones relacionadas con los fines del Servicio, de acciones de apoyo, y otros de prestación de servicios celebrados por licitación pública, cuando su monto total exceda de 5.000 UTM¹⁹⁸.
127. En relación con la aprobación de bases de licitación, la toma de razón se podrá aplicar a la aprobación de bases administrativas, y cualquier acto que las modifique (v.gr.: circulares aclaratorias), siempre que se refieran a contratos afectos a este trámite¹⁹⁹.
128. Finalmente será igualmente aplicable a las resoluciones aprobatorias de los convenios marco suscritos por la Dirección de Compras y Contratación Pública. Sin embargo, cuando el texto del contrato se contenga en bases administrativas tomadas razón o ajustadas a un formato tipo previamente aprobado por la CGR, el acto de adjudicación estará afecto a toma de razón y la aprobación del contrato estará exenta²⁰⁰.

Resoluciones N°7 y 8 de la Contraloría General de la República de 2019

¹⁹⁷ Párrafo 1 del Título III de la Resolución N°1.600 de 2008 de la Contraloría General de la República.

¹⁹⁸ Párrafo 2 del Título III de la Resolución N°1.600 de 2008 de la Contraloría General de la República.

¹⁹⁹ Párrafo 5 del Título III de la Resolución N°1.600 de 2008 de la Contraloría General de la República.

²⁰⁰ Párrafo 6 del Título III de la Resolución N°1.600 de 2008 de la Contraloría General de la República.

129. A partir de marzo de 2019, comenzaron a regir las resoluciones N°7 y 8 de la CGR que reemplazaron lo dispuesto por la Resolución N°1.600 de 2008.
130. En primer lugar, la Resolución N°7 busca hacer más selectivo el control de la toma de razón, para lo que aumenta las exenciones de este mecanismo de control. Así, si un acto trata materias afectas y exentas de este control preventivo, la toma de razón no implica necesariamente un pronunciamiento sobre las materias exentas²⁰¹. En lo que respecta a contratación pública, esta resolución contiene una serie de disposiciones referidas a la determinación de montos afectos, el valor de la UTM, los actos de cuantía indeterminada, convenios entre entidades públicas y antecedentes y tramitación electrónica.
131. En segundo lugar, respecto a la determinación de montos afectos, el Contralor dictará a más tardar en noviembre del año anterior, una resolución para determinar los montos a partir de los cuales los actos quedarán sujetos a toma de razón. Esa decisión tiene una vigencia mínima de 2 años. Esa misma resolución u otra determinarán los actos que se sujetan a controles de reemplazo. Sin perjuicio de ello, el Contralor puede fijar temporalmente nuevas materias afectas y otras que serán exentas, sea respecto de determinados actos de un órgano en particular o respecto de todos los actos de una materia específica emitidos por diferentes entidades. Esta disposición se materializó en la Resolución N°8 de 2019 de la misma institución²⁰².
132. En lo que respecta a actos de cuantía indeterminada, se estará al gasto estimado que haga el órgano público, según parámetros objetivos que deben estar a disposición de la Contraloría²⁰³.
133. Finalmente, tratándose de antecedentes y tramitación electrónica, esta resolución establece que los antecedentes deben remitirse junto con el acto afecto. Además, si éste aprueba un documento, debe contener su texto en forma íntegra. Finalmente, para tramitación electrónica con la Contraloría, hay que estar a lo que ella disponga²⁰⁴.
134. Por otra parte, la Resolución N°8 de la CGR, que rige hasta el 31 de diciembre de 2020, determina los montos en UTM a partir de los cuales los actos individualizados en la Resolución previamente descrita quedarán sujetos a toma de razón y controles de

²⁰¹ Dirección ChileCompra, «Minuta Jurídica sobre Resoluciones N°7 y 8, de 2019, de la Contraloría General de la República, sobre el trámite de toma de razón», acceso el 22 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

²⁰² Artículo 4 de la Resolución N°7 de la Contraloría General de la República del año 2019.

²⁰³ Artículo 5 de la Resolución N°7 de la Contraloría General de la República del año 2019.

²⁰⁴ Artículos 8 y 9 de la Resolución N°7 de la Contraloría General de la República del año 2019.

reemplazo. Esta resolución extiende el control mediante toma de razón a la modificación de actos tomados razón y de actos exentos cuando, por consecuencia de esta modificación, se llegue a montos afectos. En concordancia con la Resolución N°7, esta resolución establece que quedarán afectos los actos de aprobación de contratos por trato directo o licitación privada, la aprobación de contratos por licitación pública y la aprobación de bases administrativas, la aprobación de adjudicaciones, la aprobación de contratos tipo y la aprobación de selección de proveedores en una Gran Compra.

135. En primer lugar, respecto a los actos de aprobación de contratos por trato directo o licitación privada, estos quedarán afectos al trámite de toma de razón, tratándose de aprobación de contratos cuya competencia sea del nivel central de la Contraloría General o para las Contralorías Regionales Metropolitanas, cuando el monto supere las 10.000 UTM. En caso de la aprobación de contratos cuya competencia sea para la Contraloría Regional de Valparaíso o del Biobío, quedará afecta cuando el monto supere las 8.000 UTM. Finalmente, tratándose de la aprobación de contratos, cuya competencia sea para otras Contralorías regiones distintas a las indicadas, cuando el monto supere las 5.000 UTM. Sin embargo, si el contrato se ajusta a un formato contenido en un acto tomado razón previamente, estará exento²⁰⁵.
136. En segundo lugar, tratándose de la aprobación de contratos por licitación pública, cuando la competencia sea para el nivel central de la Contraloría General o para las Contralorías Regionales Metropolitanas, quedará afecta al trámite de toma de razón cuando el monto supere las 15.000 UTM. En el caso de aprobación de contratos, cuya competencia sea para la Contraloría Regional de Valparaíso o del Biobío, cuando el monto supere las 10.000 UTM. Finalmente, tratándose de la aprobación de contratos, cuya competencia sea para otras Contralorías regiones distintas a las indicadas, cuando el monto supere las 8.000 UTM. No obstante, si el contrato se ajusta a un formato contenido en un acto tomado razón previamente, estará exento²⁰⁶.
137. En tercer lugar, respecto de la aprobación de bases administrativas y de bases tipo, estarán afectas siempre que se refieran a contratos o adjudicaciones afectos a toma de razón. Sin embargo, estarán exentos los actos que apliquen bases tipo tomadas razón en las siguientes hipótesis: (i) En el caso de la aprobación de adjudicación, cuando el texto del contrato ha sido aprobado usando un formato contenido en actos tomados razón previamente (contrato exento)²⁰⁷; (ii) Respecto de la aprobación de contratos tipo, siempre

²⁰⁵ Artículo 2 numerales 1 a 3 de la Resolución N°8 de la Contraloría General de la República del año 2019.

²⁰⁶ Artículo 2 numerales 4 a 6 de la Resolución N°8 de la Contraloría General de la República del año 2019.

²⁰⁷ Artículo 12.13 de la Resolución N°7 de la Contraloría General de la República del año 2019.

que se refieran a contrataciones afectas a toma de razón²⁰⁸; y (iii) En lo que atañe a la aprobación de selección de proveedores en una Gran Compra, aquellos incorporados en un convenio marco suscrito por ChileCompra (Grandes Compras), cuando el monto supere las 25.000 UTM. Así, a diferencia de la Resolución N°1.600, quedarán afectas las selecciones de grandes compras superiores a 25.000 UTM²⁰⁹.

b. Controles de reemplazo

138. En caso de quedar exentos del trámite de toma de razón los contratos y convenios, esto no implica necesariamente que queden exentos del control de juridicidad que realiza la Contraloría. En este sentido, estos actos aún pueden ser controlados por la CGR, pero no de manera sistemática y general. Los controles de reemplazo constituyen una especie de remedio restitutivo²¹⁰ y consisten en la exigencia al servicio público por parte de la CGR de tener a disposición de ésta los originales de los actos o resoluciones exentos para su posterior examen²¹¹. Estos se encuentran regulados en el artículo 22 de la Resolución N°7 del año 2019, la circular N°7.251 del año 2008, el oficio circular N°15.700 de marzo del 2012, y la Resolución N°18 del año 2017, todos de la CGR.
139. La primera resolución establece como controles de reemplazo: (i) Disponer que los servicios remitan una nómina que individualice todos los actos dictados sobre una materia exenta de toma de razón; (ii) Revisión selectiva de actos exentos, a través de un control de juridicidad posterior; (iii) Verificación selectiva de los montos involucrados en actos exentos relacionados con contrataciones, transferencias y otros; (iv) Archivo electrónico de actos exentos, respecto de los cuales se disponga que deban estar disponibles para su ulterior examen por esta Entidad de Control; (v) Disponer el acceso a los sistemas, vía interoperabilidad o cualquier otra vía que se determine, a fin de obtener la información que se requiera de los decretos y resoluciones exentos que deberán quedar disponibles para su ulterior examen; (vi) Visitas inspectivas²¹².
140. Por su parte, la segunda resolución instruye a las municipalidades a mantener en sus dependencias una carpeta que contenga documentación para cada contrato celebrado, y la forma en que deben mantenerla, y así permitir su revisión por parte de personal de la

²⁰⁸ Artículo 12.14 de la Resolución N°7 de la Contraloría General de la República del año 2019.

²⁰⁹ Artículo 2 numeral séptimo de la Resolución N°8 de la Contraloría General de la República del año 2019.

²¹⁰ Díaz Bravo, «La Contraloría General de la República de Chile como foro de tutela de la contratación pública. Observatorio de los contratos públicos», 608.

²¹¹ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 241.

²¹² Artículo 22 de la Resolución N°7 de la Contraloría General de la República del año 2019.

CGR, entre los que se cuentan (i) Antecedentes de precios al llamado a licitación; (ii) Antecedentes de la apertura de propuestas; (iii) Antecedentes de la adjudicación; (iv) Antecedentes del desarrollo de la obra; (v) Antecedentes financieros; y (vi) Antecedentes de la terminación de la obra²¹³.

c. Auditorías

141. Otro instrumento de control restitutivo con que cuenta la CGR consiste en el proceso de auditoría que puede desarrollar dentro de los distintos servicios públicos y organismos de la Administración sujetos a su fiscalización. Estas corresponden a procesos de análisis, crítico, metodológico, sistemático y de examen de todas o algunas de las actuaciones, operaciones, sistemas o programas ejecutados por el auditado, iniciado de oficio o a petición de terceros²¹⁴.
142. El artículo 21 A de la Ley de Organización y Atribuciones de la CGR establece que la CGR efectuará auditorías para velar por el cumplimiento de las normas jurídicas, el resguardo del patrimonio público y la probidad administrativa²¹⁵.
143. En lo que respecta a la contratación pública, esta potestad consistirá, en la práctica, en la fiscalización de la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, en particular aquellas referidas a la ejecución presupuestaria de los recursos públicos, en el examen de las operaciones efectuadas y la exactitud de los estados financieros, en la verificación del cumplimiento de las normas estatutarias aplicables a los funcionarios públicos y la formulación de las proposiciones que sean adecuadas para subsanar vacíos detectados²¹⁶. Esta potestad se ve limitada por la prohibición de evaluar los aspectos de mérito o conveniencia de las decisiones políticas o administrativas, que busca evitar la intromisión de la CGR en las competencias propias de la Administración²¹⁷.
144. Las normas que rigen la modalidad de las auditorías anteriormente descritas, según lo que establece el inciso tercero del artículo 21 A de la Ley de Organización y Atribuciones de la CGR, están establecidas en la Resolución N°20 de la CGR del año 2015.

²¹³ Contraloría General de la República, dictamen N°7251, 14 de febrero de 2008.

²¹⁴ Artículo 18 de la Resolución N°20 de la Contraloría General de la República del año 2015.

²¹⁵ Artículo 21 A inciso primero de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²¹⁶ Artículo 21 A inciso segundo de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²¹⁷ Artículo 21 B de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

145. Esta resolución establece las diferentes modalidades de auditoría, que podrán ser: (i) De cumplimiento, que busca verificar que las actuaciones, operaciones, sistemas y programas y los aspectos de probidad se cumplan con el marco jurídico que rige al auditado; (ii) Financiera, que busca determinar la exactitud y/o razonabilidad de la información financiera de un auditado con el marco de referencia de emisión y regulatorio aplicable; y (iii) En general, auditorías que busquen velar por el cumplimiento de las normas jurídicas y en particular aquellas de los títulos I, II, III y IV de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado²¹⁸.
146. Son facultades de la CGR en el ejercicio de su facultad de auditoría: (i) Inspeccionar a los auditados; (ii) Fiscalizar la aplicación de las disposiciones relativas a la administración financiera del Estado, de ejecución presupuestaria de los recursos públicos y de otras que determinen las leyes; (iii) Comprobar la integridad y veracidad de la documentación de respaldo; (iv) Verificar el cumplimiento de las normas estatutarias que rigen a los funcionarios y de aquellas que se relacionan con el funcionamiento de los servicios públicos sujetos a su fiscalización; (v) Exigir a los funcionarios, personas y entidades que custodien, administren, recauden, reciban, inviertan o paguen fondos o bienes públicos, la rendición de cuenta de sus actuaciones, operaciones, sistemas y programas; (vi) Examinar las actuaciones, operaciones, sistemas y programas ejecutados con las respectivas cuentas que sobre ellos sean presentadas, y la exactitud y/o razonabilidad de los estados financieros; (vii) Evaluar los sistemas de control interno; y (viii) Consignar en sus informes y oficios las instrucciones, medidas correctivas y proposiciones que disponga para subsanar las infracciones, irregularidades, deficiencias y vacíos que detecte²¹⁹.
147. Así, la Contraloría General audita los contratos de la Administración, generalmente en curso de ejecución, para cerciorarse legal, administrativa, financiera y/o técnicamente del cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratante privado, así como del oportuno y estricto ejercicio de las funciones y atribuciones que detenta la Administración contratante frente a éste²²⁰.
148. A grandes rasgos, una auditoría se desarrolla acopiando la información documental que sostiene y describe el objeto de las obligaciones contractuales, y exigiendo una acción de inspección destinada a constatar si en la práctica existen o han existido desviaciones conductuales de los contratantes para poder reconocer las causas probables de esto. Luego, con estos antecedentes, la CGR emite un informe final que contiene una descripción

²¹⁸ Artículo 18 de la Resolución N°20 de la Contraloría General de la República del año 2015.

²¹⁹ Artículo 2 de la Resolución N°20 de la Contraloría General de la República del año 2015.

²²⁰ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 243.

del contrato o serie de estos que se auditaron, las falencias o eventos irregulares detectados, la prueba en que se sustenta, lo indicado por el servicio público al respecto y las instrucciones, recomendaciones u observaciones que hace la Contraloría al Servicio Público contratante, que se superan, de ser posible, durante la misma auditoría, o se dispone que sean resueltas en un plazo determinado o bien hasta una próxima fiscalización. Es usual que se disponga en estos informes que el servicio auditado realice investigaciones administrativas internas para determinar si existen responsabilidades administrativas comprometidas al ejecutar y/o terminar el contrato²²¹.

149. Las auditorías llevadas a cabo por la CGR pueden dar a lugar a las siguientes acciones: (i) Procedimientos disciplinarios; (ii) Reintegros; (iii) Reparos; (iv) Denuncias; y (v) Remisiones, que se regirán por lo dispuesto en la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General, las normas que fije el Contralor General en el ejercicio de sus facultades y las demás disposiciones legales y reglamentarias que correspondan²²².
150. En primer lugar, en los casos en que la CGR advierta hechos susceptibles de comprometer responsabilidades administrativas, instruirá u ordenará abrir las investigaciones y sumarios que correspondan, para establecer los hechos que se investigan, así como determinar si fueron constitutivos de infracción administrativa, determinar la participación y responsabilidad de los funcionarios involucrados²²³.
151. El sumario corresponde al medio formal para establecer hechos sujetos a una investigación²²⁴, dispuesto por el Contralor cuando lo estime necesario²²⁵. Son secretos durante su tramitación y se rigen por los principios de imparcialidad, rapidez y discreción. Luego de presentadas las declaraciones y acompañados los documentos, se agota la investigación, y posteriormente se formulan los cargos que resultaren, que se ponen en conocimiento del funcionario afectado. Éste último presentará sus descargos, y una vez efectuados éstos o en su rebeldía se dará vista al fiscal para que efectúe su informe, en que se consignarán los hechos establecidos y la responsabilidad que se derive del sumario²²⁶. Se elevará luego al Departamento de Inspección, que adoptará o propondrá las medidas definitivas, no pudiendo por regla general aplicar la propia CGR sanciones

²²¹ Ibíd. 243-244.

²²² Artículo 62 de la Resolución N°20 de la Contraloría General de la República del año 2015

²²³ Artículo 63 de la Resolución N°20 de la Contraloría General de la República del año 2015

²²⁴ Artículo 134 de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²²⁵ Artículo 135 de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²²⁶ Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*. (Valparaíso: Abeledo Perrot, 2011), 368 y 369.

administrativas de manera directa, sino que solamente podrá suspender al funcionario afectado mientras se desarrolle el sumario.

152. La única excepción en que la CGR tiene competencia para sancionar directamente es aquella contemplada en el artículo 11 del Decreto Ley N°799 de 1974 sobre el uso de vehículos fiscales. La normativa establece que corresponde a este organismo hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria mediante la investigación sumaria.
153. De acuerdo con la Ley N°18.834 sobre Estatuto Administrativo, la responsabilidad administrativa se origina cuando el empleado infringe sus obligaciones o deberes funcionarios²²⁷. Esto puede conllevar anotaciones de demérito en su hoja de vida o medidas disciplinarias. Estas últimas solo pueden originarse en aquellos casos en que se haya realizado una investigación sumaria o un sumario administrativo²²⁸. Adicionalmente, la normativa establece que la sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal.
154. Al infringir sus deberes, los funcionarios públicos podrán ser objeto de censura, multa o suspensión del empleo desde treinta días a tres meses y destitución²²⁹. En primer lugar, la censura consiste en la reprensión por escrito que se hace al funcionario, la cual se dejará constancia en su hoja de vida mediante una anotación de demérito. En segundo lugar, la multa contempla la privación de la remuneración mensual, la que no puede ser inferior a un 5% ni superior a un 20%. En tercer lugar, la suspensión consiste en la privación temporal del empleo con goce de un 50 a un 70% de las remuneraciones sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo, también se dejará constancia en la hoja de vida del funcionario mediante una anotación de demérito. Finalmente, la destitución corresponde al término de los servicios que presta el funcionario, y solo procederá cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa.
155. Es relevante señalar que el artículo 21 de la Ley N°19.628 sobre Protección a la Vida Privada establece que los organismos públicos que sometan a tratamiento de datos personales relativos a condenas por delitos, infracciones administrativas o faltas disciplinarias, no podrán comunicarlos una vez prescrita la acción penal o administrativa, o

²²⁷ Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 43 inciso segundo de la Ley N°18.575 y el artículo 162 literal d de la Ley N°18.834 cuando las características del ejercicio lo requieran, podrán existir estatutos especiales para determinadas profesiones o actividades.

²²⁸ Artículo 119 de la Ley N°18.834 que aprueba Estatuto Administrativo.

²²⁹ Artículo 121 y siguientes de la Ley N°18.834 que aprueba Estatuto Administrativo.

cumplida o prescrite la sanción o la pena. Esta prohibición es coherente con el derecho que la misma ley consagra a los titulares de estos datos, que consiste en otorgarles la facultad de exigir en cualquier tiempo su eliminación²³⁰. Frente a este punto, cabe destacar que el Consejo para la Transparencia decidió, frente a una solicitud de entrega de copias de sanciones aplicadas a funcionarios públicos, que el derecho establecido en el artículo 21 del cuerpo normativo citado debe ser valorado a la luz del perjuicio que produciría la entrega de la información. En este sentido “el beneficio de conocer los resultados de un sumario incoado por supuestas irregularidades, que ya es público, así como las medidas que las autoridades tomaron frente a dichas irregularidades, es mucho mayor que el beneficio de mantener la información en reserva para protegerla reputación o derechos económicos de los sancionados, debido a que así lo exige el control social de la función pública²³¹”.

156. Luego, en caso de que producto de la auditoría se generen observaciones vinculadas con la custodia, administración, recaudación, recepción, inversión o pago de los fondos públicos examinados, se podrá ordenar que se dispongan las restituciones de recursos que correspondan, fijando en el informe final u oficio el plazo en que se deberá acreditar el reintegro. Esta medida deja a salvo la posibilidad de formular reparos en contra de funcionarios, si procede²³².
157. En tercer lugar, en caso de que del examen de cuentas se desprenda un detrimento al patrimonio público imputable a la culpa o negligencia de los funcionarios que custodien, administren, recauden, reciban, inviertan, paguen o deban rendir fondos o bienes del Fisco, de las municipalidades o demás organismos que determinen las leyes, el órgano contralor perseguirá la responsabilidad de tales funcionarios, formulando reparo en su contra^{233,234}.
158. Por otra parte, en caso de que producto de la auditoría realizada se avizorara una eventual comisión de hechos que revisten caracteres de delito, la CGR efectuará denuncias de carácter penal²³⁵.

²³⁰ Artículo 12 Ley N°19.628 sobre Protección de la Vida Privada.

²³¹ CPLT C411-09, 9 de diciembre de 2009.

²³² Artículo 64 de la Resolución N°20 de la Contraloría General de la República del año 2015.

²³³ En caso de que estas observaciones respecto a la inversión de los recursos señalados se produzcan por parte de personas o entidades del sector privado, las acciones correspondientes se interpondrán directamente ante la justicia ordinaria por parte de la Contraloría General de la República o el Consejo de Defensa del Estado.

²³⁴ Artículo 65 de la Resolución N°20 de la Contraloría General de la República del año 2015.

²³⁵ Artículo 66 de la Resolución N°20 de la Contraloría General de la República del año 2015.

159. Finalmente, la CGR remitirá a otros organismos estatales los informes finales u oficios de auditoría emitidos cuando contengan materias cuyo conocimiento les corresponda, así como derivará al Ministerio Público, Fiscalía Nacional Económica, Consejo de Defensa del Estado u otra entidad con competencia sobre la materia auditada dichos informes u oficios, cuando concluyan sobre hechos que puedan suscitar responsabilidades civiles o penales²³⁶.

d. Dictámenes

160. Un dictamen corresponde al informe en Derecho o interpretación jurídica emanada de la CGR sobre materias que son de su competencia. Mediante éste, el Contralor resuelve consultas jurídicas que le formulan los órganos de la Administración del Estado, funcionarios o bien particulares. Estos son vinculantes: constituyen verdaderas interpretaciones de la ley y son instrucciones para los jefes de servicios y fiscales²³⁷.

161. Los asuntos sobre los cuales el Contralor deberá informar corresponden a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen²³⁸, así como cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que quepan dudas de la aplicación correcta de las leyes al respecto²³⁹. Los dictámenes emitidos por la CGR, así como sus decisiones, son constitutivos de la jurisprudencia administrativa²⁴⁰.

162. Sin embargo, queda impedido de informar sobre asuntos que por su naturaleza sean de carácter litigioso, que se encuentren sometidos al conocimiento de los Tribunales de

²³⁶ Artículo 67 de la Resolución N°20 de la Contraloría General de la República del año 2015.

²³⁷ Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, 403.

²³⁸ Artículo 6 inciso primero de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²³⁹ Artículo 6 inciso segundo de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²⁴⁰ Artículo 6 inciso final de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

Justicia, o que sean competencia del Consejo de Defensa del Estado, sin perjuicio de las atribuciones que detente el Contralor en materias judiciales²⁴¹.

163. En el ejercicio de esta facultad, el Contralor General podrá dirigirse directamente a cualquier Jefe de Oficina o funcionario o persona que tenga relaciones oficiales con la CGR o bien que le hayan formulado peticiones para solicitar datos e informaciones o dar instrucciones relativas al Servicio²⁴².
164. Los abogados, fiscales o asesores jurídicos de las distintas oficinas de la Administración Pública o instituciones sometidas al control de la Contraloría General deben observar la jurisprudencia y resoluciones que emita esta última²⁴³. En efecto, como indica el inciso final del artículo noveno de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la CGR, los dictámenes tienen fuerza obligatoria para ministros y jefes de servicio, pero para terceros constituyen solamente opiniones en apoyo de su pretensión²⁴⁴.
165. Así, Bermúdez caracteriza los dictámenes de la CGR como actos: (i) No preceptivos dentro del procedimiento administrativo; (ii) Obligatorios en su contenido para los organismos ya mencionados; (iii) Delegables por el Contralor General a sus subordinados; (iv) Constitutivos de jurisprudencia administrativa; y (v) Mutables, al ser la jurisprudencia administrativa variable²⁴⁵.
166. El Departamento Jurídico de la CGR está a cargo de la emisión de los dictámenes, correspondiéndole informar, en los casos en que ordene el Contralor, respecto a la legalidad o constitucionalidad de los decretos supremos y de las resoluciones que expidan los Jefes de Servicios u Oficinas²⁴⁶, en los asuntos de su competencia²⁴⁷. En el ejercicio de esta

²⁴¹ Artículo 6 inciso tercero de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²⁴² Artículo 9 de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²⁴³ Artículo 19 de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²⁴⁴ Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, 405.

²⁴⁵ Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General*, 404.

²⁴⁶ Artículo 33 literal a de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República.

²⁴⁷ Estos asuntos corresponden a aquellos enumerados en el artículo 1 de la Ley N°10.336 de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República (fiscalizar el debido ingreso e inversión de los fondos del Fisco, de las Municipalidades, de la Beneficencia Pública y de los otros Servicios que determinen las leyes;

facultad, la CGR, junto con su intensa labor fiscalizadora, ha sustantivado la contratación administrativa. En efecto, a través de diferentes dictámenes, el órgano contralor ha ido consolidado e incluso creando principios de la contratación administrativa²⁴⁸.

167. Algunos de éstos son la confianza legítima, la certeza jurídica, la interdicción de la arbitrariedad, los actos separables que concatenan el procedimiento de contratación, la motivación de los actos administrativos esenciales de la contratación²⁴⁹, la prohibición de compras parcializadas²⁵⁰, o, en el marco de licitaciones, la igualdad entre oferentes y la libre concurrencia²⁵¹. Por otra parte, mediante una serie de dictámenes, igualmente sustantivó las causales que permiten las compras por medio del mecanismo de trato directo y que desarrollaremos en las secciones siguientes²⁵².
168. En efecto, estima Moraga que, en ejercicio de sus funciones, la CGR, además de generar una interpretación de la ley administrativa²⁵³: (i) Sustantivó la identidad y contenido de los contratos que celebra la Administración, por ejemplo, definiendo el contrato administrativo como uno en que una de las partes es la Administración, indiferentemente de su posición

verificar el examen y juzgamiento de las cuentas que deben rendir las personas o entidades que tengan a su cargo fondos o bienes de esas instituciones y de los demás Servicios o entidades sometidos por ley a su fiscalización, y la inspección de las oficinas correspondientes; llevar la contabilidad general de la Nación; pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, que deben tramitarse por la Contraloría General; vigilar el cumplimiento de las disposiciones del Estatuto Administrativo y desempeñar todas las otras funciones que le encomiende esta ley y los demás preceptos vigentes o que se dicten en el futuro, que le den intervención), así como en el artículo 98 de la Constitución Política de la República (el ejercicio del control de la legalidad de los actos de la Administración, la fiscalización del ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; el examen y juzgamiento de las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevar la contabilidad general de la Nación, y el desempeño de las demás funciones que le encomiende la ley orgánica constitucional respectiva).

²⁴⁸ Moraga Klenner, «La Contraloría General de la República y la contratación administrativa», 91.

²⁴⁹ José Luis Lara y Carolina Helfmann, *Repertorio Ley de Procedimiento Administrativo* (Santiago: Thomson Reuters, 2015).

²⁵⁰ Contraloría General de la República, dictámenes N°77.874, 9 de octubre 2014, N°75.251, 19 de noviembre de 2013, N°801, 7 de enero de 2011, N°53.491, 13 de noviembre de 2008.

²⁵¹ Esto se tratará con mayor detalle en la sección de este Informe correspondiente a Licitaciones como mecanismo de compra.

²⁵² Dirección ChileCompra, «Contrataciones a través de Trato o Contratación Directa» (2016), acceso el 21 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

²⁵³ Moraga Klenner, «La Contraloría General de la República y la contratación administrativa», 92.

al contratar²⁵⁴, estableciendo que cada parte debe cumplir con sus obligaciones en la forma contraída²⁵⁵, explicitando que la interpretación del contrato puede ser realizada en referencia a la ley común, a falta de reglas de interpretación²⁵⁶, estableciendo que dicha interpretación debe ser finalista²⁵⁷, indicando que la modificación unilateral del contrato hace nacer derechos indemnizatorios para el contratante privado para compensar las pérdidas económicas producto de dicha modificación²⁵⁸, entre otras; y (ii) Reguló la distribución de riesgos de dichos contratos, estableciendo, entre otros ejemplos, que la idea central de la distribución de riesgos es dar certeza del resultado probable que debe dar el contrato²⁵⁹, que esta distribución debe ser equilibrada entre el Estado y el concesionario respecto a los riesgos posibles y los resultados económicos derivados de la explotación de la obra²⁶⁰, u oponerse a la doctrina general del derecho administrativo, que sustenta que es el contratista quien debe asumir las consecuencias de todas las hipótesis que signifiquen un riesgo o hecho sobreviniente, por ser el único efecto de ésta el encarecimiento de la contratación²⁶¹.

169. Con la creación del Tribunal de Contratación Pública ha habido, a juicio de Moraga, una sustitución de esta jurisprudencia de la CGR, pero que a su vez permite que el actuar del órgano contralor se enfoque en la revisión de bases de licitación y circulares aclaratorias, y todas las etapas de los contratos administrativos (perfeccionamiento, ejecución, término y liquidación)²⁶².

C. Mecanismos de impugnación y de solución de controversias

170. Nuestro sistema jurídico contempla el derecho de un participante en un procedimiento de adquisiciones a impugnar tanto acciones como omisiones provenientes del organismo público por dos vías, una administrativa y otra judicial²⁶³. A continuación, pasaremos a

²⁵⁴ Contraloría General de la República, dictamen N°46.532, 4 de diciembre de 2000.

²⁵⁵ Contraloría General de la República, dictamen N°52.567, 10 de noviembre de 2008.

²⁵⁶ Contraloría General de la República, dictamen N°26.889, 1982.

²⁵⁷ Contraloría General de la República, dictamen N°14.133, 16 de abril de 2002.

²⁵⁸ Contraloría General de la República, dictamen N°12.334, 3 de abril de 2002.

²⁵⁹ Contraloría General de la República, dictamen N°8.617, 22 de febrero de 2008.

²⁶⁰ Contraloría General de la República, dictamen N°12.930, 19 de abril de 2000.

²⁶¹ Contraloría General de la República, dictámenes N°41.409, 1994 y N°35.989, 28 de septiembre de 2001.

²⁶² Moraga Klenner, «La Contraloría General de la República y la contratación administrativa», 91-92.

²⁶³ Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 70.

explicar brevemente las vías con las que cuenta un tercero afectado por una entidad pública al momento de adquirir bienes y/o servicios.

i. Impugnación administrativa

171. Respecto a la impugnación administrativa, hay que distinguir aquella se realiza ante la propia Administración de la que se realiza ante la CGR.
172. En relación con la primera, la Ley N°19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado (“LBPA”) aplica supletoriamente en los procesos de compras públicas, en aquello que no se encuentre regulado la Ley de Compras. Esta normativa establece en su artículo 53 que los proveedores podrán solicitar a la entidad pública que invalide los actos contrarios a derecho, previa audiencia de los interesados. Mediante esta acción “los participantes en un proceso de compra pueden impugnar actos administrativos dictados durante la licitación, adjudicación y/o ejecución del contrato, a fin de que la misma autoridad emisora del acto lo deje sin efecto²⁶⁴”. Por otro lado, el artículo 59 del cuerpo normativo ya citado contempla la posibilidad de que los particulares puedan interponer un recurso de reposición ante el mismo organismo que haya dictado el acto que se pretende impugnar, y de manera subsidiaria podrán interponer el recurso jerárquico²⁶⁵. Una vez interpuesta por un interesado una reclamación ante la Administración, solamente podrá deducir la misma pretensión ante los Tribunales de Justicia una vez que la primera haya sido resuelta o haya transcurrido el plazo para que se entienda desestimada. Luego de interpuesta la reclamación se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional, y, en el caso que respecto de un acto administrativo se deduzca acción jurisdiccional por el interesado, la Administración debe inhibirse de conocer cualquier reclamación que interponga este último sobre la misma pretensión²⁶⁶.
173. Por otra parte, la CGR tiene facultades para revisar las impugnaciones de los proveedores afectados en sus derechos por las actuaciones de las entidades públicas compradoras en sus procedimientos de contratación. Cabe destacar que de acuerdo con el artículo 8 de la Ley N°10.336, no intervendrá ni informará los asuntos que por su naturaleza sean

²⁶⁴ *Ibíd.* 71.

²⁶⁵ Este recurso procede respecto de todo tipo de actos administrativos emitidos por autoridades administrativas, pudiéndose interponer ante actuaciones emitidas durante la licitación, la adjudicación y ejecución del contrato.

²⁶⁶ Artículo 54 de la Ley N°19.880 de Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Órganos de la Administración del Estado.

propiamente de carácter litigioso, o que estén sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia.

174. Este organismo es competente para fiscalizar el procedimiento licitatorio en la etapa de ejecución del contrato respectivo, así como para controlar la juridicidad de mecanismos de contratación excepcionales, como son la licitación privada y el trato directo. Sus decisiones son, por una parte, vinculantes para la Administración del Estado, así como constituyen jurisprudencia administrativa, por lo que constituyen precedentes para decisiones futuras²⁶⁷. Es procedente el ejercicio de acciones simultáneas ante el organismo de la Administración cuya decisión haya agraviado a un particular, así como ante la CGR: esta última no se ve inhibida de conocer materias sobre las que exista un pronunciamiento pendiente por parte de un organismo administrativo, y lo mismo viceversa²⁶⁸.
175. El órgano contralor se ha abstenido de invalidar directamente un acto administrativo, puesto que el artículo 53 de la LBPA establece que es la propia autoridad administrativa la que podrá de oficio o a petición de parte invalidar los actos contrarios a derecho. Sin embargo, “el órgano fiscalizador ha señalado que, si bien no puede invalidar un acto administrativo, puede ordenar al servicio público a que lo realice –dejarlo sin efecto- pese a lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo²⁶⁹”. Respecto a este punto, la Corte Suprema²⁷⁰, conociendo de una acción de protección, ha señalado que la invalidación es una potestad de cada organismo público perteneciente a la Administración del Estado “por lo que su mérito y conveniencia debe ser decidido privativamente por él; todo ello, revisando minuciosamente la Constitución y las leyes orgánicas de cada uno de los órganos

²⁶⁷ Decreto N°2.421 del Ministerio de Hacienda que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, publicado el año 1964.

²⁶⁸ Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 71.

²⁶⁹Diego Borrás Infante, «Estudio crítico de la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República» (Actividad formativa equivalente a tesis magíster en derecho, mención derecho público, Universidad de Chile, 2018), 27 y 28. El autor cita los siguientes dictámenes de la Contraloría General de la República que van en esta línea “los Dictámenes N°75.325 de 2010, N°27.879 de 2008, N°22.983 de 2010, N°66.154 de 2009, N°65.786 de 2009, N°5.387 de 2009, N°36.701 de 2008, N°19.551 de 2008, establecen que la potestad invalidatoria corresponde a la autoridad administrativa que dictó el acto, y no a la Contraloría General de la República.” Más recientemente, véase dictámenes N°22.139, 26 de agosto de 2019, N°7.211, 1 de abril de 2020 y N°22.989, 3 de noviembre de 2019.

²⁷⁰ Sentencia Corte Suprema. 4 de octubre de 2016. Rol N°46610/2016.

administrativos del caso [...]. Lo único que puede disponer, en su caso, dice la CS, es el inicio de un procedimiento invalidatorio, pero no prejuzgar su resultado²⁷¹.

176. En materia de compras públicas, la Contraloría se ha abstenido de pronunciarse sobre la legalidad de los actos que tengan lugar en un procedimiento de licitación pública, señalando en diversos dictámenes que la competencia para conocer de aquellas ilegalidades en las que se incurra desde la publicación de las bases de licitación hasta su adjudicación corresponde al Tribunal de Contratación Pública, en virtud del artículo 22 de la Ley de Compras²⁷². Sin embargo, de manera más reciente, el ente contralor “se ha involucrado progresivamente en los procesos de licitación y ha ordenado la adopción de medidas para garantizar su correcta adjudicación²⁷³”. En este orden de ideas, la Contraloría ha ordenado invalidar adjudicaciones en licitaciones públicas al órgano perteneciente a la administración activa en conformidad al artículo 53 de la LBPA.
177. A modo ejemplar, en un caso en que la entidad licitante en la etapa de evaluación habría exigido un criterio que en la etapa de preguntas y respuestas se había indicado que no era un criterio excluyente, o en que se habría evaluado incorrectamente la experiencia de un oferente, la Contraloría dictaminó “que en la especie la evaluación de las ofertas se hizo con infracción a lo dispuesto en el pliego de condiciones, vulnerándose con ello el principio de estricta sujeción a las bases previsto en el artículo 10 de la ley N°19.886²⁷⁴”.
178. En otro caso, el ente Contralor ordenó iniciar un procedimiento invalidatorio a la entidad licitante puesto que ésta no adjudicó el contrato al oferente que obtuvo un mayor puntaje total -considerando los criterios técnicos y económicos- sino al proveedor con la oferta que presentó un menor precio. Así, la Contraloría dictaminó que “la oferta más conveniente se

²⁷¹ Alejandro Vergara Blanco, «La invalidación como potestad de cada órgano administrativo y la garantía del debido proceso», *El Mercurio Legal*, 17 de septiembre de 2019.

²⁷² En este sentido, véanse los dictámenes de la Contraloría General de la República N°40.624, 29 de julio de 2009, N°34.912, 2 de julio de 2009, y N°42.333, 17 de julio de 2012, citados por Camilo Lledó Veloso, en “Contraloría y compras públicas: ¿un cambio de criterio?”, *El Mercurio Legal*, 14 de julio de 2020. Disponible [aquí](#).

²⁷³ *Ibíd.*

²⁷⁴ Contraloría General de la República, dictámenes N°14.238, 7 de junio de 2018 y N°12.428, 12 de abril de 2017. En el mismo sentido, la Contraloría ha ordenado iniciar un procedimiento de invalidación en un caso en que a la declaración de inadmisibilidad de una oferta se hizo “con infracción a lo dispuesto en el pliego de condiciones, vulnerándose con ello el principio de estricta sujeción a las bases previsto en el artículo 10 de la ley N°19.886”, dictamen N°5.205, 20 de enero de 2016).

define aplicando con estricta sujeción los criterios establecidos para tales efectos en el pliego de condiciones²⁷⁵”.

179. De manera reciente, el ente Contralor se pronunció sobre la adjudicación de una licitación pública de un convenio marco, ordenando a ChileCompra reevaluar la oferta de un proveedor puesto que su evaluación se habría realizado incorrectamente, y resolver entonces si con este nuevo puntaje resultaba procedente la adjudicación del proveedor en la respectiva categoría del convenio marco en la que participó²⁷⁶.

ii. Impugnación judicial

180. Es el Tribunal de Contratación Pública, creado por el artículo 22 de la Ley de Compras Públicas, el organismo competente para conocer la acción de impugnación por vía judicial contra actos u omisiones, ilegales o arbitrarios, ocurridos en procedimientos administrativos de contratación regidos por la mencionada Ley. Para mayor detalle, remítase a la sección anterior sobre el Tribunal de Contratación Pública.
181. En relación con las acciones que pueden interponerse frente a un acto administrativo contractual que infrinja los derechos del contratante particular, se encuentran la acción de incumplimiento de contrato y la acción de nulidad administrativa²⁷⁷. La primera se sustenta en lo dispuesto por el artículo 1545 del Código Civil, que establece que lo pactado es ley para los contratantes: “todo contrato administrativo se rige por sus estipulaciones, por las normas legales y reglamentarias que lo regulan, por las bases de licitación, por la oferta adjudicada y por las demás prescripciones técnicas²⁷⁸”. Al incumplir la Administración el contrato legalmente celebrado, entrega al contratante particular acciones para satisfacer sus derechos contractuales, mediante el cumplimiento forzado del contrato, su resolución, y en ambos casos con indemnización de perjuicios²⁷⁹. La segunda tiene por objeto dejar sin efecto un acto administrativo dictado en contravención al ordenamiento jurídico²⁸⁰. Esta sería una vía idónea para la declaración de nulidad del acto en cuestión, así como para

²⁷⁵ Contraloría General de la República, dictamen N°24.531, 6 de junio de 2017.

²⁷⁶ Contraloría General de la República, dictamen N°9.899, 16 de junio de 2020.

²⁷⁷ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 563-566.

²⁷⁸ *Ibíd.* 564.

²⁷⁹ *Ibíd.*

²⁸⁰ *Ibíd.* 565-566.

obtener una prestación en favor del particular o un resarcimiento de perjuicios, o bien ambas cosas conjuntamente.

IV. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

182. En esta sección se abordarán las obligaciones que tienen los organismos públicos antes de celebrar un contrato administrativo, las reglas que deben seguir para seleccionar el mecanismo de adjudicación y una breve explicación del funcionamiento de cada uno de estos procedimientos.
183. En primer lugar, cabe destacar las distintas obligaciones que tienen los organismos antes de celebrar un contrato administrativo. En este sentido, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico deben: (i) Delimitar las funciones y ámbitos de competencia de los distintos funcionarios que participan en las etapas de los procesos de compra²⁸¹; (ii) Obtener y analizar información acerca de las características de los bienes o servicios requeridos²⁸²; (iii) Elaborar un plan anual de compras y contrataciones y un manual de procedimiento de adquisiciones por parte de las entidades²⁸³; (iv) Estimar el monto de las contrataciones²⁸⁴; y (v) No fragmentar las contrataciones²⁸⁵. En el caso de las licitaciones públicas existen más etapas que pasaremos a ver detalladamente en esa subsección.
184. Respecto al plan anual de compras y contrataciones, se establece que éste debe contener un listado de carácter referencial de los bienes y/o servicios que se pretenden comprar durante un año calendario. Cada institución debe establecer una metodología para evaluar anualmente los resultados de los contratos y el rendimiento de los bienes o servicios adquiridos. Esta información deberá estar reflejada en el Sistema de Información de la Compras Públicas y en el Registro Nacional de Proveedores²⁸⁶.

²⁸¹ Artículo 12 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁸² Artículo 13 ter del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁸³ Artículos 12 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y 98 a 102, y 4 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁸⁴ Artículo 11 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁸⁵ Artículos 7 inciso final de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y 13 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁸⁶ Artículo 12 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y artículo 2 numeral 23 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

185. Por regla general, el Estado no tiene posibilidad de elegir libremente con quién y bajo qué modalidad contrata²⁸⁷. El artículo 9 de la Ley de Bases señala que los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública. En este sentido, “la licitación pública está llamada a ser el procedimiento administrativo general para la preparación de la voluntad contractual de la Administración²⁸⁸”. Si bien este es el principio general aplicable a los contratos administrativos, la Ley de Compras establece reglas particulares para determinar el mecanismo que se debe utilizar en cada caso.
186. En este sentido, la Ley de Compras y su respectivo reglamento señalan que, en los casos que resulte improcedente la contratación a través de convenio marco, las entidades celebrarán sus contratos mediante licitación pública²⁸⁹. Adicionalmente, consagra los mecanismos excepcionales de adjudicación, como lo son la contratación directa y licitación privada²⁹⁰. Las excepciones a la regla descrita anteriormente son las causales previstas en el ordenamiento jurídico para la utilización del trato directo o licitación privada y el uso obligatorio del convenio marco para ciertas entidades y bienes y/o servicios. Aún en el caso en que concurra alguna de estas causales, el organismo podrá realizar de todas formas la contratación a través de una licitación pública²⁹¹.
187. Para las Municipalidades, la suscripción de convenios marco no es obligatoria, sin perjuicio de que pueden adherir voluntariamente²⁹². Por su parte, para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, si bien la suscripción a los convenios marco constituye la regla general, excepcionalmente no será obligatorio respecto de aquellos bienes y servicios que respectivamente determinen el Director de Logística del Ejército, el Director General de los Servicios de la Armada, el Comandante del Comando Logístico de la Fuerza Aérea, el

²⁸⁷ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 317.

²⁸⁸ Ibíd. 319. En el mismo sentido, Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.2.2. ¿Cuándo se aplica la licitación pública?

²⁸⁹ Artículo 9 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁹⁰ Artículo 5 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y artículo 7 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

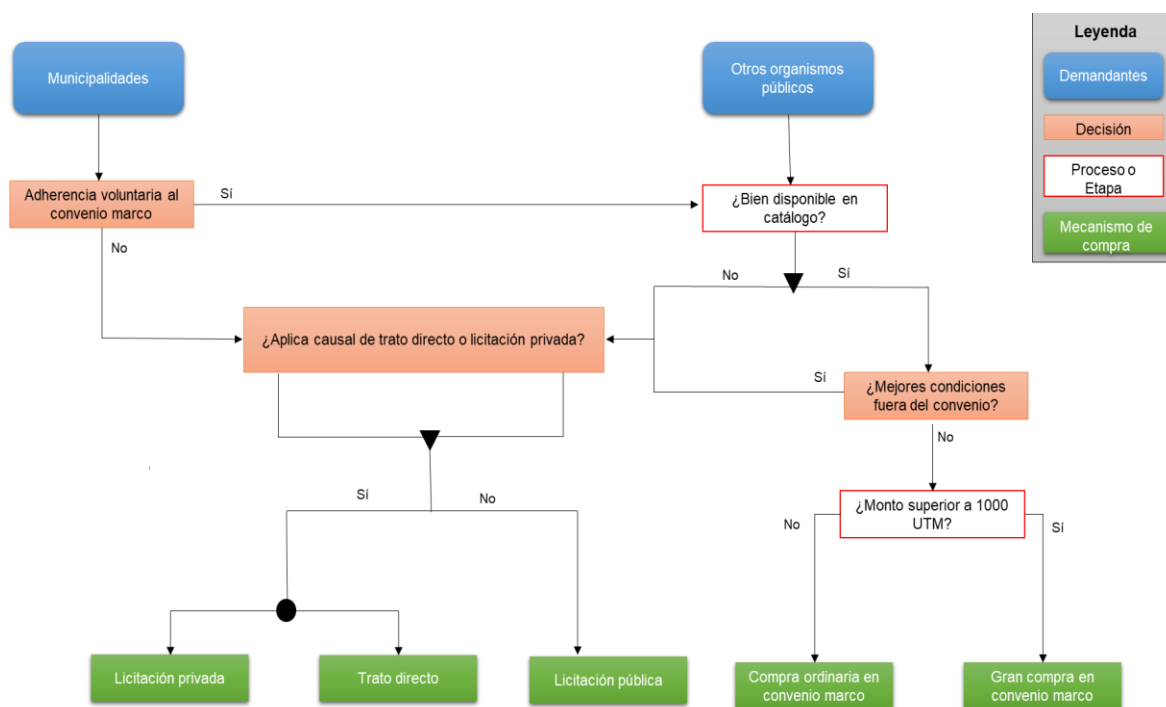
²⁹¹ Artículo 10 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁹² Artículo 30, literal d, inciso tercero de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Director de Logística de Carabineros y el Jefe de la Jefatura de Logística de la Policía de Investigaciones²⁹³. La exclusión que realice este comité debe seguir los criterios que establece el Reglamento sobre adquisiciones de bienes corporales e incorporeales muebles y servicios de las Fuerzas Armadas: (i) Bienes o servicios con proveedores que requieran el cumplimiento previo de requisitos de seguridad; y (ii) Cuando sea necesario que el bien o servicio cumpla con especificaciones y certificaciones técnica de calidad que sean requeridas por las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública.

188. En este sentido, la Administración debe seguir una serie de reglas para escoger el mecanismo de contratación, que se explican resumidamente en el siguiente diagrama.

Figura 1: Diagrama mecanismos de compra



Fuente: Elaboración propia.

189. Como se muestra en el diagrama, se distinguen las Municipalidades de los otros organismos públicos, puesto que su adhesión al convenio marco es voluntaria. En el caso que adhieran al convenio marco, se debe determinar si el bien y/o servicio se encuentra en

²⁹³ Artículo 30, literal d, inciso cuarto de la de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

el catálogo. En el caso que esté disponible, se debe distinguir el monto de la compra. Si es mayor a 1000 UTM, resulta procedente una gran compra dentro del convenio marco, y en caso contrario se debe realizar una compra ordinaria. Esta regla aplica también a los otros organismos públicos. Adicionalmente, la Ley de Compras señala que la Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación²⁹⁴.

190. Con respecto a los demás demandantes del sistema de compras públicas, la regla general es que la utilización del convenio marco sea obligatoria si el bien y/o servicio se encuentra disponible en el catálogo. La única excepción en nuestra legislación para no utilizar el convenio marco son aquellos casos en que se justifique la existencia de mejores condiciones fuera del convenio. En este supuesto, la entidad que obtuviere condiciones más ventajosas sobre bienes y servicios en los que ChileCompra mantiene un convenio marco vigente, deberá informar tal circunstancia a la Dirección. Con esta información, señala el reglamento, la Dirección ChileCompra deberá celebrar un nuevo convenio que permita extender tales condiciones al resto de los organismos públicos²⁹⁵. Sin embargo, si bien esto constituye una obligación para los organismos públicos, en la práctica no vemos cómo esta regla es fiscalizada o sancionada en caso de incumplimiento.
191. En los supuestos en que las Municipalidades decidan no adherirse al convenio marco, o los demás organismos públicos que están obligados a utilizar el convenio marco constaten que el bien y/o servicio no se encuentre disponible, o si se encuentra disponible se puede obtener mejores condiciones por fuera del convenio marco, se siguen las siguientes reglas: la Entidad puede decidir si utilizar el trato directo o la licitación privada si concurre alguna de las causales previstas en la legislación. Si no concurre ninguna de las causales, la licitación pública es obligatoria. Asimismo, podría pasar que exista alguna causal pero que de todas formas la entidad opte por realizar una licitación pública, tal como lo permite expresamente el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas.

²⁹⁴ Artículo 7 inciso segundo de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y artículo 13 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. En el mismo sentido, la Contraloría General de la República ha señalado “no se advierte la existencia de ninguna razón que justifique su contratación de manera mensual y no anual, debiendo hacerse presente, por una parte, que a través de la modalidad escogida por el municipio se evita la licitación pública”, dictamen N°53.491,13 de noviembre de 2008.

²⁹⁵ Artículo 8 inciso final del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

A. Licitación pública

192. La licitación pública se define como el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados, para que estos, sujetándose a las bases previamente fijadas, formulen propuestas, de entre las que se seleccionará y aceptará la más conveniente²⁹⁶. La LOCBGAE consagra dos principios que desarrollaremos con mayor detención: la libre concurrencia de los oferentes y la igualdad ante las bases que rigen el contrato. Adicionalmente se encuentran otros principios²⁹⁷, tales como el trato igualitario a los oferentes y la prohibición de establecer diferencias arbitrarias²⁹⁸, la estricta sujeción a las bases²⁹⁹, publicidad y gratuidad de los documentos³⁰⁰, cautela del patrimonio público³⁰¹, principio de idoneidad del contratante³⁰², y el principio de los actos separables³⁰³.
193. Como se expuso anteriormente, la CGR, además de cumplir un rol fiscalizador en el ámbito de la contratación pública, ha tenido un rol sustantivo en ésta mediante su jurisprudencia. Un caso de particular relevancia relativo a este último rol es el de los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo e igualdad de los oferentes ante las bases que rigen el contrato³⁰⁴. Estos principios fueron levantados en la jurisprudencia administrativa de la CGR, y luego incorporados por el legislador a la Ley de Bases

²⁹⁶ Artículo 7 literal a de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁹⁷ Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.3. Licitación Privada.

²⁹⁸ Artículo 6 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios y artículo 20 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

²⁹⁹ Artículo 10 inciso tercero de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁰⁰ Artículo 28 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁰¹ Artículo 6 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁰² Artículo 4 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁰³ Artículo 53 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁰⁴ Para un mayor detalle sobre este tema, en particular sobre los dictámenes que ha emitido la Contraloría General de la República respecto a estos principios, véase el Anexo C del presente Informe.

Generales de la Administración del Estado³⁰⁵ el año 1999³⁰⁶, agregando el artículo 8 bis, que establece en su inciso segundo que el procedimiento de licitación se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato³⁰⁷.

194. Mediante estos principios se pretende reflejar la legalidad, publicidad y transparencia que debe primar en los procedimientos administrativos que buscan seleccionar contratistas, no permitiéndose por tanto excepciones a éstos, salvo en situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que afecten a todos los oferentes por igual, y que en las bases estén previstas situaciones especiales que lo permitan³⁰⁸.

- i. **El principio de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo**

195. Este principio supone que la Administración no debe incorporar más restricciones, inhabilidades o limitaciones que las legales, lo que incluye la normativa de libre competencia³⁰⁹. La lógica detrás de este principio es que mientras más numerosas sean las ofertas válidas en un proceso de licitación, la Administración tendrá un mayor ámbito de acción para elegir la propuesta más satisfactoria al interés público³¹⁰.
196. Al exceder las restricciones, inhabilidades o limitaciones normativas en las bases administrativas de un proceso de licitación, la Administración incurre en una discriminación ilegal entre aquellas personas que pueden participar de la licitación, al no solamente excluir potenciales interesados en participar, sino que mejorando la posición competitiva de aquellos a quienes sí se les permite según lo dispuesto en las bases de la licitación³¹¹.
197. Sin embargo, no constituiría una afectación a este principio el hecho de que las bases excluyan la participación de quienes estén afectos a las causales de inhabilidad o incompatibilidad establecidas en leyes y reglamentos, ni que se exija a los interesados

³⁰⁵ Ley N°18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

³⁰⁶ Esta modificación se realizó mediante la Ley N°19.653 sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la Administración del Estado, que agregó el artículo 8 bis a la Ley N°18.575 en su artículo 1 numeral 6.

³⁰⁷ Moraga Klenner, «La Contraloría General de la República y la contratación administrativa».

³⁰⁸ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 260.

³⁰⁹ *Ibíd.*

³¹⁰ Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.2.1. Principios de la licitación pública.

³¹¹ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 261.

acreditar una mínima capacidad o situación económica, experiencia previa o calidad técnica o profesional^{312,313}.

198. Otra atribución que se le ha dado a la Administración en el diseño de las bases de licitación es la de exigir la inscripción previa a la participación del proceso en Registros Generales o Especiales de Precalificación o Licitación, estando solamente habilitados para la presentación de ofertas aquellos que se encuentren inscritos. En estos casos, como explica Moraga, se complementa la capacidad jurídica de contratación del licitador o interesado con una capacidad jurídica adicional, que busca verificar que este tenga la capacidad, las calidades personales, o bien la experiencia, solvencia económica-financiera y una situación patrimonial necesarias para su elección como contratista, así como que no se encuentre afecto a inhabilidades o incompatibilidades establecidas en disposiciones normativas³¹⁴: “los registros de contratistas o proveedores del Estado buscan asegurar que sea público y transparente quienes pueden contratar con la Administración, y de acreditar su idoneidad personal y técnica³¹⁵”.
199. La publicidad del llamado a licitación es de importancia central para este principio, pues, de carecerse de la debida publicidad, el proceso será menos competitivo. Ésta se lleva a cabo mediante avisos publicados en el Diario Oficial u otro dispuesto por la autoridad, que indican los aspectos generales del contrato, el precio de las bases, así como el lugar y la fecha en que se recibirán las ofertas³¹⁶.

ii. El principio de igualdad de los oferentes ante las bases que rigen el contrato

³¹² En la misma línea, el artículo 4 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios establece como requisitos para contratar con la Administración ser personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, acreditar su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, y cumplir con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. Quedarán excluidos quienes, dentro de los dos años anteriores al momento de la presentación de la oferta, de la formulación de la propuesta o de la suscripción de la convención, según se trate de licitaciones públicas, privadas o contratación directa, hayan sido condenados por prácticas antisindicales o infracción a los derechos fundamentales del trabajador, o por delitos concursales establecidos en el Código Penal.

³¹³ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 261.

³¹⁴ *Ibíd.* 263.

³¹⁵ *Ibíd.*

³¹⁶ Julia Poblete Vinaixa. «Sistema de identificación, documentos de identidad, de viajes y servicios relacionados: una reflexión necesaria sobre los principios y deberes de la administración», *Revista de Derecho Público* 77 (2012): 217-236. Disponible [aquí](#).

200. El principio de igualdad de los oferentes ante las bases que rigen el contrato es descrito como el deber de la Administración de asegurar una perfecta igualdad entre los participantes, que propugne a mantener su carácter competitivo, así como de hacer prevalecer la garantía de que las entidades requirentes y los oferentes respeten estrictamente las bases de la licitación que regulen el procedimiento de contratación³¹⁷. Cabe destacar que la igualdad que se resguarda es una de carácter jurídico, de los participantes para ejercer los derechos de que son titulares, que solamente se puede asegurar mediante una actuación imparcial de la Administración, al establecer esta en las bases de licitación requisitos impersonales y de aplicación general, vinculantes de la misma manera para todos los participantes³¹⁸.
201. Este principio implica, por una parte, que en caso de no respetarse lo dispuesto en las bases de la licitación, las ofertas serán calificadas de no válidas o inadmisibles, por lo que el oferente correspondiente será descalificado del procedimiento de la licitación³¹⁹. Lo anterior implica que del principio de igualdad de los oferentes ante las bases de la licitación se deriva el principio de estricta sujeción a las bases administrativas³²⁰. Este, además de derivarse del artículo 8 bis de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, se encuentra positivado en el inciso tercero del artículo 10 de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, que establece que los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, tanto de los participantes como de las entidades licitantes, a las bases administrativas y técnicas que las regulen, que a su vez deberán ser aprobadas con anterioridad por la autoridad competente³²¹.
202. Por otra parte, en cumplimiento del principio de igualdad de los oferentes ante las bases, la Administración no podrá hacer diferencias entre los diferentes licitantes sobre el acceso a los antecedentes de la licitación, a los actos y hechos que se suceden en este, o modificar las bases en ventaja de uno o más participantes de la licitación³²².
203. Dado que es una vez abierta la licitación que se hace inmodificable, esta última indicación se refiere a las circulares aclaratorias expedidas durante el proceso licitatorio por el ente

³¹⁷ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 269.

³¹⁸ *Ibíd.* 273.

³¹⁹ *Ibíd.* 270.

³²⁰ *Ibíd.*

³²¹ Artículo 10 inciso tercero de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³²² Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 269.

requiriente, que son la vía para modificar las bases antes del acto de entrega y apertura de ofertas. Así, en la práctica, entre la fecha de entrega de las ofertas y mientras no se adjudique ni perfeccione el contrato, la intangibilidad de las bases será una regla absoluta, pero posteriormente a la adjudicación del contrato la regla admitirá excepciones, dado que en circunstancias de carácter general y que no obedezcan a causales imputables al contratista, el *ius variandi* de la Administración autoriza la modificación de ciertos aspectos del contrato³²³.

204. Por otra parte, coherentemente con el principio de no formalización de los procedimientos administrativos, consistente en que estos deben sujetarse a un formalismo moderado, esto es, que se sujetarán a las formalidades y ritualidades contempladas en disposiciones normativas solo en cuanto estas últimas sean indispensables para dejar constancia de lo actuado así como eviten perjuicios a particulares, existe una tendencia a eliminar de los pliegos y bases exigencias meramente formales que no cumplan con las mencionadas características. Moraga afirma que la Administración cada vez toma menos en cuenta deficiencias en ofertas que no son trascendentes ni esenciales, dado que se les puede dar un sentido claro y unívoco, y que aceptarlas o evaluarlas no constituye un atentado a los derechos o intereses del Estado, no da opacidad al procedimiento, así como tampoco atenta contra el principio de igualdad de los licitantes. A esto se le suma que las dudas o controversias que aparezcan en procedimientos administrativos sobre formalidades deben interpretarse a favor del administrado, de la agilidad del procedimiento y de la oportuna decisión final³²⁴. Este formalismo moderado permitiría en último término que la Administración cuente con la mayor cantidad de propuestas posibles, así como conservar las posibilidades de los oferentes de acceder a la contratación³²⁵.
205. El principio de igualdad de los oferentes ante las bases se aplica tanto en el diseño de las bases, en las etapas de preparación del contrato, como en caso de que las partes busquen modificar este último. Si la modificación se justifica en alguna estipulación contractual que lo disponga o regule, no se infringiría el principio en comento por lo que podría llevarse a cabo, mientras que, de no cumplirse con estos requisitos, y que esta modificación buscara mejorar las condiciones del contratista respecto de aquellas que implicaron la aceptación de su oferta, perjudicándose a los demás oferentes, sí implicaría una infracción, y, consecuentemente, no podría materializarse. Lo anterior implica que una vez celebrados y

³²³ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 270.

³²⁴ *Ibíd*, 272.

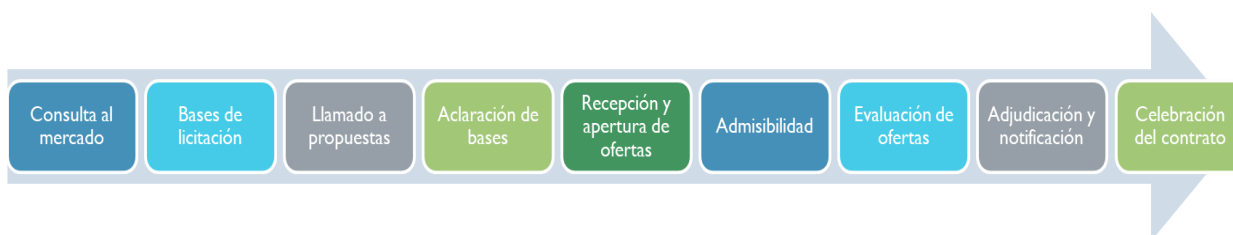
³²⁵ Citado por Mónica Buj Montero, *La Licitación Pública: Principios Generales*, (Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot, 2002), 89.

perfeccionados los contratos de la Administración esta pierde todo poder público contractual: el contrato solamente podrá ser modificado si el objeto del nuevo acuerdo está regulado o estipulado en el contrato celebrado³²⁶.

iii. Etapas de la licitación pública

206. En esta sección veremos brevemente las etapas que se encuentran reguladas en los procesos de licitación pública.

Figura 2: Etapas de una licitación pública



Fuente: Elaboración propia en base a la Ley de Compras Públicas y su Reglamento.

a. Consultas al mercado

207. Las entidades licitantes podrán efectuar, antes de la elaboración de las bases de licitación, procesos formales de consultas o reuniones con proveedores mediante llamados públicos y abiertos que deben ser convocados a través del Sistema de Información. Estas consultas pueden tener por objeto obtener información acerca de los precios, características de los bienes o servicios requeridos, tiempos de preparación de las ofertas, o cualquier otra información que sirva para la elaboración de las bases³²⁷.

b. Bases de licitación

208. El artículo 2 numeral 3 del Reglamento define las Bases como aquellos “Documentos aprobados por la autoridad competente que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones establecidos por la Entidad Licitante, que describen los bienes y servicios a contratar y regulan el Proceso de Compras y el contrato definitivo. Incluyen las Bases Administrativas y Bases Técnicas”.
209. Las bases de licitación serán aprobadas por acto administrativo de la autoridad competente. Se pueden modificar antes de la recepción de ofertas siempre que se considere un plazo

³²⁶ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 273-274.

³²⁷ Artículo 13 ter del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

prudencial para que los proveedores puedan conocer y adecuar su oferta a tales modificaciones³²⁸.

210. El artículo 6 de la Ley de Compras establece que las bases de licitación deberán contener las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados. Luego, el mismo artículo señala que en el caso de aquellas licitaciones o contrataciones periódicas se otorgará mayor puntaje o calificaciones a aquellos postulantes que exhiban mejores condiciones de empleo y remuneraciones³²⁹. Adicionalmente, establece reglas especiales para las licitaciones que realicen las municipalidades respecto a la recolección, transporte o disposición final de residuos sólidos domiciliarios, barridos y mantención de áreas verdes y para los contratos de prestación de servicios para establecimientos de educación parvularia, escolar y preescolar. Si bien el ordenamiento jurídico da espacio para establecer reglas que se escapan de la mera eficiencia y competencia en las compras públicas, termina señalando que “en todo caso, la Administración deberá propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones³³⁰”.
211. El Reglamento también señala que las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio que se pretende adquirir, y todos sus costos asociados presentes y futuros. Adicionalmente, se establece que la Entidad Licitante no solo atenderá al precio del bien y/o servicio, sino que a todas las condiciones que impacten en los beneficios o costos

³²⁸ Artículo 19 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³²⁹ El artículo 6 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios señala a este respecto que “en las bases de licitación y en la evaluación de las respectivas propuestas se dará prioridad a quien oferte mayores sueldos por sobre el ingreso mínimo mensual y otras remuneraciones de mayor valor, tales como las gratificaciones legales, la duración indefinida de los contratos y condiciones laborales que resulten más ventajosas en atención a la naturaleza de los servicios contratados. Del mismo modo, se dará prioridad a las propuestas que garanticen los pagos a que alude el inciso quinto. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta [...]. También se dará prioridad, en los términos del inciso primero, a las empresas que mantengan vigentes convenios colectivos con las organizaciones sindicales representativas de sus trabajadores o que le hagan aplicables a estos convenios colectivos acordados por otro empleadores u organizaciones gremiales de empleadores [...]”.

³³⁰ Artículo 6 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

que se espera recibir³³¹. Asimismo, señala que estas condiciones no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias³³².

212. La siguiente figura señala el contenido obligatorio que deben tener las bases de licitación pública.

Figura 3: Contenido obligatorio Bases de Licitación Pública

1. Requisitos y condiciones que deben cumplir los oferentes.
2. Especificaciones genéricas de los bienes y/o servicios.
3. Etapas y plazos de la licitación: plazos y modalidades de aclaración de bases, entrega y apertura de las ofertas, su evaluación, adjudicación, la firma del contrato y plazo de duración.
4. La condición, el plazo y el modo en que se debe efectuar el pago.
5. El plazo de entrega del bien y/o servicio.
6. El monto de las garantías.
7. Criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación.
8. En las Licitaciones menores a 1000 UTM y superiores a 100 UTM definir si se requerirá la suscripción del contrato o bastará la orden de compra para ello.
9. Los medios para acreditar si el proveedor adjudicado registra saldos insolutos en cotizaciones o remuneraciones con sus actuales trabajadores o con los contratados en los últimos 2 años.
10. La forma de designación de las comisiones evaluadoras.
11. La determinación de las medidas a aplicar en los casos de incumplimiento del proveedor y de las causales expresas en que dichas medidas deberán fundarse, y el procedimiento para su aplicación.

Fuente: Artículo 22 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³³¹ Artículo 20 inciso segundo del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³³² Artículo 20 inciso final del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

213. El Reglamento también señala que es posible agregar contenido adicional a las bases, como la prohibición de subcontratar, criterios y ponderaciones derivados de materias de alto impacto social, tales como aquellas que privilegien el medioambiente, la contratación con personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social y con otras materias relacionadas al desarrollo inclusivo, así como con el impulso a las empresas de menor tamaño y con la descentralización y el desarrollo local. Estos puntajes no podrán ser en caso alguno los únicos que se consideren para determinar la adjudicación en una licitación. También se podrá establecer la improcedencia de las UTP cuando se estime fundadamente que ellas pudiesen conllevar un riesgo dadas las características de la industria. Finalmente, el Reglamento señala que se podrán agregar todas las materias que no contradigan las disposiciones de la Ley de Compras y el Reglamento³³³.
214. Las licitaciones pueden ser de una o dos etapas. Las primeras consisten en que el acto de la apertura se procede a abrir tanto la oferta técnica como la oferta económica³³⁴. Por su parte, la licitación en dos etapas consiste en dos aperturas diferidas de ofertas, una de las ofertas técnicas y otra de las económicas. La apertura de estas últimas sólo se efectuará en relación con los oferentes que hubiesen calificado su oferta técnica³³⁵. Adicionalmente, el organismo público licitante podrá exigir una etapa de precalificación técnica³³⁶ y mecanismos de preselección³³⁷.
215. La posibilidad de efectuar aclaraciones, en donde los proveedores podrán formular preguntas dentro del período establecido en ellas, es una etapa obligatoria en las licitaciones públicas³³⁸. La Contraloría ha señalado que las aclaraciones que la Entidad Licitante haga respecto a las Bases se entienden incorporadas a éstas en orden a

³³³ Artículo 23 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³³⁴ Artículo 34 inciso tercero del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³³⁵ Artículo 34 inciso cuarto del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³³⁶ Artículo 35 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³³⁷ Artículo 35 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³³⁸ Artículo 22 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

determinar el alcance y sentido de las disposiciones, teniendo “efecto vinculante para todos los oferentes³³⁹”.

216. Las preguntas formuladas por los proveedores deben realizarse a través del Sistema de Información. La Entidad Licitante pondrá las referidas preguntas y respuestas a conocimiento de todos, y no podrá tener contacto con los oferentes, salvo a través del mecanismo de las aclaraciones, visitas a terreno establecido en las Bases y cualquier otro contacto que se establezca en las Bases³⁴⁰.

c. Llamado a propuestas

217. El llamado a propuestas consiste en el acto destinado a iniciar materialmente el procedimiento administrativo concursal que caracteriza a la licitación pública³⁴¹. De acuerdo al artículo 24 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas, el llamado debe contener a lo menos la siguiente información: (i) Descripción del bien y/o servicio a licitar; (ii) Nombre de la entidad licitante; (iii) Modalidades y fechas para las aclaraciones a las bases; (iv) Fecha y hora de la recepción y apertura de las ofertas; (v) Monto y modalidad de las garantías exigidas cuando corresponda; y (vi) Nombre y correo electrónico del funcionario de la entidad licitante.

d. Recepción de ofertas

218. Los plazos entre la publicación de las bases y el cierre de recepción de ofertas se fijarán por cada entidad atendiendo al monto y la complejidad del bien o servicio que se pretende adquirir. En caso que el monto de la licitación pública sea igual o superior a 5.000 UTM, la regla general es que el plazo deba ser de a lo menos 20 días corridos; si el monto es superior a las 100 UTM e inferior a las 1.000 UTM, el plazo debe ser de a lo menos 10 días corridos³⁴²; mientras que en las licitaciones para contrataciones inferiores a 100 UTM, el

³³⁹ Contraloría General de la República, dictamen N°8.082, 21 de febrero de 2002, citado en Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.2.3.2. Aclaraciones a las bases.

³⁴⁰ Artículo 27 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁴¹ Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.2.3.3. Llamado a propuestas.

³⁴² Artículo 25 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, de acuerdo con la misma norma ambos plazos podrán rebajarse a la mitad si los bienes o servicios que se pretenden adquirir son de simple y objetiva especificación.

plazo que debe mediar entre la publicación de las bases y la recepción de las ofertas es de cinco días corridos.

e. Etapas de admisibilidad

219. Se declaran inadmisibles las ofertas cuando éstas no cumplen con los requisitos establecidos en las bases de licitación. Por su parte, la licitación se declara desierta en los casos en que no se hayan presentado ofertas o estas hayan resultado inadmisibles, lo que constituye una causal para llamar a una licitación privada o realizar una contratación directa. Adicionalmente, se podrá declarar desierta la licitación cuando las ofertas presentadas no resulten convenientes a los intereses de la Entidad Licitante. En ambos casos, la declaración de inadmisibilidad de la oferta o de licitación desierta debe realizarse por resolución fundada³⁴³.

f. Evaluación de ofertas

220. La Entidad Licitante deberá evaluar los antecedentes que constituyen la oferta de los proveedores. La evaluación se efectuará a través de un análisis económico y técnico, debiendo remitirse para esto a los criterios de evaluación en las Bases. En las licitaciones en las que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad, y en todas aquellas que superen las 1.000 UTM, las ofertas deberán ser revisadas por una comisión de al menos tres funcionarios públicos, internos o externos al organismo, de manera de garantizar la imparcialidad y competencia entre los oferentes. Adicionalmente, la entidad licitante podrá proveer a la comisión evaluadora de la asesoría de expertos de reconocido prestigio en las materias técnicas a revisar³⁴⁴.
221. Según establece el artículo 38 del Reglamento, los criterios de evaluación tienen por objeto seleccionar la mejor oferta u ofertas, de acuerdo con los aspectos técnicos y económicos establecidos previamente en las bases de licitación. Las entidades licitantes deberán establecer en las bases las ponderaciones de los criterios, factores y subfactores que contemplen y los mecanismos de asignación de puntajes para cada uno de ellos. Adicionalmente, las bases de licitación deben contemplar un mecanismo para resolver los empates que se puedan producir en el resultado final de la evaluación. A modo de ejemplo, la regulación señala que se podrán considerar como criterios técnicos o económicos el precio, la experiencia, la metodología, la calidad técnica, la asistencia técnica o soporte, los

³⁴³ Artículo 9 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁴⁴ Artículo 37 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

servicios de post-venta, los plazos de entrega, los recargos por fletes, consideraciones medioambientales, de eficiencia energética, los consorcios entre oferentes, el comportamiento contractual anterior, el cumplimiento de los requisitos formales de la oferta, así como cualquier otro criterio que sea atingente de acuerdo con las características de los bienes o servicios licitados y con los requerimientos de la entidad licitante³⁴⁵.

222. La CGR ha sostenido en diversos dictámenes que “en la evaluación y adjudicación de los contratos que celebre la Administración del Estado se debe tener en vista la mayor eficiencia, eficacia y economía de los mismos, en el contexto de obtener para los respectivos organismos públicos bienes y servicios de calidad, criterio que, tal como es posible apreciar, ha sido sostenido tanto antes como con posterioridad a la dictación de la ley N°19.886 [...]”. Prosigue indicando que, en este sentido, es necesario consignar que el artículo 6 del cuerpo legal recién mencionado contiene una norma general sobre el modo en que debe proceder la Administración al evaluar las ofertas correspondientes, al disponer que las bases de licitación deberán “establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta”, y añade en su inciso segundo que, en todo caso, los respectivos organismos deberán propender “a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones”, orientaciones que se encuentran reforzadas en los artículos 7, literales a) y b), 9 y 10 del mencionado cuerpo normativo³⁴⁶.
223. En este sentido, no es posible establecer únicamente el criterio económico o precio para evaluar las ofertas, puesto que el ordenamiento jurídico establece que la evaluación debe hacerse tanto con criterios técnicos como económicos, “los cuales deben conjugarse adecuadamente para determinar la oferta más ventajosa³⁴⁷”.
224. La Entidad licitante podrá solicitar a los oferentes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando las rectificaciones de éstas no les confieran una situación de privilegio respecto de los demás competidores, esto es, que no se afecten los principios de estricta

³⁴⁵ Artículo 38 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁴⁶ Contraloría General de la República, dictámenes N°13.225, de 1993, N°29.611, de 1998, N°34.014, de 1999; N°20.153, 30 de mayo de 2001, N°49.927, 7 de noviembre de 2003, y N°28.549, 3 de junio de 2004 citados en Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.2.3.5. Evaluación de ofertas.

³⁴⁷ Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.2.3.5. Evaluación de ofertas.

sujeción a las bases y de igualdad de oferentes, y se informe de dicha solicitud al resto de los oferentes a través del Sistema de Información³⁴⁸.

225. Por último, el informe final de la Comisión Evaluadora deberá contener lo siguiente: (i) Criterios y ponderaciones utilizados en la evaluación de las ofertas; (ii) Las ofertas declaradas inadmisibles; (iii) La proposición de declaración de la licitación como desierta, cuando no se presentaren ofertas, o bien, cuando la comisión evaluadora juzgare que las ofertas presentadas no resulten convenientes a los intereses de la Entidad licitante; (iv) La asignación de puntajes para cada criterio y las fórmulas utilizadas, así como cualquier observación relativa a la forma de aplicar los criterios de evaluación; y (v) La proposición de adjudicación dirigida a la autoridad facultada para adoptar la decisión final de adjudicación³⁴⁹.
226. De acuerdo a lo señalado por la Contraloría³⁵⁰, las obligaciones relacionadas con la evaluación de las ofertas³⁵¹ corresponden a: (i) La restricción a los contactos durante la evaluación, que consiste en que mientras dure el periodo de evaluación, los oferentes solamente podrán mantener contacto con la entidad licitante para efectos de ésta, y prohibiéndose cualquier otro tipo de contacto³⁵², excepto las visitas a terreno, solicitud de pruebas y cualquier otro contacto especificado en las bases en la etapa de aclaraciones³⁵³; (ii) Garantía de imparcialidad y competencia entre los oferentes³⁵⁴; (iii) Ausencia de conflictos de intereses de los integrantes de las comisiones evaluadoras³⁵⁵, requisito necesario, dado que la evaluación de las propuestas debe realizarse de manera objetiva y

³⁴⁸ Artículo 40 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁴⁹ Artículo 40 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁵⁰ Contraloría General de la República, «Instrucciones Sobre el Cumplimiento del Principio de Probidad en Materia de Contratación Pública de Suministro de Bienes Muebles y Prestación de Servicios», 22 de enero de 2018.

³⁵¹ *Ibíd.* 5 y 6.

³⁵² Artículo 39 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁵³ Contraloría General de la República, dictamen N°11.176, 4 de marzo de 2009.

³⁵⁴ Artículo 37 inciso quinto del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁵⁵ Artículo 37 inciso cuarto del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

transparente, respetando la igualdad de los oferentes y la estricta sujeción a las bases³⁵⁶; y (iv) Obligación de los integrantes de las comisiones evaluadoras de registrar sus audiencias, viajes y donativos³⁵⁷.

g. Adjudicación de la oferta y notificación

227. Las entidades licitantes deberán publicar oportunamente en el Sistema de Información los resultados de sus procesos de licitación o contratación. Asimismo, deberán publicar la resolución fundada que declare la inadmisibilidad y/o declaración de que la licitación resultó desierta. La entidad aceptará, mediante acto administrativo debidamente notificado al adjudicatario y al resto de los oferentes, la propuesta más ventajosa, considerando los criterios de evaluación con sus respectivos puntajes y ponderaciones³⁵⁸.
228. Las obligaciones que destaca la Contraloría³⁵⁹ relacionadas con la adjudicación corresponden a: (i) La prohibición de adjudicar a oferentes que se encuentren inhabilitados para contratar con las entidades³⁶⁰; (ii) Necesidad de contar con autorizaciones presupuestarias³⁶¹; y (iii) Obligación de explicitar las razones técnicas y económicas que justifiquen las situaciones en que el monto adjudicado supera en más de un 30% al monto estimado³⁶².

iv. Compra coordinada

229. Esta modalidad fue introducida por el Decreto Supremo N°821 del Ministerio de Hacienda que modificó el Reglamento de Compras Públicas, publicado el año 2020. El artículo 2 numeral 39 del Reglamento define la compra coordinada como aquella modalidad de

³⁵⁶ Contraloría General de la República, dictamen N°305, 5 de enero de 2016.

³⁵⁷ Artículo 4 numeral 7 de la Ley N°20.730 que regula el Lobby y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios.

³⁵⁸ Artículo 41 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁵⁹ Contraloría General de la República, «Instrucciones Sobre el Cumplimiento del Principio de Probidad en Materia de Contratación Pública de Suministro de Bienes Muebles y Prestación de Servicios de la Contraloría General de la República», 22 de enero de 2018.

³⁶⁰ Artículo 41 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁶¹ Artículo 3 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁶² Artículo 11 inciso segundo del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

compra a través de la cual dos o más Entidades regidas la Ley de Compras, comprendiendo aquellas adheridas voluntariamente al Sistema de Información, por sí o representadas por la Dirección de Compras, pueden agregar demanda mediante un procedimiento competitivo, a fin de lograr ahorros y reducir costos de transacción. Asimismo, el artículo 104 bis del mismo cuerpo legal establece que ChileCompra podrá incentivar los procesos de compra coordinada.

230. En este sentido, se distinguen dos formas en que las compras coordinadas pueden implementarse. En primer lugar, las compras coordinadas por mandato que son ejecutadas por ChileCompra. En esta modalidad, la Dirección de ChileCompra agrega demanda representando a varias instituciones del Estado en un proceso de licitación pública para la contratación de bienes y/o servicios. En segundo lugar, las compras coordinadas conjuntas, en donde dos o más entidades efectúan un proceso de compra para contratar para sí el mismo tipo de bien o servicio. En estos casos, ChileCompra apoya activamente en el desarrollo de la compra, pero no asume ningún tipo de representación³⁶³.
231. Si bien las recomendaciones de ChileCompra no son vinculantes, en la Ley de Presupuestos del año 2020 se estableció que la Dirección de Presupuestos puede establecer los mecanismos de adquisición de los siguientes bienes y servicios: servicio de arriendo de computadores, compra de computadores, servicio de telefonía móvil y banda ancha móvil y vehículos. En el oficio circular N°5 del Director de Presupuestos, se estableció que la adquisición de los bienes y servicios anteriormente mencionados deberá efectuarse mediante compras coordinadas.

B. Licitación privada

232. Este mecanismo de contratación pública es definido como “el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente³⁶⁴”. A diferencia de la licitación pública, en este procedimiento intervienen como oferentes únicamente las personas o entidades invitadas por el organismo que licita³⁶⁵. La licitación

³⁶³ Dirección ChileCompra, Resolución Exenta N°222 B, 2 de abril de 2020.

³⁶⁴ Artículo 7 literal b de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁶⁵ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 322.

privada es regulada por el Capítulo V del Reglamento de la Ley de Compras Públicas, entre los artículos 44 y 48.

233. La licitación privada tiene las siguientes características³⁶⁶: (i) Es también un procedimiento administrativo, por lo que está sujeto en forma supletoria a la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos; (ii) Es un procedimiento concursal, puesto que si bien el organismo público no inicia una concurso público, invita a determinadas personas para formular propuestas sujetas a las bases fijadas, de las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente; (iii) Constituye un procedimiento excepcional en materia de compras públicas, siendo procedente su aplicación en los casos señalados expresamente por la ley, requiriéndose una resolución fundada para acreditar su concurrencia; (iv) Es un mecanismo de contratación facultativo para la Administración, pudiéndose aplicar igualmente la licitación pública o el convenio marco en caso de que procedan los casos de licitación privada señalados por el legislador; y (v) Es un mecanismo de contratación de carácter individual.
234. Para la admisibilidad de un proceso de contratación pública mediante licitación privada, será necesaria una resolución fundada que la disponga, la que deberá ser publicada en el Sistema de Información administrado por la Dirección de Compras y Contratación Pública³⁶⁷. La Contraloría estableció que la justificación debe “constar en el acto administrativo que aprueba el convenio respectivo”, dado el carácter excepcional del mecanismo de contratación³⁶⁸. Si es que no se dicta este acto administrativo fundado, se vulnera lo establecido por la normativa de compras públicas y el principio de libre concurrencia de los oferentes³⁶⁹.
235. La invitación que efectúe el organismo licitante en el marco de una licitación privada deberá enviarse a un mínimo de tres posibles proveedores interesados que tengan negocios de naturaleza similar a los que son objeto de la licitación privada. En todo caso, la entidad licitante podrá efectuar la contratación, cuando habiéndose efectuado las invitaciones

³⁶⁶ Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.3. Licitación Privada.

³⁶⁷ Artículo 44 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁶⁸ Contraloría General de la República, dictámenes N°45.730, 14 de octubre de 2003 y N°6.019, 1 de marzo de 2019.

³⁶⁹ Contraloría General de la República, dictamen N°24.654, 6 de julio de 2017.

señaladas anteriormente recibe una o dos ofertas, y el resto de los invitados se excusa o no muestra interés en participar³⁷⁰.

236. Esta convocatoria deberá efectuarse a los proveedores seleccionados a través del Sistema de Información, a la que se adjuntarán las respectivas Bases, debiendo otorgárseles un plazo mínimo para presentar las ofertas, que variará según los montos de la contratación, según lo indicado en el artículo 25 del Reglamento³⁷¹, a saber: (i) Si el monto de la contratación es entre 1.000 y 5.000 UTM, el plazo será de a lo menos 20 días, por regla general; (ii) Si el monto es entre 100 y 1.000 UTM, el plazo por regla general será de a lo menos 10 días; (iii) Si el monto es inferior a 100 UTM, el plazo mínimo será de 5 días.
237. La invitación por parte del organismo licitante deberá ser a los proveedores respecto de los cuales tenga una cierta expectativa de recibir respuestas al ofrecimiento efectuado. Asimismo, podrá preferir a aquellos que estén inscritos en el Registro de Proveedores³⁷². Cumpliéndose estos requisitos exigidos para la validez de las invitaciones a una licitación privada, la Contraloría no podrá pronunciarse sobre el mérito de esa decisión³⁷³.
238. Las normas relativas a la licitación pública se aplicarán a la licitación privada, en todo aquello que atendida la naturaleza de la licitación privada sea procedente³⁷⁴.

C. Trato Directo

239. La Ley define a los tratos directos como “el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, deba efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo caso, ser acreditada según lo determine el reglamento. La

³⁷⁰ Artículo 45 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁷¹ Artículo 46 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁷² Artículo 47 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁷³ Contraloría General de la República, dictamen N°15.342, 14 de marzo de 2011.

³⁷⁴ Artículo 48 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación³⁷⁵.

240. Doctrinariamente, Moraga define a este mecanismo como el “procedimiento administrativo excepcional por el que el Estado o ente público elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes; sin necesidad de regular previamente un concurso ni preparar bases de licitación³⁷⁶”. Por su parte, Cordero entiende la contratación directa como “un acuerdo de voluntades que la Administración celebra con un co-contratante libremente elegido para obtener de él los bienes o servicios que necesita para alcanzar los fines que le interesa alcanzar. Es un sistema excepcional de contratación que sólo procede si no ha sido posible licitar³⁷⁷”.
241. La Dirección de Compras y Contratación Pública establece que “el objetivo del trato o contratación directa es ser un procedimiento ágil y sencillo para seleccionar y contratar a los proveedores de un bien o servicio requerido, cuando concurren determinadas circunstancias establecidas en el ordenamiento jurídico, que justifican la no utilización de los procesos de licitación³⁷⁸”.
242. Este mecanismo de contratación se encuentra regulado en el Capítulo VI del Reglamento de la Ley de Compras Públicas, entre los artículos 49 y 53. En su artículo 49, reafirma el carácter excepcional del trato directo, pues señala que se podrá realizar un proceso de compras por esta vía únicamente en la medida en que concurra alguna causal expresamente señalada, y que exista un acto administrativo fundado por parte del organismo que acredite la concurrencia de la respectiva causal.
243. La entidad contratante deberá publicar en el Sistema de Información puesto a disposición por la Dirección de Compras y Contratación Pública la resolución fundada que autoriza la procedencia del trato directo, especificando el bien y/o servicio contratado y la identificación del proveedor con quien se contrata, a más tardar dentro de un plazo de 24 horas desde la dictación del acto administrativo, salvo que se tratara de la causal de contratación de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés

³⁷⁵ Artículo 7 literal c de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁷⁶ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 322-323.

³⁷⁷ Cordero Vega, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 429-430.

³⁷⁸ Directiva N°10: «Instrucciones para la Utilización del Trato Directo», del 2 de octubre de 2008, de la Dirección ChileCompra, 2.

nacional, o que consistiera en un mecanismo de Compra Ágil, regulado en el artículo 10 bis del Reglamento³⁷⁹.

244. El procedimiento de contratación directa exige el requerimiento de un mínimo de tres cotizaciones previas de distintos proveedores, con la excepción de las causales descritas en los numerales 3, 4, 6 y 7 del artículo 10 del Reglamento³⁸⁰. Las cotizaciones deben llevarse a cabo a través del Sistema de Información, pero en forma excepcional pueden realizarse en soporte físico o de papel³⁸¹. La finalidad de esta exigencia es garantizar, incluso en este mecanismo de contratación excepcional, los principios generales de la contratación administrativa de transparencia, economía, y el deber de selección objetiva e imparcial del contratante³⁸².
245. Las normas aplicables a las licitaciones pública y privada actúan supletoriamente en todo aquello que, atendida la naturaleza del trato directo, sea procedente³⁸³.
246. La CGR ha emitido una serie de dictámenes en que ha establecido diferentes consideraciones y delimitaciones con respecto a los tratos directos y sus causales. En primer lugar, ha reafirmado el carácter excepcional de este mecanismo de contratación en los procesos de compras públicas, procediendo únicamente si concurren las causales establecidas en la normativa³⁸⁴. En ese sentido, cualquiera sea la causal invocada, no es suficiente la única referencia a las disposiciones legales y reglamentarias, sino que, debido a su carácter excepcional, es necesaria una demostración efectiva y documentada de los

³⁷⁹ Artículo 50 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Véase Directiva N°10: «Instrucciones para la Utilización del Trato Directo», de la Dirección ChileCompra, 3.

³⁸⁰ Artículo 51 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁸¹ Artículo 62 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁸² Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 323.

³⁸³ Artículo 52 del del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁸⁴ Así lo expresan los dictámenes de la Contraloría General de la República N°46.532 del 4 de diciembre de 2000, N°57.215 del 29 de noviembre de 2006, N°26.151 del 6 de junio de 2008, N°61.442 del 3 de octubre de 2012 y N°14.235 del 7 de junio de 2018, entre muchos otros.

motivos que justifican su procedencia, requiriendo acreditarse en forma completa cada uno de los elementos que configuran las causales establecidas por el legislador³⁸⁵.

247. Por otra parte, deberá ser el propio organismo público quien evalúe y adopte la decisión fundada de contratar vía trato directo, mediante “la debida ponderación de las situaciones de hecho y las disposiciones jurídicas pertinentes”, por lo que la Contraloría no podrá pronunciarse en forma previa al respecto, sin perjuicio de sus facultades fiscalizadoras y del eventual trámite de toma de razón³⁸⁶.
248. La Dirección de Compras y Contratación Pública clasifica al trato directo en tres tipos, a saber: (i) Trato directo sin cotización, que es aquel en que el organismo escoge directamente al proveedor, sin que concurren otros oferentes, emitiendo directamente una orden de compra en el Sistema a un proveedor inscrito; (ii) Trato directo cerrado o privado, donde se invita a un mínimo de tres proveedores seleccionados por la entidad a presentar cotizaciones, con la expectativa de recibir ofertas; y (iii) Trato directo abierto o público, que es aquel donde se invita a presentar cotizaciones a todos los proveedores inscritos en el Sistema, en el rubro que solicita el organismo contratante³⁸⁷.
249. A diferencia de un proceso licitatorio, en el mecanismo de contratación directa no existen bases de licitación, sino términos de referencia, donde no hay un contenido mínimo establecido por el legislador³⁸⁸. Los términos de referencia consisten en “el pliego de condiciones que regula el proceso de compras denominado trato o contratación directa y la forma en que deben formularse las cotizaciones³⁸⁹”. La Dirección plantea la exigencia de establecer términos de referencia “fáciles de comprender, precisos y que establezcan claramente los requerimientos y criterios de evaluación³⁹⁰”.

i. Microcompra

³⁸⁵ Así lo señalan los dictámenes de la Contraloría General de la República N°69.865 del 9 de septiembre de 2012, N°17.016 del 18 de marzo de 2013, N°14.235 del 7 de junio de 2018 y N°24.243 del 5 de septiembre de 2019, entre otros.

³⁸⁶ Contraloría General de la República, dictámenes N°420, 5 de enero de 2011, N°651, 6 de enero de 2011, y N°68.458, 31 de octubre de 2012.

³⁸⁷ Directiva N°10: «Instrucciones para la Utilización del Trato Directo», de la Dirección ChileCompra», 13.

³⁸⁸ *Ibíd.* 14.

³⁸⁹ *Ibíd.* 15.

³⁹⁰ *Ibíd.*

250. Dentro del procedimiento de trato directo, el legislador incluyó la modalidad de “Microcompra”, que será procedente en todo proceso de compras por montos menores o iguales a 10 UTM, buscando procesos más eficientes y fluidos³⁹¹.
251. Se entenderán como Microcompras los tratos directos fundados en las causales del artículo 10 N°7 letra n, y 53 del Reglamento. El Decreto N°821 del 21 de enero de 2020 del Ministerio de Hacienda eliminó el numeral 8 del artículo 10 del Reglamento, que establecía la procedencia de la licitación privada o trato directo en caso de que las contrataciones fuesen iguales o inferiores a 10 UTM. En su lugar, se introdujo la compra ágil que establece requisitos más laxos y aumenta el monto a 30 UTM.
252. Respecto a lo que se encuentra actualmente vigente, la causal establecida en el artículo 10 N°7 letra n corresponde a adquisiciones inferiores a 10 UTM que privilegien materias de alto impacto social. Esta causal se debe acreditar expresando el “cumplimiento de dichos objetivos, así como la declaración de que lo contratado se encuentra dentro de los valores de mercado, considerando las especiales características que la motivan³⁹²”. En este caso, únicamente se exige adjuntar una cotización³⁹³.
253. Por otra parte, el artículo 53 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas establece que podrán efectuarse fuera del Sistema de Información ordinario las contrataciones de bienes y servicios cuyos montos sean inferiores a 3 UTM. Si se invoca esta causal, se requerirá una sola cotización³⁹⁴.

ii. Compra Ágil

254. Por último, se añadió recientemente a la normativa de compras públicas el mecanismo de “Compra Ágil”, que es definido por el artículo 2 del Reglamento como la “modalidad de compra mediante la cual las Entidades podrán adquirir bienes y/o servicios por un monto igual o inferior al fijado por el artículo 10 bis de este Reglamento, de una manera dinámica y expedita, a través del Sistema de Información, mediante el procedimiento de trato directo, requiriendo un mínimo de tres cotizaciones previas”.

³⁹¹ Directiva N°30: «Recomendaciones para realizar compras menores o iguales a 10 UTM», del 21 de agosto de 2017, de la Dirección ChileCompra, 3.

³⁹² Dirección de Compras y Contratación Pública, «Políticas y Condiciones de Uso Modalidad Microcompra», (2017), 2.

³⁹³ *Ibíd.* 6.

³⁹⁴ *Ibíd.*

255. Esta modalidad de trato directo es regulada por el artículo 10 bis del Reglamento. Además, la Dirección de Compras emitió una serie de recomendaciones para el uso de esta modalidad en la Directiva de Contratación Pública N°35, publicada el 24 de abril de 2020.
256. La Compra Ágil es procedente en caso de que el objeto de la contratación sea igual o inferior a 30 UTM. En este caso, la entidad deberá fundamentar la procedencia del trato directo únicamente aludiendo al monto de la contratación, no requiriéndose la dictación de una resolución fundada. Basta con la emisión y posterior aceptación de la orden de compra por parte del proveedor³⁹⁵. Lo anterior “permite que la contratación sea más expedita, ya que la fundamentación requiere únicamente dar cuenta de un hecho objetivo que la justifique, como es el monto de la contratación, sin necesidad de otros argumentos³⁹⁶”. De todas formas, se exige un mínimo de tres cotizaciones a través del Sistema de Información³⁹⁷.

iii. Causales de procedencia de la licitación privada y trato directo

257. El artículo 8 de la Ley de Compras y el artículo 10 de su Reglamento establecen las circunstancias en que procede la licitación privada o el trato directo, a saber:

a. Si en las licitaciones públicas respectivas no se hubieren presentado interesados

258. En tal caso, se deberá realizar previamente una licitación privada, y si no se encuentran nuevamente interesados, procederá el trato directo. La propuesta privada deberá tener las mismas condiciones que la licitación pública declarada desierta³⁹⁸, aplicándose el principio de igualdad ante las bases de licitación y el de economía procedimental³⁹⁹. Además, se requerirán tres cotizaciones de diferentes proveedores⁴⁰⁰.

³⁹⁵ Artículo 10 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁹⁶ Directiva N°35: «Recomendaciones para el uso de la modalidad Compra Ágil», del 24 de abril de 2020, de la Dirección ChileCompra, 2.

³⁹⁷ Artículo 10 bis y 51 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

³⁹⁸ Contraloría General de la República, dictamen N°5.536, 21 de enero de 2015.

³⁹⁹ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 330.

⁴⁰⁰ Artículo 51 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

b. Contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente

259. En las situaciones en que se tratara de contratos que correspondieran a la realización o terminación de un contrato que haya debido resolverse o terminarse anticipadamente por falta de cumplimiento del contratante u otras causales, y cuyo remanente no supere las 1.000 UTM. En esta causal también es menester efectuar las tres cotizaciones. La Dirección señala que esta norma busca “evitar el daño que puede generar el término anticipado e imprevisto de un contrato, en los casos en que los tiempos que involucra la realización de una licitación pública no permite dar la continuidad necesaria a la contratación requerida⁴⁰¹”.

c. Situaciones de urgencia o imprevisto

260. En casos de emergencia, urgencia o imprevisto. La concurrencia de estas situaciones deberá ser calificada mediante una resolución fundada del jefe superior de la entidad. La fundamentación requerirá en todo caso una acreditación efectiva y documentada de las razones que motivan su procedencia⁴⁰². Las circunstancias descritas deberán presentarse al momento de la emisión de la resolución aprobatoria⁴⁰³. Por último, los hechos que acrediten estos casos no pueden haberse originado por una decisión voluntaria del propio organismo, y su ocurrencia debe ser desconocida e imprevisible para las partes⁴⁰⁴.

d. Si solo existe un proveedor del bien o servicio

261. La concurrencia de esta causal debe entenderse cuando efectivamente un bien o servicio cuenta con un único proveedor, sin que corresponda considerar el ámbito territorial como una variable importante a considerar⁴⁰⁵. No basta con mencionar la existencia de un único proveedor, sino que esto debe ser debidamente fundamentado⁴⁰⁶. Además, es insuficiente para la acreditación de esta causal acompañar únicamente los antecedentes presentados

⁴⁰¹ Directiva N°10: «Instrucciones para la Utilización del Trato Directo», de la Dirección ChileCompra, 4.

⁴⁰² Contraloría General de la República, dictámenes N°69.864, 9 de noviembre de 2012 y N°80.720, 9 de octubre de 2015.

⁴⁰³ Contraloría General de la República, dictámenes N°31.356, 22 de mayo de 2013 y N°15.692, 3 de marzo de 2014.

⁴⁰⁴ Contraloría General de la República, dictámenes N°52.018, 19 de noviembre de 2007 y N°18.756, 12 de abril de 2010.

⁴⁰⁵ Contraloría General de la República, dictamen N°41.866, 3 de agosto de 2009.

⁴⁰⁶ Contraloría General de la República, dictámenes N°23.248, 4 de mayo de 2010, N°50.123, 9 de agosto de 2011, N°10.857, 15 de febrero de 2013 y N°2.214, 21 de enero de 2019.

por la empresa proveedora⁴⁰⁷. Se argumenta que es “poco probable que la Administración se encuentra alguna vez dentro de la hipótesis [...], puesto que existe libertad de cualquier persona para contratar con ella -personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras-, con tal que acrediten la correspondiente situación financiera e idoneidad técnica⁴⁰⁸”.

e. Prestación de servicios que deben ejecutarse por personas jurídicas extranjeras fuera del territorio nacional

262. Esta causal no permite la contratación con una persona natural extranjera, y exige solicitar tres cotizaciones previas de proveedores diferentes⁴⁰⁹. Es aplicable, por ejemplo, cuando una embajada o representación diplomática chilena en el extranjero requiere contratar un determinado servicio⁴¹⁰.

f. Servicios de carácter confidencial o cuya difusión pueda afectar la seguridad o el interés nacional.

263. Este tipo de servicios deberán ser determinados por decreto supremo. Cabe destacar que, al hablarse de servicios, se excluye la adquisición de bienes muebles⁴¹¹. La Dirección de Compras y Contratación Pública entiende que esta causal se encuentra tácitamente derogada luego de la modificación introducida por la Ley N°20.050 al artículo 8 de la Constitución Política de la República⁴¹².

g. Cuando por la naturaleza de la negociación existan circunstancias o características del contrato hagan indispensable acudir al trato directo

264. Cabe destacar que no se hace referencia a la licitación privada, por lo que estos casos determinarán únicamente la concurrencia del trato directo. El artículo 10 numeral 7 del Reglamento de Compras Públicas regula los casos en que es procedente esta causal:

⁴⁰⁷ Contraloría General de la República, dictamen N°22.767, 21 de junio de 2017.

⁴⁰⁸ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 334.

⁴⁰⁹ Contraloría General de la República, dictamen N°46.129, 24 de agosto de 2009.

⁴¹⁰ Directiva N°10: «Instrucciones para la Utilización del Trato Directo», de la Dirección ChileCompra, 6.

⁴¹¹ Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.4.2.6. Servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pueda afectar la seguridad o el interés nacional.

⁴¹² Directiva N°10: «Instrucciones para la Utilización del Trato Directo», de la Dirección ChileCompra, 6.

h. Prórroga de un contrato o contratación de servicios conexos.

265. Si se requiere contratar la prórroga de un Contrato de Suministro o Servicios, o contratar servicios conexos, respecto de un contrato suscrito con anterioridad, por considerarse indispensable para las necesidades de la Entidad y sólo por el tiempo en que se procede a un nuevo Proceso de Compras, siempre que el monto de dicha prórroga no supere las 1.000 UTM. Esta causal establece dos situaciones distintas, y ambas exigencias señaladas en la disposición se refieren únicamente a la prórroga contractual y no a la contratación de servicios conexos⁴¹³. No es suficiente para fundamentar la contratación directa por esta causal solamente afirmar la existencia de un vínculo contractual anterior⁴¹⁴.

i. Gastos de representación.

266. Cuando la contratación se financie con gastos de representación en conformidad a las instrucciones presupuestarias correspondientes. Las compras realizadas por esta causal podrán efectuarse fuera del Sistema de Información de la Dirección, sin perjuicio de poder someterse voluntariamente a este⁴¹⁵.

j. Cuando pueda afectarse la seguridad e integridad personal de las autoridades.

267. Se hace referencia a procesos de compras donde es necesario contratar directamente con un proveedor probado que asegure discreción y confianza. Cuando se aleguen condiciones más ventajosas por parte de un proveedor, se deberá fundamentar con “situaciones objetivas, demostrables y sustanciales⁴¹⁶”.

k. Consultorías encomendadas en especial consideración de las facultades del proveedor.

268. La causal supone que se requiere contratar consultorías cuyas materias se encomiendan en consideración especial de las facultades del Proveedor que otorgará el servicio, por lo que no pueden ser sometidas a una licitación, y siempre que se refieran a aspectos claves y estratégicos, fundamentales para el cumplimiento de las funciones de la entidad pública, y que no puedan ser realizados por personal de la propia entidad. Los tres aspectos mencionados deben acreditarse conjuntamente para la concurrencia de la causal⁴¹⁷. Este

⁴¹³ Contraloría General de la República, dictamen N°71.748, 19 de noviembre de 2012.

⁴¹⁴ Contraloría General de la República, dictamen N°30.249, 1 de julio de 2008.

⁴¹⁵ Artículo 53 literal c del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴¹⁶ Contraloría General de la República, dictamen N°55.563, 10 de julio de 2015.

⁴¹⁷ Contraloría General de la República, dictamen N°100.902, 22 de diciembre de 2015.

caso procede, por ejemplo, si la contratación consiste en servicios especiales en que el proveedor cuenta con antecedentes académicos y laborales suficientes⁴¹⁸. Sin embargo, el desempeño previo o el prestigio del proveedor, por sí solos, no son suficientes para la acreditación de la causal, ya que no impiden realizar un proceso de licitación pública⁴¹⁹.

l. Contrataciones que únicamente pueden realizarse con los titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, industrial, licencias, patentes y otros.

269. Para acreditar esta causal no basta la mera cita a motivos de funcionamiento interno del órgano⁴²⁰. Asimismo, es necesario que el proveedor sea titular previamente de los derechos, no sirviendo que su derecho derive de la ejecución de las prestaciones pactadas⁴²¹. Dado el carácter excepcional del trato directo, debe acreditarse que el proveedor deba necesariamente ser titular de un derecho para la ejecución del proyecto⁴²².

m. Cuando por la magnitud e importancia que implica la contratación se hace indispensable recurrir a un proveedor determinado.

270. La elección del proveedor se debe hacer en virtud de la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de los bienes o servicios requeridos, y siempre que se estime fundadamente que no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza. Para la correcta acreditación de la causal, no basta la simple mención de las normas en cuestión, ni referencias a la positiva impresión, experiencias anteriores o gran eficiencia del proveedor, sino que siempre se requiere una acreditación de que no existen otros proveedores que puedan brindar la misma seguridad y confianza⁴²³. Así, ambas circunstancias deben concurrir simultáneamente⁴²⁴. Cabe destacar que la sola

⁴¹⁸ Contraloría General de la República, dictamen N°63.945, 29 de agosto de 2016.

⁴¹⁹ Contraloría General de la República, dictámenes N°9.405, 24 de febrero de 2006 y N°34.004, 30 de julio de 2007.

⁴²⁰ Contraloría General de la República, dictamen N°121, 5 de enero de 2009.

⁴²¹ Contraloría General de la República, dictamen N°9.405, 24 de febrero de 2006.

⁴²² Contraloría General de la República, dictamen N°839, 6 de enero de 2006.

⁴²³ Así lo señalan los dictámenes de la Contraloría General de la República, N°3.871 del 20 de enero de 2001, N°21.470 del 15 de mayo de 2007, N°2.368 del 18 de enero de 2008, N°11.189 del 11 de marzo de 2008, N°20.289 del 30 de abril de 2008, N°44.888 del 18 de agosto de 2009, N°66.505 del 8 de noviembre de 2010, N°69.868 del 19 de noviembre de 2010, N°62.834 del 14 de agosto de 2014, N°89.541 del 17 de noviembre de 2014, N°90.268 del 13 de noviembre de 2015, N°12.798 del 17 de febrero de 2016, N°26.006 del 8 de abril de 2016, N°30.471 del 22 de abril de 2016, N°89.918 del 15 de julio del 2016, N°2.410 del 23 de enero de 2017 y N°10.172 del 23 de marzo de 2017, entre otros.

⁴²⁴ Contraloría General de la República, dictamen N°42.470, 28 de mayo de 2015.

afirmación de que no exista otro proveedor en esta situación no es suficiente, requiriéndose una debida fundamentación⁴²⁵. A diferencia de la causal de único proveedor, aquí no se exige que no existan otros competidores que puedan ofrecer el mismo bien o servicio, sino que se debe acreditar que estos no permitan entregar ese nivel de confianza y seguridad⁴²⁶. Por último, la causal debe ser acreditada en virtud de la propia experiencia del órgano licitante en la provisión de los bienes⁴²⁷.

n. Reposición o complementación de equipamiento y servicios accesorios.

271. El equipamiento o servicios accesorios deben necesariamente ser compatibles con los modelos, sistemas o infraestructura previamente adquirida por el organismo. Cabe mencionar que una renovación tácita o automática del vínculo contractual con motivo de la alusión a esta causal pugnaría con los principios de transparencia y libre concurrencia de los bienes⁴²⁸. La fundamentación de los elementos de la causal debe referirse a la existencia de un equipo o servicio principal al cual se complemente o acceda⁴²⁹.

o. Cuando el conocimiento público del proceso licitatorio pone en riesgo el objeto y eficacia de la contratación.

272. La causal se refiere a casos en que “la divulgación de la realización del proceso licitatorio puede poner en serio riesgo el fin y el cumplimiento de los efectos que se esperen lograr con la contratación en cuestión⁴³⁰”. Dado el carácter secreto de esta causal, no es necesaria la publicación del proceso de compra en el Sistema de Información, lo que se desprende del numeral 5 del artículo 62 del Reglamento. Se debe acreditar de qué forma el conocimiento público generaría el proceso previo a la contratación podría poner en riesgo su objeto o eficacia⁴³¹.

⁴²⁵ Contraloría General de la República, dictamen N°23.774, 26 de marzo de 2015.

⁴²⁶ Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.4.2.7. Causales de trato directo por la naturaleza de la negociación en conformidad al Reglamento de la Ley de Compras.

⁴²⁷ Contraloría General de la República, dictamen N°66.231, 19 de agosto de 2015.

⁴²⁸ Contraloría General de la República, dictámenes N°44.145, 8 de octubre de 2010, N°73.154 y N°73.155, 6 de diciembre de 2010, y N°74.046 y N°74.093, 10 de diciembre de 2010.

⁴²⁹ Contraloría General de la República, dictamen N°63.669, 7 de octubre de 2011.

⁴³⁰ Directiva N°10: «Instrucciones para la Utilización del Trato Directo», de la Dirección ChileCompra, 12.

⁴³¹ Contraloría General de la República, dictamen N°58.741, 11 de diciembre de 2008.

p. Adquisiciones de bienes muebles a oferentes extranjeros, para ser utilizados o consumidos fuera de Chile, en el cumplimiento de las funciones propias de la entidad adquirente, y en las que, por razones de idioma, de sistema jurídico, de sistema económico o culturales, u otra de similar naturaleza, sea del todo indispensable acudir a este tipo de contratación.

273. Las entidades determinarán por medio de una resolución, los procedimientos internos que permitan resguardar la eficiencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación arbitraria en esta clase de adquisiciones. Cabe destacar que esta causal no concurre cuando se trata de la adquisición de bienes muebles para ser utilizados o consumidos en Chile⁴³².

q. Cuando el costo de la licitación, desde el punto de vista financiero o de gestión de personas, resulta desproporcionado en relación al monto de la contratación y ésta no supera las 100 Unidades Tributarias Mensuales.

274. La ponderación del costo de evaluación de las ofertas debe realizarse caso a caso, debiendo señalar el costo que significaría llevar a cabo una licitación pública, el valor del objeto del contrato, y el sobre costo, lo que debe sustentarse en antecedentes objetivos y comprobables, descritos en resoluciones fundadas⁴³³.

r. Cuando se trate de la compra de bienes y/o contratación de servicios que se encuentren destinados a la ejecución de proyectos específicos o singulares, de docencia, investigación o extensión, en que la utilización del procedimiento de licitación pública pueda poner en riesgo el objeto y la eficacia del proyecto de que se trata.

275. Como se puede apreciar, el objeto de la contratación debe enmarcarse necesariamente dentro de un proyecto específico del organismo, y referirse estrictamente a actividades de docencia, investigación o extensión⁴³⁴. las entidades determinarán por medio de una resolución, disponible en el Sistema de Información, los procedimientos internos que permitan resguardar la eficiencia, transparencia, publicidad, igualdad y no discriminación arbitraria en esta clase de adquisiciones. Esta causal fue modificada y completada por el Decreto N°821 del Ministerio de Hacienda del 21 de enero de 2020.

⁴³² Contraloría General de la República, dictamen N°19.863, 25 de julio de 2019.

⁴³³ Contraloría General de la República, dictamen N°12.128, 3 de mayo de 2019.

⁴³⁴ Contraloría General de la República, dictamen N°72.817, 3 de diciembre de 2010.

s. Cuando habiendo realizado una licitación pública previa para el suministro de bienes o contratación de servicios no se recibieran ofertas o éstas resultaran inadmisibles por no ajustarse a los requisitos esenciales establecidos en las bases y la contratación es indispensable para el organismo.

276. Podrá acudirse a la contratación vía trato directo cada vez que concurren los requisitos que esta causal exige, sin limitarse *ex ante* la cantidad de veces en que será procedente⁴³⁵. Por otra parte, en caso de que en la licitación previa se haya presentado algún proveedor cuya oferta haya sido declarada admisible, no se cumplen los requisitos necesarios para la concurrencia de la causal⁴³⁶. Cabe mencionar que se necesita una demostración efectiva y documentada de los motivos que justifican la procedencia de la disposición, es decir, la documentación de la existencia de dos procedimientos licitatorios previos fallidos⁴³⁷.

t. Cuando se trate de la contratación de servicios especializados inferiores a 1.000 Unidades Tributarias Mensuales.

277. El artículo 106 del Reglamento expresa que “la resolución que apruebe las bases de licitación o autorice el trato directo, según corresponda, deberá expresar los motivos que justifican la clasificación de un servicio como especializado y las razones por las cuales esas funciones no puedan ser realizadas por personal de la propia entidad”. El artículo 107 del mismo texto legal establece el procedimiento de contratación de servicios personales especializados, y prescribe que, tratándose de servicios especializados de un monto inferior a 1.000 UTM, las entidades podrán contratar vía trato directo con un determinado proveedor, previa verificación de su idoneidad. La resolución fundada que autorice el trato directo “deberá señalar la naturaleza especial del servicio requerido, la justificación de su idoneidad técnica y la conveniencia de recurrir a este tipo de procedimiento, la que deberá publicarse en el Sistema de Información”. En suma, se deben cumplir copulativamente los requisitos señalados en la causal y en el artículo 107 del Reglamento⁴³⁸.

u. Cuando se trate de contrataciones inferiores a 10 UTM y que privilegien materias de alto impacto social.

278. Son materias de impacto social aquellas relacionadas con el desarrollo inclusivo, el impulso a las empresas de menor tamaño, la descentralización y el desarrollo local, así como

⁴³⁵ Contraloría General de la República, dictamen N°63.030, 1 de octubre de 2013.

⁴³⁶ Contraloría General de la República, dictamen N°39.181, 3 de junio de 2014.

⁴³⁷ Contraloría General de la República, dictámenes N°45.316, 20 de junio de 2014, N°72.530, 10 de septiembre de 2015 y N°87.695, 2 de julio de 2016.

⁴³⁸ Contraloría General de la República, dictamen N°74.547, 29 de noviembre del 2011.

aquellas que privilegien la protección del medio ambiente, la contratación de personas en situación de discapacidad o de vulnerabilidad social. El cumplimiento de dichos objetivos, así como la declaración de que lo contratado se encuentre dentro de los valores de mercado, considerando las especiales características que la motivan, deberán expresarse en la respectiva resolución que autorice el trato directo.

D. Convenio marco

279. Los convenios marco son procedimientos de contratación realizados por la Dirección de Compras y Contratación Pública para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo y demás condiciones que se establezcan en éstos⁴³⁹.
280. Este mecanismo de compra fue incorporado por la Ley de Compras el año 2003, y recibe la denominación en el portal electrónico de ChileCompra Express⁴⁴⁰. Está regulado en la mencionada Ley de Compras, su Reglamento, y las directivas N°5 del año 2006 y N°15 del año 2017 de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que contienen respectivamente la Directiva de Contratación, sobre compras a través de convenio marco y las Instrucciones para seleccionar productos y servicios en el catálogo de ChileCompra Express, y Recomendaciones para la Aplicación del Mecanismo de Grandes Compras.
281. La implementación de este mecanismo constituye una manifestación de los principios de eficiencia y eficacia consagrados en el artículo 5 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, en consonancia con la Ley de Compras, que señala que la Administración debe propender a la eficacia, eficiencia y ahorro en sus contrataciones⁴⁴¹. En efecto, su creación busca ahorrar recursos estatales, dado que permite la puesta a disposición de los organismos públicos de un conjunto de bienes y servicios en condiciones más convenientes que aquellas ofrecidas en el mercado para su adquisición, sin la necesidad de generar un procedimiento de compra⁴⁴².
282. Así, los convenios marco tienen por tanto una naturaleza meramente procesal o adjetiva: corresponden a un marco jurídico de carácter habilitante para la formulación de relaciones

⁴³⁹ Artículo 2 numeral 14 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

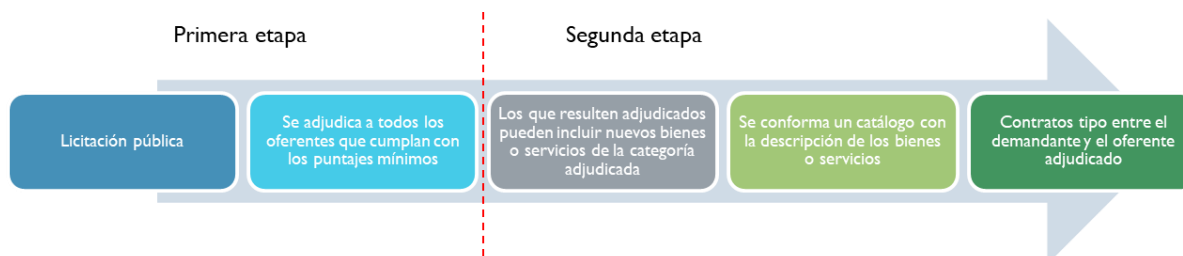
⁴⁴⁰ Gladys Camacho, «Los Contratos Administrativos, en especial el Contrato de Suministro», en *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra* (Santiago: Editorial Jurídica, 2008), 380.

⁴⁴¹ Artículo 6 de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁴² Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.1. Convenio Marco.

de coordinación o concertación con los organismos de la Administración, que por su parte se relacionan directamente con el contratista⁴⁴³.

Figura 4: Etapas convenios marco



Fuente: Elaboración propia a partir de la Ley de Compras Públicas y su Reglamento.

283. El procedimiento de contratación mediante un convenio marco cuenta con dos fases. La primera corresponde a la suscripción del convenio por parte de la Dirección de Compras y Contratación Pública, y la segunda a la suscripción de convenios marco a través de la Dirección.

i. Suscripción del convenio por parte de la Dirección

284. Es función de la Dirección licitar, de oficio o a petición de uno o más organismos públicos, bienes y servicios a través de la suscripción de convenios marco⁴⁴⁴. El propósito de esta licitación es la selección del oferente que esté en condiciones de suministrar a las entidades que lo requieran determinados bienes y servicios, por lo que se obtiene de éste el compromiso de que suministre a las entidades que lo soliciten estos productos⁴⁴⁵.

285. Para la suscripción de estos convenios, la Dirección de Compras y Contratación Pública debe efectuar periódicamente procesos de compra para suscribir convenios marco, considerando, entre otros elementos, los Planes Anuales de Compras de cada Entidad. Por su parte, éstas últimas podrán solicitar a la Dirección que lleve a cabo un Proceso de Compra para concretar un convenio de marco de un bien o servicio determinado, encargándole coordinar un proceso conjunto de contratación o requiriéndole la obtención

⁴⁴³ Jenny Nicolás Turrys, «Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica», *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 20 (2015): 43-80.

⁴⁴⁴ Artículo 30 literal d de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁴⁵ Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.1.2.1.1. Adquisiciones vía Convenio Marco mediante el procedimiento general.

de condiciones específicas de contratación para bienes o servicios determinados. La oportunidad y conveniencia para llevar a cabo estos procesos serán evaluadas por la Dirección⁴⁴⁶.

286. Éstos serán adjudicados mediante una licitación pública, procediendo una licitación privada en caso de no presentarse interesados, o bien en casos de emergencia, urgencia o imprevisto⁴⁴⁷. Sin embargo, el procedimiento llevado a cabo difiere del de una licitación pública común, partiendo por el hecho de que este procedimiento es adjudicado a más de un oferente⁴⁴⁸. En efecto, el convenio marco se adjudicará a todos los oferentes que, sometidos al examen de los criterios de evaluación establecidos en las bases, obtengan el puntaje mínimo establecido en éstas para la adjudicación. Otro elemento de diferencia corresponde a que es posible establecer en las bases de licitación un procedimiento dinámico que permita que un proveedor adjudicado incluya nuevos bienes y servicios no ofertados si corresponden a la categoría adjudicada⁴⁴⁹.
287. Una tercera diferencia respecto a una licitación pública común corresponde al hecho de que la adjudicación de los convenios marco se materializa mediante la firma de un contrato con el adjudicado, que desde el año 2011 corresponden a contratos tipo, contenidos en las bases de la licitación del convenio marco, que se entienden como perfeccionados una vez notificada mediante el Sistema de Información la adjudicación⁴⁵⁰. Una vez adjudicado, la duración promedio de un convenio marco es de 3 a 6 años⁴⁵¹.
288. Los convenios marco no están afectos a control preventivo de juridicidad, dado que no generan para la Dirección de Compras y Contratación Pública la obligación de pagar por la prestación, por lo que los actos administrativos que los aprueban están exentos, por no

⁴⁴⁶ Artículo 14 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁴⁷ Nicolás, «Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica», 55.

⁴⁴⁸ Ibíd. 56.

⁴⁴⁹ Ibíd. 57.

⁴⁵⁰ Partida 08, Capítulo 07, Programa 01 de la Ley N°20.557 de Presupuesto del Sector Público, correspondiente al año 2012.

⁴⁵¹ Nicolás, «Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica», 58. Véanse también «Clase 3 ¿Cómo participar de un Convenio Marco?», Dirección ChileCompra (2017), acceso el 21 de julio de 2020, disponible [aquí](#); y «Resumen Ejecutivo: Evaluación del Gasto Institucional de la Dirección de Compras y Contratación Pública», Dirección de Presupuesto del Ministerio de Hacienda (2015), acceso el 21 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

comprenderse en las materias afectas establecidas en la Resolución N°1600 de 2008 de la CGR⁴⁵². Su fiscalización corresponderá *ex ante* a la CGR, mediante la toma de razón a que están sometidas las bases de éstos. Las revisiones posteriores a la realización de las bases serán realizadas por el Tribunal de Contratación Pública, competente hasta su adjudicación. A partir de ésta, la competencia corresponderá a los tribunales ordinarios de justicia⁴⁵³.

289. El proceso que seguirá la Dirección de Compras y Contratación Pública es aquel establecido en la Ley de Compras y su respectivo Reglamento. Las bases de los convenios marco establecerán los criterios de evaluación que la Dirección estime relevantes para el convenio específico, pudiendo considerar, entre otros, el precio, las condiciones comerciales, la experiencia de los oferentes, la calidad técnica, consideraciones medioambientales o servicios de post venta de los bienes o servicios de este tipo de contratación⁴⁵⁴.
290. Estos se regirán por sus bases, el contrato definitivo si procediere y las respectivas órdenes de compra. Estas últimas deberán ajustarse a las condiciones licitadas, ofertadas y adjudicadas por la Dirección de Compras y Contratación Pública, y deberán contemplar como causal para poner término anticipado a dichos convenios que el o los contratistas incumplan sus obligaciones con cualquier Entidad requirente. Los convenios quedarán regulados igualmente por los derechos y obligaciones que mantendrá la Dirección de Compras para la adecuada fiscalización de los convenios marco⁴⁵⁵.
291. A partir de los convenios marco vigentes se conforma un Catálogo con la descripción de los bienes y servicios ofrecidos, sus condiciones de contratación y la individualización de los Proveedores a los que les fue adjudicado el convenio marco. Será obligatorio consultar tal catálogo antes de llamar a licitación pública, privada o trato directo por parte de un organismo público: en caso de que el bien o servicio que se busque adquirir esté en el catálogo, el organismo deberá adquirirlo emitiendo al contratista correspondiente una orden

⁴⁵² Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.1.2.1.1. Adquisiciones vía Convenio Marco mediante el procedimiento general.

⁴⁵³ Nicolás, «Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica», 53 y 54.

⁴⁵⁴ Artículo 16 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁵⁵ Artículo 18 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

de compra, a menos que se obtenga en condiciones más ventajosas, como ya se estableció⁴⁵⁶.

ii. Suscripción de convenios marco a través de la Dirección

292. Como se mencionó, antes de llamar a una licitación pública, privada o un trato directo para la adquisición de bienes y servicios, los organismos públicos sujetos a la Ley de Compras deberán consultar este catálogo, y en caso de que contenga el producto que se busca comprar deberá adquirirlo de éste. En efecto, están obligados a celebrar directamente contratos de suministro o servicio por medio de este mecanismo independientemente del monto de las contrataciones⁴⁵⁷, pero esto no será obligatorio para las Municipalidades⁴⁵⁸, y para las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en ciertas situaciones calificadas^{459,460,461}.
293. Sin embargo, si una entidad obtiene por cuenta propia condiciones más ventajosas para la adquisición de bienes o servicios respecto de aquellas establecidas en los convenios marco vigentes, puede celebrar el contrato sin necesidad de cumplir con las condiciones, términos y estipulaciones del contrato marco vigente⁴⁶². De presentarse este caso, debe informárselo

⁴⁵⁶ Artículo 14 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁵⁷ Artículo 8 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁵⁸ Artículo 30 literal d inciso tercero de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁵⁹ En efecto, su suscripción no es obligatoria respecto de los bienes y servicios que determinen el Director de Logística del Ejército, el Director General de los Servicios de la Armada, el Comandante del Comando Logístico de la Fuerza Aérea, el Director de Logística de Carabineros y el Jefe de la Jefatura de Logística de la Policía de Investigaciones, de acuerdo a los criterios que al respecto define el reglamento sobre Adquisiciones de bienes corporales e incorporales muebles y servicios de las Fuerzas Armadas, conforme lo señala el Artículo 30, literal d inciso cuarto de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Véase también la Directiva N°5: «Compras a través de Convenio Marco», del 6 de octubre de 2006, de la Dirección ChileCompra.

⁴⁶⁰ Se establecerán mediante un reglamento, dictado en conjunto entre los Ministerios de Hacienda y Defensa, aquellos criterios en virtud de los cuáles la suscripción de convenios marco no será obligatoria para estas instituciones. Artículo 8 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁶¹ Artículo 30 literal d inciso cuarto de la Ley N°19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁶² Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 299.

a la Dirección de Compras y Contratación Pública. Esta última deberá adoptar las medidas necesarias para lograr la celebración de un convenio marco que haga extensivas tales condiciones al resto de los organismos públicos⁴⁶³.

294. Estas condiciones más ventajosas deben corresponder a situaciones objetivas, demostrables y sustanciales para la entidad (por ejemplo, plazos de entrega, condiciones de garantías, calidad de los bienes o servicios o mejor relación costo-beneficio del bien o servicio a adquirir), que pueden haberse obtenido a través de mecanismos distintos de la utilización del Sistema de Información, como, por ejemplo, procesos de consulta a la industria, publicidad, listas de precios o catálogos públicos. Esta documentación debe ser mantenida en poder de los órganos administrativos que contraten en estas condiciones, y puede ser requerida por la Dirección de Compras y Contratación Pública para fiscalizar el ejercicio de esta atribución⁴⁶⁴.
295. En términos materiales, los convenios marco se regulan por las órdenes de compra que emita la entidad adquirente⁴⁶⁵. Las órdenes de compra generadas en virtud de este catálogo se emiten a través del Sistema de Información y deben ajustarse a las condiciones y beneficios pactados en el convenio marco⁴⁶⁶, así como a las condiciones licitadas, ofertadas y finalmente adjudicadas por la Dirección⁴⁶⁷. En las bases de licitación de los convenios marco, la Dirección puede omitir fundadamente la solicitud de garantías de seriedad y fiel cumplimiento a los oferentes y proveedores adjudicados⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Artículo 8 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁶⁴ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 300.

⁴⁶⁵ Barra y Celis, *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*, edición digital de la Plataforma Proview de la editorial Thomson Reuters, Capítulo II, 2.1.2.2. Suscripción de convenios marco a través de la Dirección.

⁴⁶⁶ Artículo 14 del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁶⁷ Artículo 18 inciso segundo del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁶⁸ Artículo 14 inciso octavo del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

296. Por otra parte, en las bases de licitación, la Dirección de Compras debe considerar como causal para poner término anticipado al convenio marco en caso de que los contratistas incumplan sus condiciones para con cualquier entidad requirente⁴⁶⁹.
297. Así, los convenios marco operan como un mecanismo directo de contratación de los órganos de la Administración, y los excusa de llamar a licitaciones públicas o bien les impone el deber de consultar sobre aquellos que se encuentran vigentes y contratados por la Dirección de Compras y Contratación Pública antes de proceder a la compra de bienes y servicios mediante otro mecanismo⁴⁷⁰.

iii. Grandes Compras

298. Se denominan Grandes Compras las adquisiciones por medio de un convenio marco que sean superiores a 1000 UTM. Éstas se regulan en el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, y en la Directiva N°15 de la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas del año 2017. Esta regulación especial se debe a que, atendido el valor de la compra, se decidió limitar la discrecionalidad de las administraciones al usar los convenios marco⁴⁷¹.
299. Así, en las Grandes Compras se hace competir a proveedores con convenios marco vigentes que estén en las mismas categorías del producto demandado⁴⁷²: el organismo que vaya a efectuar la compra deberá comunicar la Intención de Compra a todos los proveedores adjudicados en la categoría del bien o servicio correspondiente con la antelación correspondiente a los estándares necesarios para la entrega de la cantidad o servicios solicitados, así como deberá contemplar un plazo razonable, no menor a 10 días hábiles desde su publicación, para presentar las ofertas⁴⁷³.
300. Esta Intención de Compra no corresponde a bases de licitación, por lo que en su texto no podrán contenerse disposiciones propias de un pliego de condiciones aplicable a una licitación pública. Sin embargo, deberá indicar siempre: (i) La fecha de decisión de compra; (ii) Los requerimientos específicos del bien o servicio (que debe corresponder a alguna de

⁴⁶⁹ Artículo 18 inciso cuarto del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁷⁰ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 300.

⁴⁷¹ *Ibíd.* 301.

⁴⁷² *Ibíd.*

⁴⁷³ Artículo 14 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

las categorías y tipos de producto adjudicados, encontrándose por tanto en el catálogo del respectivo convenio marco), debiendo existir una singularización precisa de los productos a adquirir, que permita asociar la identidad de éstos con los catalogados; (iii) La cantidad y condiciones de entrega, esto es, lugar, plazos, entre otros; y (iv) Los criterios y ponderaciones aplicables para la evaluación de las ofertas^{474,475}.

301. Las ofertas que se reciban serán evaluadas según los criterios y ponderaciones establecidos en las bases de la licitación del respectivo convenio marco en lo que les sean aplicables. Así, en la Intención de Compra no se podrán contener criterios de evaluación adicionales y que difieran de aquellos considerados en las bases de la licitación del convenio marco, pero, dado que estos últimos criterios se utilizarán en lo que sea aplicable, no existe la obligación de utilizarlos todos, sino solamente aquellos idóneos según la naturaleza del producto requerido. Por tanto, podrá incorporarse un criterio de evaluación establecido en las bases que a su vez contenga los subcriterios que lo componen, tal como se ha establecido en las bases del convenio marco. Estos subcriterios podrán asimismo utilizarse individualmente y de forma selectiva por parte de la entidad adquirente, lo que implicaría necesariamente alterar las ponderaciones originalmente establecidas. Esta ponderación, para evitar la arbitrariedad, deberá responder al principio de que se mantendrán las ponderaciones preestablecidas en las bases, sumando el peso porcentual de las ponderaciones correspondientes a los criterios o subcriterios descartados, distribuyéndose por tanto proporcionalmente el peso porcentual de estos últimos⁴⁷⁶.
302. Se seleccionará la oferta que sea más conveniente de acuerdo con el resultado del cuadro comparativo, establecido por dichos criterios y ponderaciones, que serán aquellos indicados en la comunicación de la Intención de Compra. Tal cuadro se adjuntará a la orden de compra emitida y servirá de fundamento a la resolución aprobatoria de la adquisición^{477,478}.
303. Las Órdenes de Compra que se generen a partir de un mismo proceso de Gran Compra deberán indicar el ID de ésta, el número de resolución que aprobó la adquisición, la

⁴⁷⁴ Artículo 14 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁷⁵ Directiva N°15 «Recomendaciones para la Aplicación del Mecanismo de Grandes Compras», actualizada el 23 de septiembre de 2019, de la Dirección ChileCompra.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*

⁴⁷⁷ *Ibíd.*

⁴⁷⁸ Artículo 14 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

disponibilidad presupuestaria y el cuadro comparativo de las ofertas recibidas en el proceso⁴⁷⁹.

304. Este proceso podrá omitirse en caso de emergencia, urgencia o imprevisto, calificados según el jefe superior de la entidad, sin perjuicio de las disposiciones especiales para casos de sismos y catástrofe contenidas en la legislación vigente⁴⁸⁰. Aún en estas hipótesis, la entidad podrá contratar con los proveedores que tengan un convenio marco vigente, pero no realizar un trato directo con otro proveedor de la Administración⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Directiva N°15 «Recomendaciones para la Aplicación del Mecanismo de Grandes Compras», actualizada el 23 de septiembre de 2019, de la Dirección ChileCompra.

⁴⁸⁰ Artículo 14 bis del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

⁴⁸¹ Directiva N°15 «Recomendaciones para la Aplicación del Mecanismo de Grandes Compras», actualizada el 23 de septiembre de 2019, de la Dirección ChileCompra.

V. PLANIFICACIÓN Y PRESUPUESTO

305. Como se mencionó anteriormente, el ciclo de vida de una compra pública consta de cuatro etapas: planificación y presupuesto, selección de mecanismo, proceso de compra, y gestión de contratos. En esta sección estudiaremos la primera de estas etapas.
306. Analizar en detalle la planificación y el presupuesto⁴⁸² de las compras es de suma importancia, dado que es en esta etapa donde los organismos públicos identifican las necesidades que requieren de la adquisición de bienes o servicios para ser satisfechas. Además, es aquí donde el personal de compras resuelve sus dudas sobre qué tipo de bien o servicio requerir, cuántos recursos de su presupuesto destinar a este, y cuándo es óptimo comenzar el proceso de compra.
307. Desde una perspectiva de competencia, el principal aporte de una buena planificación es que permite a los organismos públicos definir correctamente los mercados relevantes de los objetos de compra, reduciendo así las probabilidades de que el tamaño de éstos afecte negativamente la intensidad con que los proveedores compitan por adjudicarse la compra. En términos prácticos esto significa que, si un comprador identifica correctamente sus necesidades futuras, podrá escoger de manera más efectiva los mercados de bienes y/o servicios cuyo nivel de competencia entre proveedores le resulten en compras lo más costo-efectivas posibles. Por ejemplo, si un organismo detecta la necesidad de analizar computacionalmente datos por un periodo prolongado de tiempo, este tiene como alternativa comprar o arrendar los computadores necesarios para realizar dichos análisis. Luego, si el mercado de venta de computadores tiene diez proveedores y el de arriendo tiene sólo dos, entonces es más probable que al organismo le convenga comprar y no

⁴⁸² Las reglas específicas relativas a la ejecución presupuestaria, si bien relevantes, no fueron abordadas directamente en el estudio por tres razones principales: (i) Desde una perspectiva teórica y comparada, no existe evidencia concluyente sobre los efectos de la elaboración y ejecución presupuestaria en la eficiencia y nivel de competencia que enfrentan las compras públicas, sino que sólo sobre el gasto público en general. Por tanto, no fue posible realizar una comparación con la documentación local, como sí se hizo para la sección de planificación; (ii) Desde el punto de vista del análisis que podía realizarse sobre el comportamiento de los compradores, existen dos razones por las cuales un análisis más profundo no pudo realizarse. Por un lado, cada organismo tiene casi total libertad para reasignar recursos dentro de la partida 22 (bienes y servicios de consumo), por lo que los presupuestos de los proyectos de esa partida no tienen mucha relevancia en la práctica. Esto vuelve sobre el punto de la importancia de los Planes Anuales de Compra. Por otro lado, los presupuestos de cada sucursal (e.g, sede de Región X de Organismo Y) no estaban disponibles, sino que sólo se encuentra el presupuesto para el organismo como un todo (Organismo Y), lo que hizo imposible contar con los presupuestos por unidad de compra; y (iii) Los organismos no cuentan con incentivos actualmente a sub-ejecutar el presupuesto institucional (sino todo lo contrario). Considerando esta rigidez en cuanto a su ejecución, se dificulta (sino imposibilita) el análisis de heterogeneidades en ejecución entre organismos.

arrendar los equipos, dada la mayor competencia presente en ese mercado, lo que resultaría en computadores más baratos.

308. Además, de no ocurrir una buena planificación, podría verse afectada la eficiencia de la compra, dado que los compradores corren el riesgo de no considerar a proveedores que ofrezcan mejores condiciones comerciales por sus bienes o servicios, reduciendo así el valor por dinero de la compra en términos de precio, calidad, tiempos de entrega, servicio postventa, etc.⁴⁸³.
309. En las secciones siguientes, se caracterizará esta etapa en relación a los procesos que debiera contener y su grado de cumplimiento en los organismos locales. Dichos procesos son analizados desde una perspectiva comparada, tomando como insumo tanto los estándares y buenas prácticas internacionales, como aquellos establecidos en la normativa local. Por su parte, el grado de cumplimiento de estas prácticas se obtiene de las respuestas de los organismos a la Encuesta a Compradores Públicos.

A. Estándares internacionales y buenas prácticas

310. Informes internacionales⁴⁸⁴ identifican tres acciones en la etapa de planificación que, de realizarse o no, tendrán un efecto en el costo final de la compra. Estas son: el análisis de necesidades, las consultas al mercado, y la adhesión a una compra colaborativa. La realización y el grado de profundidad con que se desarrollen estas acciones dependerá de la naturaleza de la compra. Esto quiere decir que algunos bienes o servicios, dados su bajo costo, poca complejidad o corto plazo de entrega, pueden no ameritar la realización de alguna de las acciones, dada la inversión de tiempo y dinero que éstas involucran.
311. Sin perjuicio de lo anterior, estas acciones le permiten al comprador resolver una serie de interrogantes que, de aclararse, resultarán probablemente en una compra más eficiente. Por un lado, una consulta a proveedores o a usuarios finales ayuda al comprador a definir de mejor manera las especificaciones que deberá tener el objeto de compra, acotando así los proveedores potenciales e incrementando la competencia entre éstos. De la misma forma, un análisis de necesidades o una compra conjunta conllevan un proceso de deliberación interna que ayuda a los compradores públicos a definir correctamente el tipo

⁴⁸³ La Comisión Europea define a la planificación como la etapa más importante del proceso de compra, dado que lo que se decida aquí afectará el grado de éxito de la compra. Para más detalles, ver European Commission, *Public Procurement Guidelines for Practitioners* (2018), 16.

⁴⁸⁴ *Ibíd.*

bien o servicio a comprar, logrando los efectos mencionados anteriormente. Dada su relevancia, estos procesos son analizados en detalle en las secciones siguientes.

i. Análisis de necesidades

312. Los análisis de necesidades son procedimientos que permiten a los compradores estudiar la necesidad de adquirir bienes o servicios, tomando como base sus recursos actuales. Al mismo tiempo, éstos ayudan a alinear las compras a las metas de sus programas institucionales y esclarecer los objetivos que debe cumplir su contrato asociado. Esto se traduce en menos compras innecesarias, mejor definición de requisitos técnicos y mejor diseño de contratos complejos. Es por esto que los análisis de necesidades tienen presencia importante tanto en reportes metodológicos internacionales⁴⁸⁵ como en instructivos nacionales y supra gubernamentales⁴⁸⁶. A continuación, se presentan ejemplos prácticos que destacan la importancia de realizar este tipo de análisis.
313. Consideremos primero el objetivo de reducir las compras innecesarias, definiendo éstas como adquisiciones que satisfacen necesidades que podrían ser resueltas con los bienes o servicios ya disponibles en el organismo. Realizando un análisis de necesidades de manera correcta un organismo podría, por ejemplo, reparar las sillas defectuosas del personal en vez de adquirir sillas nuevas, o evitar la adquisición de computadores más modernos pero que realizan las mismas funciones que los equipos actuales. De la misma manera, el método bajo el cual se contrata un bien o servicio también es relevante. Tomemos de nuevo el caso de los computadores, pero imaginemos que estos están defectuosos. Considerando la obsolescencia que suelen tener este tipo de productos, además de sus costos de mantención, es probable que para el organismo sea más conveniente arrendar los equipos y contratar una garantía que comprarlos, para así poder renovarlos cada cierto tiempo sin incurrir en mayores gastos ni preocupaciones por guardar o vender los equipos antiguos⁴⁸⁷.
314. Por otro lado, este tipo de análisis también permite al comprador asegurarse de que el bien o servicio cumple con lo necesario para satisfacer la necesidad. Consideremos nuevamente el caso del computador. Si éste fue adquirido para analizar una gran cantidad de datos en poco tiempo, el equipo deberá contar con el procesador, memoria RAM y capacidad de almacenamiento necesaria para ejecutar dicha tarea bajo los parámetros deseados. Si no

⁴⁸⁵ Banco Mundial y OCDE, *Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS)* (2018), 47.

⁴⁸⁶ Comisión Europea, *GPP Training Toolkit – Needs Assessment* (2019).

⁴⁸⁷ Ejemplos de lo anterior han sido documentados como casos de estudio por la OCDE y la Unión Europea en su documento OCDE, «Brief 28: Audit of Public Procurement», *SIGMA Public Procurement Briefs*, (2016), 4.

se realiza un análisis de necesidades de forma correcta, se incrementa la probabilidad de comprar un computador que no cumpla con necesario para realizar dichas funciones en la forma que el organismo y sus usuarios lo requieren, malgastando así recursos públicos.

315. Finalmente, los análisis de necesidades también reportan beneficios para los casos en que se requieren bienes o servicios que presenten un nivel significativo de incertidumbre en cuanto a su volumen o frecuencia de provisión. Un ejemplo de lo anterior podría ser el servicio de casino de un colegio municipal, en donde el demandante al momento de la contratación no sabe con exactitud cuántos alimentos deberá proveer cada día del año escolar. Por tanto, el colegio deberá negociar con el proveedor un contrato que le permita tener la flexibilidad necesaria para, por ejemplo, devolver los alimentos en conserva no consumidos por los estudiantes, obteniendo así una devolución del dinero destinado a éstos. Un análisis de necesidades bien hecho permitirá al demandante identificar esta incertidumbre y diseñar un contrato que le permita obtener el mayor valor por dinero posible.
316. En un nivel más conceptual, los análisis de necesidades también ayudan al comprador a definir por qué necesita un bien o servicio, qué objetivo tiene éste, cuáles son los entregables que deben ser provistos, cuándo y dónde son requeridos, etc. Estas consideraciones fueron destacadas por una serie de instituciones gubernamentales y supranacionales, las cuales se resumen en la siguiente matriz.

Tabla 1: Ejemplo de matriz de análisis de necesidades

Proyecto ⁴⁸⁸ (por qué)	Enuncia el proyecto/actividad y cómo se relaciona con la misión institucional. ¿Quién se beneficia y cómo?
Objetivo (qué)	Identifica los objetivos y resultados deseados del proyecto.
Entregables (qué)	Define los entregables/resultados en términos medibles. Identifica los riesgos (y su tratamiento en esos casos) del proyecto o contrato. Determina si existen normas que dictaminen si una entidad gubernamental debe estar involucrada o si existe un contrato de suministro que satisfaga esa necesidad.
Calificaciones (quién)	Identifica los requisitos de RRHH, incluyendo experiencia y calificaciones necesarias.
Estándares (cómo)	Dictamina cualquier estándar de rendimiento o servicio que asegure la entrega de calidad de los entregables.
Tiempo (cuándo)	Estimar cuánto demorará el proyecto, cuáles son los plazos críticos, y establece hitos que se puedan cumplir. Incluir planes de contingencia para fechas no definidas.
Ubicación (dónde)	Determinar los lugares donde el trabajo debe realizarse, y su impacto en la calendarización, logística, recursos y monitoreo.

Fuentes: (i) «Needs Assessment», Government of British Columbia, Canada. Disponible [aquí](#).; (ii) Comisión Europea, *GPP Training Toolkit – Needs Assessment* (2019).; (iii) European Commission, *Public Procurement Guidelines for Practitioners* (2018), 18.

317. En la tabla anterior destaca principalmente el hecho de que la compra de un bien o servicio debe estar supeditada siempre a su programa o actividad respectiva. Este es un enfoque útil, dado que permite a los compradores públicos poner el foco en el por qué se necesita la compra y qué objetivo viene a cumplir. Desarrollar este análisis en la etapa de

⁴⁸⁸ Los presupuestos asignados a los organismos públicos suelen estar desagregados por proyecto. En este contexto, un proyecto representa una serie de acciones (que requieren de bienes y/o servicios) en las que el organismo incurrirá para cumplir con un objetivo alineado a su misión institucional.

planificación evita, por tanto, realizar compras innecesarias o sub-óptimas, tanto en términos del bien o servicio mismo como de los criterios especificados para su provisión.

318. Tal como se mencionó al inicio de este capítulo, los análisis de necesidades permiten a los organismos definir de mejor manera los mercados de los bienes y servicios que satisfacen sus necesidades. El no realizar este tipo de análisis aumenta la probabilidad de excluir a proveedores cuyos productos no cumplieron con las especificaciones técnicas o comerciales impuestas por el demandante en una primera instancia. Ejemplos de lo anterior fueron detectados al analizar manualmente 400 procesos de compra realizados mediante convenios marco, en donde los proveedores disponibles aumentan sustancialmente una vez que se relajan especificaciones innecesarias del bien o servicio, manteniendo a su vez variables relevantes como regiones de despacho o el tipo de bien a adquirir.
319. Un ejemplo de lo anterior es la adquisición del producto denominado “pera asiática grande kilo aprox. VIII Región”. Mientras que el portal del Convenio Marco de Alimentos da como opción dos proveedores para dicho bien, si uno extiende el criterio a pera grande de un kilogramo para la VIII Región (es decir, se omite el tipo de pera), el número de proveedores aumenta a seis. Más aún, si consideramos que existen tres tamaños para cada tipo de pera (pequeña, mediana y grande), los proveedores potenciales de la Región aumentan significativamente. Por tanto, un buen análisis de necesidades debiera considerar estas y otras variables (e.g., otro tipo de fruta fresca) al momento de determinar cuál será el objeto de compra que satisfará más eficientemente la necesidad del organismo. Casos similares al anterior ocurren reiteradamente en rubros como compras y mantenciones de vehículos, compra de computadores, sillas para oficina, etc.
320. Por tanto, considerando todo lo expresado hasta este punto, podemos concluir que para que un organismo público pueda evaluar satisfactoriamente sus necesidades de bienes y servicios, éste debe considerar de qué manera dichas necesidades se alinean con el proyecto que busca llevar a cabo, cuál es el objetivo que viene a cumplir la compra, cuáles son los aspectos “entregables” de esta (es decir, lo que se obtiene tangiblemente), las condiciones de la entrega (temporalidad, ubicación), y la capacidad de los usuarios finales de sacarle el mayor provecho a estos, siempre en relación a sus recursos actuales. Logrando contestar dichas interrogantes de forma correcta, los compradores podrán definir de manera óptima los mercados de bienes y servicios desde dónde elegir el objeto que contribuirá a satisfacer una determinada necesidad.

ii. Consultas al mercado

321. Las consultas al mercado, por su parte, son interacciones formales que ocurren entre la entidad demandante y los proveedores o usuarios finales del bien o servicio a contratar. A

diferencia de los análisis de necesidades, éstas pueden ocurrir antes, durante y después de la compra.

322. La realización de éstas dependerá, como es de esperar, de la naturaleza del objeto de compra. Si el bien o servicio es caro, complejo, de alto volumen y de difícil mantención, entonces la consulta al mercado se justifica, dados los esfuerzos y costos que involucra. Por otro lado, si el producto es simple, de bajo costo y requerido en bajas cantidades, entonces suele no ser necesario consultar a los proveedores o usuarios finales.
323. Las consultas tienen un objetivo claro, que es reducir las asimetrías de información existentes entre el demandante y los proveedores o usuarios finales del bien o servicio en cuestión⁴⁸⁹. ¿Tiene el mercado la capacidad tecnológica y logística para entregar el producto en las cantidades y condiciones requeridas? ¿Se está acotando en demasía el mercado con las especificaciones técnicas? ¿Cuentan los usuarios con el conocimiento y herramientas necesarias para utilizar óptimamente el producto? Estas son algunas de las interrogantes que las consultas al mercado buscan responder.
324. Veamos ejemplos prácticos que ilustren lo anterior. Si un demandante está preocupado por su nivel de conocimiento de los actores del mercado, una consulta a los proveedores le ayudará a identificar oferentes que podrían no haberse tenido en consideración, ya sea porque el comprador desconoce todos los proveedores del mercado o porque estos últimos no están enterados de la intención de compra del demandante. Por otro lado, si el comprador tiene dudas sobre el diseño que tendrá el contrato, una consulta le entregará información sobre la factibilidad que tienen los oferentes de cumplir con las especificaciones técnicas, logísticas y comerciales del objeto de compra. Lo mismo aplica para una consulta a los usuarios finales. Consultarles sobre las especificaciones técnicas del producto -y su nivel de conocimiento para utilizarlo óptimamente- aumenta las posibilidades de contratar un bien o servicio que entregue el mayor valor por dinero al organismo.
325. De la misma forma, la realización de consultas al mercado tendrá un impacto en el nivel de competencia que experimentarán los procesos de compra. Si las asimetrías de información no están resueltas o aminoradas al momento de la apertura del proceso, puede ocurrir que: (i) Las especificaciones impuestas por el comprador limiten la participación de otros oferentes, por medio de la incorrecta definición del mercado relevante; (ii) Proveedores no se enteren de que sus bienes o servicios sí cumplen con lo requerido y por tanto no presenten ofertas; y (iii) Que los proveedores potenciales no estén enterados de las capacidades de provisión de sus competidores respecto del objeto de compra. Dichas

⁴⁸⁹ New Zealand Government, *Constructive Market Engagement: A guide to engaging effectively with suppliers* (2015).

limitantes, tanto por el lado de la demanda como por el de la oferta, pueden disminuir la competitividad del proceso, sobre todo para bienes o servicios complejos que demanden un conocimiento acabado del mercado para ambos agentes.

326. Así como realizar consultas al mercado tiene sus beneficios, estas también conllevan riesgos, que de materializarse podrían perjudicar la compra en términos de transparencia y gasto. Como riesgos principales destacan el favorecimiento injusto o favoritismo a un proveedor, el “cerrar” una solución de manera prematura o implementar una forma de compra que perjudique a PYMES, entre otros. Es por esto que, para evitar que dichos riesgos se concreten, se requiere que las consultas al mercado sean apropiadamente reguladas e informadas, por medio de prácticas como la grabación de las discusiones o conversaciones, la publicación del cronograma de cómo y cuándo se consultará al mercado, o la entrega de la misma información a todos los oferentes.
327. El área de compras públicas sustentables de la Comisión Europea identifica varias formas en que pueden realizarse consultas al mercado, las cuales requieren distintos niveles de esfuerzos y recursos⁴⁹⁰. Entre las prácticas que permiten identificar y notificar a los proveedores sobre el plan de compras de la entidad o la intención de realizar una consulta, destacan el *desktop research* y la notificación por página web o correo electrónico a proveedores preseleccionados. Estas prácticas, a diferencia de otras, requieren de una inversión de tiempo y recursos relativamente baja, y logran resolver de manera parcial las asimetrías de información entre comprador y vendedores. Por otro lado, también existen consultas al mercado más costosas pero que entregan información más detallada al comprador, como la realización de encuestas cortas, observación y análisis de patrones existentes, discusiones presenciales con gremios o asociaciones de proveedores, o derechamente eventos donde potenciales compradores y vendedores se reúnen para conocerse y aclarar dudas.
328. En conclusión, vemos que, de ameritarse, una consulta al mercado en la etapa de planificación de la compra puede proveer de información valiosa al comprador en términos de la capacidad que tienen los proveedores de satisfacer las necesidades de este último, lo que podría traducirse en una modificación de las especificaciones del objeto de compra y de las condiciones de su provisión con el fin de obtener el mayor valor por dinero.

iii. Compras colaborativas

329. La colaboración en compras públicas tiene varias definiciones en la literatura especializada. En su sentido más amplio, el término compra pública colaborativa (“CPC”) se refiere al

⁴⁹⁰ Comisión Europea, *GPP Training Toolkit – Needs Assessment* (2019).

fenómeno en donde organismos públicos colaboran horizontalmente entre sí para adquirir bienes y servicios⁴⁹¹. Este será el concepto bajo el cual nos referiremos a este tipo de compras en esta sección del Estudio.

330. La colaboración puede realizarse de distintas maneras entre los organismos demandantes. Ésta puede ocurrir formal o informalmente, en una o más etapas del proceso de compra, y afectar distintos aspectos de la compra tales como su volumen, especificaciones o recursos dedicados a ejecutarla, además de la asignación de responsabilidades entre los organismos demandantes. Es por esto que considerar la posibilidad de comprar colaborativamente debiese ser una variable relevante al momento de planificar una compra.
331. A diferencia de otras modalidades o protocolos de compra, las CPC son una herramienta relativamente nueva para los organismos públicos en el mundo, lo que ha llevado a la literatura a identificar varios *drivers* que explican el alza de estas prácticas tanto en gobiernos nacionales como locales⁴⁹². Entre éstos destacan el desarrollo del *E-procurement*, la creciente preocupación por comprar eficientemente y reducir costos, y el cambio desde un foco interno cortoplacista de los organismos a uno basado en formar relaciones de largo plazo con los proveedores y con otros compradores. Todos estos *drivers* afectan de una u otra manera cómo los organismos planifican (o debiesen planificar) sus compras, por lo que según la intensidad con que estos se presentan para cada organismo, este deberá adaptar la planificación de sus compras acordeamente.
332. Ante esta nueva forma de compra, académicos y centros de estudios han desarrollado marcos conceptuales^{493,494} que tienen como objetivo orientar al personal de compra de los organismos, para que así estos tengan en consideración las variables que determinarán el nivel de éxito de la CPC al momento de planificar. En la Figura 5 a continuación se expone el marco conceptual desarrollado por Harland et al. (2018), el cual fue adaptado una vez hecha una extensa revisión de la literatura relacionada hecha por los autores. En particular, éste detalla cómo los objetivos, el diseño organizacional, y las actividades y rendimientos de las colaboraciones entre organismos afectan las CPC que estos realicen.

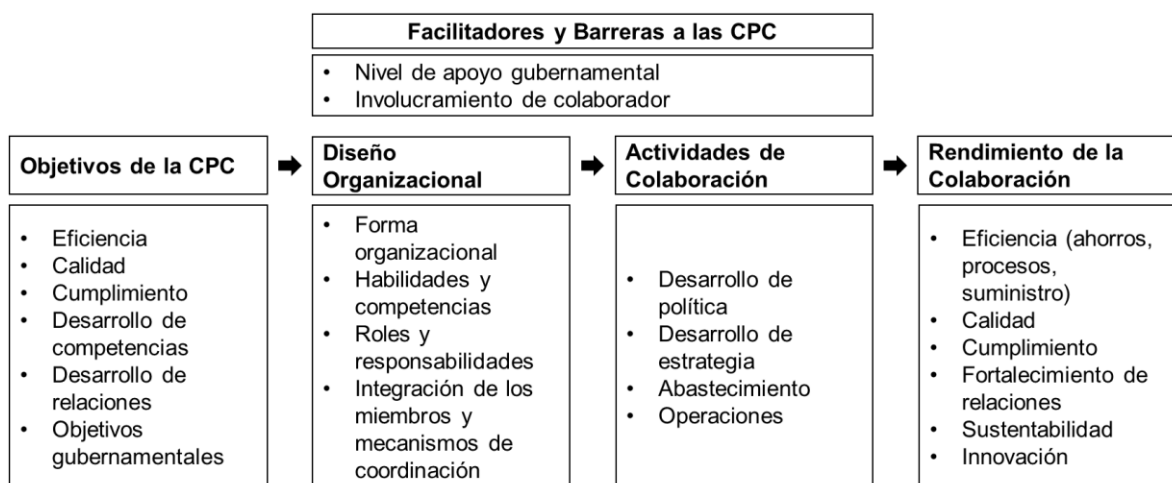
⁴⁹¹ Elmer Bakker, et al., «Choosing an organisational form: the case of collaborative procurement initiatives», *International journal of procurement management*, Vol. 1, No. 3 (2008): 297-317.

⁴⁹² Para ver detalle de la evidencia empírica respecto de cada *driver*, ver Patrucco et al., *Exploring Collaborative Public Procurement Practices* (2018), 6.

⁴⁹³ Christine Harland et al., *Collaborative Public Procurement: a conceptual framework* (2018), 1-10.

⁴⁹⁴ Patrucco et al., *Exploring Collaborative Public Procurement Practices* (2018).

Figura 5: Marco Conceptual Compra Pública Cooperativa



Fuente: Elaboración propia a partir de Christine Harland et al., *Collaborative Public Procurement: a conceptual framework* (2018), 1-10.

333. Como podemos observar en el cuadro superior de la Figura 5, la realización efectiva de una compra colaborativa dependerá tanto del apoyo gubernamental como de la disposición que tengan las partes involucradas a realizar una compra conjunta. Dependiendo del nivel de esfuerzo de los actores, será más fácil o difícil para estos definir de manera correcta, en primer lugar, los objetivos que persigue la CPC. Posteriormente, estos objetivos se manifestarán a través del diseño que tengan los organismos demandantes en términos de gobernanza, recursos humanos, rendición de cuentas y coordinación. Finalmente, en dicho contexto organizacional se desarrollarán las actividades de colaboración propiamente tales, que deberán ser evaluadas posteriormente en términos de efectividad y eficiencia, entre otros criterios.
334. Además de estos aspectos conceptuales, los compradores públicos deben considerar también variables más tangibles al momento planificar una compra colaborativa⁴⁹⁵. En primer lugar, deben evaluar el número de organismos participando de la compra colaborativa, dado que existe un límite a lo que es administrable informalmente, como también debe considerarse si vale la pena involucrar a una entidad distinta a los organismos compradores para que coordine la compra. Por otro lado, hay que tener en cuenta las

⁴⁹⁵ Elmer Bakker, Helen Walker y Christine Harland, «Organizing for collaborative procurement: An initial conceptual framework», en *Advancing public procurement: Practices, innovation and knowledge-sharing*, ed. por Khi Thai y Gustavo Piga (Boca Raton: PrAcademics Press, 2006) 14-44.

diferencias de tamaño de los colaboradores. En el caso en que haya un comprador que sea más grande en términos de recursos y volumen de compra, se recomienda que este sea la contraparte del proveedor, y que los organismos más pequeños sólo coordinen con este último las especificaciones de la distribución. En cambio, si las organizaciones son parecidas en los parámetros mencionados anteriormente, se recomienda el involucramiento de una tercera entidad, generalmente un cuerpo centralizado de compras.

335. En tercer lugar, debe ponerse atención también en la distribución geográfica de los actores. Si bien las nuevas tecnologías han reducido las distancias no-físicas, la cercanía geográfica permite una colaboración más cercana entre los actores, principalmente por las facilidades que presenta cuando la interacción cara a cara es requerida. Esto último también permite un desarrollo más fácil de las confianzas entre las partes, lo que se puede traducir en más compras colaborativas en el futuro entre ambos actores. Finalmente, factores como la homogeneidad en los requerimientos y la madurez y experiencia en compras públicas de las entidades juegan un rol preponderante en la realización de una compra colaborativa. Mientras más homogéneas sean las necesidades de compra de los colaboradores, mayor grado de centralización es posible. Sin embargo, si las necesidades son complejas y dinámicas, requiriendo a los compradores ser flexibles, una colaboración descentralizada y virtual es recomendada⁴⁹⁶. Por tanto, una correcta planificación de las compras debe incorporar tanto aspectos conceptuales como contextuales de los organismos involucrados en la CPC.
336. Ahora que se expusieron cuáles son las variables que debiesen considerarse al momento de decidir comprar colaborativamente, revisemos qué dice la literatura especializada sobre los beneficios y riesgos asociados a este tipo de compra.
337. Entre los aspectos positivos de las compras colaborativas, destaca el hecho que son posibles sin un cambio estructural significativo⁴⁹⁷. Bajo esta modalidad, las autoridades contratantes pueden coordinar sus actividades simplemente compartiendo sus experiencias, intercambiando información, y coordinando ciertas fases del proceso de compras, sin la necesidad de grandes cambios regulatorios o la creación de cuerpos intermedios. Respecto de su efecto en los proveedores, las CPC ayudan a los compradores a internalizar de mejor manera los costos asociados a la entrega y almacenaje de los bienes, lo que puede traducirse en ahorros para los oferentes, los que últimamente podrían

⁴⁹⁶ Elmer Bakker, Helen Walker, Fredo Schotanus y Christine Harland, «Choosing an organisational form: the case of collaborative procurement initiatives», 297-317.

⁴⁹⁷ Gabriella Racca y Gian Luigi Albano, «Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience», *SSRN Electronic Journal* (2011). Disponible [aquí](#).

transferirse a los consumidores finales. Las compras colaborativas también traen beneficios a las comunidades en donde se realizan, por medio de la inclusión de mayores criterios sociales y de sustentabilidad en las compras, los que habrían sido más difíciles de incluir en la compra si el volumen requerido hubiera sido más pequeño (y por tanto menores los incentivos de los proveedores a competir por esta).

338. Respecto de los beneficios para los compradores, podemos ver estos desde el lado de la eficiencia y de la competencia. Por el lado de la eficiencia, el beneficio más directo quizás es el ahorro en costos que se obtiene por efectos de economías de escala y mayor poder negociador. Generalmente, a mayor volumen de compra, menor es el precio unitario de los bienes para los compradores, lo que implica un menor gasto en compras para los organismos públicos. También existen ahorros en términos de reducción de esfuerzos duplicados por parte del personal de compras. Si dos o más organismos buscan adquirir un mismo bien o servicio, es ineficiente que se realice más de una planificación, desarrollo y seguimiento del contrato. De la misma forma, comprar colaborativamente reduce los costos de transacción entre las partes, dado que, si un organismo tiene más experiencia que los otros con respecto al objeto de compra y/o proveedor, los otros compradores pueden derivarle a este el diseño del contrato, reduciendo así las asimetrías de información entre compradores y vendedores. Incluso, desde una perspectiva intertemporal, la colaboración entre distintos personales de compra puede llevar a una mejora en su *expertise*, permitiéndoles diseñar de mejor forma las compras futuras tanto de su organismo como las de aquellos con que colaboren en el futuro.
339. Desde una perspectiva de competencia, comprar colaborativamente tiene dos beneficios. Primero, aumenta los incentivos de los proveedores a participar del proceso, dado que generalmente el “premio” por adjudicarse la compra es mayor. Viéndolo en términos matemáticos, una empresa participará de un proceso de compra de un organismo público si la utilidad esperada de participar es mayor a cero: $E[U(\text{Ingresos}, \text{Costos})] > 0$, donde la utilidad esperada depende de los ingresos y costos que conlleva dicha participación. Los ingresos podemos resumirlos en el pago que hará el demandante por el objeto de compra. Los costos, a su vez, involucran el gasto en horas-hombre y capital que hace el oferente para elaborar una oferta competitiva, más los costos asociados a la provisión del bien o servicio (manufactura, logística, servicio postventa) en caso de ganar, todo ponderado por las probabilidades de adjudicarse o no el proceso. Por tanto, si el ingreso esperado es mayor en un escenario con compra colaborativa, más empresas estarán dispuestas a participar, dejando las otras variables constantes. Por último, el interactuar con otras unidades de compra con respecto a un mismo bien o servicio llevará potencialmente a una mejor identificación de la necesidad subyacente por parte de los organismos, y por ende a una mejor definición del mercado relevante, evitando así dejar fuera a proveedores que podrían haber elaborado una propuesta competitiva. Este mayor número de oferentes lleva

a que proveedores similares realicen ofertas más competitivas, provocando ahorros para el demandante.

340. Tal como existen beneficios para las CPC, también existen riesgos y desafíos. Entre éstos destacan los mayores costos en términos de necesidades de coordinación y complejidad administrativa. En efecto, al tener que coordinar a más de una entidad, el organismo a cargo de supervisar la compra debe tener en consideración los intereses de todos los demandantes, y que los canales de comunicación entre estos sean fluidos. De lo contrario, no sólo la compra colaborativa puede entramparse, sino que también se dificulta la colaboración futura entre dichas entidades para estos efectos. Adicionalmente, existe la preocupación de que las entidades públicas coordinadas ejerzan su poder monopsonico para depreciar el objeto de compra bajo sus niveles competitivos, o, por otro lado, la formación de grupos de compra puede transformarse en un instrumento facilitador de colusión mediante la coordinación “río abajo” entre los proveedores⁴⁹⁸. No obstante, estas preocupaciones pueden salvaguardarse si los organismos demandantes poseen un conocimiento profundo de las características del mercado, sus necesidades, y si existe una estrategia jerárquica de compras a nivel nacional, regional y local⁴⁹⁹.
341. Resumiendo, vemos de la evidencia internacional que la decisión de participar de una CPC tiene efectos tanto en los organismos participantes como en los proveedores y en los cuerpos institucionales que muchas veces son responsables de coordinar a las partes. El no considerar la posibilidad de comprar colaborativamente cuando las condiciones sí lo permiten puede llevar a una serie de ineficiencias de tipo presupuestarias, de desarrollo de conocimientos y relaciones entre entidades. Siendo que la inclusión de esta práctica es relativamente nueva en el sistema de compras chileno, contar con un buen *benchmark* internacional será de utilidad al momento de comparar la realidad internacional con la local.

B. Estándares y prácticas en Chile

342. Habiendo repasado las recomendaciones internacionales sobre cómo debe realizarse una buena planificación en términos de análisis las necesidades, consultas al mercado y evaluación de compras colaborativas, esta sección se enfoca en comparar dichas

⁴⁹⁸ Sandeep Verma, «Collaborative Public Procurement: A Quick Review of International Best Practices and the Indian Position on Pooled Procurement from Competition Law Perspectives», *IICA School of Competition Law and Market Regulation Working Paper Series*, No.1 (2013). Disponible [aquí](#).

⁴⁹⁹ Gabriella Racca, «Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance», (conferencia en la 4th International Public Procurement Conference, Seoul, 26 a 28 de agosto de 2010).

propuestas con las directrices y practicas existentes en Chile, además de identificar las áreas donde existen las mayores diferencias entre ambos estándares. Esta sección omite el análisis de la Ley de Compras Públicas y su Reglamento, dado que éstos fueron estudiados en detalle en secciones anteriores.

343. Dentro de las prácticas que tienen los organismos públicos nacionales, destaca la elaboración de un manual de procedimiento de adquisiciones, punto que fue levantado en la Minuta de Lanzamiento de este Estudio⁵⁰⁰. En dicha minuta se menciona que estos manuales, al ser únicos para cada institución, significan mayores costos de transacción para los oferentes, dado que presumiblemente deben familiarizarse con dichos documentos al momento de entender cómo es la metodología de compra de su potencial demandante. No obstante, durante el desarrollo de este Estudio apreciamos que esto no ocurre en la práctica, en donde la plataforma Mercado Público es la única fuente de información que debe ser internalizada por los proveedores al momento de evaluar a sus demandantes. Por tanto, la primera razón esbozada en la Minuta de Lanzamiento no involucra finalmente un costo para los proveedores ni una barrera de entrada para los competidores.

i. Análisis comparado de directivas y prácticas recomendadas

344. Al momento de la publicación de este Estudio, ChileCompra contaba con 33 directivas y 7 guías publicadas en su sitio web, que tienen como objetivo dar a conocer a los actores del sistema de compras públicas las principales recomendaciones y buenas prácticas fomentadas por la entidad.
345. Por una parte, las guías se especializan en aspectos prácticos sobre cómo los organismos públicos pueden desarrollar su plan anual de compras, participar de una consulta al mercado, o utilizar los nuevos mecanismos de microcompra o compra coordinada. Por otra, las directivas se enfocan adicionalmente en dar recomendaciones sobre aspectos más diversos, tales como innovación, estándares éticos, relaciones con proveedores, o criterios de sustentabilidad, además de temas relacionados directamente con el uso de convenios marco o tratos directos.
346. La Tabla 2 enumera las guías y directivas de ChileCompra según su relación con alguna de las etapas de la planificación (análisis de necesidades, consultas al mercado, y compras colaborativas), a modo de evaluar qué tan diagramadas están dichas prácticas para los organismos públicos.

⁵⁰⁰ Minuta de lanzamiento de Estudio de Mercado de Compras Públicas, publicada en mayo 2019, disponible [aquí](#).

Tabla 2: Documentación asociada a planificación de compras

Etapa	N° Guías	N° Directivas
Análisis de necesidades	0	0
Consultas al mercado	2	2
Compras colaborativas	1	1

Fuente: Elaboración propia a partir de documentos de ChileCompra.

347. De la Tabla 2 podemos sacar dos conclusiones. La primera es que los análisis de necesidades no están presentes dentro de los documentos que ChileCompra desarrolla para orientar a los compradores públicos, siendo que estos son de vital importancia no sólo para la etapa de planificación, sino que para todo el proceso de compra. La segunda es que las consultas al mercado y las compras colaborativas sí cuentan con dicha documentación, lo que da indicios de una preferencia de la autoridad de compras a orientar a los compradores en las acciones que involucran una interacción directa con el órgano mediante los canales institucionales (i.e., el portal de Mercado Público), al menos en lo referente a la planificación de las compras. A continuación, se analizan en detalle las implicancias que tienen los contenidos de estas guías y directivas en la realización de una correcta planificación por parte de los organismos públicos.
348. En lo que respecta al análisis de necesidades, al no existir documentación por parte de ChileCompra, queda al criterio de cada comprador público el informarse acerca de por qué esta etapa es importante, cómo debe realizarse, y cuáles son sus implicancias positivas y negativas en todo el proceso de compra. Como vimos anteriormente, la no realización de un correcto análisis de necesidades puede derivar en compras innecesarias, malas especificaciones técnicas de los productos requeridos, y un nivel no óptimo de la flexibilidad de los contratos de las compras, afectando de manera última el valor por dinero obtenido por estas. Por tanto, elaborar un documento que indique la importancia de este proceso y cómo realizarlo bien (i.e., proveer una matriz como la expuesta en la Tabla 1), y su realización obligatoria a través del portal de Mercado Público para cada compra, con auditorías periódicas y aleatorias por parte de ChileCompra, debiera ser una prioridad, dado que tiene un costo relativamente bajo y conlleva una gran cantidad de beneficios potenciales.

349. Las consultas al mercado, por su parte, sí están presentes en la documentación de ChileCompra, en forma de guías⁵⁰¹ y directivas⁵⁰². Mientras que las guías le indican a compradores y proveedores cómo crear y buscar una consulta al mercado en el portal de Mercado Público, las directivas N°4 y N°26 (en sus puntos 6 y 2.A, respectivamente) dan luces sobre cómo debiera ser la interacción con los proveedores y cuándo deben realizarse consultas al mercado, de modo de que no exista discriminación ni desigualdad de oportunidades entre los oferentes.
350. Sin perjuicio de lo anterior, existen espacios de mejora en donde ChileCompra puede ser más exhaustiva en comunicar la metodología, beneficios y riesgos asociados a las consultas al mercado según lo diagramado por la evidencia internacional. Por un lado, ni las guías ni la directiva mencionan la posibilidad de realizar una consulta a los usuarios finales del bien o servicio que se pretende contratar. Como vimos anteriormente, realizar este tipo de consulta ayuda a los compradores a decidir de mejor manera cuáles deben ser las especificaciones técnicas del objeto de compra, considerando el conocimiento y habilidades que tienen las personas que utilizarán el bien o servicio. En segundo lugar, la documentación señalada tampoco menciona las otras formas en que se puede consultar al mercado, como lo son el *desktop research*, las reuniones con gremios o asociaciones, o la realización de encuestas, por nombrar algunas. Formalizar y publicitar las distintas maneras en que un comprador puede consultar al mercado incrementa las probabilidades de que los compradores especifiquen correctamente el bien o servicio, mejorando así la definición del mercado relevante. Finalmente, si bien se menciona en las directivas N°4 y N°26 la relevancia de la naturaleza del objeto de compra en la decisión de consultar al mercado, el hecho de que esta información se encuentre separada de las guías prácticas, hace poco probable el hecho que los compradores lo tengan en consideración al realizar (o no) una consulta.
351. En consecuencia, si se pretende mejorar el conocimiento de los compradores en cuanto a los beneficios, riesgos y formas de realizar consultas al mercado, es conveniente consolidar dicha información en una nueva directiva para que así estos tengan en un solo lugar las herramientas necesarias para decidir si consultar al mercado o no, y cómo hacerlo.

⁵⁰¹ Guías de uso «Consulta al Mercado – Comprador», y «Consulta al Mercado – Proveedor», de la Dirección ChileCompra.

⁵⁰² Directiva N°4: «Estándares de Transparencia», de fecha 30 de junio de 2006 y Directiva N°26: «Recomendaciones para una mayor eficiencia en la contratación de bienes y servicios», actualizada el 5 de abril de 2018, de la Dirección ChileCompra.

352. Finalmente, al analizar la documentación⁵⁰³ referida a compras colaborativas, observamos que las recomendaciones están relativamente bien alineadas con las buenas prácticas internacionales. Mientras que la guía explica detalladamente cómo los organismos públicos pueden incurrir en una compra coordinada a través del portal de Mercado Público, la directiva asociada da luces sobre las condiciones generales y particulares que debe cumplir una compra colaborativa, en términos de las características del objeto de compra, la dispersión geográfica de los compradores, y las estructuras organizacionales de estas. Adicionalmente, dicha directiva detalla las etapas que deben seguir los compradores que quieran comprar colaborativamente, además de cómo deben relacionarse entre sí. Por tanto, podemos concluir que la documentación considera tanto los aspectos conceptuales como contextuales que los compradores públicos deben considerar, a nivel de producto, agentes y mecanismo de compra, estando en línea con lo recomendado internacionalmente.

ii. Proceso de planificación y ejecución presupuestaria en Chile

353. La etapa de planificación y presupuesto está capturada principalmente en los Planes Anuales de Compra (“PAC”) de los organismos públicos. Mediante éstos, las instituciones informan a ChileCompra –a través del portal de Mercado Público- qué bienes y servicios pretenden contratar, y en qué mes del año emitirán las órdenes de compra respectivas. Los PAC están disponibles para proveedores y público general en la página web de ChileCompra.
354. Formalmente, los PAC tienen varios objetivos: entregar información para que proveedores puedan planificar sus negocios, facilitar la realización de compras coordinadas, analizar las desviaciones del proceso de abastecimiento programado, y mejorar la toma de decisiones del organismo. No obstante, al no ser vinculantes, éstos funcionan de facto como una hoja de ruta y herramienta de gestión para las unidades de compra de los organismos.
355. Un PAC bien diseñado y ejecutado permite al organismo ser más eficiente en el uso de los recursos, y evitar así gastos que resulten en compras de bajo valor por dinero o que sean derechamente innecesarias para, por ejemplo, cumplir con el presupuesto anual asignado a la institución, ante la preocupación de sufrir una reducción presupuestaria el año

⁵⁰³ Guía de Uso «Aplicativo de Compras Coordinadas», y Directiva N°29: «Recomendaciones para realizar compras conjuntas de bienes y servicios», de fecha 29 de noviembre de 2018, de la Dirección ChileCompra.

siguiente⁵⁰⁴. La correcta implementación de éstos también tiene beneficios para los proveedores, dado que les permite saber con anterioridad las compras del Estado, lo que ayuda a que puedan preparar ofertas competitivas por los bienes y servicios requeridos por éste.

356. En cuanto a su estructura, los PAC están compuestos por proyectos, los cuales a su vez tienen asignados los bienes y servicios requeridos para su ejecución. La información de cada proyecto es registrada en fichas electrónicas, en donde se detallan los antecedentes generales del proyecto (organismo, unidad de compra, nombre y tipo de proyecto), los datos de la persona responsable (nombre, cargo y contacto), y los productos y servicios requeridos (rubro, cantidad, monto, región de despacho, mecanismo de compra, y orden de compra).
357. Ahora que sabemos cómo se manifiesta formalmente la planificación y ejecución presupuestaria de los organismos públicos, corresponde analizar los procesos que le subyacen, para ver si lo reportado proviene de una correcta realización de los procedimientos y consideraciones recomendadas en los estándares internacionales.

Evidencia a partir de la Encuesta a Compradores Públicos

358. Para obtener información sobre cómo se planifican y ejecutan las compras, se seleccionó mediante un muestreo estratificado a un conjunto aleatorio de instituciones centralizadas y descentralizadas, de manera de obtener una muestra representativa de las unidades de compra operando en el país.
359. Esta encuesta arrojó resultados (completos y parciales) para 208 instituciones, de las cuales 78 pertenecen a organismos centralizados y 130 a municipalidades. Para evitar que los resultados de la realidad nacional estén sesgados ante esta sub y sobrerrepresentación de instituciones⁵⁰⁵, se utilizaron pesos muestrales para extrapolar los resultados de cada estrato según su participación dentro del total de unidades de compra del país. No obstante, los resultados deben ser considerados con precaución, dado que es posible que exista sesgo de selección en las respuestas, esto es, que organismos de ciertas características predeterminadas no estén capturados en los resultados. Información más detallada sobre

⁵⁰⁴ Este fenómeno, denominado coloquialmente como “fiebre de diciembre”, es analizado para el contexto local por la Fundación Observatorio del Gasto Fiscal en Chile en su informe «Concentración del Gasto Público en diciembre», publicado en marzo de 2020, disponible [aquí](#).

⁵⁰⁵ Actualmente existen alrededor de 1.300 unidades de compra de organismos centralizados, como contraparte de las 345 pertenecientes a municipalidades.

la metodología utilizada para la implementación de la encuesta y sus resultados están disponibles en los anexos E y D, respectivamente.

360. Antes de analizar las respuestas referidas a la planificación y presupuesto, es conveniente entender primero cuál es la realidad de las unidades de compra de los organismos públicos, en términos de la cantidad de personal con el que cuentan y su nivel de dedicación (exclusiva o parcial), además del grado de experiencia que este tiene en compras públicas. La primera de estas consideraciones se reporta en la Tabla 3.

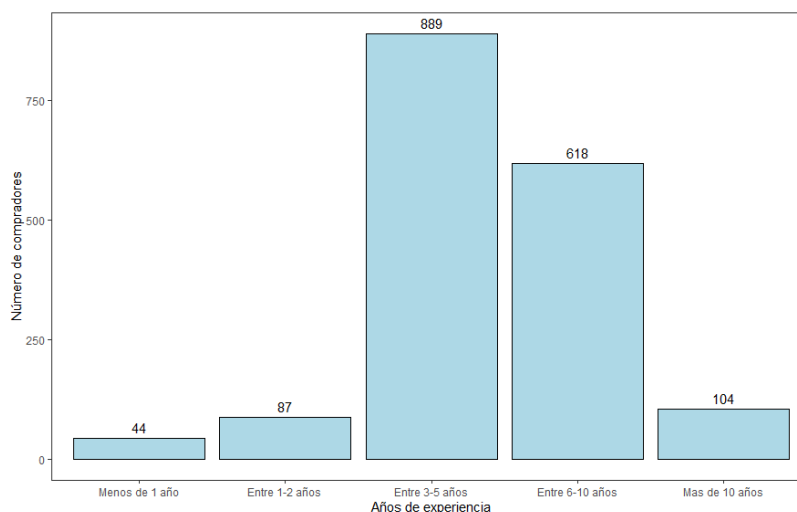
Tabla 3: Dotación de personal en unidades de compra

Personal	Media	Error Est.	Percentil 25	Mediana	Percentil 75
Acreditado	18	3,2	5	8	18
Dedicación exclusiva	8,5	1,2	3	4	10

Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta a Compradores Públicos.

361. Si tomamos como referencia al personal acreditado en compras públicas, es decir, quienes pueden operar en el portal de Mercado Público, vemos que en promedio existen 18 personas con responsabilidades asociadas a compras en los organismos públicos. Sin embargo, si evaluamos la distribución del personal entre instituciones, apreciamos que este dato no representa la realidad nacional, sino que más bien se asocia al 25% de entidades que más personal de compras tienen. Por tanto, es más adecuado utilizar como métrica la mediana, que reporta que la mitad de los organismos tiene ocho profesionales o menos a cargo de las compras públicas de la institución. No obstante, si consideramos sólo al personal que tiene dedicación exclusiva vemos que estas métricas caen a la mitad. El hecho de que la mitad de los compradores públicos no tenga dedicación exclusiva en la compra de bienes y servicios puede ser un factor relevante al momento de evaluar su desempeño como planificadores de compras, considerando que éstos deben dividir su tiempo entre ésta y otras funciones.
362. Respecto de sus años de experiencia, observamos que la mayoría de los compradores públicos cuenta con al menos 3 años de experiencia en el rubro, con un número menor de profesionales bajo este umbral, como se observa en la Figura 6. En consecuencia, es poco factible que los resultados de la encuesta tengan como causa relevante un bajo nivel de experiencia de los compradores públicos en su rubro, lo que no quiere decir que tengan experiencia en todos los procesos que la documentación internacional recomienda. Dicho esto, analicemos ahora las respuestas asociadas particularmente a la etapa de planificación y presupuesto.

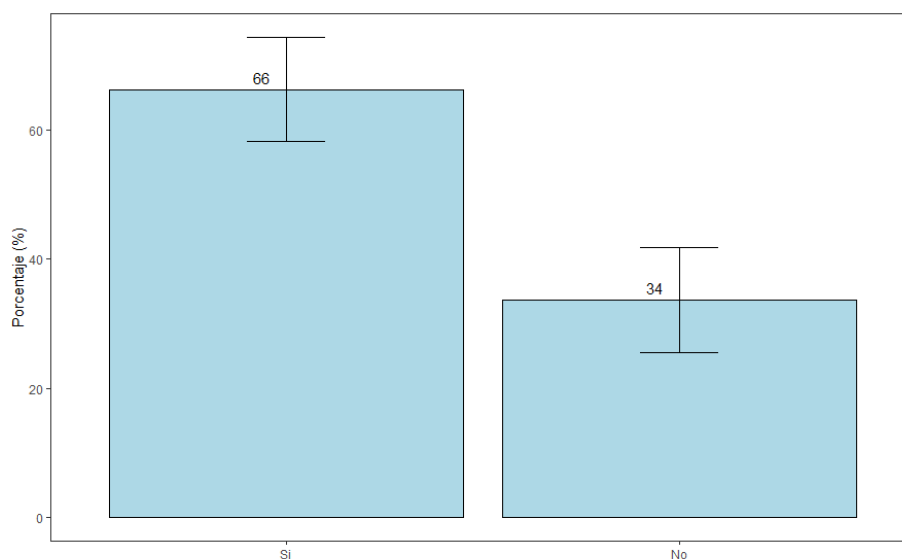
Figura 6: Años de experiencia del personal de compras



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta a Compradores Públicos.

363. En primer lugar, consultamos a los organismos sobre la existencia de un proceso periódico de definición de necesidades/requerimientos de bienes o servicios, acción fundamental para la realización de una buena planificación de compras. La Figura 7 contiene los resultados a esta pregunta, en donde observamos que un tercio de las unidades de compra declara no tener dicho procedimiento. Esto es motivo de preocupación, dado que es posible que en estas instituciones exista un número relevante de compras innecesarias, o que sus características no sean las óptimas para resolver la necesidad que debieran ayudar a satisfacer.

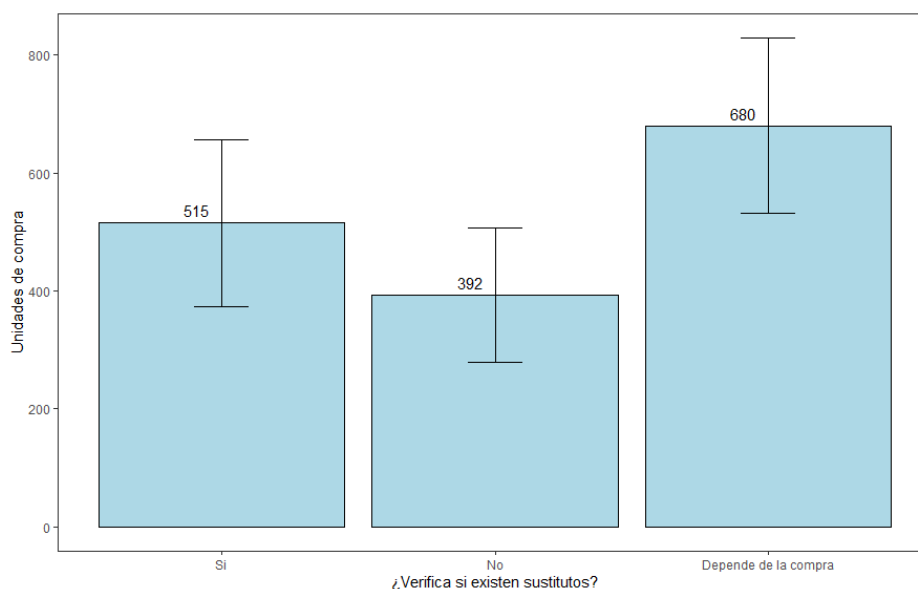
Figura 7: Existencia de un proceso periódico de definición de necesidades



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta a Compradores Públicos.

364. Dado que la formulación de la pregunta invita implícitamente a responder “Sí”, realizamos una pregunta complementaria a los que contestaran afirmativamente, pidiéndoles que describieran cómo era dicho proceso en sus organismos. Sólo el 3% de estos compradores públicos proveyó una respuesta detallada a la pregunta. El otro 97% sólo hace mención generalizada a los PAC (30%), a los requerimientos de la unidad de compra (18%), y al consumo histórico del organismo (11%). Sólo el 16% menciona que la definición de necesidades la hacen las unidades de compra, pero no entran en detalles sobre cómo ocurre dicho proceso. Esta vaguedad en las respuestas da indicios de que los análisis de necesidades en estos organismos son débiles o simplemente inexistentes, más allá de su declaración original afirmativa.
365. En segundo lugar, se les preguntó a los compradores si verificaban o no la existencia de sustitutos para los bienes o servicios que pretenden adquirir, dándoles tres alternativas: “Sí”, “No”, y “Depende de la compra”. Esta última alternativa va en línea con lo recomendado internacionalmente, donde los esfuerzos dedicados a buscar sustitutos dependerán de si la compra es costosa, compleja y relevante para el organismo. Los resultados expresados en la Figura 8 indican que un cuarto de las unidades de compra declara no chequear la existencia de sustitutos a la compra que pretende realizar, aun cuando la compra sí lo amerita. Esta realidad nuevamente es motivo de preocupación, dado que es posible que un número relevante de organismos públicos esté adquiriendo bienes o servicios de forma ineficiente en términos de costo, tiempo de entrega, calidad del producto, etc.

Figura 8: Verificación de sustitutos

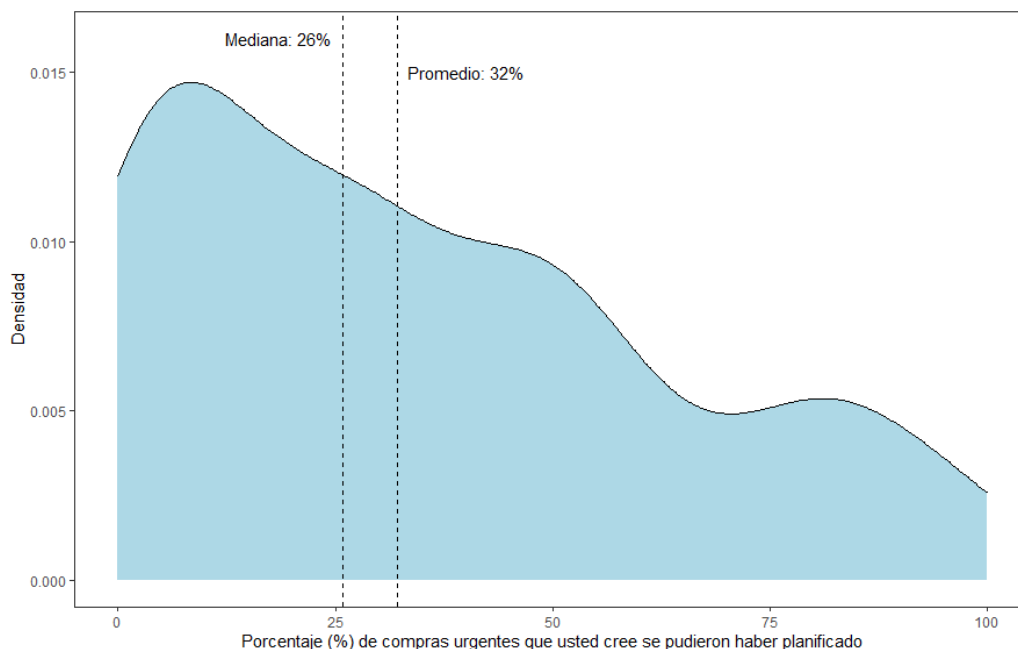


Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta a Compradores Públicos.

366. Adicionalmente, a los compradores que respondieron “Sí” o “Depende de la compra”, se les consultó cuáles son las variables que consideran al momento de evaluar si una compra amerita la búsqueda de sustitutos, y cómo era dicho proceso de verificación. Respecto de lo primero, el criterio más relevante para evaluar la sustitución era el precio con un 42% de las respuestas, seguido de lejos por la complejidad (26%), plazo de entrega (20%) y calidad del objeto de compra (19%). En cuanto al método de búsqueda, destaca el uso del catálogo del convenio marco asociado al objeto requerido, seguido de cotizaciones a través de terceros o búsquedas en catálogos web. La preferencia por el uso de la tienda de convenio marco como herramienta de cotización resalta la importancia que tiene esta plataforma para que los compradores públicos compren de forma eficiente, independientemente del mecanismo de compra que utilicen para la compra.
367. Finalmente, se pidió a los compradores públicos que reportaran el porcentaje de las compras “urgentes” del último año que ellos creen que pudieron haberse planificado, para así tener una métrica que resuma la efectividad del proceso de planificación en los organismos. La distribución de estos porcentajes se muestra en la Figura 9. A pesar de que éstos se inclinan naturalmente hacia proporciones bajas, vemos que, en promedio, los compradores públicos creen que un tercio de sus compras urgentes podrían haberse planificado. Más aún, observando la mediana constatamos que la mitad de los compradores cree que un cuarto o más de estas compras podrían haber sido planificadas, e incluso un

25% de organismos estima que podrían haber planificado la mitad o más de sus compras urgentes. Luego, considerando que los PAC no son vinculantes para las entidades públicas y que una parte relevante de éstas continúa experimentando la llamada “fiebre de diciembre”, es factible que este tipo de compras represente un porcentaje relevante del gasto de estos organismos.

Figura 9: Porcentaje de compras urgentes que podrían haberse planificado



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta a Compradores Públicos.

C. Conclusiones

368. Habiendo analizado la etapa de planificación y presupuesto desde una perspectiva documental y práctica, podemos identificar tres grandes aspectos que impiden que organismos públicos compren de manera más eficiente y competitiva: (i) La inexistencia de protocolos y documentación vinculante sobre análisis de necesidades, facilitando así la realización de compras innecesarias o poco efectivas en cuanto a satisfacer una necesidad de la institución; (ii) La no obligatoriedad de cumplir con los PAC institucionales, práctica que desincentiva la planificación adecuada de las compras y agrega incertidumbre a los proveedores del Estado; y (iii) La no verificación de existencia de sustitutos de una parte significativa de las unidades de compra, aun cuando la compra sí lo amerita, incrementando así la probabilidad de adquirir bienes o servicios que no sean los más convenientes en términos de costo, calidad o plazo de entrega.

VI. SELECCIÓN DE MECANISMO DE COMPRA

369. En esta sección se analizará el proceso de selección de mecanismo de compra aplicado en el sistema de compras públicas. La pregunta de qué mecanismo de compra utilizar se ha tratado usualmente desde el punto de vista de la forma en que se escoge dentro de un potencial conjunto de oferentes a aquel que ofrece el bien o servicio que mejor se adapte a los requerimientos del organismo contratante. Esto es, la forma en que se selecciona el o los ganadores de un proceso de compra. En este sentido, en nuestro sistema jurídico se puede escoger al oferente mediante una licitación pública, abierta o cerrada, un convenio marco o un trato directo.
370. Sin embargo, un tema que no es abordado directamente por la regulación se relaciona con el grado de flexibilidad del contrato que se suscribe con el oferente seleccionado. Notemos que el tipo de contrato es independiente del mecanismo mediante el cual se selecciona al oferente.
371. Así, a continuación, se analizará la selección de mecanismos de compra en ambas facetas, es decir, cómo se selecciona el mecanismo con el que se elige al oferente que proveerá el bien o servicio, y, por otra parte, cómo se diseña el contrato. Veremos que si el mecanismo de compra se diseña correctamente puede haber importantes ganancias de eficiencia, tanto en términos de menores precios pagados como de menores costos administrativos.

A. Selección de mecanismo de contratación

372. Los tres mecanismos de contratación que hemos estudiado corresponden a la licitación pública, convenio marco y trato directo. Como vemos en la Tabla 4, la licitación pública es consistentemente el mecanismo que representa una mayor fracción del gasto en compras públicas (57,5% en 2019), lo sigue con una diferencia importante el convenio marco (22,8% en 2019) y por último el trato directo (19,6% en 2019). Vale la pena destacar que el gasto en estos dos últimos mecanismos de contratación es muy similar en ciertos años.

Tabla 4: Volumen de gasto por mecanismo de contratación

Año	TD	LIC	CM	Total UF
2015	21,2%	56,6%	22,2%	218.594.044
2016	20,7%	52,7%	26,6%	216.697.666
2017	17,0%	51,1%	31,9%	258.835.361
2018	17,5%	59,4%	23,1%	268.754.451
2019	19,6%	57,5%	22,8%	255.878.290

Fuente: Elaboración propia en base a datos de ChileCompra.

373. Teniendo con estos datos una perspectiva de la importancia relativa de cada mecanismo, analizaremos en qué casos se deben utilizar y cuáles son sus potenciales beneficios en términos de eficiencia.

i. Licitación pública

374. La licitación pública abierta corresponde al mecanismo que *a priori* genera un mayor grado de competencia. Por una parte, permite que el contrato sea adjudicado a la empresa más eficiente a la hora de proveer el servicio requerido, y por otra parte es un mecanismo transparente, ya que solo se califica en base a las ofertas, de entre las cuales se escoge la mejor.

375. Este mecanismo tiende a generar mayor competencia, siempre y cuando las características del bien no requieran un método distinto de contratación. En efecto, la literatura de subastas muestra que, en presencia de asimetrías de información, una licitación abierta puede no ser un mecanismo de contratación eficiente, ya que puede dar paso a comportamientos oportunistas de parte de los oferentes, haciendo ofertas agresivas en términos de precios, pero de mala calidad.

376. En estos casos, la OCDE usa mecanismos de contratación que ciertamente restringen la competencia esperada, pero que permiten eliminar las asimetrías de información, permitiendo que el organismo comprador pueda recibir información durante el proceso

mismo de negociación. Estos mecanismos son la licitación cerrada, el procedimiento competitivo con negociación, el diálogo competitivo, la alianza público-privada y los procedimientos sin publicación⁵⁰⁶.

ii. Trato directo

377. El trato directo, al ser un mecanismo de contratación que por definición no es competitivo, debe ser usado solo excepcionalmente. Es por eso que la regulación establece un conjunto acotado de motivos según los cuales es posible adjudicar un contrato a través de esta modalidad.
378. Como vemos en la Tabla 5, el motivo más frecuente⁵⁰⁷ para justificar el uso de un trato directo es que el costo de evaluación de una licitación es desproporcionadamente alto en relación con el valor estimado de la compra, por lo que se aduce que es más eficiente contratar directamente con un proveedor. En otras palabras, se está aceptando un empeoramiento de la competencia, lo que probablemente implique un mayor precio, con el objetivo de evitar un costo administrativo. Esto sugiere la necesidad de mecanismos de compra más flexibles, de manera de evitar costos administrativos adicionales.
379. El segundo motivo se refiere a que existiría un solo proveedor disponible del bien o servicio requerido. El tercer motivo indica que, si bien existen otros posibles proveedores, ninguno otro brinda la confianza que da el proveedor seleccionado.

⁵⁰⁶ Ver, por ejemplo, Albert Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart Studies in Competition Law* (2nd ed.) (Londres: Bloomsbury, 2015), o ver OCDE «Principles for Integrity in Public Procurement », (Paris: OECD Publishing, 2009), disponible [aquí](#).

⁵⁰⁷ En este punto debemos explicar brevemente la metodología empleada para estudiar los tratos directos. Realizamos una muestra aleatoria en la que la población a estudiar fueron los tratos directos en los años 2017-2019, excluyendo las llamadas “microcompras”, obteniendo una muestra de 407 observaciones. La unidad muestral corresponde a cada contrato generado por un Trato directo (no necesariamente equivalente a haber usado las órdenes de compra como unidad muestral). Sin embargo, los contratos no estaban vinculados con todas las órdenes de compras que generaron. Por lo tanto, la estrategia que adoptamos para construir una muestra representativa fue generarla a partir de las órdenes de compra por trato directo. En consecuencia, el estado de la información disponible para efectos de construir la muestra era similar a aquel de licitaciones y convenios marco. Producto de lo anterior, debimos ponderar las observaciones por el inverso de la probabilidad de ser seleccionado en la muestra, es decir

$$\pi_i = \frac{L}{n l_i}$$

donde π_i corresponde a la ponderación de las OC asociadas al contrato i , L es el tamaño total del universo, n es el tamaño de la muestra y l_i es el número de OC en el contrato i .

380. Por último, vale la pena destacar que el cuarto motivo más frecuente se refiere a la existencia de alguna emergencia o imprevisto, pese a que quizás existían otros proveedores en el mercado. Esto sugiere que, si existiese un mecanismo competitivo más flexible para adquirir este bien o servicio, se hubiese evitado utilizar un trato directo.

Tabla 5: Frecuencia de causales para justificar Tratos Directos (2017-2019)

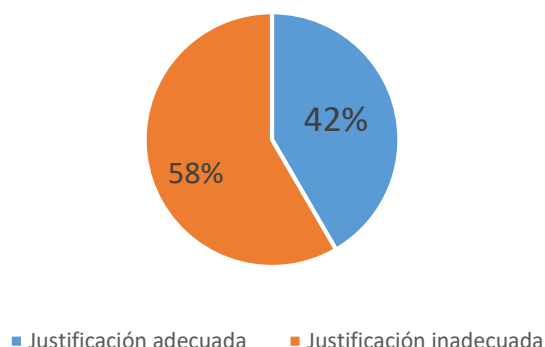
Causal	Número de Órdenes de Compra	Frecuencia
Costo de evaluación desproporcionado	34.943	25,9%
Sólo existe un proveedor del bien o servicio	19.822	14,7%
Confianza y seguridad de los proveedores	17.794	13,2%
Emergencia, urgencia o imprevisto	14.575	10,8%
Derecho de propiedad intelectual o industrial	9.709	7,2%
Reposición de accesorios de modelos ya adquiridos	9.070	6,7%
Prórroga de un contrato de suministro	8.259	6,1%
Licitación pública previa sin ofertas admisibles	7.264	5,4%
Otros	13.635	10,1%
Total	135.071	100,0%

Fuente: Elaboración propia en base a datos de ChileCompra.

381. Sin embargo, de acuerdo con la revisión manual de nuestra muestra de tratos directos, podemos ver en la Figura 10 que un 58% de los tratos directos llevados a cabo entre los años de estudio (2017-2019) no han sido justificados de forma apropiada por los organismos públicos demandantes. Este ejercicio se realizó comparando la justificación entregada por el organismo público contratante con los requisitos establecidos en la Ley de

Compras Públicas, en el Reglamento respectivo, y en los dictámenes de la CGR sobre la normativa⁵⁰⁸. Lo anterior presumiblemente implica un sobre costo en las compras públicas.

Figura 10: Proporción de tratos directos justificados adecuadamente



Fuente: Elaboración propia en base a muestra representativa de tratos directos.

382. Como se puede apreciar en la Tabla 6, frecuentemente no se justificó adecuadamente que existía un único proveedor capaz de proveer el bien o servicio requerido. En estos casos se suele señalar, como única justificación, que no existen otros proveedores, pero sin entregar respaldo suficiente. En otras situaciones, se indica que la justificación del proveedor único está dada por la existencia de patentes o licencias comerciales, pero no acompañan esta aseveración con ningún documento que la acredite.
383. Un caso similar ocurre cuando se alude a la causal de seguridad y confianza, pues se señala que el oferente seleccionado es el único que tiene el mencionado par de atributos, pero este aserto no viene acompañado de explicación alguna.

⁵⁰⁸ Así lo expresan los dictámenes de la Contraloría General de la República N°46.532 del 4 de diciembre de 2000, N°57.215 del 29 de noviembre de 2006, N°26.151 del 6 de junio de 2008, N°61.442 del 3 de octubre de 2012 y N°14.235 del 7 de junio de 2018, entre muchos otros.

Tabla 6: Causales TD no justificadas apropiadamente

Causal	N° TD justificados	N° TD no justificados apropiadamente	Fracción TD no justificados
Costo de evaluación desproporcionado	42	74	63,8%
Sólo existe un proveedor del bien o servicio	33	27	45,0%
Confianza y seguridad de los proveedores	8	25	75,8%
Emergencia, urgencia o imprevisto	20	27	57,4%
Derecho de propiedad intelectual o industrial	16	24	60,0%
Reposición de accesorios de modelos ya adquiridos	13	21	61,8%
Prórroga de un contrato de suministro	10	14	58,3%
Licitación pública previa sin ofertas admisibles	16	10	38,5%
Otros	13	18	58,1%
Total	171	240	58,4%

Fuente: Elaboración propia en base a muestra representativa de TD.

Nota: El orden refleja la frecuencia de los TD, igual que en la Tabla 5.

384. Por otro lado, independientemente del motivo señalado para justificar la compra, hemos visto que una importante proporción de los tratos directos, más precisamente un 34%, se pudo haber evitado con una adecuada planificación y/o definición de mercado relevante, lo que hubiese implicado una compra pública en el marco de un proceso competitivo.
385. Esto lo calculamos estudiando, compra por compra, en qué casos se trataba de bienes con más oferentes y cuya demanda haya sido fácil de prever.

386. En síntesis, si bien no se puede concluir que los tratos directos se estén aplicando de forma poco competitiva, ya que estos por definición no son competitivos, sí estimamos que se están utilizando más de lo conveniente y necesario.

iii. Convenio Marco

387. El convenio marco por su parte es, formalmente, una licitación en dos etapas⁵⁰⁹, en la que no hay un solo ganador, sino que potencialmente pueden ser varios. Si bien esto pareciera reducir la intensidad competitiva, hay varios motivos que pueden justificar su uso. A continuación, describiremos como funciona este mecanismo a nivel conceptual, explicando la racionalidad detrás de esta forma de seleccionar al proveedor de un bien.
388. Dentro de los mecanismos de contratación pública usados en la OCDE, se encuentra el llamado *Framework Agreement* ("FA"), siendo un caso más general que el convenio marco usado en Chile. El FA establece condiciones comerciales relacionadas, usualmente, con el precio, la calidad y las condiciones de despacho. De esta forma, no es necesario realizar un proceso de compra desde cero cada vez que se quieran adquirir nuevos productos.
389. El FA consta de dos etapas. En la primera etapa, los oferentes compiten por ser seleccionados para ingresar a este acuerdo o convenio. Para ser seleccionados deben ofrecer, además de un precio de venta, condiciones de venta, tales como tiempo de despacho, eventuales descuentos por volumen o cargos adicionales por motivos geográficos. En esta primera etapa, se puede seleccionar un solo ganador (*single-awarded Framework Agreement*) o a varios (*multiple-awarded Framework Agreement*)⁵¹⁰.
390. En caso de que se escoja a más de un ganador, su número puede ser exógeno o endógeno a las ofertas recibidas. Por ejemplo, se puede definir de antemano que el número de ganadores será de 3, o bien que ganarán todos aquellos oferentes que obtengan un puntaje por sobre cierto umbral⁵¹¹.
391. Si bien no hay una regla que indique el número óptimo de ganadores, esta cantidad depende, como quedará más claro al final de esta sección, de la heterogeneidad de la

⁵⁰⁹ Ver Yonatan Gur, Lijian Lu y Gabriel Y. Weintraub, «Framework Agreements in Procurements: An auction model and design recommendations», *Manufacturing & Service Operations Management* Vol. 19, No. 4 (2017): 586-603 y Gian Luigi Albano y Marco Sparro, «A simple model of framework agreements: Competition and efficiency», *Journal of Public Procurement* Vol. 8, No. 3 (2008): 356–378 para un modelamiento de este mecanismo en el contexto de la teoría de subastas.

⁵¹⁰ Gian Luigi Albano, «Essential issues in framework agreements for the individual buyer» en *Law and Economics of Framework Agreements* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016), 264.

⁵¹¹ *Ibíd.*

demanda. Mientras más disímiles sean las necesidades de los compradores del sector público, más ganadores deberían estar en el FA⁵³⁰. Sin perjuicio de no existir una regla definitiva, diversas agencias adoptan consejos prácticos para decidir el número de ganadores en un convenio marco. Por ejemplo, que el número de ganadores esté en función del número de ofertas válidas o por sobre cierto umbral.

392. Tomando el ejemplo dado por Albano⁵¹², si el número de ofertas por sobre cierto umbral es N^* , entonces el número de ganadores G^* es

- ☐ $G^* = 3$ si $3 \leq N^* \leq 5$
- ☐ $G^* = 4$ si $6 \leq N^* \leq 8$
- ☐ $G^* = 5$ si $9 \leq N^* \leq 13$
- ☐ $G^* = 6$ si $N^* > 13$

393. La ventaja de este mecanismo es que evita, en la mayoría de los casos, que accedan todos los oferentes al FA, sin que estos hayan competido por presentar mejores ofertas.

394. Una vez que se han seleccionado los ganadores de esta primera etapa, los compradores del sector público podrán adquirir bienes o servicios de los proveedores seleccionados. Esta segunda etapa se conoce como *call-off stage*. En esta fase existen diversos mecanismos para seleccionar al oferente al que se le asignará finalmente cada compra, aunque siempre se debe aplicar un criterio objetivo y establecido desde un principio en las bases del FA⁵¹³.

395. La forma más usada de resolver la segunda etapa corresponde a una selección del tipo “cascada”, vale decir, se prefiere aquel oferente que obtuvo mayor puntaje en la primera etapa y luego, solo si este no es capaz de proveer, se acude al segundo mayor. Nuevamente, si este último no puede proveer el bien, se recurre al tercer mayor y así sucesivamente.

396. Esta forma de seleccionar al proveedor es la recomendada por la Comisión Europea⁵¹⁴, ya que fomenta fuertemente la competencia. Sin embargo, puede resultar, en la práctica, como un *Framework Agreement single-award*, ya que este sería la opción por *default*. En este sentido, se han diseñado otros mecanismos que evitan la anterior situación.

⁵¹² *Ibíd.*

⁵¹³ Ver artículo 33 de la Directiva 2014/24/EU o OCDE, «Brief 29: Detecting and Correcting Common Errors in Public Procurement». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 29 (2013).

⁵¹⁴ Nota explicatoria en OCDE «Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements». (Paris: OECD Publishing, 2017), 11-12. Disponible [aquí](#).

397. Una forma alternativa de seleccionar al oferente en la segunda etapa corresponde a asignar un *share* de mercado a cada ganador. Por ejemplo, si hay 3 ganadores, al mejor se le adjudicará un 50% de las compras, un 40% al segundo mejor y un 10% al último ganador. Igualmente, se podría seleccionar al ganador de forma aleatoria, entregando a cada ganador una probabilidad descendente según el puntaje obtenido, lo cual tendría un efecto similar a asignar un *share* de mercado. Otra opción, empleada en India⁵¹⁵, es, en lugar de comprar directamente al primer ganador, pedirles a los competidores que sigan que igualen las condiciones del ganador. Luego, se escoge entre los que acuerdan esta opción de forma aleatoria, lo cual es equivalente a comprarle al mejor oferente, pero expandiendo a otros oferentes la posibilidad de participar.
398. Cabe señalar que no se encuentra explícitamente en esta recomendación la opción de que cada comprador público resuelva la segunda etapa de forma discrecional, escogiendo al oferente sin ajustarse a un protocolo o procedimiento preestablecido.
399. En principio, este mecanismo de contratación presenta potenciales ventajas en términos de mejorar la eficiencia competitiva y reducir los costos de transacción. Por una parte, se produce competencia por entrar al convenio, lo cual presiona a la baja los precios, a la vez que mejora la calidad técnica de las ofertas. Esto se suma a la expectativa de grandes volúmenes de venta a futuro, lo que debería presionar más aún los precios.
400. Adicionalmente, la flexibilidad de este mecanismo permite reducir el uso de tratos directos justificados bajo la causal de urgencia ya que, al estar el producto requerido presente en el FA, no es necesario llevar a cabo un proceso de compra desde el inicio, pues este ya está disponible.
401. En línea con lo anterior, se puede señalar que hay ganancias en eficiencia competitiva producto de que el contrato puede estar mejor diseñado, ya que al reducir de forma significativa el número de contratos diseñados, es razonable pensar que cada uno de estos se elaborará de forma más clara⁵¹⁶.
402. Junto a las ganancias en competencia descritas anteriormente, el FA tiene la ventaja de reducir el costo administrativo asociado a las compras del Estado, debido a que fija el precio y las condiciones de venta, por lo que no es necesario hacer un proceso de licitación cada vez que se requiera adquirir un producto.

⁵¹⁵ Gian Luigi Albano, *Law and Economics of Framework Agreements* (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).

⁵¹⁶ *Ibíd.*

403. De esta forma, se reduce el costo fijo administrativo por unidad asociado a cada compra, pues el proceso de licitación se realiza una sola vez. Las anteriores características aplican tanto para los *Framework Agreement* de un solo ganador como para los de múltiples ganadores. Como hemos señalado anteriormente, la existencia de múltiples ganadores puede reducir la competencia por ingresar al convenio. Sin embargo, hay razones que justifican la multiplicidad de ganadores. Por una parte, el convenio marco permite heterogeneidad de los proveedores y productos ofrecidos. Esto puede ser más eficiente que el caso en que el ganador sea único, ya que, si los compradores tienen necesidades heterogéneas, es posible que dentro del convenio se encuentren ofertas que se adapten mejor a las necesidades del comprador⁵¹⁷.
404. El mejor ejemplo de lo anterior es la heterogeneidad geográfica. Tener dentro del convenio a proveedores ubicados en distintos lugares permite que los compradores del sector público puedan adquirir a aquellos oferentes que estén más cerca. Esto podría generar ahorros en términos de costos de transporte en comparación con una compra a un solo proveedor, que se ubique en un solo punto determinado.
405. Otro motivo para usar un FA con múltiples ganadores es que reduce la probabilidad de que el suministro de un bien se detenga debido a eventuales problemas relacionados con la producción de uno de los oferentes. Adicionalmente, reduce en forma evidente la concentración en un mercado. Esto puede tener efectos positivos dinámicamente, ya que evita que salgan oferentes a lo largo del tiempo, quedando el mercado reducido a un solo oferente, lo que naturalmente subiría el precio.
406. Para que se realicen estas ganancias en eficiencia, es imprescindible el buen funcionamiento tanto de la primera etapa como la etapa de *call-off*. Como veremos en la siguiente sección, en todas las etapas del convenio marco en Chile están presentes ciertas características que, estimamos, limitan el grado de competencia.
407. Ahora bien, dado que permitir múltiples ganadores tiene como efecto el reducir la intensidad competitiva en la primera etapa, se han empezado a ocupar en forma relativamente reciente mecanismos adicionales que fomentan la competencia en la segunda etapa. Nos referimos a que la etapa de *call-off* se reemplace por una licitación pública entre los participantes del convenio. Naturalmente, esto puede eliminar las ganancias de eficiencia que permite el FA, pues precisamente una de las principales ventajas de este es reducir los costos administrativos de realizar una licitación. Por esto, el principio básico es que este mecanismo se debe ocupar en compras relativamente grandes.

⁵¹⁷ *Ibíd.*

408. En el caso de nuestro país, este principio se cumple, debido a que se exige que todas las compras con un costo estimado superior a las 1.000 UTM deben ser realizadas mediante una licitación llamada Gran Compra. En el caso de la OCDE, al ser una herramienta reciente, no hay evidencia consistente acerca de sus efectos⁵¹⁸, ni tampoco presenta un procedimiento en el que se indique en qué casos se aplica, dejando su aplicación a discreción del contratante⁵¹⁹. Sin embargo, la UNCITRAL⁵²⁰ señala ciertas guías para su aplicación, destacando entre ellas la necesidad de que no se invite a competidores que no estén dentro del convenio, que la invitación sea expedita y automática, de forma de reducir los costos administrativos, y que la información entregada sea la misma para todos los competidores.
409. Pese a sus beneficios, consideramos que este mecanismo está subutilizado. Como vemos en la Tabla 7, las Grandes Compras representan un 11% de las compras totales dentro del convenio marco, pero esta vía pudo haber llegado hasta a un 34%. En efecto, si un organismo compró, a lo largo de un año, más de 1.000 UTM de un producto en más de una orden de compra, señalamos que estas compras se pudieron haber hecho a través de una Gran compra. Este ejercicio muestra que las Grandes compras habrían subido a 17%. Sin embargo, si asumimos que dentro de una región todos los compradores se pudieran haber coordinado a costo cero, las grandes compras habrían subido a un 34%.

Tabla 7: Uso de Gran Compra dentro del Convenio marco (2019)

	Fracción gasto total CM	Número de OC	Potencial Gran compra
Convenio Marco (sin GC)	89%	>99,9%	17%-34%
Gran Compra	11%	<0,01%	

Fuente: Elaboración propia en base a datos de ChileCompra.

⁵¹⁸ *Ibíd.*

⁵¹⁹ Artículo 33 de la Directiva 2014/24/EU.

⁵²⁰ UNCITRAL, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (1985). Disponible [aquí](#).

410. Ahora bien, este potencial está subestimado, pues no considera la posibilidad de que dos o más organismos colaboren para realizar una sola Gran Compra, sino que únicamente estima el potencial de compra asumiendo que la compra se puede llevar a cabo por un solo organismo.

B. Diseño de contrato

i. Marco teórico

411. Habiendo estudiado cuál es el procedimiento para seleccionar al oferente, lo que hemos llamado mecanismo de contratación, estudiaremos el diseño óptimo del contrato. Si bien es cierto que la ley regula numerosos aspectos formales de la relación entre el comprador público y el proveedor, hay un aspecto crucial que no está regulado y que tiene efectos importantes en términos de eficiencia. Nos referimos al grado de flexibilidad de la relación comercial.
412. Con flexibilidad en la relación comercial nos referimos a si los parámetros relevantes de la o las compras realizadas están fijadas en el contrato o no. Por ejemplo, si el contrato establece un pago fijo o un pago variable por el servicio prestado, o si el contrato fija o no la cantidad, el lugar y la fecha de los posibles despachos de un bien. Un contrato poco flexible es aquel que establece de forma rígida estos parámetros.
413. Ahora bien, cabe preguntarse cuál es el nivel deseado de flexibilidad que debe tener un contrato. Podría pensarse que un contrato rígido es la mejor opción, ya que minimiza la incertidumbre y fija el flujo de pagos que se realizará a partir del contrato. Sin embargo, esto no es necesariamente así en todos los casos.
414. Para responder esta pregunta, usaremos el marco conceptual desarrollado por Tadelis y Bajari⁵²¹. Los autores señalan que uno de los principales desafíos que enfrentan los contratos públicos es cómo manejar los cambios imprevistos que se producen después de la firma del contrato, es decir, cómo es la adaptación *ex post* que el contrato establece.
415. Los autores señalan que, si la probabilidad de que ocurran contingencias es baja, lo óptimo es establecer un contrato completo o rígido, en el que se establezca con certeza cuánto recibirá el oferente. De esta forma, este último tendrá fuertes incentivos a la eficiencia. En cambio, si la probabilidad de que ocurran contingencias es mayor, un contrato rígido podrá afectar los ingresos que reciben las partes, poniendo en riesgo incluso la viabilidad del proyecto. Sin embargo, si el contrato deja que el monto total a pagar se adapte a las

⁵²¹ Patrick Bajari y Steven Tadelis «Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts» Documento de trabajo, No. 99-029, Universidad de Stanford, Departamento de Economía (2001).

contingencias, se pueden definir los pagos de forma contingente a las eventualidades del proyecto. De este modo, no se pone en riesgo la viabilidad del contrato.

416. En el contexto de las compras públicas en Chile, vemos que los contratos pueden ser flexibles en dos dimensiones. Por una parte, está la dimensión de flexibilidad en el suministro del bien o servicio y, por otra, la flexibilidad en el diseño del bien o servicio.
417. La flexibilidad en el suministro del bien se refiere a que no está predeterminado en qué lugares, en qué cantidad, ni en qué fechas se van a realizar las entregas del bien o servicio. Los contratos de suministro corresponden a contratos altamente flexibles en esta dimensión, ya que únicamente fijan un precio por unidad con condiciones de despacho, pero la cantidad y la fecha de despacho queda libre. Un ejemplo de este tipo de contrato en el caso chileno corresponde a lo que usualmente se conoce como contrato de suministro. Este es simplemente un FA con un solo ganador, tal como lo hemos definido en la sección precedente. Un contrato poco flexible, en cambio, corresponde a aquellos de orden fija, en los que se fija de antemano un precio, cantidad, fecha y lugar de despacho.
418. De esta forma, si la demanda de un bien es frecuente y poco predecible, resultaría costoso tener que elaborar un contrato nuevo cada vez. De hecho, esto podría incentivar el uso de mecanismos no competitivos como el trato directo. En ese sentido, resulta intuitivo que no es eficiente establecer un contrato rígido, ya que implicaría costos de transacción importantes. Ahora bien, un contrato flexible también entraña ciertos riesgos. En este caso, al no estar fijos los montos, lugares y fechas de despacho, es natural pensar que los oferentes incorporen una prima por riesgo en sus ofertas. En otras palabras, un contrato flexible no asegura un beneficio por el hecho de haber ganado la licitación, sino que más bien genera una cierta expectativa de ganancias, la cual no tiene por qué cumplirse necesariamente.
419. Por otro lado, la flexibilidad en el diseño del bien o servicio se refiere a que el contratante no fija todas las especificaciones técnicas, sino que permite que estas se establezcan en conjunto con el oferente. Al igual que en el caso de la flexibilidad en el suministro del bien, si el bien es complejo en su diseño puede haber cierta variabilidad de costos en su elaboración. Si este se asigna mediante un contrato rígido, podría no ser viable su elaboración, por lo que es preferible que su contrato incorpore cierta flexibilidad en el pago.
420. Por cierto, esta flexibilidad también supone costos. Al permitir que el costo sea variable, no se fomenta completamente la eficiencia productiva del oferente, lo que puede traducirse en un precio menos conveniente.
421. En síntesis, para los autores citados, la adquisición de bienes con pocas contingencias se debe hacer mediante contratos rígidos, mientras que aquellos que presenten más contingencias se deben proveer a través de contratos flexibles.

ii. Aplicación a las compras públicas en Chile

422. Ahora que tenemos un marco teórico para analizar la flexibilidad en los contratos llevados a cabo por el Estado, estudiaremos las compras realizadas en Chile y veremos si los contratos aplicados son del tipo descrito en la sección anterior. En primer lugar, tenemos que estudiar dentro de las compras analizadas cuáles corresponden, considerando la anterior teoría, a bienes que puedan presentar mayor complejidad. Siguiendo las dos dimensiones de flexibilidad del diseño de un contrato que hemos distinguido en la sección anterior, definimos dos tipos de bienes según su complejidad.
423. En primer lugar, está lo que hemos denominado complejidad de suministro. Nos referimos a un bien complejo si su demanda es difícilmente predecible. Esto se encuentra dentro del marco conceptual de complejidad o predictibilidad definida por Tadelis y Bajari. Bienes que no son complejos en esta dimensión corresponden a aquellos que tienen una demanda fácilmente predecible.
424. Un ejemplo de bienes complejos en términos de su suministro es el de los insumos médicos. En este caso, no se sabe con exactitud cuántos insumos se necesitarán ni en qué momento. Incluso, si se trata de la demanda de una Región completa, tampoco se sabe con exactitud la demanda de cada consultorio u hospital de la Región. En cambio, un ejemplo de un bien con una baja complejidad desde el punto de vista del suministro corresponde a los muebles de la oficina, ya que estos se compran con una alta regularidad, sabiendo exactamente cuántos se van a necesitar.
425. En segundo lugar, hemos definido la complejidad en la elaboración del bien. Nos referimos a un bien simple si es un bien homogéneo, sin diferencias significativas horizontales. En otras palabras, corresponde a los bienes que llamamos *commodities*. Bienes simples son, por ejemplo, los alimentos, muchos materiales de construcción, medicamentos con bioequivalencia, entre otros. En contraste, un ejemplo de un bien complejo en su elaboración es un servicio de capacitación en herramientas computacionales. En este caso, no se puede hablar de un bien homogéneo, ya que dependerá de la calidad de los profesionales que lo imparten, de las herramientas pedagógicas que manejen, entre muchos otros elementos.

Tabla 8: Complejidad de los productos y servicios adquiridos por licitación (2017-2019)

	Comp. de Suministro	Comp. de elaboración
Baja	65%	63%
Media	5%	32%
Alta	30%	5%

Fuente: Elaboración propia en base a muestra de licitaciones públicas.

426. Ahora, veremos cómo se distribuyen las categorías anteriores. Para lograr lo anterior, estudiamos cada una de las licitaciones que componen la muestra y las etiquetamos según cada una de las categorías, señalando si el bien demandado en cada licitación tiene una complejidad de elaboración baja, media o alta y si la complejidad de su suministro⁵²² es baja, media o alta.
427. Como vemos en la Tabla 8, la mayoría de las compras hechas a través de licitaciones tiene una baja complejidad tanto de suministro como de elaboración. Sin embargo, un 30% de los bienes son complejos desde el punto de vista del suministro.
428. Dentro de esta fracción, de acuerdo con el marco teórico establecido anteriormente, se deberían emplear contratos de suministro. Sin embargo, como vemos en la Tabla 9, según nuestra muestra, la mayoría no corresponde a contratos de suministro, sino que a contratos de orden fija. En efecto, casi un 60% se aplica a través de contratos de orden fija.

⁵²² En el caso de la complejidad del suministro, dividimos esta categoría en tres subcategorías: complejidad sobre “dónde” se realizarán los despachos, sobre “cuándo” se realizarán y sobre “cuánta” cantidad de productos se necesitarán en cada despacho.

Tabla 9: Tipo de contrato según complejidad del suministro.

	Comp. Alta	Comp. baja
Contrato de suministro	35%	12%
Orden fija	59%	83%
Otros	5%	5%

Fuente: Elaboración propia en base a muestra de licitaciones públicas.

iii. Estimación de ganancias en eficiencia

429. Para estimar cuánto se podría ahorrar estableciendo el contrato correcto, debemos tomar aquellos servicios que se compraron a lo largo de distintas licitaciones de orden fija, y estimar el ahorro en costos administrativos que este generaría. Es decir, calcularemos para cada producto que estimamos, de acuerdo a sus características, que se pudo haber comprado mediante un mecanismo flexible, cuánto en términos de horas se debió emplear en su compra para haber realizado un contrato de suministros.
430. Por ejemplo, si para un bien determinado un servicio realiza N licitaciones a lo largo de los 3 años de nuestra muestra, nuestra idea consiste en comparar cuánto habría costado esa compra, en términos de costos administrativos, si se hubiera aplicado un contrato de suministro. En otras palabras, si, en lugar de hacer un proceso costoso, como es la licitación, varias veces, las compras se hubiesen realizado bajo las condiciones de un contrato de suministro.
431. En consecuencia, primero se definirá qué entendemos por costo administrativo asociado a una compra. Nos referimos al costo, en términos de tiempo empleado por los funcionarios, para llevar a cabo un proceso de compra. Sabemos que diseñar una licitación es un proceso costoso en términos de tiempo, pues, según nuestra encuesta, toma 55 horas en total. De esta forma, en un contrato de orden fija, cada vez que se adquieran productos se tendrá que realizar una licitación, con el gasto de tiempo ya descrito. Por otra parte, bajo la modalidad de contrato de suministro, se realizará una licitación una sola vez, siendo las subsiguientes órdenes de compra enmarcadas en las condiciones que ya se fijaron.
432. De esta forma, para una compra de un bien o servicio b , el ahorro S_b se define como:

$$M_b(c_{of} - c_{cs}) - F_{cs}$$

Donde M_b es el número de órdenes de compra bajo contrato de suministro⁵²³; c_{cs} es el costo administrativo asociado a una orden de compra hecha bajo un contrato de suministro; c_{of} es el costo administrativo asociado a una orden de compra hecha bajo un esquema de compra de orden fija; y F_{cs} corresponde al costo de implementar el contrato de suministro. Acá suponemos que estos costos son independientes de qué bien b se está comprando. Luego, el ahorro total de la medida es:

$$S = \sum_{b \in B} S_b = \sum_{b \in B} (M_b(c_{of} - c_{cs}) - F_{cs})$$

433. Ahora resta encontrar los parámetros relevantes de esta ecuación. En primer lugar, tenemos el conjunto B , que corresponde al conjunto de licitaciones que, de acuerdo al criterio definido anteriormente, deberían pasar desde un contrato de orden fija a un contrato de suministro. Como vimos en la Tabla 9, esto corresponde al 59% de todas las licitaciones de bienes denominados de alta complejidad de suministro. Este porcentaje corresponde a un total de 39 licitaciones, lo que representa el 9,6% del total de la muestra.
434. Para encontrar c_{cs} , c_{of} y F_{cs} utilizaremos la encuesta realizada a los compradores públicos, donde indagamos sobre el tiempo total utilizado por los funcionarios a la hora de realizar una compra, según el mecanismo usado.
435. En dicha encuesta se preguntó por “el tiempo efectivo promedio (en horas) que su institución dedicó a las siguientes actividades⁵²⁴”. Luego, se les presentaron tres casillas, en dónde debían indicar el tiempo promedio que ellos estimaban dedicado a comprar a través de una licitación pública, de un convenio marco y de un trato directo.

⁵²³ Debemos notar que estamos suponiendo que si para este producto b se hacen N órdenes de compra en el marco de un contrato de suministro, también se realizan N licitaciones en caso de que se realice una licitación distinta por cada compra. Es razonable suponer que si un producto solo se puede adquirir mediante licitaciones de orden fija, existirá una tendencia a realizar menos compras, pero de mayor volumen.

⁵²⁴ Ver anexos con la encuesta completa y con la tabulación de sus resultados.

Tabla 10: Horas gastadas por compra

Percentil	25	50	75
Licitaciones	24	55	240
Convenio Marco	3	18	71
Trato directo	9	24	78

Fuente: Elaboración propia en base a encuesta.

436. Como vemos en la Tabla 10, estimamos que el tiempo empleado en una licitación es de 55 horas, lo que a un sueldo por hora promedio de \$ 4.440⁵²⁵ mensuales, nos lleva a que el costo de elaborar un proceso licitatorio es de \$ 244.224 (= \$ 4.440 x 55). Luego, el parámetro c_{of} corresponde a \$ 244.224.
437. Por otra parte, dado que para realizar una compra dentro de un contrato de suministro no hay que realizar mayores esfuerzos administrativos, pues el proveedor ya está seleccionado, estimamos que $c_{cs} = 0$. Por último, F_{cs} es el costo de implementar un contrato de suministro, el cual corresponde a implementar una licitación, por lo que $F_{cs} = c_{of}$.
438. Por otra parte, M_b corresponde a un número contrafactual, es decir, a cuantas órdenes de compra se *habrían* generado en caso de haber estado en un contrato de suministro. Para esto, usaremos la media de órdenes de compra de los contratos de suministro, es decir $E(M_b) = \frac{\sum_{i \in CS} N_i}{|CS|}$ ⁵²⁶. De acuerdo con nuestro análisis de la muestra de licitaciones, este promedio corresponde a 12 órdenes de compra.
439. De esta forma, el ahorro dentro de las licitaciones que componen nuestra muestra es de:

⁵²⁵ Para calcular el salario por hora se sigue el artículo 32 del Código del Trabajo. Tomamos el salario por hora y lo multiplicamos por el factor ((28/30)/180). Este factor supone un contrato de 45 horas semanales. Luego, el sueldo por hora es \$ 856.373x((28/30)/180) = \$ 4.440.

⁵²⁶ Estamos usando el promedio de órdenes de compra. Esto es una estimación del número verdadero de órdenes de compra que se llevarían a cabo en el caso de que se aplicara un contrato de suministro. Se lleva a cabo una estimación debido a que, dada la naturaleza contrafactual del ejercicio realizado, no conocemos el verdadero número de órdenes de compra que se llevaría a cabo.

$$\tilde{S} = 39 \times (12 \times (244.224 - 0) - 244.224) \$ = 104.108.383 \$$$

440. Para extrapolar este número al total poblacional, debemos considerar dos elementos fundamentales. Por una parte, nuestra muestra se compone de 402 licitaciones dentro de un marco poblacional de 482.966 procesos de licitación, es decir, la muestra representa al 0,083% del total. Luego, el factor de expansión que debemos considerar para extrapolar este resultado es de 1.201,4.
441. Por otra parte, debemos considerar la desviación estándar del porcentaje de licitaciones que deberían cambiar su tipo de contrato. Como vimos en la Tabla 8, este corresponde al 9% del total de la muestra, con una desviación estándar de un 2,6%, lo que nos arroja un intervalo de confianza, con un 5% de error tipo I, de entre 4,5% y un 14,7%.
442. Con estos datos, concluimos que el ahorro total promedio es de \$ 125.076.639.572, con un intervalo de confianza de entre \$58.528.873.927 y \$191.697.855.307, o en dólares de \$ 152.532.487, con un intervalo de confianza de entre US\$ 71.376.676 y US\$ 233.777.872. Recordemos que nuestro marco muestral considera 3 años, entre 2017 y 2019, por lo que el ahorro promedio por año sería de US\$ 50.844.162.

iv. Duración de los contratos

443. Un último aspecto que cabe analizar dentro de la relación contractual que se establece entre el contratante y el oferente seleccionado es la duración del contrato.
444. Para poder señalar si los contratos tienen la duración suficiente o no, debemos partir por comprender cuáles son los beneficios y costos asociados a una duración alta. En primer lugar, un período de contratación largo tiene genera la expectativa de un beneficio mayor, debido al volumen de ventas esperado. Sin embargo, también un plazo largo genera ciertos riesgos.
445. Por una parte, la evolución de los costos es incierta, de modo que los precios acordados en el contrato podrían eventualmente no alcanzar a cubrir los costos del proveedor, generando un riesgo para él. Del mismo modo, es posible que los costos bajen, de manera que el precio de mercado sea menor que el precio pagado en virtud del contrato, lo cual representa, en cambio, un riesgo para el comprador. Además, un contrato largo tiene el beneficio directo de reducir costos administrativos debido a que es necesario hacer menos procesos licitatorios.
446. Por otro lado, hay una fuente de riesgo que no está directamente relacionada con el precio del bien o servicio, sino que tiene que ver con el avance tecnológico y la posible obsolescencia del bien o servicio comprado. Por ejemplo, si se adquiere una licencia de 4 años de cierto software de apoyo administrativo, es plausible pensar que en ese intervalo de tiempo se desarrollen nuevas versiones de este programa o incluso programas distintos

que sobrepasen las prestaciones del programa contratado. Debido a lo anterior, el contratante podría enfrentar un riesgo de obsolescencia.

447. El anterior análisis sugiere que el plazo o duración de un contrato debe fijarse tomando en cuenta las características del bien que se va a adquirir, ponderando el beneficio en competencia de ofrecer un volumen de ventas potencialmente grande y la reducción de costos administrativos, con el aumento del riesgo que provocan los cambios en costos y tecnologías. De esta forma, si se considera que el producto que se está adquiriendo está situado en un mercado con alta variabilidad en sus costos o tecnología, no es recomendable hacer contratos muy largos. En cambio, si se estima que se está en un mercado maduro y estable, los riesgos asociados serán mínimos, de modo que puede resultar beneficio hacer un contrato largo.
448. En efecto, en el manual de la OCDE se recomienda tomar en cuenta estas características propias del mercado a la hora de diseñar los convenios marco⁵²⁷ y que los contratos idealmente no superen los 4 años⁵²⁸. De hecho, en la mayoría de los países de la Unión Europea los contratos suelen durar 2 años.

Tabla 11: Duración de convenios marco y contratos de suministro

	Promedio	1 año	2 años	3 años	4 años	5 años	6 años
		[Número de CM o CS]					
Convenio marco	5,59	0	0	2	2	0	15
Contrato de suministro	1,4	41	18	7	0	0	0

Fuente: Elaboración propia en base a muestra de convenios marco y licitaciones.

449. Analicemos el caso chileno. En primer lugar, vemos que la pregunta acerca de la duración de los contratos hace sentido solo para las compras hechas dentro de un convenio marco

⁵²⁷ Ver OCDE «Manual for Framework Agreements», (Paris: OECD Publishing, 2014), 32, y OCDE, «Brief 29: Detecting and Correcting Common Errors in Public Procurement». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 29 (2013).

⁵²⁸ Artículo 33 de la Directiva 2014/24/EU.

y las licitaciones o tratos directos de un contrato de suministros. En relación a los convenios marco, estos no parecen apearse a las recomendaciones que hemos señalado arriba. La Tabla 11 muestra que el 73% de estos tiene una duración de 6 años, sin ninguno que tenga dos años o menos, con un promedio de un poco más de cinco años. Estos plazos naturalmente sobrepasan la duración recomendada por la OCDE. Con respecto a la duración de los contratos de suministros, vemos una tendencia distinta, ya que estos duran en promedio solo 1,4 años.

C. Conclusiones

450. Hemos visto que la selección de mecanismos de compra tiene dos etapas, la selección del mecanismo de contratación y la elección del tipo de contrato. La primera etapa está regulada por la ley, definiendo en qué casos se debe ocupar cada uno de los distintos mecanismos de contratación disponibles. Por otro lado, la elección del tipo de contrato no está regulada y se deja a discreción del contratante.
451. Con respecto a los mecanismos de contratación, notamos que el mecanismo de selección por defecto que contempla el sistema de compras públicas es el convenio marco. Este mecanismo presenta características que lo distancian de su contraparte de la OCDE^{529,530} y de algunas recomendaciones académicas⁵³¹.
452. Además, el convenio marco tiene la posibilidad de realizar una nueva competencia entre los mismos participantes del acuerdo llamada Gran Compra. Estimamos que, si bien está aplicado correctamente el criterio de cuándo se debe reabrir la competencia, se puede utilizar más aún de lo que ya se está haciendo.
453. Por otra parte, la licitación pública, que corresponde al mecanismo de selección que se debe usar en caso de que no exista un convenio marco disponible, si bien es una opción que alimenta fuertemente la competencia, existen ciertas circunstancias en las que este mecanismo puede no garantizar que la licitación sea eficiente, en el sentido de que la empresa que se adjudique el contrato sea la más competitiva y que el bien elaborado sea de la calidad requerida.

⁵²⁹ OCDE. «Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements». (Paris: OECD Publishing, 2017), 11-12. Disponible [aquí](#).

⁵³⁰ Artículo 33 de la Directiva 2014/24/EU o OCDE, «Brief 29: Detecting and Correcting Common Errors in Public Procurement». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 29 (2013).

⁵³¹ Gian Luigi Albano, *Law and Economics of Framework Agreements*.

454. En estas circunstancias, la OCDE contempla mecanismos de contratación distintos a la licitación pública que, si bien tienden a reducir el nivel de competencia en precios, fomentan que la calidad del bien o servicio adjudicado sea la requerida. Chile en cambio, no contempla ninguno de los anteriores mecanismos. En ese sentido, estimamos que ampliar las formas de selección de proveedores puede mejorar la calidad de las adquisiciones de cierto tipo de bien.
455. Por último, bajo ciertas circunstancias excepcionales se puede hacer una contratación directa en la que no hay un proceso competitivo, este mecanismo de selección se llama trato directo. Al no ser un mecanismo competitivo, es posible que el contratante no obtenga las mejores condiciones posibles, es por eso que su uso no debe ser indiscriminado y debe estar adecuadamente justificado. Sin embargo, de acuerdo con nuestro análisis hay una fracción importante de tratos directos que no está justificada apropiadamente por los organismos demandantes. Además, estimamos que una fracción de estos se podría haber evitado mediante una mejor planificación de compras, definiendo bien los mercados relevantes o contando con contratos que establezcan condiciones de compra, tales como convenios marco u otro mecanismo similar.
456. Por otra parte, respecto a la flexibilidad de la relación contractual entre el organismo público y el oferente, con independencia de cuál haya sido el mecanismo de selección, hemos visto que esta no está regulada y se deja a discreción del contratante. Como consecuencia, una fracción importante de los contratos son excesivamente rígidos, lo que lleva a hacer un exceso de procesos licitatorios, con el costo administrativo que ello implica.
457. En este sentido, consideramos que se debe reevaluar en qué casos las compras son frecuentes en el tiempo, de forma que se justifique realizar un sólo contrato que fije ciertas condiciones comerciales, en lugar de realizar numerosos procesos licitatorios. Estimamos que se pueden generar ahorros importantes en términos de reducción del costo administrativo.
458. Además, vemos que la duración de los convenios marco no parece estar ajustada a las recomendaciones internacionales, con contratos excesivamente largos, lo cual podría generar riesgos adicionales, tanto al contratante como al proveedor. En consecuencia, estimamos que estos riesgos se podrían mitigar con una evaluación producto a producto de su duración.

VII. ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE COMPRA

459. Este capítulo describe el análisis mediante el cual se evaluó la eficiencia con la que se han llevado a cabo los procesos de contratación realizados a través del sistema de compras públicas. El foco principal fue caracterizar los niveles de competencia, así como identificar factores que propendan a mejorarlos. Sin perjuicio de lo anterior, se exploraron otras dimensiones de eficiencia, más allá de aquellas relacionadas directamente con libre competencia.
460. Una de las características novedosas de los análisis que se describen, tanto en el presente capítulo como en el siguiente, es que estos se apoyaron en una revisión manual de una muestra representativa de procesos de compra. Si bien se tuvo acceso a los datos de los procesos de contratación registrados en el sistema de compras públicas, información crucial para realizar un análisis de competencia no se encontraba sistematizada en la plataforma. No obstante, la información disponible y sistematizada sí fue aprovechada en gran parte de los análisis que se describen en el presente capítulo.
461. En cuanto a la competencia en licitaciones, de manera crucial, constatamos que el número de competidores fue muy bajo (menor o igual a 2) en un 40% de aquellas llevadas a cabo en los últimos tres años. En términos de volumen de gasto, este porcentaje asciende a un 56%. En otras palabras, en promedio, en los últimos tres años 2.4 billones de pesos fueron gastados a través de licitaciones donde el número de competidores fue, a lo más, dos. Dentro de los factores que plausiblemente contribuyeron a este resultado, destacamos un diseño inadecuado de los criterios de licitación, la especificación en las bases del presupuesto disponible, el monto de la licitación y la elección de mercados por parte de los compradores. Además, identificamos otros factores que no influyen directamente en la competencia en licitaciones pero que sí afectan su fiscalización. Dentro de éstos, destacamos la calidad de los datos sistematizados en la plataforma y la información públicamente disponible.
462. En cuanto a la competencia en convenios marco, un análisis de su operación en los últimos cinco años sugiere que estos no han sido diseñados considerando la libre competencia y sus beneficios como prioridad. La primera etapa ha funcionado más bien como un procedimiento de admisibilidad, no como un mecanismo competitivo. Esto ha redundado en que el Estado acceda a precios más elevados que los que obtendría con un proceso competitivo.

A. Licitaciones públicas

463. Recordemos que las licitaciones corresponden a procedimientos administrativo de carácter concursal, mediante los cuales la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que estos, sujetándose a las bases previamente fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente. En cuanto a su importancia, en los últimos 5 años han representado un 55% del volumen de gasto de las compras públicas. En términos absolutos, el volumen de gasto anual promedio ha sido aproximadamente 4,6 billones de pesos, 5,6 billones de dólares, cerca de un 2% del PIB de Chile en 2019 o un 8% del presupuesto público para 2020.

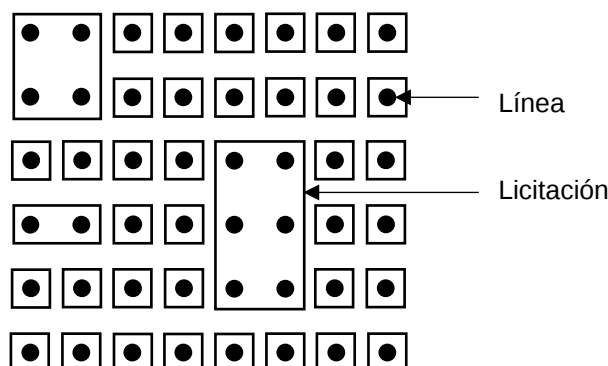
i. Precisiones de lenguaje y elementos metodológicos a tener presentes

464. Nuestra investigación se centró en explorar la competencia en licitaciones. Dado esto, y la manera en que se sistematizaba la información en el sistema de compras públicas cuando realizamos el presente Estudio, vale la pena hacer un par de precisiones en cuanto al lenguaje que utilizaremos en la presente sección, así como ahondar en la metodología que utilizamos para generar la evidencia en la cual basamos nuestro diagnóstico y recomendaciones. Posiblemente sea una falta de precisión en el lenguaje la que explique en medida importante la calidad de la información de licitaciones en el sistema, siendo esta condición determinante del enfoque metodológico que seguimos en nuestra investigación.
465. Desde una perspectiva económica, una licitación es el proceso concursal mediante el cual se adjudica un solo contrato a uno o más oferentes. Esta es la acepción que utilizamos en este Estudio cuando escribimos esa palabra. Por otra parte, usamos el término proceso licitatorio para referirnos a un conjunto de licitaciones que comparten bases, pero que son independientes en términos de los contratos que adjudican. Por ejemplo, en un proceso licitatorio un hospital podría contratar el suministro de un medicamento (paracetamol) y un insumo médico (gasa) en 2 licitaciones, ambas rigiéndose por las mismas bases, pero independientes en cuánto a los proveedores que pueden participar y ganar.
466. El Sistema de Información de ChileCompra está diseñado con esta distinción implícita. Sin embargo, en éste se le llama licitación a lo que nosotros denominamos proceso licitatorio, y se usa la palabra línea para referirse a lo que la teoría económica entiende por licitación. Temprano en nuestra investigación detectamos que existía un importante nivel de confusión por parte de los usuarios de la plataforma en cuanto a cómo ingresar la información que describe los procesos licitatorios que llevaron a cabo, posiblemente, por una falta de precisión en el lenguaje. En muchos casos se confundía un proceso licitatorio con una licitación, y las líneas con entradas del sistema para ingresar productos o servicios que se adquirirían dentro de un mismo contrato. Como ejemplo, considérese el caso de una municipalidad que se propone adquirir víveres para un determinado evento. Ésta decide

que la manera más eficiente de hacerlo es a través de un contrato con sólo un proveedor, el que adjudicará mediante una licitación. La manera correcta de ingresar esto al sistema es creando un proceso licitatorio compuesto de una licitación (una línea según la nomenclatura del sistema), describiendo el listado de productos que se licitará como un paquete. Sin embargo, la práctica que frecuentemente observamos fue la creación de un proceso licitatorio con múltiples licitaciones, una por cada producto, las que no eran independientes. Esto pues cuando revisamos las actas de evaluación constatamos que la competencia había ocurrido por el paquete de productos completo, no por cada producto de manera independiente.

467. En términos del análisis de competencia que pensábamos llevar a cabo, esta situación presentó una dificultad mayor. Las actas de evaluación no estaban sistematizadas, sólo digitalizadas. Por lo tanto, determinar el número de licitaciones que efectivamente componían un proceso licitatorio requería de una inspección manual. Habernos basado en la información sistematizada en la base de datos del sistema podría habernos llevado a cometer errores importantes. Como ejemplo, considérese el cálculo del porcentaje de licitaciones con sólo un competidor; un ejercicio crucial para hacer un diagnóstico de los niveles de competencia. Por simpleza, supongamos que el sistema hubiese registrado cinco procesos licitatorios, los primeros cuatro compuestos por una licitación y el último por seis. Asumamos, adicionalmente, que en los primeros cuatro procesos se presentó más de un competidor, y al último sólo uno. Si efectivamente el proceso con más de una licitación se hubiese compuesto de seis independientes, deberíamos haber reportado que en un 60% de las licitaciones participó sólo un oferente. Si, por el contrario, este proceso en realidad se hubiese conformado por sólo una licitación, entonces deberíamos haber informado que en un 20% de los casos ofertó un competidor solamente.

Figura 11: Estado de sistematización de licitaciones



Nota: En el esquema círculos representan líneas y cuadriláteros contienen el conjunto de líneas correspondientes a una licitación.

468. Por el estado de la información en el sistema y, además, porque nos interesó estudiar en mayor profundidad atributos de las licitaciones no necesariamente sistematizados, como por ejemplo el contenido de las bases, determinamos enfocar nuestros esfuerzos en una revisión manual de una muestra representativa de licitaciones. Considerando la confusión en el ingreso de datos descrita anteriormente, no pudimos hacer un muestreo aleatorio simple de licitaciones, ya que lo que observábamos en los datos del sistema eran líneas o procesos licitatorios, pero no licitaciones. La Figura 11 esquematiza la información a la que tuvimos acceso. Así, para construir la muestra, nuestro procedimiento consistió en seleccionar una muestra aleatoria simple sin reemplazo de líneas, la que se utilizó para identificar licitaciones. Si, mediante una inspección visual, se determinaba que una línea correspondía a una licitación de múltiples productos, almacenados en el sistema en múltiples líneas, se eliminaron del marco muestral todas las líneas asociadas a tal licitación, y se registró el número de líneas que la componían. Dado este método de muestreo, licitaciones con un mayor número de líneas tenían una mayor probabilidad de estar en el marco muestral que aquellas con menos. Así, en estricto rigor, el muestreo de licitaciones realizado corresponde a un muestreo aleatorio simple sin reemplazo con probabilidades desiguales. Consecuentemente, todos los estimadores que se generaron a partir de la muestra fueron calculados considerando pesos muestrales consistentes con las distintas probabilidades de inclusión de cada unidad muestral.

469. Denotando por L el número de líneas en el marco muestral, n el tamaño de la muestra, l_i el número de líneas de la unidad muestral i , usamos la siguiente fórmula para las probabilidades de inclusión, π_i , y los pesos, w_i ,

$$\pi_i = n \frac{l_i}{L}, \quad (1)$$

$$w_i = \frac{1}{\pi_i}. \quad (2)$$

470. Notamos que esta fórmula corresponde a una aproximación en el caso de muestreo aleatorio simple sin reemplazo; probabilidades de inclusión y pesos corresponden a aquellos de un muestreo aleatorio simple con reemplazo. No obstante, concluimos igualmente que esta es una aproximación razonablemente buena cuando el tamaño del marco muestral es lo suficientemente grande en comparación con el tamaño de la muestra. En el caso particular del marco muestral de licitaciones utilizado en el presente Estudio, su tamaño es superior a 400.000 unidades⁵³², mientras que el tamaño de la muestra fue de 401⁵³³. Por lo tanto, la aproximación utilizada resulta razonable para nuestro caso particular.

ii. Análisis de competencia

471. Para hacernos una idea de lo que se ha contratado y las características del mecanismo de adjudicación, resulta útil tener presentes algunas cifras. En cuanto a los contratos adjudicados a través de este mecanismo, como vemos en la Tabla 12, el tamaño medio fue aproximadamente de 6,5 millones de pesos, duró 5,6 meses, y se emitieron 1,2 órdenes de compra durante la vigencia del mismo. El tipo de contrato más frecuente fue el contrato de orden fija, seguido por el contrato de suministro. Recordemos: el primero corresponde a aquellos contratos donde quedan definidos al momento de la contratación magnitudes

⁵³² Este número es estimado utilizando la fórmula para los pesos indicada en la Ecuación (2).

⁵³³ Para mayores detalles en cuánto a las fórmulas utilizadas y la razonabilidad de las aproximaciones, véase Sharon Lohr, «Sampling with Unequal Probabilities», en *Sampling: Design and Analysis* (2nd ed.) (Boston: Brooks/Cole, 2010).

relevantes tales como unidades, precio, o fechas de órdenes; en el caso del segundo, por otra parte, típicamente sólo se prestablece el precio y un plazo de vigencia.

Tabla 12: Características de los contratos

Indicador	Estimación	límites intervalo de confianza [%]	
		2.5	97.5
Porcentaje de contratos que son de suministro	21	17	26
Porcentaje de contratos de orden fija	74	70	79
Porcentaje de otros contratos	5	2	7
Media del volumen de gasto por contrato [millones de pesos]	7	2	11
Media de la duración por contrato [meses]	5.6	5	7
Media del número de órdenes de compra por contrato	1.2	0.8	1.5

Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de licitaciones.

472. Por otro lado, en cuanto a las características de los procesos licitatorios, en estos se adjudicaron 3,6 contratos en promedio y su duración fue de 30 días, correspondiendo un tercio de este tiempo al periodo de postulación y la fracción restante al de evaluación. Menos de un 1% requirió toma de razón por parte de la Contraloría. Los criterios de evaluación más importantes fueron los económicos y de calidad técnica y de servicio, siendo ambos similares en relevancia, y ponderando en promedio cerca de un 93%. Por último, otros criterios utilizados, pero de importancia menor, incluyen el cumplimiento de formalidades, y el cumplimiento de políticas y/o programas de sustentabilidad. La siguiente tabla resume estas estadísticas.

Tabla 13: Características de los procesos licitatorios

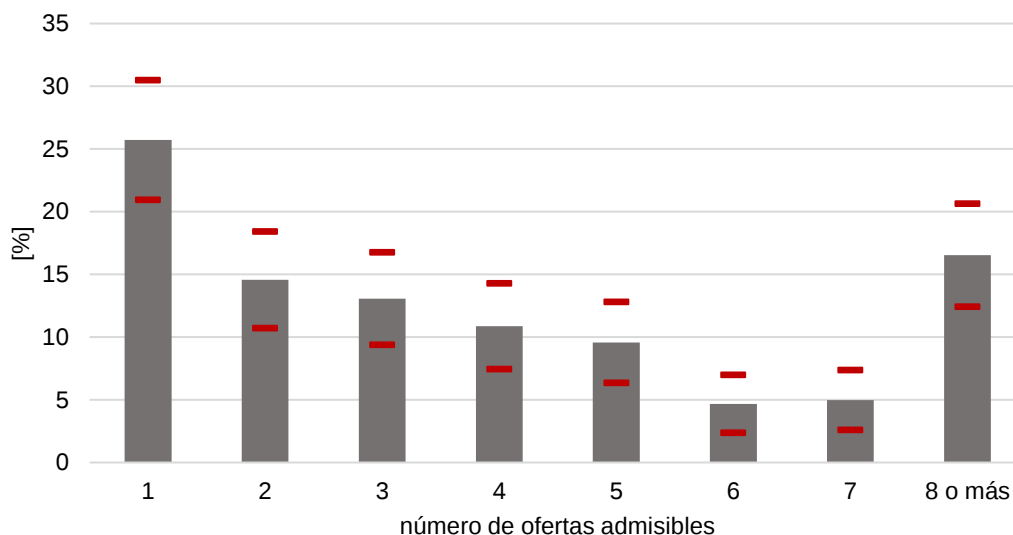
Indicador	Estimación	límites intervalo de confianza [%]	
		2.5	97.5
Media del número de contratos por proceso licitatorio	4	3	4
Media de la duración total de proceso [días]	30	26	34
Media de la duración del periodo de postulación [días]	10	9	11
Media de la duración del periodo de evaluación [días]	20	17	23
Media del volumen de gasto por proceso [millones de pesos]	23	8	39
Media de ponderaciones de criterios de evaluación:			
Condiciones técnicas y de calidad de servicio	42	38	46
Condiciones comerciales	51	47	55
Cumplimiento de formalidades	4	3	5
Cumplimiento de políticas y/o programas de sust.	3	1	5

Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de licitaciones.

a. Entrada

473. En términos de la competencia, uno de los aspectos relevantes por analizar es la entrada o el número de competidores que participó en las licitaciones. La Figura 12 ilustra lo ocurrido en nuestro periodo de estudio, entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2019. Específicamente, el gráfico muestra la fracción de licitaciones con un determinado número de proveedores. La altura de cada barra indica nuestra estimación de la fracción del total de licitaciones con N ofertas, y los marcadores rojos dan cuenta de la precisión de tal estimación. Vemos que un 25% de las licitaciones en nuestro periodo de análisis (que fueron aproximadamente 1 millón 800 mil) tuvo un sólo competidor, un 15% dos competidores, y así sucesivamente. Sumando las dos primeras categorías, de izquierda a derecha, vemos además que en cerca de un 40% de las licitaciones el número de competidores fue menor o igual a dos, la mediana siendo aproximadamente 3 ofertas por licitación.

Figura 12: Porcentaje de licitaciones por número de ofertas admisibles



Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de licitaciones.

Nota: Barras indican la media por categoría. Marcadores en rojo, inferior y superior, indican límites inferior y superior, respectivamente, de intervalo de confianza al 95% para la media.

b. La importancia de mejorar la entrada

474. Este resultado resulta destacable *per se*. Por una parte, el número de competidores es relevante, pues pocos competidores incrementan riesgos de comportamiento colusivo. La relación entre la probabilidad de que exista colusión en un mercado y el número de actores presentes en él, así como con la facilidad de que entren nuevos oferentes⁵³⁴, está muy estudiada. La intuición básica de esta relación es que el beneficio de coludirse se tiene que repartir entre un mayor número de participantes, por lo que el incentivo a coludirse se reduce⁵³⁵, aumentando la “tentación” de romper el acuerdo colusivo⁵³⁶ y ganar una fracción

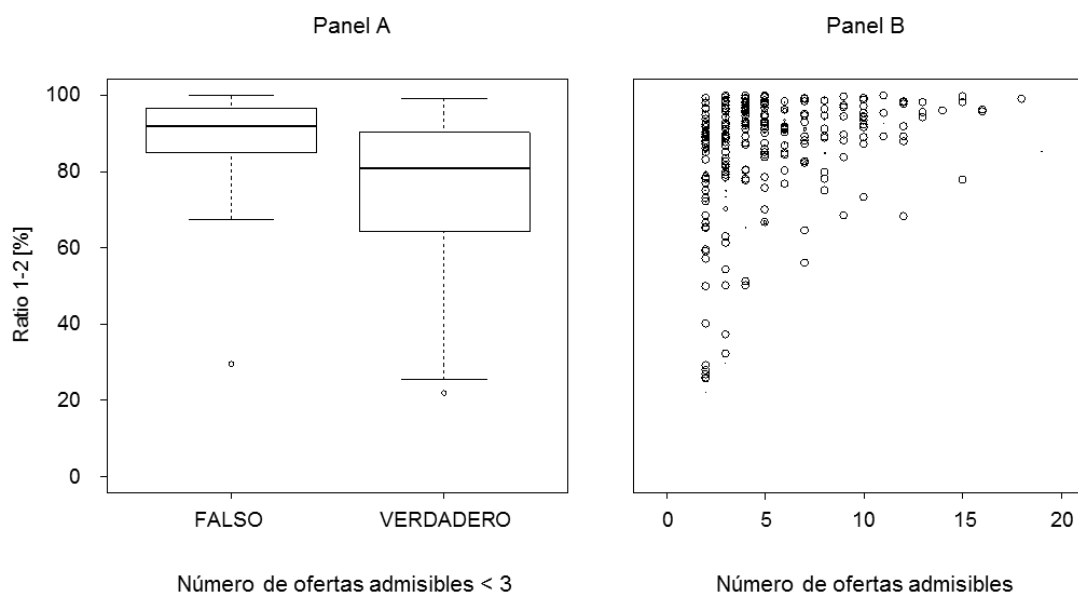
⁵³⁴ Margaret C. Levenstein y Valerie Y. Suslow, «What Determines Cartel Success?» , *Journal of Economic Literature* Vol. 44, No. 1 (2006): 43–95.

⁵³⁵ Jean Tirole, «Dynamic Price Competition and Tacit Collusion», en *The Theory of Industrial Organization* (Cambridge: MIT Press, 1988), 247–251.

⁵³⁶ George Stigler, «A Theory of Oligopoly», *Journal of Political Economy* Vol. 72, No. 1 (1964): 44–61.

de mercado importante en desmedro de los que se mantuvieron en el acuerdo. La anterior relación es también válida para el caso de la colusión en las compras públicas. En efecto, un menor número de competidores no solo puede disminuir la competitividad de las ofertas⁵³⁷, sino que también aumentar la probabilidad de colusión⁵³⁸. De esta forma, a mayor concentración de oferentes, se puede esperar que aumente la probabilidad de que surjan conductas colusivas⁵³⁹.

Figura 13: Relación entre ratio 1-2 y número de ofertas admisibles



Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de licitaciones.

475. Por otra parte, a nivel teórico, un número mayor de competidores tenderá a incrementar las presiones competitivas, produciendo condiciones más favorables para compradores y aumentando su excedente; un hecho que verificamos en nuestros datos. En efecto,

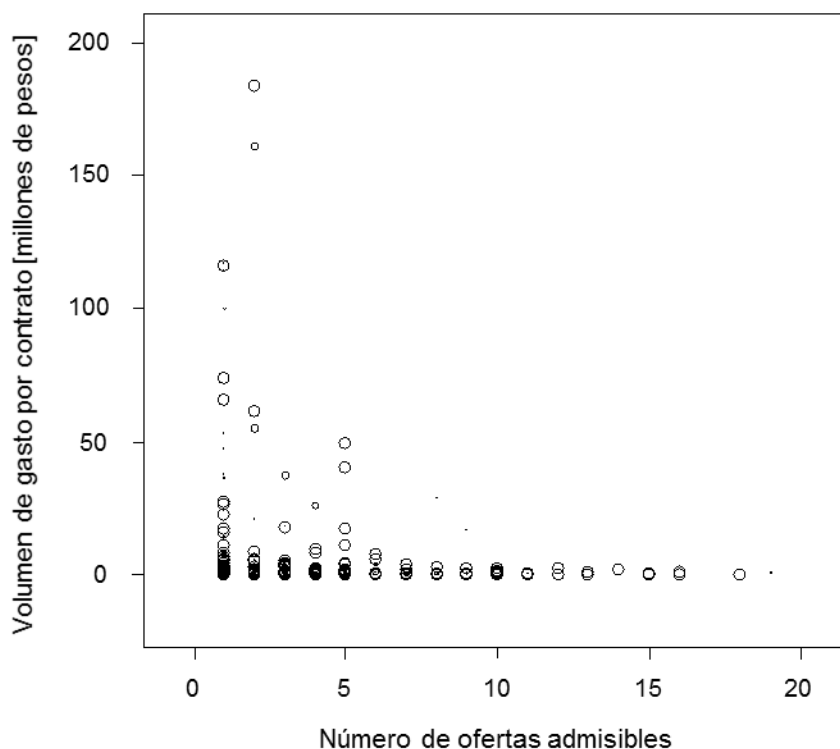
⁵³⁷ Vlad Mares y Mikhael Shor, «Industry Concentration in Common Value Auctions: Theory and Evidence», *Journal of Economic Theory*, Vol. 35 No. 1 (2008): 37-56.

⁵³⁸ OCDE, *Competition in Bidding Markets* (2006). Disponible [aquí](#).

⁵³⁹ Srabana Gupta, «Competition and collusion in a government procurement auction market», *Atlantic Economic Journal* Vol. 30 (2002): 13-25.

exploramos la relación entre presiones competitivas y el número de competidores mediante el *ratio 1-2*. Éste corresponde a una métrica utilizada para medir la intensidad competitiva en subastas. El índice se construye como el cociente entre el puntaje de la segunda mejor oferta y el de la oferta ganadora. Mientras más cerca estén los puntajes, esto indica que más intensa fue la competencia en una licitación. La Figura 13 nos sugiere que, en efecto, existe una correlación positiva entre el número de ofertas y el *ratio 1-2*. Vemos esta relación desde dos perspectivas. En el Panel A, a la izquierda, se muestra un *box-plot* donde se observan los cuartiles del *ratio 1-2* para cuando el número de ofertas es menor que la mediana, y cuando es mayor o igual. Se observa que la distribución del *ratio* se desplaza hacia abajo, indicando menor presión competitiva en la medida que hay menos ofertas. Un test *t* de la diferencia de medias nos confirma lo que vemos gráficamente, indicando que las diferencias son significativas (con un *p*-valor igual a $2,973e-05$) y en promedio iguales a 14%. Por otro lado, el Panel B muestra un gráfico de dispersión de burbujas, donde nuevamente se contrasta el *ratio* con el número de ofertas admisibles. Vemos, igualmente, la relación positiva entre ambas variables; la que confirmamos con una regresión de mínimos cuadrados generalizados.

Figura 14: Volumen de gasto por contrato versus número de ofertas admisibles



Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de licitaciones y bases de datos de ChileCompra.

476. Pero, además, lo anterior se ve corroborado en el caso particular de las licitaciones en nuestro periodo de estudio, porque el gasto tiende a ser mayor en aquellas con un menor número de competidores. Gráficamente, podemos ver este hecho en la Figura 14, la que muestra una correlación negativa entre el gasto por contrato y el número de ofertas admisibles. Esto lo corroboramos con una regresión de mínimos cuadrados generalizados del logaritmo del gasto versus el número de ofertas. El resultado nos indica que en la medida que el número de ofertas creció en uno, el gasto decreció en promedio un 14%, relación que es estadísticamente significativa. Adicionalmente, si bien en cuanto a porcentaje de licitaciones, aquellas con un número relativamente bajo de competidores (inferior a 3) fueron un 40% del total, en cuanto al peso en términos del volumen de gasto, éstas representaron un 56% en promedio. Es decir, durante los años 2017 a 2019, se gastó anualmente en promedio cerca 2,4 billones de pesos en contratos adjudicados a través de licitaciones donde el número de ofertas serias fue menor o igual a 2.

c. Limitantes a la competencia detectadas mediante inspección visual

477. Las condiciones particulares de cada mercado serán importantes determinantes de los niveles de competencia que se observen en las licitaciones que se realicen en tales sectores. Si en un sector existen pocos competidores, por estar caracterizado, por ejemplo, por altos costos hundidos, esto se verá reflejado en el número de oferentes que participen en licitaciones para adquirir bienes comercializados en tal sector. Sin perjuicio de lo anterior, en nuestra inspección visual de la muestra de licitaciones buscamos elementos del diseño o ejecución de las mismas que pudiesen tener efectos sistemáticos en los niveles de competencia. Distinguimos 4 tipos de limitantes, que identificamos luego de un análisis exploratorio del conjunto de licitaciones. Por cada licitación que revisamos, identificamos aquellos elementos de su diseño o ejecución que fuesen problemáticos desde una perspectiva de competencia y, si en efecto existían, clasificamos la licitación bajo el tipo de limitante que mejor representase tales elementos.

Tabla 14: Importancia de los tipos de limitantes, y porcentaje de licitaciones con limitantes

Limitante	Media [%]
Diseño inadecuado de criterios de evaluación	74
Adjudicación discrecional	13
Clausulas contractuales o concursales muy exigentes	8
Empaquetamiento de bienes sin complementariedad	6
Porcentaje del total de licitaciones con limitantes	21

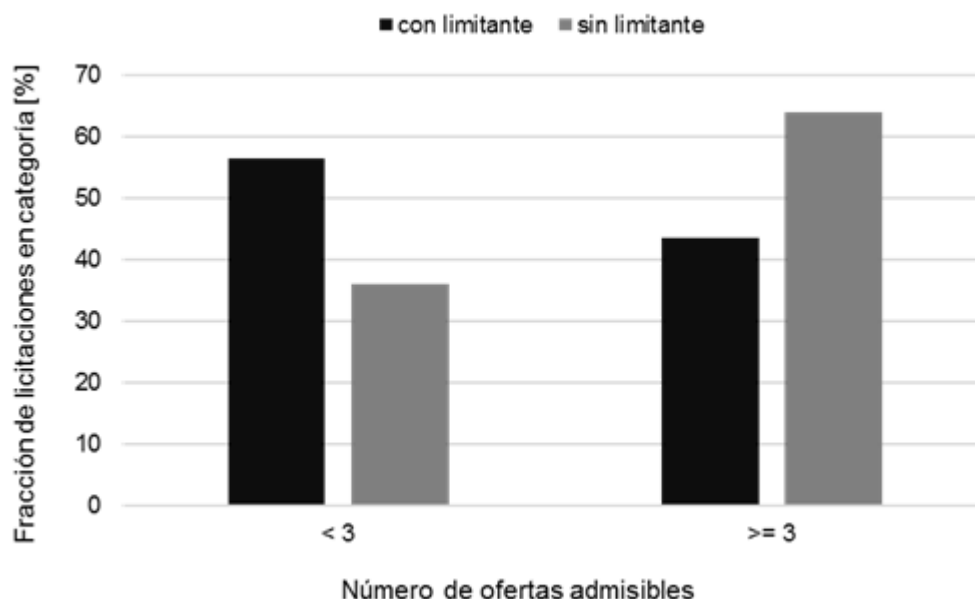
Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de licitaciones.

478. Denominamos al primer tipo de limitantes adjudicaciones discrecionales. En licitaciones clasificadas bajo esta categoría no nos fue posible deducir, ni de la información en su ficha electrónica, ni de la contenida en la documentación digitalizada (bases, actas de evaluación, entre otros), qué criterio se siguió para asignar el contrato. Por otra parte, al segundo tipo de limitantes le llamamos cláusulas contractuales o concursales muy exigentes. Licitaciones dentro de esta categoría indicaban en sus bases, por ejemplo, que las cláusulas concursales podían cambiar en cualquier momento durante el periodo de postulación. Bajo un tercer tipo de limitantes, que denominamos diseño inadecuado de criterios de evaluación, clasificamos licitaciones en que las bases ponderasen con mucho puntaje criterios que difícilmente contribuirían a aumentar el valor por dinero, dada la naturaleza del bien que se adquirió. Por ejemplo, en una de tales licitaciones se le otorgó al criterio

experiencia previa una ponderación superior al puntaje económico en un contrato de suministro de pan; en otra, las bases ponderaron en cerca de un tercio tener locales de distribución a lo largo del territorio nacional, cuando lo que se adquirió fue el suministro de combustible para vehículos de una municipalidad. Por último, dentro del cuarto tipo de limitantes, que denominamos empaquetamiento de bienes sin complementariedad, incluimos aquellas licitaciones de múltiples productos que podrían haber sido asignadas por separado dentro del mismo proceso licitatorio. La Tabla 14 muestra la frecuencia estimada de los distintos tipos de limitantes en el universo de licitaciones en nuestro periodo de estudio.

479. Esta tabla nos indica que en cerca de un 21% de los contratos que se adjudicaron en tal periodo existió algún tipo de limitante en el diseño de la licitación correspondiente; más precisamente, esta fracción se encuentra entre un 17 y un 26% con un 95% de confianza. Además, vemos que el tipo de limitante más recurrente es el diseño inadecuado de los criterios de evaluación. Cerca de tres cuartos de las licitaciones con limitantes fueron clasificadas bajo esa categoría. En cuanto a los demás tipos de limitantes, si bien su frecuencia es estadísticamente distinta de cero, representan un porcentaje menor del total de licitaciones. Sin perjuicio de lo anterior, notamos que las adjudicaciones discrecionales sí son un problema importante. Esto pues, como veremos en el apartado VII.A.ii.e, existió una fracción no menor de licitaciones (igual a 8%) que no incluimos en nuestro análisis pues no existieron los puntajes de evaluación, es decir, fueron adjudicadas discrecionalmente, de acuerdo a la documentación públicamente disponible.

Figura 15: Fracción de licitaciones según número de oferentes y presencia de limitantes



Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de licitaciones.

480. Por último, notamos que la presencia de estas limitantes podría potencialmente estar impactando los niveles de competencia que observamos en el periodo de estudio. Para ver esto, contrastamos la fracción de licitaciones con un número de competidores relativamente bajo (menor que 3) en dos submuestras: aquella con limitantes y la otra sin. El gráfico en la Figura 15 ilustra estas diferencias. Éstas además son estadísticamente significativas. Un test t nos indica que la diferencia de medias es estadísticamente distinta de cero, con un p-valor aproximadamente igual a 0.23%; y el promedio de la misma fue igual a 20%. En otras palabras, en aquellas licitaciones donde existieron limitantes, la probabilidad de observar 2 o menos oferentes fue en promedio un 20% superior que en otras licitaciones.

d. Otra potencial limitante: precios de referencia

481. Si bien puede haber motivos de restricciones presupuestarias u otros para publicar *ex ante* los recursos disponibles para adquirir un bien, es necesario al mismo tiempo tener presentes los efectos competitivos de tal acción. Esto, pues se ha documentado en la literatura económica que la presencia de precios de referencia podría tener consecuencias en la entrada, disminuyendo la misma. En el caso de subastas, usando datos de ventas

online, Bajari y Hortacsu⁵⁴⁰ documentan que precios mínimos (equivalente al presupuesto disponible en el caso de una licitación para adquirir bienes) se correlacionan negativamente con el número de competidores que se presenta a una subasta. Por otra parte, evidencia experimental ha indicado que, cuando se considera la entrada endógena, colocar un precio de referencia muy bajo, por debajo de la disposición a pagar del comprador, se traduce en menores ingresos respecto la situación inversa⁵⁴¹.

482. Lo ocurrido en las licitaciones en nuestro periodo de estudio es al menos consistente con la primera observación. Más concretamente, observamos una correlación negativa y estadísticamente significativa entre el número de competidores y la presencia de precios de referencia. De manera similar a como procedimos en el caso de las limitantes a la competencia, comparamos la fracción de licitaciones con un número de ofertas inferior a 3 en dos submuestras: aquellas con y sin precio de referencia. La fracción en el primer grupo, que representa aproximadamente un 15% de las licitaciones, es igual a un 58%; en el segundo este número decrece a 37%. Esta diferencia de medias es significativa de acuerdo a un test t, con un p-valor igual a 0.55%, y se encuentran con un 95% de confianza entre un 6 y un 36%.

e. Otros aspectos problemáticos

483. Como resultado de la revisión manual, identificamos diversos elementos que no inciden directamente en la competencia, pero que dificultan su control. El más preocupante es que existe un número considerable de licitaciones sin los antecedentes necesarios para poder evaluar que sus adjudicaciones se hayan ajustado a derecho. En éstas, la información contenida tanto en la ficha electrónica como en los documentos adjuntos es insuficiente para justificar la elección del ganador. En nuestro periodo de estudio, estimamos que esto ocurrió en aproximadamente un 8% de las licitaciones.
484. Estudiar la competencia en el porcentaje restante aún precisa una revisión manual. Como observamos anteriormente, en el apartado VII.A.i, existe una discrepancia significativa entre las licitaciones que registra el sistema y las que se estiman en base a una revisión manual, lo que parece producirse por confusión por parte de los compradores en cómo trata el sistema licitaciones y procesos licitatorios. Pero, además, la sistematización actual adolece de atributos relevantes para un análisis de competencia, como lo es el puntaje final de una

⁵⁴⁰ Patrick Bajari, y Ali Hortacsu, «The Winner's Curse, Reserve Prices, and Endogenous Entry: Empirical Insights from eBay Auctions», *The RAND Journal of Economics*, Vol. 34, No.2 (2003): 329–355.

⁵⁴¹ David H. Reiley, «Experimental Evidence on the Endogenous Entry of Bidders in Internet Auctions», en *Experimental Business Research*, ed. por Amnon Rapoport y Rami Zwick (Estados Unidos: Springer Publishing, 2005), 103–121.

licitación. Tal hecho es acentuado por la omnipresencia de inconsistencias documentales, donde la información digital no es consistente con la información que se constata en los documentos adjuntos.

iii. Conclusiones

485. El presente capítulo se basa principalmente en una revisión manual de una muestra representativa de 401 licitaciones y procesos licitatorios para diagnosticar niveles de competencia e identificar potenciales fuentes de mejora. De manera importante, encontramos que en más de un 40% de las licitaciones en nuestro periodo de estudio hubo a lo más 2 competidores, y uno sólo en un 25%. Este hecho es relevante dado que las licitaciones con un número relativamente bajo de oferentes tienden adjudicar contratos de montos más altos. En nuestro periodo de estudio, estimamos que el volumen de gasto asociado a licitaciones con a lo más 2 oferentes fue, en promedio, anualmente igual a 2,4 billones de pesos o un 56% del volumen de gasto a través de licitaciones.
486. Nuestra revisión manual además nos indicó que existen limitantes a la competencia que plausiblemente la impactan, con independencia del sector en el cual se desarrolle la licitación, siendo la más importante el diseño de los criterios de evaluación. Adicionalmente, debe tenerse cuidado al establecer en las bases un presupuesto disponible. La presencia del mismo estuvo correlacionada negativamente con el número de competidores, en consistencia con lo observado por otros investigadores. Por otro lado, también verificamos que los antecedentes públicamente disponibles y la sistematización de los datos en el sistema dificultan una labor de control de la libre competencia en los procesos licitatorios.
487. Adicionalmente, notamos que, además de analizar los factores mencionados, hay otros que igualmente podrían ser limitantes a la competencia en forma plausible. Específicamente, exploramos la correlación entre el número de oferentes admisibles y el largo del periodo de postulación, la magnitud el monto que se licita, las características de los contratos que se adjudican (completo o incompleto), la ponderación de los criterios de evaluación, y el tipo de organismo, entre otros. Sólo encontramos una correlación significativa con el monto de la licitación. Y ésta era contraria a lo que la intuición dictaba, pues esperábamos que el monto de una licitación se correlacionase de manera positiva con el número de competidores, lo que ocurrió a la inversa. Teniendo presente que, dado el tamaño de nuestra muestra, no resultó viable controlar por mercado, es plausible que lo que hayamos observado sean licitaciones de montos altos llevadas a cabo en sectores relativamente concentrados. Una explicación que también permitiría entender por qué la duración del periodo de postulación no impactó en la entrada. Alternativamente, podría haber ocurrido que en licitaciones de montos altos menos oferentes participaron debido a restricciones de capacidad.

488. Los hechos anteriormente descritos sugieren frentes de avance específicos que podrían contribuir a mejorar la libre competencia y su control en licitaciones. Como lineamiento general, identificamos el disminuir la fracción de licitaciones con dos o menos competidores.
489. Un buen análisis de necesidades podría contribuir significativamente a alcanzar tal objetivo. También puede contribuir al mismo la mejora en el diseño de los criterios de evaluación. En concreto, proponemos limitar la variedad, y la forma de puntuación de cada uno de ellos. Otros aspectos problemáticos de la operación del sistema pueden ser subsanados mediante un manejo documental de las licitaciones completamente digital, y con una mejora al Sistema de Información de licitaciones, cuyo diseño tenga como centro al usuario.

B. Convenios Marco

490. Los convenios marco son procedimientos de contratación realizados por la Dirección de Compras y Contratación Pública de oficio o a petición de una Entidad, para procurar el suministro directo de bienes o servicios, en la forma, plazo y demás condiciones que se establezcan en el mismo. En términos simples, este instrumento de contratación funciona de la siguiente manera. ChileCompra define un conjunto de requerimientos a satisfacer a través de un convenio, por ejemplo, artículos de oficina. Define, además, un conjunto de categorías a licitar, por ejemplo, porta lápices, corcheteras o resmas de papel. Cada categoría es adjudicada a todos los proveedores que satisfagan un mínimo de requisitos tanto técnicos como económicos. En la segunda etapa, los proveedores tienen la libertad de agregar o sacar productos dentro de las categorías, y tienen cierta flexibilidad para fijar precios.
491. Los convenios marco buscan lograr eficiencia de tres maneras principales: (i) Mediante la reducción de costos de transacción; (ii) Mediante la agregación de demanda; y (iii) Mediante la competencia, tanto por entrar al convenio, como la que se puede dar en la etapa de operación. En cuanto a los beneficios ligados a una reducción de costos de transacción, se obtienen ahorros al disminuir el número de procesos licitatorios necesarios para suplir una determinada demanda. Los adjudicatarios de un convenio marco participan de un proceso licitatorio común, donde el esfuerzo de gestión es realizado una vez por ChileCompra, en lugar de múltiples veces (una por cada comprador individual).
492. Pero, además, los convenios marco agregan demanda. En una gran proporción, los compradores públicos deben procurar suplir sus necesidades a través del convenio. La demanda que espera un proveedor, por lo tanto, corresponde a la agregación de las demandas de una diversidad de compradores públicos. Un convenio marco, además, implica una agregación temporal. Durante la vigencia de un convenio, las condiciones comerciales que enfrentan los compradores deben mantenerse estables, sino mejorar. Por lo tanto, desde el punto de vista de un proveedor, para un determinado producto, el

convenio adquiere la forma de lo que hemos denominado contrato de suministro. Mediante esta agregación, se espera que las condiciones comerciales sean más ventajosas que aquellas que podría lograr cada comprador de manera individual, considerando como contrafactual una o varias licitaciones autogestionadas, por ejemplo.

493. Por último, la estructura de los convenios parece, en principio, fomentar esfuerzos competitivos. Existe una primera etapa que tiene el potencial de impulsar una competencia “por la cancha”, y una segunda donde adjudicatarios competirían por la demanda de los compradores públicos. Adicionalmente, para compras de montos elevados, los compradores estarían obligados a adquirir bienes mediante el mecanismo de grandes compras, que constituye un proceso licitatorio tradicional.
494. El análisis que realizamos en esta sección pone en duda que los beneficios mencionados (especialmente el último) hayan sido alcanzados cabalmente. Desde una perspectiva de libre competencia, mostramos que existen importantes espacios de mejora en el diseño de los convenios marco.

i. Desafíos metodológicos que involucró el análisis de competencia

495. Nuestro análisis se centró en caracterizar el rendimiento de los convenios marco desde una perspectiva de libre competencia. Para establecer dicho rendimiento, tempranamente detectamos la necesidad de estudiar mercados. Sin embargo, el estudio de los mismos no fue trivial. Esto, por cuanto el Sistema de Información de ChileCompra no contemplaba la noción de mercado-producto. Así, por ejemplo, una leche cultivada de una marca tenía un identificador que era distinto del de la leche cultivada de otra; y no existía un identificador común para la categoría leche cultivada. Por tanto, la determinación de sustitutos no podía realizarse de manera automática. Por el contrario, requería un análisis producto a producto. Si bien esto no supone problemas cuando el objetivo es estudiar un mercado en particular, sí representa una dificultad mayor cuando el interés es explorar el funcionamiento de los cientos de miles de productos que se encontraban disponibles en el catálogo cuando iniciamos la investigación.
496. Nuestra estrategia entonces fue definir manualmente una muestra representativa de mercado-productos, y concentrar nuestro esfuerzo en el estudio de los mismos. Para esto, mediante un muestreo aleatorio simple con reemplazo de la totalidad de productos vigentes en el catálogo en el primer trimestre de 2020, generamos una lista de 400 productos. Luego, construimos mercado-productos que los contuviesen, agregando sustitutos que también estuviesen disponibles en el catálogo.
497. Adoptamos un criterio de selección de sustitutos restrictivo. Del conjunto de productos que pudiesen ejercer presiones competitivas sobre un producto en la lista, sólo consideramos

aquellos que difiriesen en atributos elementales, como lo es la marca en el caso de *commodities*. Siguiendo con el ejemplo de la leche, si uno de los productos era leche cultivada, consideramos leches cultivadas de distintas marcas como sustitutos, pero dejamos fuera otras categorías de leche, que plausiblemente pudieron haber ejercido presión competitiva, como la leche entera o semidescremada, entre otras.

498. Seguimos este enfoque, pues concluimos que nos permitiría testear de mejor manera algunas de las hipótesis de trabajo con las que iniciamos el presente análisis. Uno de sus focos centrales fue determinar si la etapa de operación de los convenios había funcionado o no de manera competitiva. Una manera de ilustrar lo anterior es describiendo cuán elástica ha sido la demanda de productos o servicios en el convenio con respecto a los precios de los mismos. Intuitivamente, una demanda que sustituye más agresivamente les imprime una mayor presión competitiva a los oferentes: aumentos en los precios resultan menos costo-efectivos y, a la inversa, reducciones resultan convenientes. Una manera de graficar qué tan agresiva ha sido la sustitución de la demanda es midiendo la dispersión de precios observada en los distintos mercados. Por supuesto, un indicador como éste no resulta tan informativo cuando los mercados bajo estudio son de bienes diferenciados: un comprador puede haber sacrificado precios por obtener un producto que se ajustase de mejor manera a sus necesidades. Sin embargo, en mercados donde los productos son homogéneos, dispersiones de precios debiesen ser indicativas de la capacidad de sustitución de la demanda. En la medida que se sustituya activamente, para un determinado mercado, los precios de compra observados no serán muy disímiles, pues, en gran proporción, los compradores responderán a mejores precios.
499. Notamos, adicionalmente, que otros factores que potencialmente podrían explicar una presencia significativa de dispersión de precios, más allá de una baja elasticidad, debiesen ser menos importantes en el contexto de los convenios marco. En principio, costos de búsqueda debiesen ser menores en plataformas como la Tienda de convenio marco, donde productos y servicios se comercializan a través de un *market place* digital. Por otra parte, asimetrías de información, que le brindarían relevancia a atributos como la marca o la experiencia anterior con el oferente, debiesen ser menos prominentes que en otros contextos. Por una parte, a los convenios sólo pueden entrar proveedores que cumplan estándares mínimos de calidad técnica y de servicio. Por la otra, las bases de los convenios han establecido una serie de sanciones en caso de que los proveedores incumplan los términos del convenio, incluyendo pago de multas, amonestaciones, el cobro de garantías de cumplimiento fiel del contrato y, en casos graves, la suspensión del proveedor del catálogo.
500. Habiendo definido los mercado-productos a considerar, nuestro siguiente paso en la confección de la muestra fue definir los mercados que finalmente la compondrían. Estos

correspondieron a las combinaciones de los mercado-productos, con las regiones del país y años, considerando como ventana de tiempo el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de diciembre de 2019. De las combinaciones posibles, que en total suman 32.000, registraron compras en el periodo de análisis 7.840 mercados, correspondientes a 353 mercado-productos. Existieron 47 mercado-productos que no contemplaron compras en ninguno de los años de la ventana de tiempo que consideramos. Además, varios convenios partieron en años posteriores al 2015 (algunos en 2019), por lo que era esperable que el número final fuese bastante inferior a las combinaciones posibles. Notamos, adicionalmente, que la muestra de mercados comprendió 19 convenios marco, cubriendo la mayor parte de los que estuvieron vigentes durante el primer trimestre del 2020.

501. Desde un punto de vista metodológico, el muestreo de mercados corresponde a un muestreo por conglomerados de una etapa, donde los conglomerados fueron seleccionados mediante un muestreo aleatorio simple con reemplazo. Cada mercado-producto constituyó un conglomerado, que se componía de los mercados para los que se observaron compras. En cuanto a las probabilidades de selección de los conglomerados, éstas quedaron definidas por el número de productos en cada mercado-producto. Específicamente, fueron iguales al cociente entre esta magnitud y el número de productos en la lista que utilizamos para realizar el muestreo (la que contenía aquellos vigentes en el primer trimestre del 2020). Los pesos muestrales de los conglomerados, consecuentemente, fueron calculados como el inverso de tales probabilidades de selección. Los análisis que presentamos a continuación, particularmente, los que describen la etapa de operación de los convenios, consideran las características del diseño de la muestra de mercados⁵⁴².

ii. Los convenios marco no han funcionado de manera competitiva

502. En la presente sección mostramos que los convenios marco no han funcionado de manera competitiva. Por un lado, los procesos de selección no han sido diseñados priorizando la libre competencia y sus beneficios, lo que se ha traducido en una gran variedad de productos y número de proveedores adjudicándose cada convenio. En nuestra muestra, el promedio por convenio del número de alternativas (combinaciones distintas de proveedor y producto) ha sido aproximadamente igual a 41.600. La mediana, por su parte, ha superado las 19.000 alternativas. Si bien, en principio, este hecho podría no resultar problemático, sí

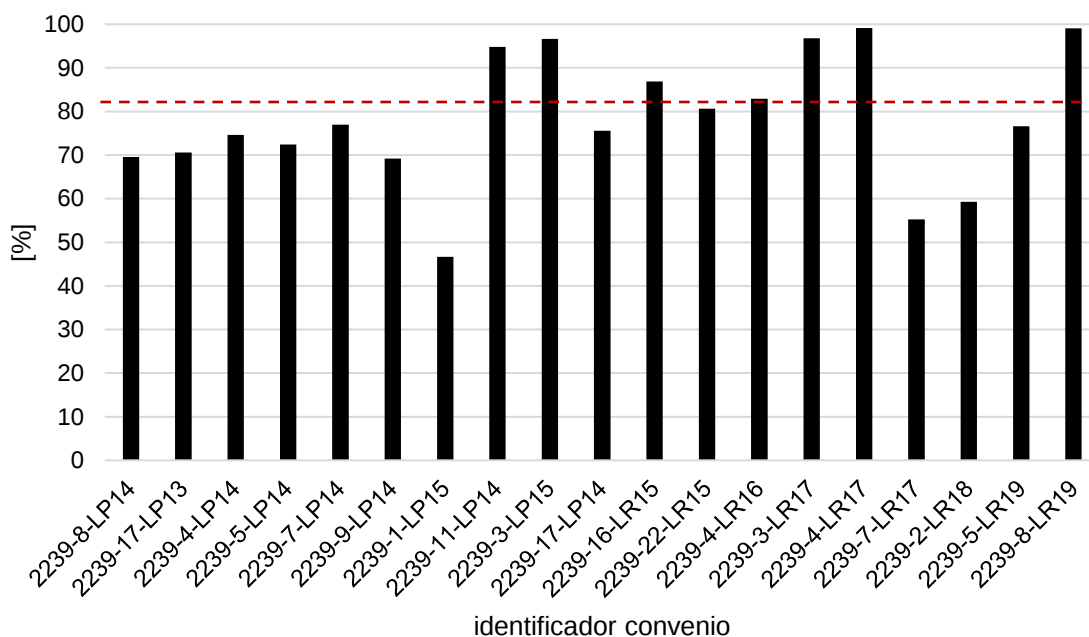
⁵⁴² Para mayores detalles técnicos sobre muestreos de conglomerados, véase Lohr, «Sampling with Unequal Probabilities». Además, véase Thomas Lumley, *Complex surveys: A guide to analysis using R* (Estados Unidos: John Wiley & Sons, 2011), donde se describen los paquetes estadísticos que fueron utilizados en el presente estudio en los análisis de las muestras de mercados.

resulta motivo de preocupación cuando se contempla que la intensidad competitiva ha sido relativamente débil en una fracción considerable de los mercados en la etapa de operación.

a. El mecanismo de adjudicación no ha sido competitivo

503. En la mayor parte de los convenios revisados, la selección fue más bien un filtro que un premio. Por una parte, en los convenios marco analizados, acceder a una categoría dentro del convenio permite acceder al convenio completo. De esta forma, una empresa podría ingresar al convenio no habiendo presentado ofertas competitivas en todas las categorías de este. Por una parte, acceder a una categoría del convenio es relativamente sencillo. Por otra parte, basta que un producto no tenga competencia para que este acceda automáticamente a la categoría correspondiente del convenio. Además, no hay un número máximo de entrantes, ya que para ingresar se exige un puntaje y un nivel mínimos de calidad de servicio. Todo lo anterior disminuye el esfuerzo en términos de reducción de precio que debe hacer el oferente para poder ingresar al convenio.
504. Adicionalmente, una vez cerrado el proceso de ingreso al convenio, pueden seguir entrando productos y oferentes nuevos, lo cual resulta en que el beneficio esperado por ingresar al convenio se reduzca. Esto tiende a empeorar las ofertas en la primera etapa. Además, los organismos públicos pueden salirse eventualmente del convenio en aquellos casos en que encuentran condiciones más ventajosas fuera de este. Si bien permitir esta posibilidad busca precisamente mejorar los precios a los que compra el Estado, esto tiene por efecto reducir las ganancias esperadas por participar en el convenio, lo que reduce la competencia por ingresar en la primera etapa.
505. Por último, el análisis de las bases de los convenios marco nos lleva a concluir que en un 37% de estos hay algún tipo de limitantes a la competencia, relacionado con un mayor puntaje dado a los oferentes con más experiencia.

Figura 16: Porcentaje de ofertas adjudicadas por convenio



Fuente: Elaboración propia en base a la información de actas de adjudicación de convenios.

506. El diseño del mecanismo de selección se tradujo en que la mayor parte de ofertas que cumplían los requisitos de admisibilidad fueron adjudicadas. La Figura 16 muestra el porcentaje de ofertas adjudicadas por convenio marco, considerando como base ofertas admisibles. La línea roja señala el promedio, que fue aproximadamente igual a 78%, difiriendo levemente de la mediana que fue 77, en términos porcentuales. En otras palabras, en promedio, más de tres cuartas partes de las ofertas serias que participaron de los procesos de selección se adjudicaron convenios, y esto ocurrió en más de un 50% de tales procesos. Para tener un parámetro de comparación, basta con observar lo que ocurrió en el caso de las licitaciones, donde en promedio participaron 4 competidores y sólo una oferta fue adjudicada. Esto es, el porcentaje de ofertas adjudicadas fue 25%, una cifra que es inclusive inferior al mínimo observado en el caso de los convenios.
507. Un diseño del mecanismo de selección que no priorice la competencia se traducirá en menores esfuerzos por parte los proveedores, en cuanto a las condiciones comerciales ofrecidas en cada una de sus ofertas. Sin embargo, esto no necesariamente impactará negativamente la eficiencia con la cual se compra en la etapa de operación. En la medida

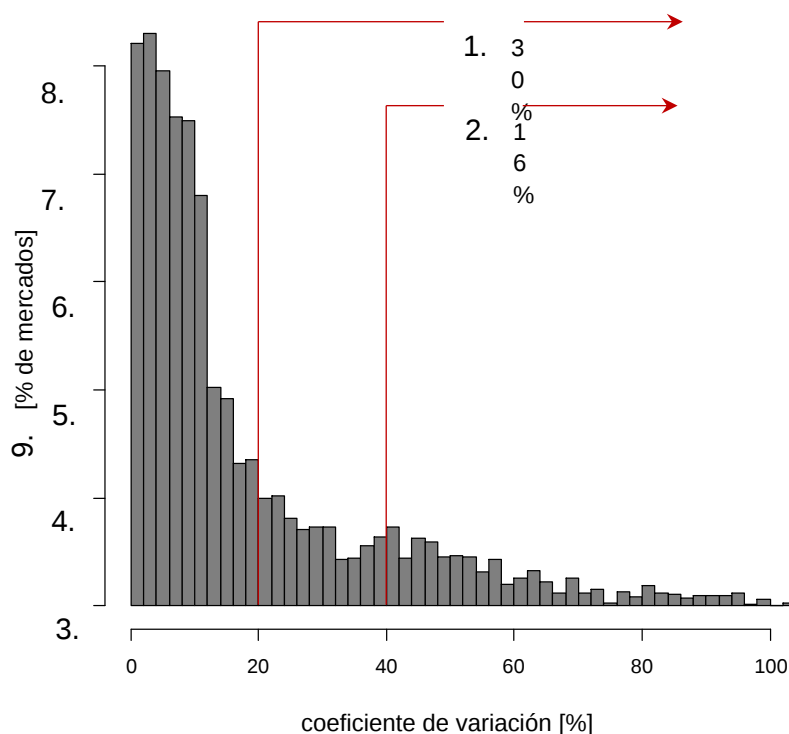
que los compradores públicos activamente busquen buenas alternativas, los mercados funcionarán de manera competitiva, y por tanto las condiciones de compra serán eficientes. Los análisis a continuación buscan esclarecer cuál fue el caso en los últimos 5 años.

b. Una fracción relevante de mercados relativamente desconcentrados presentó importantes dispersiones de precios

508. Para tener una visión completa de la competencia en la etapa de operación de los convenios, estudiamos las dispersiones de precios que se observaron en los mercados. Dada nuestra definición restrictiva de los mercado-productos, tal métrica resultó útil para describir niveles de competencia, habiendo estudios empíricos que han mostrado la idoneidad de la misma en mercados de productos homogéneos⁵⁴³. Nos enfocamos en aquellos mercados donde al menos hubo 2 alternativas (o combinaciones de producto y proveedor) con ventas, los que representaron entre un 36 y un 47% del universo de mercados, con un 95% de confianza. Y en cuanto a los precios, destacamos que lo que medimos son promedios ponderados anuales. Específicamente, para cada mercado y combinación de proveedor, producto y comprador, los precios se calcularon como el cociente entre el monto total transado y las unidades correspondientes. Por su parte, para medir la dispersión de precios en cada mercado utilizamos el coeficiente de variación. Este corresponde al cociente entre la desviación estándar y la media de los precios.

⁵⁴³ Véase, por ejemplo, Alberto A. Gaggero y Claudio A. Piga, «Airline Market Power and Intertemporal Price Dispersion », *The Journal of Industrial Economics* Vol. 59, No. 4 (2011): 552–577, donde los autores proveen evidencia empírica de la relación entre competencia y dispersión de precios en mercados de productos homogéneos.

Figura 17: Distribución de coeficientes de variación por mercado



Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de mercados e información de la BD de la DCCP.

509. En promedio, el coeficiente de variación fue igual a 19% y, según vemos en la Figura 17, su distribución fue asimétrica, con una mediana que fluctúa entre un 8 y un 13%, con un 95% de confianza. Este número es relativamente bajo si consideramos lo reportado en otras investigaciones⁵⁴⁴. No obstante, en la figura también vemos que en más de un 30% de los mercados observamos coeficientes de variación cuyo valor supera el 20%, y superiores a 40 en cerca del 16% de los mercados. Tales dispersiones son próximas a las observadas

⁵⁴⁴ Ali Hortaçsu y Chad Syverson, «Product Differentiation, Search Costs, and Competition in the Mutual Fund Industry: A Case Study of S&P 500 Index Funds », *The Quarterly Journal of Economics* Vol. 119, No.2 (2004): 403–456.

por investigadores en mercados de productos heterogéneos, u homogéneos, pero con costos de búsqueda significativos⁵⁴⁵. En otras palabras, para parte importante de los mercados, las dispersiones de precios observadas son consistentes con mercados de bienes diferenciados o con importantes fricciones de demanda.

510. Para tener mayor intuición en cuanto a qué significan los resultados anteriores, podemos ilustrar la dispersión de precios midiéndola de manera alternativa: a través del cociente entre el mayor y el menor precio observado por mercado, o ratio mayor-menor. La Tabla 15 muestra la fracción de los mercados dónde este cociente fue mayor que un determinado umbral. Observamos que en un 26% de los mercados este índice fue superior a 2, en un 16 superior a 3 y en un 11 superior a 3. En otras palabras, en cerca de un cuarto de los mercados, el comprador que adquirió a mayor precio lo hizo pagando un sobre precio de 100%, en un sexto el sobre precio fue superior a 200%, y en cerca de un décimo de los mercados el sobre precio pagado fue mayor a 300%.

Tabla 15: Mercados cuyo ratio mayor-menor es superior a un umbral

		Porcentaje de mercados donde ratio mayor-menor es mayor que:		
		2	3	4
Media		26	16	11
Límites intervalo de	97.5	34	22	16
confianza [%]	2.5	19	11	6

Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de mercados e información de la BD de la DCCP.

511. Los hechos descritos permiten razonablemente hipotetizar que existieron espacios para mejorar la competencia en la etapa de operación de los convenios, especialmente en aquellos mercados donde la variedad de alternativas fue relevante para los adquirientes. Antes de aceptar esta afirmación, sin embargo, es necesario mostrar que las dispersiones hayan reflejado una baja intensidad de sustitución por parte de los compradores y, además, que ésta se haya producido medularmente por fricciones de demanda (por ejemplo, costos de búsqueda o problemas de agencia), no por necesidades heterogéneas. Una manera de proceder es descartando explicaciones alternativas.

⁵⁴⁵ Ibíd.

c. Dispersiones difícilmente se explican por factores asociados a costos

512. Una explicación que resulta directo contemplar es que las dispersiones que observamos estén reflejando diferencias en los costos de suministro. Bajo este supuesto, los compradores siempre seleccionaron la alternativa más barata; las diferencias en los precios adquisición se debieron, entonces, a diferencias en las características de las órdenes de compra. Para analizar esta hipótesis, dos dimensiones que hay que considerar son la ubicación geográfica de los compradores, que impacta en los costos de transporte, y el tamaño de las órdenes de compra, que podría traducirse en economías de escala. Esto pues, en la plataforma Mercado Público, el precio cobrado por los proveedores varía según cómo se posicionen las órdenes de compra en tales dimensiones.
513. En cuanto a la ubicación geográfica de los compradores, éstos podrían estar pagando un precio distinto por estar en lugares diversos y, por tanto, experimentar distintos recargos por flete. Esto pasaría a pesar de que cada adquiriente comprase el producto más barato al proveedor más económico. Sin embargo, observamos que esta explicación no resulta pertinente. Primero, téngase presente que nuestra definición de mercados fue a nivel regional. Segundo, nótese que los recargos por flete fueron homogéneos para cada Región; el recargo que indicaron los proveedores en los convenios que estudiamos a lo más diferían entre regiones, siendo el mismo dentro de cada Región.
514. Pero, adicionalmente, las variaciones de precios observadas podrían explicarse por diferencias en el tamaño de las órdenes de compra. Dentro de las condiciones comerciales que especifican los proveedores en la plataforma de Mercado Público, una importante son los descuentos asociados al tamaño de los pedidos. Órdenes de compra más grandes reciben descuentos mayores que aquellas más pequeñas, reflejando economías de escala y, plausiblemente, reducciones en riesgos asociados a la variabilidad de la demanda. Es pertinente, por tanto, suponer que sean las diferencias en el tamaño de las órdenes de compra las que estén causando las variaciones de precios.
515. Para evaluar la validez de esta afirmación, realizamos tres ejercicios, concentrándonos siempre en aquellos mercados donde al menos dos alternativas tuvieron ventas. Primero, por mercado, calculamos la correlación que existió entre los precios y el tamaño de las órdenes de compra, que denominaremos ρ . Constatamos que, si bien la correlación fue negativa (lo que lógicamente debiese ocurrir), ésta fue casi nula. Su promedio se encontró en el intervalo $[-0,0582; -0,0004]$, con un 95% de confianza. Esto nos dice que, para el mercado representativo, si bien los precios variaron producto de los tamaños diversos de las órdenes de compra, esta variación fue menor.
516. Adicionalmente, como segundo ejercicio, evaluamos la correlación que existió entre ρ y las métricas de dispersión de precios (el coeficiente de variación y el ratio mayor-menor). Si

bien la correlación entre precios y tamaño de órdenes de compra podría haber sido baja en promedio, de correlacionarse con las dispersiones más notorias, podría en efecto explicarlas. Esto pues, recordemos, las dispersiones más relevantes se concentraron en un 30% de los mercados, y podría ser el caso que en tales mercados sí fuese relevante la relación entre precio y tamaño de las órdenes de compra. La correlación entre ρ y el coeficiente de variación de precios fue -0,095, y entre el primer término y el ratio mayor-menor fue -0,039. Esto indica que, si bien hubo una relación entre dispersiones y la importancia de la relación entre tamaños de orden de compra y precios, esta fue más bien menor⁵⁴⁶.

517. Por último, evaluamos la relación existente entre las métricas de dispersión de precios y el coeficiente de variación del tamaño de las órdenes de compra. Si las variaciones en precios se explicasen por variaciones en los tamaños de los pedidos, entonces debería existir una correlación fuerte entre tales magnitudes. Sin embargo, constatamos que este no es el caso. En nuestra muestra, la correlación entre dispersiones de precios y tamaño de órdenes es igual a 0,111, cuando se considera el coeficiente de variación de precios, e igual a 0,039, cuando las dispersiones en los precios se miden con el ratio mayor-menor.
518. Si bien estos resultados no permiten descartar completamente la hipótesis de que diferencias en costos explican diferencias en precios, sí permiten restarle importancia. Y, por consiguiente, requieren considerar explicaciones alternativas. Plausiblemente existieron otros factores más importantes (que los descuentos por volumen) que produjeron las dispersiones observadas. Si factores relacionados con costos no tuvieron una importancia sustancial, es natural contemplar la posibilidad que hayan sido factores asociados a la demanda los que posiblemente incidieron en los resultados observados.

d. Dispersiones probablemente se explican por necesidades de suministro heterogéneas o problemas de agencia

519. Una explicación por el lado de la demanda que resulta intuitiva es la presencia de heterogeneidad en cuanto a necesidades por parte de los compradores. Por un lado, esta heterogeneidad podría manifestarse como diferencias en cuanto a los atributos de los productos que se requieren; por otro, como diferencias en cuanto a la flexibilidad de suministro que necesitan distintos compradores. Dada la definición de mercado-producto que escogimos, que sean diferencias en atributos de los bienes adquiridos lo que esté

⁵⁴⁶ Notamos que el signo de las correlaciones es el que se esperaría. Este indica que mientras más grandes sean las dispersiones, más negativa será la relación entre el tamaño de las órdenes de compra y los precios. En otras palabras, si esta relación se pudiese describir mediante una recta, estos resultados indicarían que la pendiente de la misma se hace más negativa en los mercados donde existe mayor dispersión.

causando las dispersiones no resulta convincente. Nuestra definición de mercados fue tal que los productos casi no diferían en cuanto a sus atributos, salvo por la marca. Y, de hecho, tal definición resultó en que aproximadamente un tercio de los mercado-producto en nuestra muestra se compusieran de sólo un producto.

520. Que las dispersiones se deban a diferencias en cuanto a la flexibilidad de suministro de distintos proveedores, por otra parte, no puede ser descartada como explicación con la misma facilidad. En este caso, los compradores podrían, en efecto, haber sacrificado precios por adquirir bienes de oferentes que pudieron brindar respuestas más ágiles. Más concretamente, para un mismo producto las ofertas de los proveedores podrían haber diferido en cuanto a sus condiciones de suministro, siendo usual observar diferencias en cuanto a montos mínimos de despacho, tiempos de envío, plazos de entrega o días mínimos para reserva. Así, la atención de urgencias por parte de algunos compradores, o la mejor planificación de otros, podría estar explicando las diferencias de precios que observamos. Resulta interesante notar que en nuestra muestra las dispersiones más relevantes ocurrieron en sectores de servicios, siendo los casos más sobresalientes las mantenciones preventivas de vehículos y el arriendo de espacios para eventos. Dada la naturaleza de tales servicios, una buena planificación debiese contribuir de manera importante a reducir la diversidad de precios observada.
521. Otra explicación por el lado de la demanda que es necesario considerar es la presencia de problemas de agencia. Por un lado, los compradores que participan de la plataforma de Mercado Público enfrentan incentivos distintos a los que enfrentan particulares en comercios electrónicos similares. De manera crucial, en este último caso, el tomador de decisión sacrifica sus propios recursos para adquirir un bien o servicio, lo que no ocurre en el caso de los compradores públicos. Por otro lado, los sectores público y privado también difieren en cuanto al monitoreo que se puede ejercer del rendimiento de la administración. En el caso privado, un directorio puede monitorear la performance de una compañía (aunque, discutiblemente, de manera imperfecta) mediante métricas como las utilidades de la misma o la valoración de sus acciones. Un ejercicio de esta naturaleza no puede ser llevado a cabo por el gobierno para verificar la eficiencia operacional de organismos públicos⁵⁴⁷. Problemas que pueden emerger a partir de estas diferencias (o, en otras palabras, por la presencia de problemas de agencia) han sido ampliamente discutidos. Parte importante de la literatura que investiga mecanismos de rendición de cuentas en la administración pública ha descansado en la teoría del agente y el principal para proveer un

⁵⁴⁷ William P. Rogerson, «Economic Incentives and the Defense Procurement Process», *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 8, No. 4 (1994): 65–90.

marco conceptual útil para la formulación de hipótesis y propuestas de política pública⁵⁴⁸. Por otra parte, pueden encontrarse casos de investigaciones empíricas particulares a los sistemas de adquisición en el ámbito de las compras por parte de las Fuerzas Armadas. Por ejemplo, investigadores han documentado compras ineficientes de armamentos, donde se sobre pondera la calidad⁵⁴⁹, o de instalaciones militares, donde se ha invertido en capacidad excesivamente⁵⁵⁰; ambos fenómenos han sido explicados por la presencia de problemas de agencia^{551,552}.

522. Por último, un tercer elemento a tener presente por el lado de la demanda son los costos de búsqueda. En este caso, las dispersiones de precios podrían explicarse por el costo que les ha significado a los compradores adquirir información adicional. Creemos que esto debiese ser menos relevante, sin embargo, dado los esfuerzos que ha realizado ChileCompra en la usabilidad del sistema para los compradores.
523. En síntesis, si bien en la mayor parte de los mercados que exploramos existieron dispersiones de precios moderadas, en un porcentaje significativo éstas fueron similares a las observadas en mercados donde existen importantes fricciones de demanda. Un análisis de los factores que podrían haber incidido en estos resultados nos indica que explicaciones por el lado de los costos resultan menos importantes que aquellas por el lado de la demanda. De particular relevancia resultan la heterogeneidad de las necesidades de suministro por parte de los compradores, y la presencia de problemas de agencia. En el primer caso, plausiblemente, una mejora en la planificación de las compras contribuiría a reducir la heterogeneidad de requerimientos, fortaleciendo, por tanto, la intensidad competitiva; en el segundo, una reducción en el grado de discrecionalidad que tienen los compradores también podría contribuir a mejorar la competencia.

⁵⁴⁸ Thomas Schillemans, «The public accountability review. A meta-analysis of public accountability research in six academic disciplines». Documento de trabajo, Utrecht University School of Governance (2013). Disponible [aquí](#).

⁵⁴⁹ Richard Stubbing, «Purchasing Complex Equipment» en *The Defense Game*. (New York: Harper and Row, 1986).

⁵⁵⁰ William P. Rogerson, «Excess capacity in weapons production: An empirical analysis», *Defence Economics*, Vol. 2, No.3 (1991): 235–249.

⁵⁵¹ William P. Rogerson, «Quality vs. Quantity in Military Procurement», *The American Economic Review*, Vol. 80, No. 1 (1990): 83–92.

⁵⁵² William P. Rogerson, «Incentives, the budgetary process, and inefficiently low production rates in defence procurement», *Defence Economics* Vol. 3, No.1 (1991): 1–18.

e. Análisis econométrico sugiere que son problemas de agencia el factor más relevante

524. En este apartado discutimos los resultados de un análisis econométrico con el que se buscó estudiar en mayor profundidad las conclusiones a las que se arribó en el precedente. Lo que hicimos fue estimar una regresión de mínimos cuadrados generalizados, donde la variable dependiente fue la métrica de dispersión por mercado (el coeficiente de variación), y las independientes aquellos factores que mencionamos en la sección anterior, que pudimos medir.
525. En concreto, para explorar la relación entre factores asociados a costos y las dispersiones, consideramos el coeficiente de variación del tamaño de las órdenes de compra, y la correlación entre el tamaño de las órdenes y el precio. Por otro lado, para estudiar factores por el lado de la demanda, específicamente aquellos asociados a la heterogeneidad de las necesidades de suministro, incluimos el número de compradores y el número de proveedores con ventas. Por otro lado, para estudiar la importancia de factores relacionados con fricciones de demanda (costo de búsqueda y problemas de agencia), incluimos en la regresión el número de productos y proveedores en catálogo, el número de órdenes de compra por comprador y el número de productos con ventas. Además, agregamos un control por cada convenio.
526. La intuición detrás de esta elección de variables es la siguiente. En el caso de los factores asociados a costos, si bien ya mostramos que existió una correlación débil entre éstos y las dispersiones de precios, los incluimos en la regresión para evaluar su importancia en relación a los factores por el lado de la demanda. En cuanto a estos últimos, también nos interesó estudiar su importancia relativa. Si la heterogeneidad en las necesidades de suministro hubiese sido el factor más importante para explicar dispersiones de precios, esperábamos que tanto el número de proveedores con ventas, así como el número de compradores, explicasen en mayor medida las dispersiones. Este razonamiento resulta válido, dada la definición restrictiva de mercado-producto que utilizamos, donde las ofertas difirieron principalmente en cuanto a las opciones de flexibilidad de suministro. Por otra parte, si los costos de búsqueda hubiesen sido importantes para explicar las variaciones observadas, el número de alternativas en el catálogo debiese haber tenido una relación positiva y fuerte con la variable dependiente. Adicionalmente, también reflejando costos de búsqueda, esperábamos que el número de órdenes de compra promedio por comprador se hubiese relacionado de manera negativa con las dispersiones. Esto, pues los compradores que adquirieron de manera más frecuente, producto de un aprendizaje, posiblemente hayan optimizado de mejor manera sus compras. En cuanto a los problemas de agencia, estos hubiesen sido medulares si el número de productos hubiese tenido una correlación positiva y fuerte con las variaciones. Dada nuestra definición de mercado-producto, y las salvaguardas que existieron en los convenios para garantizar estándares mínimos de

calidad, una mayor variedad de productos con ventas difícilmente fue el reflejo de una demanda más heterogénea, si no, más bien, de la ausencia de una disciplina de compras. Por último, agregamos un control por cada convenio para observar las relaciones anteriores en mercados con características similares.

Tabla 16: Resultados regresión de mínimos cuadrados generalizados

Variable:	Estimación	Error. est.	t-valor	Pr(> t)
(Intercepto)	42.072	3.026	13.901	< 2e-16
Coefficiente de variación de unidades por o.c.	1.718	0.748	2.298	0.022
Correlación entre unidades por o.c. y precio	-1.571	0.383	-4.098	0.000
N° de compradores	-1.572	2.165	-0.726	0.469
N° de proveedores con ventas	5.170	2.109	2.451	0.015
N° de productos en catálogo	2.233	2.404	0.929	0.354
N° de proveedores en catálogo	2.822	1.748	1.614	0.108
N° o.c. por comprador	-1.089	1.573	-0.692	0.489
N° de productos con ventas	19.456	4.989	3.900	0.000

Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de mercados e información de la BD de la DCCP.

Nota 1: Variables independientes estandarizadas usando z-scores.

Nota 2: Análisis de descomposición de varianza por coeficiente, con índices de condicionamiento, indicó niveles bajos de colinealidad entre regresores.

Nota 3: Coeficientes de controles omitidos.

Nota 4: La abreviación o.c. corresponde a orden de compra.

527. Observamos que los factores asociados a costos, aunque significativos desde un punto de vista estadístico, fueron más bien pequeños. En cuanto a sus signos, estos fueron los que esperábamos: una relación positiva entre el coeficiente de variación de unidades por orden de compra y las dispersiones, y una negativa entre este último y la correlación entre unidades por órdenes de compra y los precios. Vemos, por otro lado, que el número de compradores no se relacionó de manera significativa con las variaciones de precios, pero sí el número de proveedores. Esto sugiere que necesidades de suministro diversas explican parte de las dispersiones observadas. Por otra parte, los factores que podrían indicar costos de búsqueda importantes no son estadísticamente distintos de cero, aunque las medias tuvieron los signos que se esperaba. Por último, el factor más importante de todos fue el número de productos con ventas. Un aumento de éste en una desviación estándar se tradujo, *ceteris paribus*, en un aumento promedio cercano a 19% en el coeficiente de variación, un incremento notorio considerando que la media de este último fue de 19%.

528. En resumen, los resultados permiten confirmar que no fueron factores asociados a costos los más relevantes para explicar los niveles de dispersión de precios observados. Más relevante fueron factores asociados a la demanda. Las explicaciones más razonables son una heterogeneidad de necesidades de suministro por parte de los compradores o la presencia de problemas de agencia. Sin embargo, dada nuestra definición restrictiva de mercado-producto y los resultados de la regresión, la primera explicación resultó ser menos importante que la segunda. Como hemos observado anteriormente, una mejor planificación podría contribuir a reducir la heterogeneidad en el suministro y, en cuanto a la presencia de problemas de agencia, reducir el grado de discrecionalidad de los compradores y mejorar el monitoreo debiesen resultar medidas efectivas para aminorar sus efectos negativos.

iii. Haber priorizado la competencia hubiese resultado en importantes ahorros

529. Una vez que hemos establecido que existen espacios para mejorar la competencia en convenios marco, cabe preguntarse cuál podría ser el impacto. Si la competencia por adjudicarse un convenio, o aquella que se podría haber dado en la etapa de operación, hubiesen sido mayores, ¿cuánto podría haber ahorrado el Estado en las compras públicas realizadas a través de convenios marco? Por una parte, lógicamente se hubiesen observado menores dispersiones de precios en los distintos mercados. Adicionalmente, producto de mayores presiones competitivas, hubiese sido esperable una baja en todos los precios. En otras palabras, un diseño más competitivo de los convenios plausiblemente hubiese implicado precios aglomerados de manera más cercana y en torno a una media menor.

530. Si bien cuantificar estos dos efectos no fue posible, sí pudimos aproximar el primero. El ejercicio que llevamos a cabo consistió en comparar, por mercado, el gasto total con aquel que se hubiese observado si los compradores hubiesen adquirido sus bienes al menor precio observado. A la resta de la primera magnitud con la segunda le llamamos ahorro, y es la métrica que utilizamos para ilustrar el potencial impacto. Enfatizamos que este ahorro lo calculamos con el precio más bajo observado, que corresponde a un promedio anual, y que lógicamente es mayor o igual al precio más conveniente que estuvo disponible en el catálogo. En otras palabras, el ahorro que calculamos es una subestimación del que hubiese sido posible bajo las condiciones de competencia que existieron. Esto además de no contemplar el efecto en precios de una mayor intensidad competitiva.

531. Para estimar el ahorro anual total, lo que hicimos consistió en, primero, estimar el ahorro promedio por año y mercado-producto a nivel nacional. Luego, para obtener un total anual, multiplicamos tal promedio por el número de mercado-productos implícito en la lista de productos que ocupamos para definir los mercado-productos. Si bien esta última magnitud

no la observamos, también la pudimos estimar. Concretamente, lo que hicimos fue calcular el número promedio de productos por mercado-producto, dividiendo el número total (que sí observamos) por esta magnitud, con lo que obtuvimos un total aproximadamente igual a 63.500. Adicionalmente, para chequear la validez del procedimiento de estimación, estimamos de la misma manera el gasto total promedio anual. Éste lo observamos en los datos de ChileCompra, y se puede obtener sumando los montos de las órdenes de compra asociados a convenios marco en los últimos 5 años, desde el 2015 hasta el 2019. La Tabla 17 muestra los resultados.

Tabla 17: Estimación ahorro promedio anual, y gasto promedio anual estimado y efectivo

		Estimación ahorro promedio anual		Gasto promedio anual	
		\$ MM	MM USD	estimación	efectivo
				\$ MM	
I.C. 90%	inferior	197,133	240	1,539,420	1,775,054
	superior	660,039	805	6,676,602	

Fuente: Elaboración propia en base a la muestra de mercados e información de la BD de la DCCP.

Nota: Valores monetarios netos de IVA.

532. Según se muestra en esta tabla, las estimaciones son poco precisas, siendo los márgenes de error iguales a 54%, en el caso del ahorro, y 63%, en el caso del gasto. Esto se debe a la variabilidad en nuestros datos tanto del ahorro como del gasto por mercado, y al tamaño relativamente pequeño de nuestra muestra (353 conglomerados de aproximadamente 63.500). Sin embargo, observamos que el intervalo estimado, en el caso del gasto, contiene al valor real, siendo este último cercano a la cota inferior. Esto permite tener tranquilidad en cuanto a la validez del procedimiento de estimación. Así, podemos afirmar que, en los últimos 5 años, un diseño de convenios marco priorizando la libre competencia podría haber significado, probablemente, ahorros sobre los 240 millones de dólares anuales, o un 11% del gasto total anual por compras a través de este instrumento⁵⁵³.

⁵⁵³ Debemos notar que para realizar este cálculo hemos considerado el monto total anual gastado por producto, sin considerar eventuales descuentos temporales. Sin embargo, estimamos que, si bien estos descuentos pueden tener un efecto en nuestro cálculo, este debiese ser acotado toda vez que no se observan grandes cambios en los precios ofertados por un mismo proveedor para un producto dentro de un año. En efecto, el coeficiente de variación del precio de un producto vendido por un mismo proveedor en un año no supera el 2%.

iv. Conclusiones

533. La OCDE, en su Estudio sobre el funcionamiento de los convenios marco en Chile, destaca la singularidad de los implementados en el país en comparación con aquellos realizados por el resto de los países miembros de la organización⁵⁵⁴. De acuerdo al documento, y según hemos corroborado en la presente sección, tanto la primera como la segunda etapa de los convenios han tenido un nivel de competencia más bien limitado. Y si bien podría pensarse que esta falta de competencia fue compensada por una mayor inclusión, según lo documentado por la organización, y como igualmente hemos comprobado en el presente estudio, en promedio, más de un 60% de los proveedores no vendió a través del convenio en todo un año. Adicionalmente, según observamos en el apartado anterior, la falta de competencia en los convenios, plausiblemente, se ha traducido en importantes costos para el sistema de compras públicas.
534. Resulta relevante entonces preguntarse cómo pueden ser mejorados los diseños de los convenios marco. Consideramos que el lineamiento principal es que éstos se acerquen de manera progresiva a los modelos de uso más regular a nivel internacional. Esto va en línea con lo recomendado por la OCDE. En particular, nos parece prioritario limitar la variedad de oferta, fortaleciendo de esta manera la competencia por la adjudicación del convenio. Esto, estimamos, no sacrificaría la variedad demandada por los compradores. Adicionalmente, y considerando los costos que trae aparejado el problema de agencia inherente a la administración pública, recomendamos reducir, en la medida de lo posible, la discrecionalidad en la segunda etapa. Reglas de decisión del proveedor, las que son utilizadas en otros convenios, nos parecen una alternativa válida a seguir para operacionalizar este principio.

⁵⁵⁴ OCDE. «Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements». (Paris: OECD Publishing, 2017), 11-12. Disponible [aquí](#).

VIII. GESTIÓN DE CONTRATOS

535. La última etapa dentro del proceso de compra es la gestión de contratos (“GDC”). Ésta es definida en la literatura como el proceso de manejar activamente la implementación de los contratos para asegurar la efectiva y eficiente entrega de los bienes, servicios o resultados acordados en el contrato⁵⁵⁵.
536. Al igual que en la etapa de planificación, la intensidad con que se gestione el contrato de cierto bien o servicio dependerá de la naturaleza del objeto de compra. Esto quiere decir que el tiempo y los recursos destinados a la GDC deberán ser proporcionales al tamaño, impacto, complejidad, duración, riesgo e importancia estratégica de lo adquirido por el demandante. Por ejemplo, no se justifica desde un punto de vista de eficiencia que la compra de unos pocos tarros de café involucre una inversión relativamente alta en dinero y horas-hombre respecto de la gestión del contrato. No obstante, esto sí se justifica si el objeto de compra fuera el desarrollo de un software para uso interno del organismo, el cual es un bien complejo, caro y de alta importancia para la entidad. En este caso, no invertir los recursos necesarios para la gestión del contrato podría resultar en mayores costos futuros para la entidad dados por posibles atrasos en la entrega o fallas en la calidad del bien, por lo que se justifica realizar una alta inversión en la supervisión de dicho contrato.
537. Además de su efecto en la eficiencia, la GDC también impacta la intensidad con que los oferentes compiten por la provisión de un bien o servicio. Por un lado, una GDC demasiado burocrática puede desincentivar la participación de oferentes en los procesos de compra. En efecto, si un demandante decide realizar muchos controles de calidad, pedir excesiva documentación para hacer los pagos, y demandar un gran número de interacciones con la contraparte, es posible que un proveedor competitivo desestime participar ante la dificultad o incapacidad de cumplir con todas esas exigencias. Por otro lado, una gestión muy laxa puede llevar a un comportamiento oportunista de parte de los proveedores, por medio de la realización de ofertas muy competitivas en precio pero que una vez adjudicada la compra no se cumpla con el estándar de calidad pactado, dada la poca supervisión que este observó *ex ante* por parte del organismo demandante.
538. En virtud de estos impactos en eficiencia y competencia es que este capítulo se enfoca en describir cómo debiera realizarse una GDC de forma apropiada, de manera tal que la compra entregue el mayor valor por dinero posible. Este análisis se hace en tres etapas. Primero, se revisa qué dice la literatura internacional sobre la GDC, en términos de los objetivos que persigue, las variables que considera y las responsabilidades que deben

⁵⁵⁵ Banco Mundial, *Procurement Guidance – Contract Management Practice* (2018), 4.

asignarse. Segundo, se compara la documentación chilena con este *benchmark* internacional, respecto de qué tan alineada está la primera con la segunda. Finalmente, se analizan las respuestas de la Encuesta a Compradores Públicos, para así ver desde una perspectiva sistémica qué tanto se aproxima la práctica de GDC a la teoría.

A. Marco conceptual de la gestión de contratos

539. Para un organismo público, la GDC de un bien o servicio debe considerar una multiplicidad de factores al momento de ser diseñada y ejecutada. Variables como qué objetivos se persiguen, cómo se va a monitorear ésta, qué aspectos de la compra se privilegiarán o sacrificarán, o cómo se van a asignar las responsabilidades del seguimiento, son sólo algunas de las definiciones que deben realizarse antes de que esta etapa comience su ejecución. En resumidas cuentas, una buena GDC involucra planear cómo gestionar el proyecto, implementar un plan acorde, monitorear su ejecución y finalmente revisar los resultados obtenidos. Esta sección profundiza en estas decisiones, tomando como insumo lo recomendado en la literatura internacional, para evaluar tanto la documentación local de GDC como su práctica por parte de los organismos públicos.

i. Objetivos y nivel de seguimiento del contrato

540. Los tres grandes objetivos que debe perseguir la GDC son que el bien o servicio: (i) Sea entregado a tiempo, en el lugar correcto y en la cantidad precisa; (ii) Cumpla con las especificaciones, estándares o calidad requerida; y (iii) Respete el precio negociado en el contrato⁵⁵⁶. Por las razones expuestas al comienzo de esta sección, disminuciones en el grado de eficiencia y competencia de los procesos de compra pueden afectar negativamente estos objetivos, resultando en compras más caras, de menor calidad y/o más tardías.

541. El grado de cumplimiento de estos objetivos dependerá también de cuánto tiempo y recursos el demandante dedique a supervisar el desempeño del proveedor, factores que a su vez dependerán de qué tan importante es el objeto de compra para el organismo público. Esto es lo que en la literatura se conoce como la GDC “hecha a la medida⁵⁵⁷”, concepto que apunta a que el tiempo y recursos aplicados a la gestión de un contrato deben ser proporcionales al tamaño, impacto, complejidad, duración, riesgo e importancia estratégica del objeto de compra. Por tanto, los organismos demandantes deberán evaluar si los

⁵⁵⁶ *Ibíd.* 5.

⁵⁵⁷ *Ibíd.* 15.

beneficios asociados a una mayor supervisión del contrato sobrepasan los costos de dicho control.

ii. Trade-off en los contratos: costo, calidad y tiempos de entrega del objeto de compra

542. Al momento de diseñar el contrato, sus encargados deberán encontrar el equilibrio entre el costo, calidad, y los tiempos de entrega del objeto de compra, de tal manera que la organización obtenga el mayor valor por dinero posible. Para lograr lo anterior, estas variables deberán ir en línea con el objetivo de la compra, en términos de su utilidad para el cumplimiento del proyecto institucional respectivo. Este *trade-off* se muestra en detalle en la Figura 18.

Figura 18: Tensiones dentro de un contrato

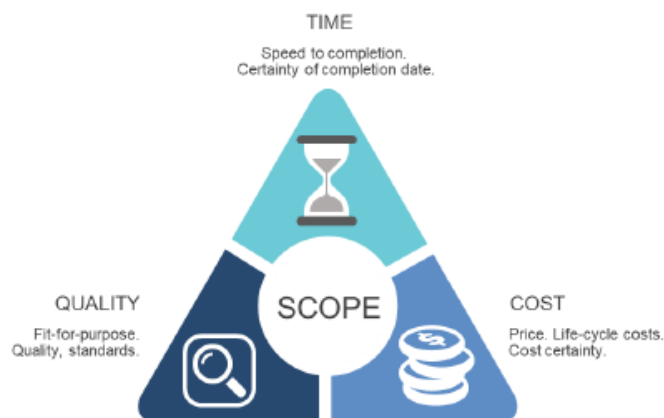


Figure VIII – Time, cost, quality (TCQ) interdependencies

Fuente: Banco Mundial, *Procurement Guidance – Contract Management Practice* (2018), 28.

543. En la práctica, esto significa que el personal encargado de gestionar el contrato deberá usualmente sacrificar el desempeño de una o dos variables cuando quiera mejorar el de una tercera. Por ejemplo, si la prioridad es que un bien de características muy específicas sea entregado lo antes posible al organismo, entonces es probable que esto implique un mayor costo y una menor calidad del bien, dado el poco tiempo de preparación que tuvo el proveedor para realizar una oferta competitiva que involucre un número relevante de controles de calidad.
544. A su vez, cada una de estas variables involucra una serie de consideraciones subyacentes, que deberán ser evaluadas al momento de tomar la decisión sobre cuánto ponderar el costo, calidad y plazo. Tener clara *ex ante* esta ponderación permitirá a la entidad diseñar

el contrato que más incentive la competencia entre proveedores, de modo que las ofertas resultantes reflejen la prioridad del organismo en términos de costo/calidad/plazo.

545. Las actividades o consideraciones que tiene cada uno de estos ejes son variados, por lo que vale la pena entrar en detalle respecto de qué es lo que involucran. La variable tiempo, por un lado, no se refiere exclusivamente a que el bien o servicio sea entregado lo antes posible al demandante, sino que más bien hace mención a la secuencia de acciones que permiten que el contrato se complete en el menor tiempo posible. Identificar estas actividades, su secuencia y estimar sus tiempos de completitud, son los primeros pasos para desarrollar un calendario realista para la implementación del contrato.
546. Los costos del proceso, por otro lado, deben ser identificados correctamente para que el organismo esté lo más seguro posible de que el contrato será ejecutado dentro del presupuesto acordado. Esto implica que deberán diseñarse e implementarse los sistemas financieros y reportes apropiados que permitan medir de la mejor manera la diferencia entre los costos efectivos y los presupuestados, además de proveer las alertas pertinentes en caso de que los primeros sobrepasen a los segundos.
547. Finalmente, la sofisticación y frecuencia de los controles de calidad dependerá nuevamente de las características del bien o servicio adquirido. Mientras que para bienes/servicios estándar éstos debieran ser simples y rutinarios, para objetos complejos deben diseñarse controles a la medida. Por ejemplo, si lo comprado es un *commodity* o un bien estandarizable, es posible que solo se necesite un control de calidad al momento de la entrega. No obstante, si es un bien o servicio complejo –digamos un software–, es probable que se requieran varios controles realizados por distintos actores (i.e., usuarios finales, desarrolladores, asesores externos).

iii. Identificación y mitigación del riesgo o incertidumbre

548. La incertidumbre es el principal enemigo de un contrato, y por riesgo o incertidumbre nos referimos a la probabilidad de que un evento o resultado inesperado ocurra, y que este tenga consecuencias en la compra. Esta variable afecta la creación y ejecución de los contratos dada su influencia sobre el costo, calidad y tiempos de entrega del objeto de compra, además del posible deterioro de la relación con el proveedor.
549. La incertidumbre afecta tanto al demandante como al proveedor. En consecuencia, la GDC requiere de la flexibilidad y buena voluntad de ambas partes, tal que los términos finales del contrato consideren distintos escenarios posibles al momento de su ejecución. Una alteración de las circunstancias puede provenir de variaciones globales (e.g., estrategias,

objetivos, necesidades, nuevas tecnologías, tendencias económicas) como también de riesgos inherentes a cada fase del proceso de compra⁵⁵⁸.

550. Dadas estas preocupaciones, los organismos deben realizar esfuerzos para identificar, evaluar y mitigar los riesgos que se presenten a lo largo de la ejecución del contrato. La identificación se refiere al proceso de detectar todos los problemas potenciales que pueden ocurrir dentro de una actividad, y luego estimar las probabilidades de que estos ocurran. Luego, dichos riesgos deben ser evaluados en términos del impacto probable que tienen en la compra, y por tanto en el proyecto o en la organización. Finalmente, deberán estudiarse las acciones que servirán para mitigar dichos riesgos, como por ejemplo la contratación de seguros, diagramar prácticas de compensación o identificar al personal más apropiado para manejarlo.

iv. Generación de un plan de gestión de contratos

551. Las tensiones entre privilegiar los costos, la calidad o los tiempos de entrega del objeto de compra, sumado a la consideración de los riesgos que pueden surgir a lo largo de la ejecución del contrato, hacen que las entidades deban generar un plan de gestión de contratos ("PGC"). Éste determina cómo, cuándo, dónde y por quién es implementado un contrato, considerando a su vez que este debe ser "a la medida" del objeto de compra.
552. A grandes rasgos, las actividades que involucra la supervisión de un contrato, y cada PGC en particular, pueden agruparse en tres grandes áreas de gestión, que están transversalmente presentes en las distintas fases de la GDC. Éstas son la entrega del bien o servicio, la relación demandante-proveedor, y la administración formal del contrato. La primera asegura que lo que se haya ordenado sea entregado en el nivel de calidad estipulado en el contrato. La segunda busca que la relación entre ambas partes sea abierta y flexible, con foco en identificar y resolver problemas anticipadamente además de detectar oportunidades de mejora. Finalmente, la administración del contrato se refiere a la gobernanza que la supedita. En términos simples, esto apunta a que las responsabilidades y rendiciones de cuentas estén claramente definidas y acordadas.
553. En particular, un PGC debiera definir: (i) Los roles y responsabilidades de los actores involucrados; (ii) Los documentos necesarios para ejecutar el contrato; (iii) Los hitos que deberán cumplirse dentro del ciclo de vida del contrato; (iv) Los indicadores de desempeño que se usarán para evaluarlo; (v) Qué y cuántos reportes de avance se requerirán; (vi) Cuáles serán los procedimientos a seguir ante cambios en las circunstancias; (vii) La metodología para identificar, evaluar y mitigar los riesgos que se presenten; (viii) Qué

⁵⁵⁸ Organización de las Naciones Unidas, *UN Procurement Practitioner's Handbook* (2006), 139.

garantías se pedirán al proveedor y en qué circunstancias; y (ix) Cuáles serán los procedimientos a seguir al momento del cierre del contrato⁵⁵⁹.

554. Dicho plan puede, a su vez, ser diseñado y/o ejecutado tanto por el organismo demandante como por una empresa externa, compartiendo (o no) responsabilidades entre ambos. Ante la decisión de externalizar, el demandante debe analizar su capacidad para enfrentar el riesgo y/o complejidad del contrato en aspectos tales como su *expertise* técnica, experiencia relevante, capacidades de relacionarse con el proveedor, carga de trabajo, etc. La derivación de las responsabilidades –y sus matices– pueden apreciarse en la Figura 19.

Figura 19: Asignación de responsabilidades según capacidad del organismo y complejidad del contrato

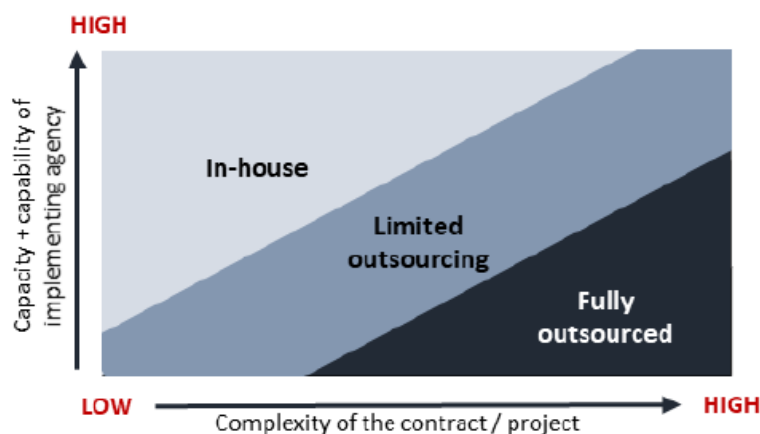


Figure IV– In-house vs. outsourcing: based on risk, complexity, capacity and capability

Fuente: Banco Mundial, *Procurement Guidance – Contract Management Practice* (2018).

555. Como podemos apreciar en la figura, una GDC totalmente interna es recomendable cuando el organismo tiene una alta capacidad para supervisar, y la complejidad del bien/contrato es baja. Por otro lado, una externalización completa debiera darse cuando el demandante tiene poca o nula capacidad de gestionar un contrato que es altamente complejo. Para casos intermedios de capacidad y complejidad, se recomienda una externalización limitada en donde se encarga a un tercero sólo la supervisión de los aspectos que el demandante no puede realizar.

v. La figura del gestor de contratos

⁵⁵⁹ Banco Mundial, *Procurement Guidance – Contract Management Practice* (2018), 22. Disponible [aquí](#).

556. Como se mencionó anteriormente, la GDC requiere de una asignación formal y clara de los roles y responsabilidades asociadas a cada contrato. Dependiendo del tipo de bien o servicio, una o más personas pueden ser asignadas a la supervisión de su contrato. Sin embargo, sólo una de éstas debiera estar a cargo y supervisar la labor del resto. En la literatura ese puesto se conoce como el Gestor del Contrato (GC).
557. Para realizar sus funciones, un GC debe contar idealmente con habilidades “duras” y “blandas”, dado que sus responsabilidades conciernen generalmente supervisar el presupuesto y costos del contrato, asignar roles respecto de cada contrato a su cargo, mantener contacto permanente con los proveedores contratados, y monitorear el rendimiento y el cumplimiento del contrato.

vi. Etapas de la gestión de contratos

558. La GDC consta de tres fases sucesivas: la formulación del contrato, su ejecución y su cierre. Dentro de cada fase existen una serie de acciones que deben desarrollarse para que la gestión del contrato sea lo más efectiva posible. Dependiendo de cómo se clasifica el contrato en términos de valor y riesgo, las actividades, focos y esfuerzo realizado por el personal encargado pueden variar.
559. En la etapa de formulación destacan cuatro actividades. Primero, se encuentra la definición de roles y responsabilidades asociadas a la ejecución del contrato. En ésta deben designarse clara y formalmente los responsables de supervisar que todos los puntos establecidos en el contrato sean respetados. Segundo, está la clasificación de riesgo del contrato. Aquí debe asignarse un cierto nivel de incertidumbre a la ejecución del contrato, considerando todas las variables que puedan influir en el costo, calidad y tiempo de entrega del objeto de compra. Además, deben establecerse los planes de acción en caso de que uno de los escenarios predichos ocurra. En tercer lugar, se recomienda que se establezca la estructura bajo la cual se manejará la información sobre la GDC. En particular, esto se refiere a definir cuáles serán la plataforma y los protocolos a seguir en cuanto al registro de la información asociada al proceso. Finalmente, la literatura recomienda que se agende una reunión de apertura entre el demandante y el proveedor, de modo de esclarecer las dudas que hayan podido surgir una vez adjudicado el proceso.
560. La etapa de ejecución se enfoca en el uso de la información que se va recibiendo a medida que se ejecuta el contrato. En la práctica esto se traduce en la creación de indicadores de rendimiento, seguimiento de los costos y evaluación de los riesgos, interacciones directas con el proveedor en términos del manejo de posibles disputas, o la evaluación de extensiones o cambios de lo acordado en el contrato. Respecto de lo primero, la creación de métricas con las cuales evaluar el desempeño del proveedor es de vital importancia. Por un lado, porque le permite al demandante fiscalizar de manera objetiva la evolución del

cumplimiento del contrato. Por otro lado, porque éstas ayudan al proveedor a mantenerse dentro de un curso de acción óptimo en términos de la provisión del objeto de compra. Lo mismo aplica para la evolución de los costos y la ocurrencia de escenarios riesgosos. Conjuntamente, la administración y publicación interna de esta información es de especial importancia para el organismo, dado que así se previenen cursos de acción no óptimos causados por fallas de comunicación interna.

561. Finalmente está la etapa de cierre del contrato. Aquí se realiza una revisión del desempeño del proveedor una vez entregado el bien o servicio contratado, con el objetivo de evaluar si se cumplieron a cabalidad las responsabilidades determinadas en el contrato. De la misma forma, esta evaluación sirve para ejecutar las garantías pertinentes en los casos en que lo entregado no esté en línea con lo acordado. Una vez realizada ésta, se procede al cierre definitivo del contrato o a su prórroga, en caso de que ambas partes así lo deseen.

B. Gestión de contratos en Chile

562. Tomando como referencia lo descrito en los párrafos anteriores, esta sección analiza en detalle la documentación nacional respecto de cómo puede y debe gestionarse el contrato de una compra. Este análisis consta de dos partes. La primera se enfoca en realizar un análisis comparado de las buenas prácticas internacionales con las directrices que ChileCompra ha dado a los organismos nacionales respecto de la GDC. La segunda evalúa qué tanto se ajusta lo recomendado en la documentación de ChileCompra a la GDC real de los organismos públicos, mediante la comparación de las directrices con lo observado en la Encuesta a Compradores Públicos.

i. Documentación de ChileCompra

563. Hasta la fecha existen seis documentos que hacen mención -directa o indirectamente- a la etapa de GDC. De estos seis documentos, dos son guías⁵⁶⁰ y los cuatro restantes son directivas⁵⁶¹. Las guías, como mencionamos en la sección de planificación, se enfocan principalmente en facilitar la operatividad del sistema de Mercado Público por parte de los

⁵⁶⁰ Guías de uso «Nuevo aplicativo gestión de contratos», y «Comportamiento contractual», de la Dirección ChileCompra.

⁵⁶¹ Directiva N°2: «Registro electrónico oficial de proveedores del Estado», de fecha 26 de enero de 2006, Directiva N°3: «Pago a proveedores en 30 días máximo», de fecha 6 de junio de 2006, Directiva N°7: «Instrucciones para uso de garantías en procesos de compras», de fecha 11 de octubre de 2007 y Directiva N°23: «Orientaciones sobre el pago oportuno a proveedores en los procesos de contratación pública», actualizada el 8 de mayo de 2019, todas de la Dirección ChileCompra.

compradores públicos. Las directivas, por otro lado, tienen un foco más amplio, destacándose las buenas prácticas por sobre instrucciones particulares de uso del sistema.

564. Con el objetivo de comparar más fácilmente la documentación internacional con la local, en la Tabla 18 se detalla el número de guías o directrices que tocan las temáticas que la literatura considera relevantes respecto de la GDC. Los contenidos particulares y el nivel de exhaustividad de éstas son descritos en los párrafos siguientes.

Tabla 18: Guías o directrices asociadas a cada aspecto de la GDC

Temáticas	Nº Guías	Nº Directivas
<i>Trade-off</i> entre costo, calidad y plazo	0	0
Gestión acorde a la naturaleza del objeto de compra	1	0
Evaluación del riesgo	1	2
Externalización de la gestión	0	0
Plan de gestión de contratos	0	0
Gestor/administrador del contrato	1	0

Fuente: Elaboración propia a partir de literatura internacional y documentación de ChileCompra.

565. La primera temática tiene que ver con concientizar a los compradores acerca de la tensión existente entre el costo de la compra, la calidad de sus objetos, y los plazos en que estos serán entregados, y cómo éstos están alineados con el objetivo de la compra. Considerando que esta es información fundamental para los compradores al momento de diseñar un contrato, su omisión en la documentación local abre la puerta para que muchas compras no presenten el balance apropiado entre estas tres variables, afectando así potencialmente el valor por dinero obtenido. No obstante, corregir este problema es relativamente sencillo, pues basta con incluir estas consideraciones en la Guía de uso – Nuevo Aplicativo Gestión de Contratos, dado que esta ya presenta información conceptual sobre GDC además de los indicativos técnicos sobre cómo usar el portal de Mercado Público.
566. La segunda temática, y quizás una de las más importantes, tiene que ver con la llamada GDC “hecha a la medida”, la cual estipula que el nivel de supervisión del contrato dependerá de la complejidad del objeto de compra. Este punto es tocado en la Guía de Uso – Nuevo

Aplicativo Gestión de Contratos⁵⁶², a raíz de una diferenciación de lo que es una compra simple o estándar y una compra compleja. Dado que dicha guía es la más comprehensiva y relevante de los seis documentos analizados, podemos afirmar que este aspecto es cubierto satisfactoriamente por ChileCompra.

567. En tercer lugar, se considera la evaluación del riesgo asociado al cumplimiento de cada contrato. Si bien este tema es mencionado en tres documentos⁵⁶³, los énfasis puestos son menores a lo recomendado, dada la relevancia que tiene este aspecto para la GDC. Además, la no inclusión de una sección acabada en la Guía de Uso – Nuevo Aplicativo Gestión de Contratos dificulta que los compradores accedan a esta información de manera fácil y directa. Dos de estos tres documentos (i.e., Guía de Uso - Comportamiento Contractual y Directiva N°2) abordan el tema del riesgo desde la perspectiva de la información del proveedor que está disponible en el portal de Mercado Público. Datos como el cumplimiento de obligaciones, plazos o la aplicación de multas permiten a los compradores determinar qué tan riesgoso es un proveedor, dado su comportamiento anterior en otras compras. Por su parte, la Directiva N°7 se enfoca en dar instrucciones para el uso de garantías, las cuales deben ser ejecutadas ante incumplimientos contractuales. En ésta se provee un ejemplo de una matriz de riesgos, en donde se identifican los distintos tipos de riesgos a los que está afecto un proyecto, su nivel de impacto en la compra u organización, y su probabilidad de ocurrencia. A partir de esta información, posteriormente se identifica el valor de las garantías como porcentaje del valor de la compra. Este es un muy buen ejemplo de cómo debe evaluarse el riesgo. Sin embargo, no se mencionan los planes de mitigación en que debiera incurrir el organismo en caso de que uno de estos riesgos se materialice. Por tanto, podemos concluir que si bien está presente la evaluación de riesgos en la documentación local, su baja exhaustividad y poca facilidad de acceso dificulta que los organismos públicos puedan abordarlos efectivamente, según lo recomendado por la literatura internacional.
568. La cuarta temática, que hace mención a la posible externalización de los servicios de supervisión de contratos, no es abordada en la documentación local. Es materia de preocupación que no exista un protocolo o una guía que oriente a los organismos públicos a derivar a un tercero la supervisión de contratos complejos o de alto valor. Una mala GDC,

⁵⁶² Remitirse a la página 5 del presente Informe para más detalles.

⁵⁶³ Guía de uso «Comportamiento contractual», Directiva N°2: «Registro electrónico oficial de proveedores del Estado», de fecha 26 de enero de 2006, y Directiva N°7: «Instrucciones para uso de garantías en procesos de compras», de fecha 11 de octubre de 2007, de la Dirección ChileCompra.

ya sea por incapacidad del personal de compras o por sucesivos imprevistos a lo largo de la ejecución del contrato, puede derivar en un costo relevante para el organismo público, en términos de mayor gasto, postergación de la entrega del bien o servicio a la comunidad, posible deterioro de la relación con el proveedor, etc. Si bien dichos contratos son una proporción menor del total de compras que se realizan anualmente⁵⁶⁴, los costos de no poder supervisarlos adecuadamente pueden superar el costo que involucra la contratación de un tercero para dicha labor.

569. La elaboración de un PGC por parte de la autoridad tampoco es abordada en la documentación. Sin una directiva clara por parte de ChileCompra, se incrementan las posibilidades de que los organismos públicos no realicen un trabajo previo y sistémico sobre cómo se abordarán los surgimientos de nuevos contratos. Contar con una hoja de ruta antes de la suscripción de relaciones comerciales permitirá a los organismos calibrar de mejor manera sus prioridades (bajo costo, alta calidad, o bajos plazos), asignar las responsabilidades de seguimiento bajo criterios previamente estipulados, pensar con tiempo los indicadores que se utilizarán para medir el progreso, o contar con una metodología clara de evaluación de riesgos que trascienda a una compra particular. Teniendo clara la gobernanza que rige la GDC, se reducen las posibilidades de ineficiencias causadas por fallas de comunicación. Por tanto, es recomendable que se elabore un documento que capture todas estas preocupaciones, de tal forma que los organismos puedan tener una mejor noción de todos los aspectos a considerar en lo que respecta la generación, ejecución y cierre de contratos.
570. Finalmente, observamos que la figura del administrador o supervisor del contrato sí es mencionada en la documentación local, particularmente en la Guía de Uso – Nuevo Aplicativo Gestión de Contratos. En ésta se indica que cada entidad debe determinar qué usuarios del sistema de compras gestionarán la ejecución de los contratos. No obstante, más allá de esta aclaración no se menciona mucho más sobre la importancia que tiene para la compra la correcta asignación del supervisor o administrador del contrato. Son omitidas, por ejemplo, las características o habilidades que debe tener el gestor del contrato, y cómo estas debieran determinar a qué compras son asignados los compradores públicos. Si bien es posible que muchos organismos públicos no cuenten con una dotación muy amplia de compradores que les permita orientar efectivamente sus designaciones⁵⁶⁵, resaltar las competencias que estos debieran tener ayudaría a que los procesos de formación

⁵⁶⁴ Según la Encuesta a Compradores Públicos, la gestión externalizada de los contratos representa en su gran mayoría 25% o menos de las compras efectuadas durante 2019.

⁵⁶⁵ Para mayor detalle, ver Tabla 3 en la sección de planificación y presupuesto.

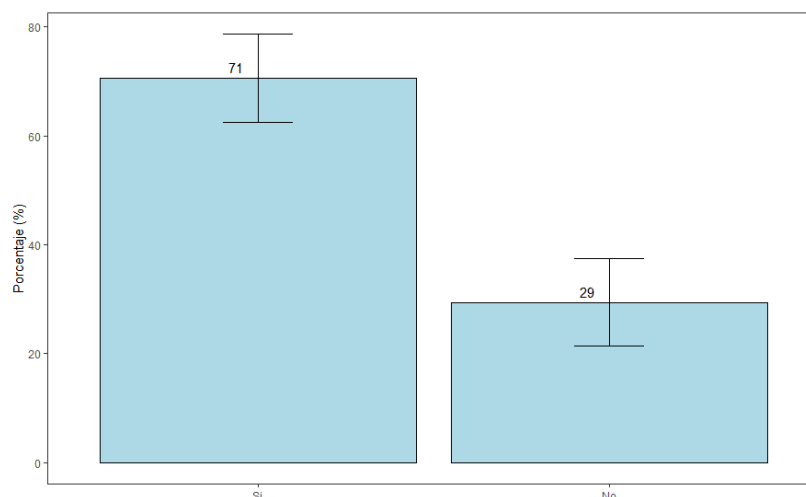
profesional estuvieran enfocados en mejorar las habilidades menos desarrolladas por el personal.

571. Por tanto, habiendo evaluado qué contienen –y no contienen– las guías y directrices relacionadas a la GDC, podemos inferir que existe una alta heterogeneidad entre la exhaustividad con que se abordan los temas de supervisión de contratos, además de una alta dispersión de la información entre distintos documentos, lo que dificulta el fácil acceso a estas temáticas por parte del personal de compras. Se recomienda, por tanto, el desarrollo o complementación de nuevas guías o directrices que resuman y aborden acabadamente los temas ausentes, como los *trade-off* que enfrentan los compradores, la posibilidad de externalizar la GDC o el desarrollo de un plan de GDC.

ii. Evidencia sobre la práctica de gestión de los contratos en Chile

572. Ahora que observamos qué tan bien refleja la documentación local los contenidos de las recomendaciones internacionales, es momento de evaluar si estas directrices se corresponden con el comportamiento de los compradores públicos en lo que a GDC se refiere.
573. Como se mencionó anteriormente, para obtener evidencia sobre cómo los compradores públicos gestionan los contratos que suscriben, se encuestó a 208 organismos públicos, de los cuales 78 son organismos centralizados y 130 son municipalidades. Para observar cómo se corrigió este problema de representatividad, remitirse a la sección análoga en el capítulo de planificación y presupuesto. Dicho esto, la Encuesta a Compradores Públicos contiene cuatro preguntas relacionadas a las GDC, que se analizarán en detalle a continuación.
574. En primer lugar, se consultó a los compradores si existe en su organismo un procedimiento formal de asignación de roles y responsabilidades que les permita darle seguimiento a los contratos. Los resultados se observan en la Figura 20, donde vemos que alrededor del 70% de los organismos públicos declara tener un procedimiento formal para asignar roles relacionados a la GDC. El hecho de que casi un tercio de los organismos no tenga este tipo de proceso puede deberse a tres factores: (i) La cultura organizacional de la unidad de compra, donde los compradores son asignados sin mayores consideraciones a los contratos que van apareciendo; (ii) Falta y homogeneidad del personal, tesis que puede ser correcta, ya que la encuesta detectó que la mayoría de los compradores tiene al menos 3 años de experiencia en compras públicas y que poco más de la mitad de los compradores acreditados tienen dedicación exclusiva; o (iii) Poca innovación en los tipos de compra, asignándose a los compradores según su conocimiento de los rubros.

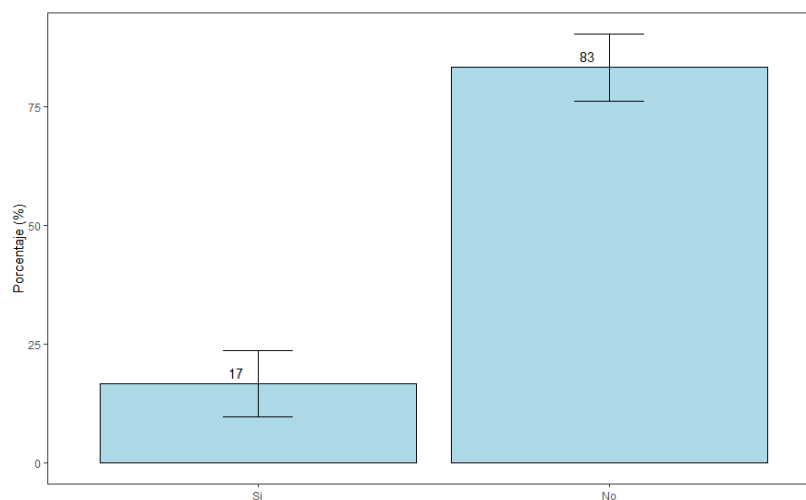
Figura 20: Existencia de un procedimiento de asignación de responsabilidades



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta a Compradores Públicos

575. La existencia de este 30% es motivo de preocupación, dado que es posible que en esas instituciones surjan problemas de comunicación interna y externa que dificulten la correcta realización de las GDC. Más aún, tal como ocurrió para la pregunta de análisis de necesidades de la sección de planificación, es posible que estas respuestas afirmativas hagan referencia a procedimientos poco formales o con bajo nivel de detalle. Sin embargo, no se realizó una pregunta complementaria abierta que permitiera capturar dicha información.
576. Posteriormente, se preguntó a los compradores si en sus organismos existen protocolos preestablecidos para la gestión de riesgos de los contratos suscritos. Como vimos en la sección anterior, un manejo premeditado y adecuado de los riesgos permite a los organismos evitar que situaciones desafortunadas perjudiquen la realización efectiva y eficiente de la compra. La Figura 21 detalla las respuestas a esta pregunta, donde observamos que más del 80% de los organismos declara no contar con dichos protocolos. La no existencia de éstos para una gran parte de los organismos públicos puede deberse a que la normativa vigente regula las consecuencias que trae el incumplimiento del contrato, en particular a lo referido a garantías y sanciones, lo que podría desincentivar a los organismos a diseñar de mejor manera los contratos para evitar este tipo de acontecimientos.

Figura 21: Existencia de protocolos para la gestión de riesgos en contratos

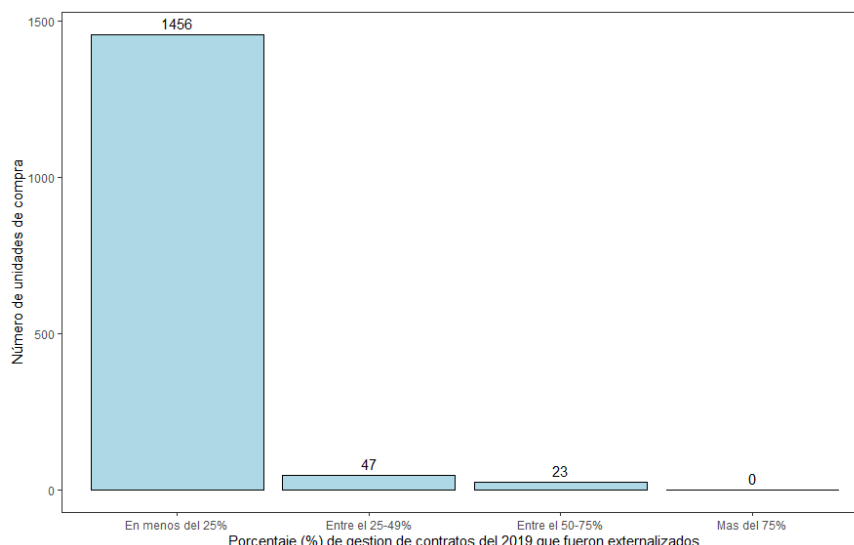


Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta a Compradores Públicos.

577. Complementariamente, se pidió a los compradores públicos que respondieron que “sí” en la pregunta anterior que describieran estos protocolos. La mayoría de estos hizo mención a las bases de licitación o términos de referencia en lo que respecta a garantías, multas o sanciones, lo que va en línea con lo descrito en el párrafo anterior. Otras respuestas hacen referencia a la designación de ITOs (inspección técnica de obras) o ISOs (procesos estandarizados internacionalmente), como una forma de certificar estos procesos mediante la aprobación de un tercero. Esta significativa tendencia a no gestionar los inconvenientes puede deberse a que las garantías están reguladas, dado que deben existir para temas de seriedad de la oferta o incumplimientos, por lo que los organismos no necesitan dedicar tiempo y recursos para definir dichos criterios y planes de acción en caso de que ocurran imprevistos. No obstante, esto puede ser un riesgo dado que, en caso de que se ejecuten esas garantías, el proveedor deberá impugnar dicha decisión en tribunales ordinarios, dados los problemas mencionados respecto del Tribunal de Contratación Pública.
578. Finalmente, con el objetivo de evaluar qué tan masificada está la externalización de la GDC, se les pidió a los compradores asignar un rango de porcentaje a las compras con gestión de contratos externalizadas (menos de 25%, entre 25-49%, entre 50-75%, y más de 75%). Los resultados están expresados en la Figura 22. Como podemos apreciar, existe una casi total preferencia por externalizar el 25% o menos de la gestión de contratos, donde solo cerca de 60 instituciones delegan esta actividad a un tercero. Considerando el hecho de que la mitad de los compradores públicos tienen dedicación exclusiva, es posible que los organismos no dispongan de todo el personal necesario para gestionar efectivamente los

contratos, lo que aumenta el valor de contar con una alternativa como la externalización de estos, herramienta que prácticamente no es considerada por las unidades de compra.

Figura 22: Porcentaje de contratos externalizados en 2019



Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta a Compradores Públicos.

579. Además de lo reportado en la Encuesta a Compradores Públicos, se analizaron las bases de datos de ChileCompra para obtener información sobre la GDC, en particular sobre las características de los contratos (e.g., duración, formas de pago, uso de garantías, términos anticipados) y los motivos de los reclamos ingresados en el sistema. Respecto de lo primero, observamos que la información no se encuentra disponible para el periodo analizado en este Estudio (2017-2019), por lo que no es posible caracterizar bajo estas métricas a los contratos acordados entre estos años. En cuanto a los reclamos presentes en el portal de Mercado Público, vemos que hacen referencia casi exclusivamente (96%) a demoras en los pagos por parte de los organismos demandantes, práctica que claramente desincentiva la participación presente y futura de proveedores ante la incertidumbre de cuándo recibirán compensación por el bien o servicio entregado.

C. Conclusiones

580. Finalmente, si consideramos lo reportado en la Encuesta a Compradores Públicos y lo registrado en las bases de datos, guías y directrices de ChileCompra, podemos concluir que hay cuatro grandes falencias del sistema de compras públicas que dificultan la realización de procesos eficientes y competitivos. En primer lugar, la falta de actualización de información sobre contratos, que impide a ChileCompra identificar y solucionar problemas asociados a la GDC. En segundo lugar, la proporción significativa de reclamos

asociados a incumplimientos en el pago a proveedores, lo cual desincentiva la participación futura de un mayor número de oferentes en los procesos de compra del Estado. En tercer lugar, la inexistencia de procesos formales de asignación de responsabilidades entre el personal de compras en lo que a GDC se refiere, lo que facilita la ocurrencia de problemas de comunicación, los que a su vez incrementan las posibilidades de incurrir en una GDC deficiente. Y, en cuarto lugar, la externalización casi nula de GDC en organismos públicos, aun cuando la compra y los recursos con que cuenta el organismo sí lo permiten. De abordarse y solucionarse apropiadamente estos problemas, es factible que el sistema de compras públicas mejore en términos de competencia, eficiencia, y supervisión y control.

IX. PROPUESTAS

581. Considerando la información y análisis expuestos en las secciones precedentes, se estima que existe una serie de medidas que podrían adoptarse para incrementar la competencia en este mercado. Estas propuestas siguen el mismo orden en que se presentaron los distintos capítulos de este Estudio.

A. Recomendaciones en relación con la estructura del sistema

i. Diseño institucional general

a. ChileCompra

582. Luego de haber analizado exhaustivamente las facultades y el rol que cumple ChileCompra en el mercado de las compras públicas, resulta deseable que las directivas que este organismo emita con el objeto de orientar a los organismos públicos en la aplicación de la normativa de compras públicas sean de carácter vinculante para éstos y no meras recomendaciones, como lo son actualmente⁵⁶⁶. Entre otros aspectos, en la actualidad, ChileCompra no puede ordenar regulatoriamente cuestiones tan básicas -pero relevantes- como la forma en que deben llenarse los distintos campos de la base de datos.

583. Por ello, se propone incorporar legalmente la atribución para que ChileCompra pueda dictar instrucciones de carácter general para el cumplimiento de las normas contenidas en la Ley N°19.886 y su respectivo Reglamento por parte de los órganos afectos a esta regulación, y cuyo incumplimiento sea sancionado⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ En un sentido similar, esta propuesta ha sido también propiciada por la mesa de trabajo de ChileCompra "Se propone incorporar en la ley la atribución de la Dirección ChileCompra de impartir orientaciones y recomendaciones generales, conducentes a difundir buenas prácticas y a fortalecer la probidad en las compras públicas, tanto por parte de los compradores como de los proveedores". Dirección ChileCompra, «Informe Final Mesa de Trabajo para la modificación de la Ley N°19.886» (2016), 10. Por su parte, el Consejo Anticorrupción el año 2015 señaló lo siguiente "Convertir a ChileCompra en el órgano rector de un sistema integrado de compras públicas, con funciones de coordinación, supervisión y apoyo del sistema. No obstante, la responsabilidad de la adquisición seguirá siendo competencia del adquirente". Consejo Asesor, «Informe final del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción» (2015), 43.

⁵⁶⁷ Actualmente, hay una serie de superintendencias que tienen la facultad de emitir instrucciones vinculantes a las entidades públicas afectas a su competencia. Véase a modo de ejemplo las siguientes agencias: (i) Superintendencia de Salud, de acuerdo con lo señalado en el artículo 115 del DFL N°1 de 2005, el órgano podrá emitir instrucciones con respecto a la ejecución de las Garantías Explícitas en Salud, las que serán vinculantes

584. En el ámbito comparado, la Comisión Europea le formuló a España una serie de medidas relativas a materias de compras públicas, que tuvieron su origen en que la “falta de mecanismos de control a priori y a posteriori suficientes obstaculiza la aplicación correcta y uniforme de la legislación en materia de contratación pública. España destaca por una baja tasa de publicación de los anuncios de contratos y un nivel relativamente elevado de recurso al procedimiento negociado sin publicación previa en comparación con otros Estados miembros⁵⁶⁸”, y a la “falta de un organismo independiente encargado de garantizar la eficacia y el cumplimiento de la legislación en materia de contratación pública en todo el país obstaculiza la aplicación correcta de las normas de contratación pública y puede generar oportunidades para cometer irregularidades, lo cual tiene efectos negativos sobre la situación de la hacienda pública española⁵⁶⁹”.
585. Por ello, España creó el año 2017, con la dictación de la Ley de Contratos del Sector Público⁵⁷⁰, la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (“OIReScon”), con el objeto de promover lo establecido en el artículo 83 de la Directiva 2014/24 de la Unión Europea sobre compras públicas⁵⁷¹. Esta agencia tiene por finalidad velar por la correcta aplicación de la legislación y, en particular, promover la concurrencia y combatir las ilegalidades detectadas en el ámbito de la contratación pública.

para el Fondo Nacional de Salud y a los prestadores de salud correspondientes. Un ejemplo es la circular N°335 del 1 de octubre de 2019, que dicta instrucciones a Fonasa para la fiscalización y control de las Garantías Explícitas en Salud; (ii) Superintendencia de Educación Escolar, emite instrucciones vinculantes dirigidas a todos los establecimientos educacionales del país sean públicos o privados de acuerdo artículo 48 de la Ley N°20.529 y a la Circular N°482 de la misma entidad del año 2018; (iii) Superintendencia de Educación Superior de acuerdo con el artículo 19 la Ley N°21.091, tiene por objeto fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan a las instituciones de educación superior en el ámbito de su competencia, lo que incluye a los centros de educación superior estatales, como las universidades públicas; (iv) Consejo para la Transparencia en virtud del artículo 33 literal d de la Ley N°20.285, este órgano podrá dictar instrucciones generales para el cumplimiento de la legislación sobre transparencia y acceso a la información por parte de los órganos de la Administración del Estado, y requerir a éstos para que ajusten sus procedimientos y sistemas de atención de público a dicha legislación.

⁵⁶⁸ Comisión Europea, Recomendación de decisión del consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, (2016). Disponible [aquí](#).

⁵⁶⁹ *Ibíd.*

⁵⁷⁰ Ley 9/2017, de 8 de noviembre de 2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

⁵⁷¹ Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE. Disponibles [aquí](#).

586. En este sentido, se establece que la OIReScon actuará en el desarrollo de su actividad y el cumplimiento de sus fines con plena independencia orgánica y funcional. Con el objeto de lograr los objetivos que persigue, tiene entre sus facultades la posibilidad de aprobar instrucciones fijando las pautas de interpretación y de aplicación de la legislación de la contratación pública, así como elaborar recomendaciones generales o particulares a los órganos de contratación, configurándose como un órgano de regulación del mercado de la contratación pública. Así, dentro de sus atribuciones se encuentran las siguientes: (i) Ordenación del mercado de la contratación pública a través de la aprobación de instrucciones que serán vinculantes para el sector público; y (ii) Elaboración de recomendaciones generales y particulares. Estas últimas serán orientativas para los órganos de contratación, fijando criterios de actuación ante aspectos concretos de la normativa aplicable⁵⁷².

b. Tribunal de Contratación Pública

587. Actualmente, se discute si el Tribunal de Contratación Pública es competente para conocer de una acción de impugnación interpuesta contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios cometidos en procedimientos distintos a una licitación, como serían los procedimientos de adjudicación a través de convenios marco o tratos directos⁵⁷³. La duda surge debido a que, mientras el inciso primero del artículo 24 del Reglamento de la Ley de Compras Públicas establece que la acción de impugnación ante el Tribunal cabe respecto de cualquier procedimiento de contratación regido por la Ley de Compras Públicas, el inciso segundo afirma que el acto u omisión impugnado debe ocurrir entre la aprobación de las bases de licitación y su adjudicación, etapas que no existen en un trato directo o en un convenio marco⁵⁷⁴.

588. El Tribunal de Contratación Pública ha señalado que la Ley de Compras establece, para encauzar el alcance de su competencia, los siguientes requisitos: (i) La existencia de un “procedimiento administrativo de contratación”; (ii) Que este haya sido convocado por un órgano público regido por la Ley; y (iii) Que contemple un acto de aprobación de las bases y un acto de adjudicación. A su vez, su competencia se vería delimitada por el artículo 24 de la Ley, sin distinguir “el objeto de la licitación” o la naturaleza del contrato que deberá

⁵⁷² Más información sobre la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación disponible [aquí](#).

⁵⁷³ Véase Anexo B que resume la jurisprudencia del Tribunal de Contratación Pública sobre su competencia para conocer actos u omisiones ilegales o arbitrarios cometidos en procedimientos adjudicatorios distintos a una licitación.

⁵⁷⁴ Moraga Klenner, *Contratación Administrativa*, 577 y 578.

celebrarse⁵⁷⁵. Así, puede entenderse que quedan fuera de la competencia del Tribunal los conflictos ocurridos en el contexto de un proceso de trato directo o convenio marco⁵⁷⁶.

589. El TCP es así solamente competente para conocer de acciones u omisiones ilegales o arbitrarias que se den en el marco de licitaciones, y esta competencia se agota en la etapa precontractual. Por lo tanto, no están en el ámbito de su competencia las irregularidades que ocurran en la gestión de los contratos adjudicados por las entidades públicas.
590. La doctrina⁵⁷⁷ ha criticado reiteradamente la competencia que tiene este Tribunal para conocer de los conflictos que se generan en las adquisiciones de bienes y/o servicios que realiza el Estado. De este modo, se ha señalado por la Mesa de Trabajo que reunió a distintos expertos en compras públicas, que en el escenario actual el TCP “[...] genera incerteza y ausencia de control⁵⁷⁸”.
591. El hecho de que el TCP no conozca de actos u omisiones ilegales o arbitrarias en el contexto de procedimientos no competitivos, como los tratos directos o las Grandes Compras en los casos de los convenios marco, restringe los cursos de acción que tienen los terceros afectados en estos procesos y la posibilidad de obtener medidas correctivas de manera oportuna y accesible.
592. En otras jurisdicciones, los ilícitos relacionados a los tratos directos merecen la mayor atención. Por ejemplo, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los tratos directos ilegalmente ejercidos constituyen el incumplimiento más grave de las normas

⁵⁷⁵ Resolución TCP, que rechaza incompetencia en la causa. 29 de enero de 2010. Rol N°152/2009.

⁵⁷⁶ Escanilla, «El Tribunal de Contratación Pública en Chile: Un análisis crítico propositivo», 111.

⁵⁷⁷ Enrique Díaz Bravo, «El Tribunal de Contratación Pública chileno: Examen a su regulación», en *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, ed. por Enrique Díaz y José Antonio Moreno (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 773; José Luis Lara y Luis García-Huidobro, «Aspectos críticos de la solución de controversias en la contratación administrativa bajo la Ley N°19.886: El caso del Tribunal de Contratación Pública», en *Procedimiento administrativo y contratación pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886*, ed. José Luis Lara y Gabriel Bocksang (Santiago: Thomson Reuters, 2013); Eduardo Escanilla, «El Tribunal de Contratación Pública en Chile: Un análisis crítico propositivo», *Revista Derecho Público Iberoamericano*, No. 1 (2013): 111; Lara, «Funcionamiento del sistema nacional de compras públicas y evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: propuestas de cambio», 723; Alejandro Vergara, «Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI (2016), 347-378.

⁵⁷⁸ Dirección ChileCompra, «Informe Final Mesa de Trabajo para la modificación de la Ley N°19.886» (2016), 12. Citado en Díaz Bravo, *El Tribunal de Contratación Pública chileno: Examen a su regulación*, 774.

comunitarias en el ámbito de las compras públicas⁵⁷⁹. En esta línea, es de máxima relevancia que el TCP pueda anular los contratos que hayan sido adjudicados ilegalmente mediante la utilización de procedimientos no competitivos⁵⁸⁰. Esta medida, conceptualmente al menos, envuelve el riesgo de que se declare la ineficacia del contrato, lo que aumenta la incertidumbre relacionada a las rentas, ya sea por favoritismo o corrupción, que se puedan obtener del contrato ilegalmente celebrado por este tipo de mecanismos. En el caso de los terceros perjudicados, esto incrementa los incentivos para reclamar, puesto que la nulidad del contrato puede conllevar a la realización de un proceso abierto y competitivo⁵⁸¹.

593. Contar con un sistema adecuado de solución de controversias en materia de compras públicas genera confianza en el proceso de adquisiciones, pues aumenta la probabilidad de que la compra se lleve a cabo de manera imparcial y transparente. Esta confianza no solo preservará la integridad en el proceso, sino que también puede desencadenar una mayor participación de proveedores en licitaciones públicas haciendo, por tanto, que los precios sean más competitivos y que la calidad de bienes y/o servicios adquiridos por el Estado sea mejor⁵⁸². Un sistema de reclamación garantiza a los proveedores la posibilidad de solicitar medidas correctivas cuando el mecanismo de contratación sea defectuoso o éste haya sido ejercido irregularmente. Estas medidas correctivas deben ser otorgadas de manera oportuna y accesible, y deben estar disponibles en cualquier etapa del proceso⁵⁸³.
594. Así, se ha señalado que “de poco sirve una normativa sustantiva sobre contratación pública que vele de forma celosa por el cumplimiento por los principios de igualdad y libre concurrencia si ésta no se ve acompañada de mecanismos procesales que permitan poner

⁵⁷⁹ Eshien Chong, Michael Klien y Stéphane Saussier, *The use and abuse of discretionary procurement procedures: Evidence from the European Union* (París: Institut d'Administration des Entreprises, 2016), disponible [aquí](#).

⁵⁸⁰ En la Unión Europea, las directivas en materias de recursos fueron sustancialmente modificadas por la Directiva 2007/66/CE cuya finalidad más importante era combatir la adjudicación directa ilegal, así estableció un plazo suspensivo entre la adjudicación y la celebración del contrato “*standstill period*”, y además consagró el hecho que los tribunales nacionales puedan declarar la ineficacia del contrato si este fue adjudicado ilegalmente sin transparencia y previa licitación competitiva.

⁵⁸¹ Chiong, Klien y Sussier, *The use and abuse of discretionary procurement procedures: Evidence from the European Union*.

⁵⁸² Banco Mundial, *Benchmarking Public Procurement 2017, Assessing Public Procurement Regulatory Systems in 180 Economies* (Washington DC: World Bank, 2017), 38.

⁵⁸³ *Ibíd.*

remedio de forma eficaz a los actos jurídicos que la infrinjan⁵⁸⁴. En el mismo sentido, la Comisión Europea estableció que los remedios más efectivos en los procedimientos de contratación pública tienen el potencial de prevenir o corregir rápidamente las infracciones antes de que sea demasiado tarde (p.ej. antes de la firma del contrato)⁵⁸⁵.

595. En base a lo ya señalado, es necesario introducir una modificación legal que amplíe sustancialmente la competencia del Tribunal de Contratación Pública, para que conozca de actos u omisiones ilegales o arbitrarios, tanto de la etapa precontractual de todos los mecanismos de adjudicación establecidos en la Ley de Compras y su Reglamento, como de las disputas que se generen en la etapa de gestión de los contratos ya adjudicados por las entidades públicas⁵⁸⁶.
596. La expansión de su competencia necesariamente se traduce en que este órgano jurisdiccional conocerá de una mayor cantidad de causas. Por ello, se ha señalado que en este supuesto se deben aumentar el número de miembros titulares que lo integran, existiendo una propuesta que eleva este número de tres a seis⁵⁸⁷, y que los jueces titulares del tribunal tengan dedicación exclusiva⁵⁸⁸. Asimismo, es relevante establecer la autonomía presupuestaria y orgánica del Tribunal con el objetivo de dotarlo de mayor independencia⁵⁸⁹.

⁵⁸⁴ Isabel Gallego, «Derecho de la contratación pública de la Unión Europea y mecanismos de tutela», en *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, ed. por Enrique Díaz y José Antonio Moreno (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 618.

⁵⁸⁵ Commission of the European Communities, «Impact assessment report-remedies in the field of public procurement» (2006), 578. Citado en Díaz Bravo, «El Tribunal de Contratación Pública chileno: Examen a su regulación», en *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, 774.

⁵⁸⁶ En este mismo sentido, véase Consejo Asesor, «Informe final del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción» (2015), 44; Dirección ChileCompra, «Informe Final Mesa de Trabajo para la modificación de la Ley N°19.886» (2016), 13; José Luis Lara, «Funcionamiento del sistema nacional de compras públicas y evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: propuestas de cambio», en *Un Estado para la Ciudadanía*, ed. por Isabel Aninat y Slaven Razmilic (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2018), 749; y Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 178.

⁵⁸⁷ Dirección ChileCompra, «Informe Final Mesa de Trabajo para la modificación de la Ley N°19.886» (2016), 13.

⁵⁸⁸ *Ibíd.*

⁵⁸⁹ En este mismo sentido, véase José Luis Lara, «Funcionamiento del sistema nacional de compras públicas y evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: propuestas de cambio», en *Un Estado para la Ciudadanía*, ed. por Isabel Aninat y Slaven Razmilic (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2018), 749 y 735 – 738.

c. Municipalidades

597. En relación con las municipalidades, vemos que existen deficiencias en relación con la obligatoriedad de los convenios marco como mecanismo preferente, con la no inclusión de las corporaciones municipales al sistema de compras públicas, y con la exclusión del control de juridicidad *ex ante* realizado por la CGR a través de la toma de razón.
598. Actualmente, y a diferencia del resto de los órganos y servicios públicos, la suscripción de convenios marco no es obligatoria para los municipios, sin perjuicio de que puedan adherir voluntariamente a los mismos. Consideramos que no existe justificación suficiente para excluir a las municipalidades de la obligación de adquirir sus bienes y/o servicios a través de los convenios marco. Esta regla constituye solo una de muchas otras que establecen la Ley de Compras Públicas y su Reglamento para determinar el mecanismo de adjudicación, pero es la única que hace una diferencia respecto al tipo de organismo. Por ello, proponemos una modificación legal que obligue a los municipios a utilizar los convenios marco como mecanismo de compra preferente al igual que el resto de los órganos y servicios públicos⁵⁹⁰.
599. Por su parte, las Municipalidades muchas veces adquieren bienes y/o servicios a través de sus corporaciones municipales. Las corporaciones son definidas como “personas jurídicas de derecho privado, creadas en virtud del artículo 12 del Decreto con Fuerza de Ley N°13.063, de 1980, del Ministerio del Interior, que autorizaba a las municipalidades a constituir este tipo de organizaciones, conforme a las normas del Título XXXIII, del Libro I del Código Civil para los efectos de la administración y operación de los servicios de salud, educación y atención de menores, traspasados desde el Gobierno Central a las municipalidades en la década de los 80’s⁵⁹¹”.
600. En lo que respecta al sistema de compras públicas, estas entidades, al ser sujetos de derecho privado no enumerados en la LOCBGAE, no tienen la obligación legal de acogerse a la Ley N°19.886, por lo que las adquisiciones de bienes y/o servicios que estos organismos realicen se regulan conforme a las normas del derecho privado. Esta situación se traduce en una evidente falta de control de los procesos de compra que realizan las corporaciones municipales. A modo de ejemplo, estas pueden realizar todas sus adquisiciones mediante procedimientos restrictivos sin ningún tipo de justificación. Así, estos organismos “no están sometidos a los mismos estándares procedimentales y de

⁵⁹⁰ En un sentido similar, véase la recomendación realizada en Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 43.

⁵⁹¹ Fundación Observatorio Fiscal, «Análisis del marco jurídico de las corporaciones municipales en Chile» (2017). Disponible [aquí](#).

control sobre transparencia y resguardo de la probidad, asociados a los mecanismos de compras y adquisiciones a los que sí están sometidos los órganos de la Administración del Estado, revistiendo con ello un evidente riesgo de conflictos de interés en la provisión de bienes o servicios de estas organizaciones, puesto que, por ejemplo, no existe una prohibición explícita sobre el grado de afinidad o relación entre quienes requieren contratar servicios y quien los provee, generando potenciales espacios para favorecer a proveedores en desmedro del bien de la corporación y, en definitiva, de la municipalidad y comunidad⁵⁹².

601. Por estos motivos, proponemos que se incorpore una modificación legal que enumere a las corporaciones municipales como una de las entidades afectas a la Ley de Compras Públicas.
602. Finalmente, en lo que respecta a las municipalidades, las resoluciones que estas dictan están exentas del trámite de toma de razón. Sin embargo, no se vislumbra de manera clara justificación alguna para exceptuarlas de este control de legalidad. La toma de razón constituye un control preventivo y *ex ante* realizado selectivamente respecto a las contrataciones de mayor monto, por lo que excluir a un actor relevante del sistema de compras públicas de este control conlleva evidentes riesgos en materia de cumplimiento de la normativa de compras públicas. Por ello, recomendamos que se establezca que queden obligatoriamente sujetos al trámite de toma de razón los procesos de compra de municipios que tengan un valor estimado igual o superior al monto que determine la CGR⁵⁹³.

ii. Recomendaciones en relación a la plataforma de Mercado Público

603. Como hemos visto, a lo largo del Informe destacamos varios elementos del diseño actual de la plataforma de Mercado Público que sugieren que una actualización del mismo sería pertinente. En el caso de las licitaciones, constatamos que un porcentaje no menor (igual a 8%) no contaba con la documentación suficiente para ser analizada, faltando documentación importante como actas de evaluación o bases. En la fracción restante, de manera importante, detectamos una confusión notable por parte de los usuarios entre el concepto de proceso licitatorio y licitación; mientras que, en nuestro periodo de estudio, el sistema registra 2,2 millones de licitaciones, en realidad estimamos que se ingresaron al sistema 1,8 millones. Además, existe una importante fracción de licitaciones con inconsistencias digitales. En al menos un 21%, la información en los documentos adjuntos

⁵⁹² *Ibíd.*

⁵⁹³ En este sentido, “incorporar Toma de Razón a los procesos de compra de altos montos (sobre 5000 UTM) que realizan Municipios”. Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 43.

(primordialmente, bases y actas de evaluación) no es consistente con la información en la ficha electrónica de un proceso licitatorio. Por otra parte, en el caso de convenios marco, un elemento crucial faltante es la sistematización del proceso de elección de los adjudicatarios del sistema. Actualmente, en la documentación adjunta, en planillas de cálculo, se encuentran los antecedentes que permiten evaluar el proceso de selección. Estas planillas varían licitación a licitación, lo que requiere de una revisión caso a caso para poder extraer información relevante para hacer análisis. En cuanto a los tratos directos, uno de los aspectos más salientes es que no exista un vínculo en el sistema entre órdenes de compra y contrato. Así, resulta difícil detectar por sistemas tratos directos de montos elevados, requiriendo una inspección manual de las resoluciones que justifican las compras a través de estos instrumentos.

604. Adicionalmente, un elemento problemático, y que aplica transversalmente para todos los procesos de compras, es que no existen identificadores universales para productos o servicios en la plataforma. En el caso de los convenios marco, sí existe un identificador único por producto o servicio, pero este no es el caso para licitaciones y tratos directos. Los productos o servicios que se adquieren a través de éstos últimos se etiquetan con códigos UNSPSC⁵⁹⁴, los que resultan útiles para identificar categorías de productos, pero son muy amplios para individualizar producto o servicios específicos.
605. Como ilustración, considérese el caso del grano de arroz. Se puede anticipar que sería posible encontrar este cereal en múltiples presentaciones y variedades en el comercio. Para tener una referencia, el Convenio Marco de Alimentos, sólo para la Región Metropolitana, identifica 23 productos distintos, variando en marcas, peso, variedad (tipo de grano), entre otros atributos. Sin embargo, existe sólo un código UNSPSC que aplica a todas las presentaciones y variedades de granos de arroz. Para empezar, esto repercute en que sea imposible hacer una revisión automática, basada en la información del sistema, de la correcta selección de los instrumentos de contratación. Por ejemplo, si un bien se compra fuera del convenio (bajo alguna excepción), se hace difícil chequear que no haya estado en el convenio, o que las condiciones comerciales del bien finalmente adquirido hayan sido efectivamente más convenientes. Además, la falta de granularidad de la actual codificación hace difícil comparar precios de productos o servicios, adquiridos en distintas licitaciones o tratos directos. Esto, a su vez, dificulta una comparación de eficiencia en compras de distintos compradores, o una evaluación de riesgos anticompetitivos, entre otras diligencias.
606. Dados los problemas presentes en el sistema de información de Mercado Público, recomendamos fuertemente su rediseño. Identificamos al menos tres focos principales. El

⁵⁹⁴ Estándar de codificación de productos y servicios global, administrado por GS1 US para el Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas. Para mayor información, visitar [aquí](#).

primero consiste en digitalizar toda la información vinculante de los procesos de compra, lo que no debe confundirse con adjuntar documentos escaneados a fichas electrónicas (actividad que ya se realiza). Por el contrario, lo que recomendamos es que se avance en la dirección de almacenar toda la documentación sustancial en formatos que sean interpretables por computadores. Por una parte, esto eliminaría las actuales inconsistencias digitales que, según documentamos, abundan en los procesos de compra. Por otra parte, reduciría los costos administrativos de llevar a cabo un proceso de compra. La información relevante se produciría una vez, y se ingresaría al sistema, pudiendo, además, utilizarse nuevamente en compras futuras. Asimismo, la información digitalizada sería manejada con un cuidado mucho mayor por parte de los compradores, al ser la misma vinculante y los errores de fácil detección. Por último, al estar toda la información sustancial en formato interpretable por una máquina, sería mucho menos costoso realizar análisis sofisticados de la información en el sistema.

607. Un segundo foco consiste en diseñar las interfaces para los compradores priorizando su uso expedito y minimizando la posibilidad de ingresos de errores, por ejemplo, mediante la presencia de buenos *defaults*. Esto es especialmente relevante en el caso de licitaciones, procesos que toman más tiempo en ser desarrollados, donde detectamos los problemas más importantes de ingreso de información, y que concentran más de la mitad del gasto. Esta medida en conjunto con la anterior podría contribuir a agilizar la confección de procesos licitatorios. Por ejemplo, si las cláusulas contractuales fuesen almacenadas en formato interpretable por computadores, el sistema podría autocompletar los procesos licitatorios de organismos públicos basándose en su uso histórico. En otras palabras, el sistema podría aprender de los compradores, y en base a este conocimiento facilitar compras futuras. Esto, por supuesto, también disminuiría la probabilidad de cometer errores de digitación.
608. Un último frente de avance es facilitar el seguimiento de unidades de análisis relevantes en el sistema. Una de éstas son los contratos. Tanto en el caso de las licitaciones como en el de los tratos directos, resulta difícil saber por sistema cuánto se ha ejecutado de un determinado contrato, o el tipo de contrato que se adjudicó (de suministro, orden fija, u otro). En el caso de las licitaciones, esto se puede deducir mediante una inspección visual de las órdenes de compras asociadas a un proceso licitatorio. Por su parte, en el caso de los tratos directos, el ejercicio requiere buscar manualmente todas las órdenes de compras asociadas a un determinado contrato, revisando los documentos adjuntos, para detectar el gasto ejecutado, o simplemente, el monto de un determinado contrato. Pero además de ser dificultoso el seguimiento de los contratos en el sistema, también resulta difícil seguir los productos o servicios que se adquieren. Además de adolecer de un identificador transversal para productos o servicios (común para todos los procesos de compra), el mismo diseño del sistema dificulta el seguimiento. Notable resulta el hecho de que un 13% de los procesos

licitatorios contemplen licitaciones que adjudican de manera conjunta múltiples productos, pero que el sistema no contemple esta modalidad de licitación. En estos casos, o bien se ingresó de manera incorrecta una licitación (ocupando múltiples líneas, una por cada bien), o se ingresó de manera incorrecta un bien (ingresando el conjunto a ser adjudicado en una línea). Poder individualizar de manera correcta tanto contratos como bienes ciertamente facilitaría de manera considerable las labores de análisis y fiscalización de las compras cursadas a través del sistema, especialmente desde una perspectiva de libre competencia.

iii. Sistema de fiscalización y sanciones

609. En el presente Estudio, evidenciamos que el sistema de control y monitoreo aparentemente no está siendo eficaz para monitorear los procesos de compra realizados por las entidades públicas afectas a la Ley N°19.886, principalmente por las siguientes consideraciones.
610. En primer lugar, pocas adquisiciones de bienes y/o servicios de entidades públicas tienen un control preventivo o *ex ante* de legalidad. Respecto a la contratación directa, en un 58% de los tratos directos de la muestra analizada los organismos públicos demandantes no cumplen con el estándar para justificar su uso.
611. En segundo lugar, no existen antecedentes públicos, ni siquiera de manera agregada, que permitan verificar la existencia de sanciones administrativas, civiles o penales que hayan sido impuestas a funcionarios públicos por haber infringido la normativa contenida en la Ley de Compras, su Reglamento, y los dictámenes de la Contraloría. Esto resulta problemático puesto que, desde el punto de vista de la disuasión, es necesario que se conozcan las sanciones que se imponen por incumplimiento a la regulación, al menos de forma agregada, para que ellas tengan efecto.
612. En tercer lugar, advertimos que en la situación actual es difícil fiscalizar el cumplimiento de las reglas que determinan el mecanismo de adjudicación de un contrato, y en particular, la regla que establece que las entidades están obligadas a utilizar el convenio marco como mecanismo preferente. Esta falencia en el monitoreo ocurriría por la falta de estandarización de la base de datos y la forma en que se administra el Sistema de Información. En este sentido, en el escenario actual no es posible saber en forma general cuáles son los organismos que, debiendo adquirir bienes y/o servicios del catálogo del convenio marco respectivo, no lo hacen. En la misma línea, no es posible -o al menos resulta sumamente dificultoso- detectar cuáles organismos públicos fraccionan las compras con el objeto de variar el procedimiento de adjudicación establecido en la regulación en términos generales, debido a que la forma como se encuentran almacenados los datos no permite identificar correctamente el bien o servicio adquirido por la entidad. Esto es de especial relevancia en las situaciones en que el solo monto de la contratación permite utilizar procedimientos que

no son competitivos, como es el caso del trato directo para aquellas contrataciones de bienes y/o servicios que son menores a 30 UTM.

613. Así, al constatar que los organismos públicos que adquieren bienes y/o servicios bajo el sistema de la Ley N°19.886 no cumplen íntegramente con las distintas obligaciones impuestas en dicha normativa, y que no existen antecedentes públicos que den cuenta de las posibles sanciones civiles, administrativas y penales en los casos en que esta haya sido incumplida, consideramos que es necesario perfeccionar el diseño institucional con la finalidad de que sea más eficaz.
614. Respecto a estas materias, la directiva más reciente sobre compras públicas de la Unión Europea señala en su artículo 83 que es necesario que una o más autoridades velen por la ejecución de la normativa⁵⁹⁵. En este sentido, existen distintas alternativas de diseño institucional para hacer frente a los incumplimientos detectados, entre ellas, señala a las autoridades de auditoría, órganos jurisdiccionales u otras autoridades como el defensor del pueblo. Así, se ha señalado que existe una serie de modelos para la revisión de los procesos de compra, que en general responden a la tradición legal de cada país, por ello es difícil afirmar que uno sea mejor que otro⁵⁹⁶.
615. Consideramos entonces que existe una amplia gama de alternativas que pueden, en mayor o menor medida, solucionar este problema. Una primera medida, tal vez de corto plazo y de más fácil ejecución, es establecer la obligatoriedad de dar publicidad, al menos agregada, de las sanciones administrativas, civiles o penales impuestas a los funcionarios públicos involucrados en la infracción. Esto ayudaría a que las sanciones efectivamente tengan un efecto disuasivo en el comportamiento de los distintos agentes y entidades que están involucrados en los procesos de compras públicas.
616. En caso de optarse por alternativas que signifiquen una modificación mayor al sistema, una primera opción, que sería la más consistente con la estructura general actual de nuestro sistema de fiscalización de los actos de la administración de Estado y de sus funcionarios, así como también cumpliría el objetivo especial que se impuso la institución en 2018 de fomentar la probidad en las compras públicas, consistiría en entregar a la Contraloría General de la República la responsabilidad de instruir directamente todos los sumarios por incumplimiento de la normativa de manera similar a la forma que lo realiza en relación a los sumarios por el uso indebido de los vehículos fiscales. Actualmente, cada organismo

⁵⁹⁵ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014. Disponible [aquí](#).

⁵⁹⁶ OCDE, «Brief 25: Establishing Procurement Review Bodies». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 25 (2013), 2.

público, ya sea por iniciativa propia o porque la Contraloría así lo instruyó, determina la responsabilidad administrativa por incumplimiento a esta normativa, lo que implica necesariamente una disparidad de criterios en su aplicación, y además se podría manifestar en la existencia de posibles conflictos de interés. Esta alternativa debería considerar una mayor dotación presupuestaria al ente contralor, al ampliar su competencia en la determinación e imposición de sanciones administrativas a las entidades públicas.

617. Una segunda alternativa podría ser entregarle a ChileCompra legitimación activa para perseguir y acusar incumplimientos de la regulación de compras públicas al Tribunal de Contratación Pública, lo que implicaría aumentar la competencia de este Tribunal. Esta alternativa implicaría la adopción de un sistema similar a la actual institucionalidad en sede de libre competencia
618. Finalmente, una tercera podría ser incluso convertir a ChileCompra en un regulador, con un grado independencia adecuado, que persiga, acuse y sancione directamente los incumplimientos a la normativa de compras públicas. Esta alternativa implicaría la adopción de un sistema muy similar a la actual institucionalidad en sede de mercado de valores.
619. En cualquiera de los dos casos es relevante dotar de un grado de independencia mayor a ChileCompra⁵⁹⁷. De acuerdo a la OCDE, habrá que dotar de independencia a los órganos reguladores cuando: (i) Haya necesidad de que el regulador sea visto como independiente de los políticos, del gobierno y de las entidades reguladas, con la intención de mantener la confianza pública en la objetividad e imparcialidad de sus decisiones y la operación efectiva que genere confianza en el mercado; (ii) Tanto las entidades gubernamentales como las no gubernamentales estén reguladas con el mismo marco y, por lo tanto, se requiera neutralidad competitiva; o (iii) Las decisiones del órgano regulador puedan tener un impacto significativo en los intereses particulares y sea necesario proteger su imparcialidad⁵⁹⁸.
620. En este caso, consideramos que se cumplen los requisitos propuestos por la OCDE, siendo relevante dotar de independencia a la institución, pues estaría encargada de velar por la correcta aplicación de la normativa de todos los organismos públicos, incluyendo aquellos pertenecientes al gobierno central. Adicionalmente, las decisiones que pudiera adoptar

⁵⁹⁷ Ya sea como la Comisión para el Mercado Financiero en el primer caso o como la Fiscalía Nacional Económica en el segundo.

⁵⁹⁸ OCDE, «¿Cuándo y por qué es necesaria la independencia y por qué se necesita esta guía?» en *Creando una cultura de independencia: Guía práctica contra influencias indebidas* (París: OECD Publishing, 2017). Disponible [aquí](#).

ChileCompra en este escenario pueden tener un impacto significativo en los intereses particulares al tratarse de la compra de bienes y servicios del Estado a agentes privados.

621. En relación con el régimen de sanciones, consideramos que aquellas establecidas en la Ley N°20.285 sobre Acceso a la Información Pública constituyen un buen diseño de política pública a este respecto. Esta normativa regula las infracciones y sanciones a que puede estar sujeta la autoridad, jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado de la siguiente manera: las infracciones se sancionarán con una multa del 20% al 50% de las remuneraciones de la autoridad, jefatura o jefe superior del órgano o servicio, previa instrucción de la correspondiente investigación sumaria o sumario administrativo⁵⁹⁹.

B. Recomendaciones en relación con la planificación de las compras.

i. Realización de análisis de necesidades a través del portal de Mercado Público

622. Actualmente no existe regulación que detalle la forma de hacer los análisis de necesidades, ni evidencia que muestre que esta actividad está siendo realizada de manera correcta y sistemática por parte de los organismos públicos. Este problema ha sido abordado por diversos informes de ChileCompra⁶⁰⁰, del Consejo Anticorrupción⁶⁰¹, y del Centro de Sistemas Públicos en un informe para el Ministerio de Hacienda⁶⁰², especialmente para los casos de bienes complejos o esenciales. Considerando lo anterior proponemos, por un lado, el desarrollo de regulación relativa a esta materia, y por otro, que su ejecución sea realizada a través del portal de Mercado Público.
623. Respecto de la regulación, se recomienda la creación de una directiva y una guía de uso vinculante por parte de ChileCompra, donde la primera recalque la importancia de esta actividad para el desarrollo de la compra y su ajuste a los objetivos institucionales, y la

⁵⁹⁹ La Ley de Compras Pública en su artículo 8 literal c) establece respecto al trato directo por emergencia, urgencia o imprevisto una sanción al jefe superior del servicio en aquellos casos en que se haya calificado incorrectamente esta causal con una multa a beneficio fiscal de diez a cincuenta unidades tributarias mensuales, dependiendo de la cuantía de la contratación involucrada.

⁶⁰⁰ Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 43.

⁶⁰¹ Chile Transparente, «Capítulo Chileno de Transparencia Internacional» (2016), disponible [aquí](#); Chile Transparente y Observatorio del Gasto Fiscal en Chile «Transparencia y competencia en las compras públicas chilenas» (2019), 43, disponible [aquí](#).

⁶⁰² Centro de Sistemas Públicos, «Estudio de relevamiento del proceso óptimo de compra, asociado a costos de transacción y satisfacción de usuarios de ChileCompra», *Programa de Modernización del Sector Público* (2016), 204.

segunda indique paso a paso su realización en el portal de Mercado Público. Los contenidos de ambos documentos debieran seguir los lineamientos de los estándares internacionales y basar su estructura en las distintas planillas de análisis de necesidades de gobiernos de la OCDE y otros países desarrollados⁶⁰³.

624. En cuanto a su ejecución, el realizar este tipo de análisis a través del portal de Mercado Público nace de la necesidad de la autoridad de fiscalizar adecuadamente esta actividad. Sin dicha fiscalización centralizada, el único mecanismo de rendición de cuenta asociado al análisis de necesidades estará a cargo de las unidades de contraloría interna de cada organismo, dificultando así un diagnóstico sistemático de esta actividad por parte de DIPRES y ChileCompra. Hasta donde entendemos, este método de fiscalización no está presente en otros sistemas de compras públicas de países OCDE, donde su realización suele dejarse al arbitrio de los organismos públicos. No obstante, considerando el diagnóstico realizado en este Estudio, la misión de ChileCompra⁶⁰⁴ y las recomendaciones de la OCDE⁶⁰⁵ respecto a la detección centralizada y descentralizada de errores en las compras, es que proponemos instaurar este mecanismo centralizado para controlar y transparentar el proceso de decisión de los compradores públicos respecto a los mercados seleccionados para la compra de bienes y servicios.

ii. Crear incentivos que permitan mejorar el cumplimiento de los planes de compra

625. Considerando la ausencia de reglas y prácticas uniformes en materia de planificación detectada por ChileCompra⁶⁰⁶, sumado a que los PAC no son vinculantes y que los organismos públicos no pueden prever con exactitud el *timing* de sus necesidades y compras a lo largo del año, es que se propone la implementación de una regla que castigue

⁶⁰³ Para países pertenecientes a la Unión Europea ver Comisión Europea, *Public Procurement Guidance for Practitioners* (2018), 28-29 y 127. Para ver los casos de otros países desarrollados, se recomiendan las planillas y directrices de Nueva Zelanda ([link](#)), Canadá ([link](#)) y Australia ([link](#)), además de la matriz de análisis de necesidades detallada en la Tabla 1.

⁶⁰⁴ “Nuestra razón de ser, [...], es generar eficiencia en la contratación pública con altos estándares de probidad y transparencia”. «Misión, visión, valores y objetivos», ChileCompra, disponible [aquí](#).

⁶⁰⁵ OCDE, «Brief 29: Detecting and Correcting Common Errors in Public Procurement». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 29 (2013), 2.

⁶⁰⁶ Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 180.

el incumplimiento de los PAC -o del documento o sistema que los reemplace- por parte de los organismos públicos, en caso de que éstos superen un nivel de desvío tolerado⁶⁰⁷.

626. En particular, se propone que esta regla tome la forma de un indicador de desempeño en una meta de eficiencia institucional (MEI) de alta prioridad⁶⁰⁸, de modo que ésta tenga asociada un ponderador elevado dentro de los componentes que fijan el cumplimiento de las metas. Este indicador debiese ser permanente en el tiempo y transversal a todos los organismos públicos, punto relevante dado que las MEI pueden ser renovadas anualmente por las entidades. El cumplimiento del PAC debiese, además, ser evaluado trimestralmente, para así evitar un cumplimiento forzado que intensifique aún más los gastos desproporcionados de fin de año en que incurren muchos organismos públicos⁶⁰⁹. Finalmente, se propone que en caso de superarse el umbral de desvío tolerado se multe al jefe superior del servicio, para así incentivar una mayor supervisión de este respecto de las compras de su organismo. Dicha multa, cuyo monto debiera ser determinado por DIPRES, podría manifestarse de dos formas: por medio de una disminución en la asignación por desempeño⁶¹⁰ en el caso de que se cumplan las MEI o, en su defecto, como un descuento a la remuneración del mes final del trimestre correspondiente.
627. Medidas como ésta han sido abordadas y promovidas indirectamente por la OCDE^{611,612,613} en el marco del aumento de uso de información de desempeño en lo que respecta a procesos presupuestarios. El organismo, además, promueve la existencia de un marco común nacional en lo que a planificación y rendición de cuenta se refiere, medida que va en línea con la existencia de los PAC y el indicador de desempeño propuesto en el párrafo

⁶⁰⁷ La desviación máxima tolerada —es decir, la que una vez superada impida el cumplimiento de la regla— debiera ser determinada por DIPRES con asistencia de ChileCompra, basándose en los datos de compras y ejecución presupuestaria que ambos organismos manejan.

⁶⁰⁸ Las MEI son clasificadas por los organismos públicos según su grado de prioridad (alta, mediana o menor). Éstas son definidas por el jefe superior del servicio y confirmadas por el ministro del ramo y el Ministerio de Hacienda. Para mayor detalle, ver Decreto N°1.687 del Ministerio de Hacienda, publicado el año 2008, relativo al reglamento asociado a las MEI.

⁶⁰⁹ Fundación Observatorio Fiscal, «Concentración del Gasto Público en diciembre: Análisis y propuestas para su control» (2020). Disponible [aquí](#).

⁶¹⁰ El Artículo 9 de la Ley N°20.212 determina que el personal de planta y a contrata tiene establecida una asignación por desempeño, cuyo componente variable está asociado al cumplimiento de las MEI.

⁶¹¹ Teresa Curristine, Zsuzsanna Lonti e Isabelle Joumard, «Improving public sector efficiency: Challenges and opportunities», *OECD journal on budgeting*, N°7(1) (2007): 1-41.

⁶¹² OCDE, «OECD Best Practices for Performance Budgeting» (2018), 37.

⁶¹³ OCDE, «Performance Budgeting Survey: Integrating Performance and Results in Budgeting» (2016), 7.

anterior. Más aún, existe evidencia sobre cómo el uso de medidas de desempeño debiera extenderse más allá de las impuestas por la regulación nacional o regional, sino que también a nivel local⁶¹⁴.

C. Recomendaciones sobre los procesos de contratación y competencia en ellos

i. Licitaciones

628. Nuestro análisis del funcionamiento de las licitaciones sugiere frentes de avance para mejorar la competencia. El principio rector debe ser mejorar la entrada, disminuyendo la fracción de licitaciones con pocos competidores. Como vimos en el apartado VII.A.ii.b, en nuestro periodo de análisis, casi tres quintas partes del gasto en adquisiciones adjudicadas a través de licitaciones se realizaron en procesos donde el número de participantes fue menor o igual a dos. Siendo la licitación el instrumento de contratación que concentra la fracción más relevante del gasto en compras públicas (más de la mitad), resulta vital identificar vías que propendan a mejorar su rendimiento.
629. Nuestro análisis de limitantes a la competencia sugiere que una mejora en el diseño de los criterios de evaluación podría contribuir a alcanzar este objetivo. Un principio rector debe ser la simplificación, disminuyendo los criterios posibles y la forma final que puede tomar cada uno de éstos. Una oportunidad directa para aplicar este principio se encuentra en el diseño del puntaje en base al precio. En nuestro periodo de estudio, por lo general, su fórmula de cálculo fue el cociente entre el precio mínimo y el ofertado. Su uso frecuente y simpleza sugieren que la misma sea un estándar. Pero, además de la simplificación y estandarización de criterios, también será importante establecer reglas para su uso racional. Por ejemplo, en nuestra inspección de las bases de licitaciones vimos que en varias oportunidades se pedía a los proveedores tener experiencia previa en el rubro, con independencia de la naturaleza del bien que se adquiriría. Mientras que este requisito puede resultar crucial en sectores caracterizados por asimetrías de información, lo que impide una verificación *ex post* de la calidad provista, no resulta esencial en sectores donde fallas en la provisión pueden ser fácilmente probadas (por ejemplo, en la provisión de pan u otros *commodities*). En estos sectores, un mejor instrumento para asegurar niveles de calidad adecuados es el establecimiento en las bases de cláusulas de satisfacción en conjunto con garantías de cumplimiento fiel del contrato.
630. Adicionalmente, un análisis de necesidades cuidadoso, en conjunto con una definición de requerimientos que contemple la competitividad de los mercados, también contribuirá a

⁶¹⁴ Andrea Patrucco, Davide Luzzini y Stefano Ronchi, «Evaluating the effectiveness of public procurement performance management systems in local governments», *Local Government Studies* N°42(5) (2016), 739-761.

mejorar la entrada a las licitaciones. Para tener una mejor idea sobre este punto, considérese la compra de un vehículo por un órgano para el transporte periódico de un funcionario. La necesidad podría definirse como un vehículo sedán, o como el transporte periódico de un funcionario en los próximos 5 años. La segunda definición otorga una flexibilidad de acción mucho mayor, permitiendo elegir entre la compra de un vehículo, su arriendo, o la contratación de un servicio de transporte. Cada una de estas alternativas serán diversas en cuanto a los niveles de competencia los mercados correspondientes, lo que redundará en niveles diversos de competencia en la licitación de adquisición. Pero, además, notamos que la primera definición de necesidades es miope en cuanto las mantenciones del vehículo. Así, podría pasar que, aunque se adquiriese el vehículo a buen precio, igualmente esta alternativa fuese menos conveniente que, por ejemplo, arrendar, pues el mercado de mantenciones y reparaciones es monopólico.

631. Cuidado debe tenerse, además, al publicar el presupuesto disponible. Su publicación no es objeto de preocupación cuando el proceso licitatorio es por múltiples productos independientes; otro es el caso cuando este establece un límite a lo que se puede ofertar para una licitación individual. Como vimos, existe una correlación entre su presencia y una menor entrada, plausiblemente, porque se reduce la expectativa del beneficio que se puede obtener de un determinado contrato. Por otro lado, en nuestro periodo de estudio el número de licitaciones donde se indicó el precio de referencia fue cercano a un 15%. Y no encontramos un atributo que hiciese particulares a las licitaciones que lo indicaban de las que no. En otras palabras, puede potencialmente ser un riesgo, limitando la entrada, y no es claro el beneficio que se obtiene del mismo. Un camino intermedio, que estimamos menos riesgoso, consiste en establecer precios de reserva privados.
632. Pero además de fortalecer la competencia directamente, una serie de mejoras al Sistema de Información podrían contribuir a mejorar la misma de manera indirecta. Estas, además, ayudarían a mejorar la transparencia de las operaciones que se desarrollan en el Sistema, así como disminuir costos de transacción. A la luz de la importante confusión que constatamos en cuanto a cómo ingresar un proceso licitatorio al sistema, resulta importante rediseñar la interfaz del usuario, con un diseño que busque minimizar errores en el ingreso de información. Creemos que esta estrategia es superior a una que reglamente sanciones por el ingreso incorrecto de información. En la misma línea, también recomendamos que la ficha electrónica de la licitación sea autocontenida y vinculante. Además, el minimizar inconsistencias entre información documental digitalizada y la ficha electrónica agilizaría la confección de las bases de las licitaciones. Esto implicaría contar con actas de evaluación digitales, lo que facilitaría la labor de fiscalización de la competencia en los procesos y la probidad con la que fueron llevados a cabo los mismos.

ii. Convenios marco

633. Desde una perspectiva de libre competencia, los convenios marco también presentan importantes oportunidades de mejora. Coincidiendo con el diagnóstico realizado por la OCDE⁶¹⁵, nuestros análisis muestran que el diseño de los convenios no ha privilegiado la competencia. La primera etapa ha funcionado como un mecanismo de admisibilidad más que como un proceso competitivo de selección, y los mercados en la etapa de operación no han operado de manera competitiva. Es muy probable que esta manera de funcionar de los convenios se haya traducido en importantes pérdidas en eficiencia para el sistema de compras, las que estimamos han superado los 200 mil millones de pesos anuales en los últimos cinco años. Resulta importante, por tanto, establecer direcciones de avance que propendan a fortalecer la competencia en la operación de estos.
634. Un primer frente de avance consiste en fortalecer la competencia por entrar a los convenios. Para lograr este objetivo, una medida directa es disminuir el número de proveedores que puedan adjudicarse categorías (o lotes) en los mismos. Entendemos que contar con opciones variadas de suministro puede ser importante para la operación eficiente de los organismos públicos. Sin embargo, contemplando los niveles de concentración que observamos en la etapa de operación, estimamos que en una buena parte de los mercados la demanda por una mayor diversidad de opciones de suministro no se vería significativamente afectada. Por el mismo argumento, no resulta directo suponer que una medida como esta podría sacrificar oportunidades para pequeñas y medianas empresas respecto de la situación actual. Si bien nominalmente sí podría reducir el número de adjudicatarios, de esto no se desprende que se reduzca el número de proveedores que efectivamente vende, que en los últimos 5 años fue menos de un tercio de aquellos que se adjudicaron los convenios. Por otra parte, notamos que un convenio podría ser más competitivo y adjudicar contratos a un mayor número de proveedores por la vía de un incremento en el número de lotes o categorías, siempre que haya suficientes proveedores interesados.
635. Una segunda medida para fortalecer la competencia por entrar a los convenios consiste en brindar mayores certezas a los proveedores respecto de cuál será el volumen demandado en el curso de un contrato. Esta certeza haría los contratos más atractivos, al reducir la incertidumbre respecto del volumen de ventas, y, en conjunto con la medida anterior, contribuiría a aumentar el volumen esperado, logrando con esto mejorar el poder de negociación de ChileCompra.

⁶¹⁵ OCDE, «Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements». (Paris: OECD Publishing, 2017).

636. A nivel regulatorio y a nivel de diseño, los convenios se caracterizan por dos elementos que contribuyen a reducir las certezas de los oferentes, sin implicar un claro beneficio para el Estado. Por un lado, la regulación permite que los compradores puedan salirse del convenio, en caso de existir condiciones más favorables fuera del mismo⁶¹⁶. Por otro, una vez que un proveedor se adjudicó un convenio, este normalmente puede vender productos en categorías distintas de aquellas en las cuales ofertó. Ambas características resultan deseables en mercados spot, al disminuir barreras a la entrada. Sin embargo, el beneficio que se obtiene de las mismas no es igual de directo en un contexto de convenios marco, los que siguen una lógica distinta. En éstos, las condiciones comerciales que enfrentan los compradores en la etapa de operación se encuentran supeditadas a los esfuerzos competitivos que hayan realizado los proveedores por adjudicarse el convenio. Si los esfuerzos son importantes, plausiblemente, no sea necesario otorgar flexibilidad a los compradores para salirse del convenio, o a proveedores para poder ingresar a lotes distintos de los adjudicados; las condiciones comerciales en la etapa de operación serán inmejorables, ya que las rentas habrán sido disipadas en la competencia por la cancha. Por otra parte, incluso si existiese cierto grado de ineficiencia en la etapa de operación, no es claro que este sea reducido por el hecho de contar con la flexibilidad mencionada. Esto, pues en un contexto de compras públicas los problemas de agencia no pueden descartarse, y resultan difíciles de corregir mediante monitoreo. Comprobar que efectivamente una compra fuera de convenio se hizo por condiciones comerciales más convenientes requiere un esfuerzo no menor, a lo que debemos agregar la amplitud con la cual puede ser interpretada una alegada conveniencia.
637. También podría argumentarse que el hecho de que se permita comprar fuera del convenio ayuda a mitigar potenciales riesgos de obsolescencia de las condiciones que se establecieron en el convenio. Esto sería relevante si un convenio es muy largo respecto de la tasa de innovación del sector en el cual se adquiere. Por ejemplo, en el caso de la contratación de suministro de computadores a través de convenios muy extensos, de varios años, podría argumentarse que de no existir la posibilidad de comprar fuera del convenio las condiciones comerciales pactadas en la primera etapa podrían quedar obsoletas. Esto, pues sería probable que la tecnología evolucionase de maneras difícilmente previsibles en la primera etapa. Si bien este argumento podría tener cierto grado de validez, no lo consideramos en lo absoluto determinante, pues nada impide que la duración del convenio se ajuste en concordancia con la tasa de innovación de una determinada industria. Esto supone, reconocemos, un mayor esfuerzo en las etapas tempranas del diseño de un

⁶¹⁶ Artículo 8 inciso final del decreto N°250 que aprueba el Reglamento de la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.

convenio, pero va en línea con un enfoque estratégico de compras, el que pone un énfasis en planificar, investigar y analizar mercados para agregar mayor valor al ciclo de vida de una contratación⁶¹⁷.

638. Pero además de fortalecer la competencia por entrar a los convenios, otro frente de avance que emerge como importante a partir del análisis realizado es reducir la discrecionalidad que tienen los compradores en la etapa de operación. Esto ayudaría a reducir efectos negativos de los problemas de agencia presentes en la administración, contribuyendo a generar un ambiente más competitivo en la etapa de operación. Adicionalmente fortalecería la competencia por entrar al convenio, al bridar mayores certezas en cuanto a los resultados posibles de un contrato. Una manera de avanzar en esta dirección es estableciendo reglas de adjudicación de órdenes de compra en la etapa de operación, cuando exista más de un proveedor en un determinado lote. Reglas sugeridas o utilizadas en convenios realizados en otros países de la OCDE incluyen la asignación de contrato al producto o proveedor más convenientes en base a criterios preestablecidos⁶¹⁸, la rotación de órdenes de compra en base al ranking que se obtuvo en el proceso de adjudicación del convenio⁶¹⁹, o una asignación basada en el mecanismo de cascada, donde proveedores evaluados con menor puntaje reciben órdenes de compra en la medida que los evaluados con uno mayor no puedan proveer⁶²⁰.
639. Una segunda manera de avanzar en la dirección de reducir los niveles de discrecionalidad en la segunda etapa consiste en reducir el umbral sobre el cual es obligatoria la contratación mediante Grandes Compras. Con vimos en el apartado VI.B.iii, llevar a cabo una licitación tuvo un costo cuya mediana fue cercana a los 244 mil pesos. Considerando que el umbral actual es de aproximadamente 50 millones, y que el costo administrativo asociado a llevar a cabo una Gran Compra debiese ser inferior en un contexto de convenios marco, parece razonable requerir una asignación competitiva para montos elevados, de decenas de millones de pesos, por ejemplo, pero bajo el umbral actual. Sugerimos complementar esta medida con un monitoreo más cercano de prácticas de fraccionamiento. En nuestro periodo

⁶¹⁷ New Zealand Government, Ministry of Economic Development, *Mastering procurement: A structured approach to strategic procurement* (2011), acceso del 1 de Agosto de 2020, disponible [aquí](#).

⁶¹⁸ Véase diseño de un convenio marco para la adquisición de software en Portugal, en OCDE, «Manual for Framework Agreements», (Paris: OECD Publishing, 2014), 34-36. Disponible [aquí](#).

⁶¹⁹ Véase caso de estudios sobre la adquisición de papel en Francia, en OCDE, «Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements». (Paris: OECD Publishing, 2017), Anexo C. Disponible [aquí](#).

⁶²⁰ Albano, *Law and Economics of Framework Agreements*, 60-61.

de estudio, las Grandes Compras representaron sólo un 10% en términos del gasto a través de convenio marco. Sin embargo, al estudiar las órdenes de compra, específicamente los pares comprador-producto, concluimos que el gasto canalizado a través de Grandes Compras podría haber alcanzado hasta a un tercio del volumen de gasto total, de haberse adquirido mediante un número menor de órdenes de compra.

640. Por último, estimamos que podemos aumentar la eficiencia de los convenios marco si la duración se ajusta de acuerdo a los parámetros establecidos por la OCDE. En este sentido, es necesario que la duración del contrato se estudie para cada Convenio, señalando una mayor duración para aquellos productos que estén en mercados maduros y en el que se esperen pocos cambios, tanto en costos como en tecnología propiamente. En cualquier caso, la duración de un convenio rara vez debería durar más de cuatro años.

iii. Tratos directos

641. En relación con los tratos directos, más allá de las falencias que se detectan en su fiscalización, se observa la necesidad de revisar algunas de las causales establecidas en la Ley de Compras y su Reglamento que justifican la utilización del trato directo, lo que pasamos a explicar a continuación.

a. Proveedor único

642. De acuerdo con la muestra analizada de tratos directos, el 45% de las contrataciones directas que invocaban la causal de “proveedor único” establecida en el artículo 8 literal d) de la Ley N°19.886 se encontraban incorrectamente justificados por los organismos públicos demandantes. Adicionalmente, respecto a la existencia de un proveedor del bien o servicio, el Reglamento en su artículo 7 literal e) establece como causal de trato directo cuando la contratación sólo pueda realizarse con los proveedores que sean titulares de los respectivos derechos de propiedad intelectual, industrial, patentes, entre otros. Respecto a esta causal, aproximadamente un 60% de los tratos directos se encontraban mal justificados por los organismos públicos demandantes.
643. Para invocar las causales descritas en el párrafo anterior, consideramos que no debe existir una alternativa o sustituto razonable del bien y/o servicio que se pretende adquirir, y que la ausencia de competencia no se haya debido a la configuración restrictiva de los requisitos y criterios establecidos por el organismo público con el objeto de adjudicar el contrato mediante el trato directo.
644. Por ello, evaluamos necesario establecer reglamentariamente que, en aquellos casos en que se justifique la causal de proveedor único establecida en el artículo 8 literal d) de la Ley N°19.886 o respecto a la existencia de titularidad de derechos, causal consagrada en el artículo 7 literal e) del Reglamento, estas hipótesis solo puedan aplicarse en los casos en

que no exista una alternativa o sustituto razonable, y que la justificación no haya sido consecuencia de la configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato por parte del organismo público.

645. En el mismo sentido, en el ámbito comparado, la Unión Europea, al enumerar las causales en que se puede utilizar el procedimiento negociado sin publicación previa, establece lo siguiente “[...] b) Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones: i) que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, ii) que no exista competencia por razones técnicas, iii) que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial. Las excepciones mencionadas en los incisos ii) y iii) *solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación*⁶²¹”.

b. Reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios

646. Respecto a la causal que justifica la contratación directa en aquellos casos que “se trate de la reposición o complementación de equipamiento o servicios accesorios, que deben necesariamente ser compatibles con los modelos, sistemas o infraestructura previamente adquirida por la respectiva Entidad”, establecida en el artículo 10 literal g) del Reglamento de Compras Públicas, también se presentan problemas desde el punto de vista competitivo. En este sentido, de acuerdo con el análisis realizado en la muestra, muchas veces se utiliza esta causal por la existencia de una marca. Sin embargo, respecto de una marca puede existir más de un proveedor autorizado para la venta del bien o servicio. Por ello, recomendamos la eliminación de esta causal, debiendo las entidades afectas a este sistema en aquellos casos en que *realmente* exista un solo proveedor posible, justificar el trato directo probando la existencia de un proveedor único, causal establecida en el artículo 8 literal d) de la Ley de Compras.

c. Seguridad y confianza

647. En relación a la causal establecida en el artículo 10 literal f) del Reglamento de Compras Públicas que justifica la utilización del trato directo “cuando por la magnitud e importancia que implica la contratación se hace indispensable recurrir a un proveedor determinado en razón de la confianza y seguridad que se derivan de su experiencia comprobada en la provisión de los bienes o servicios requeridos, y siempre que se estime fundadamente que

⁶²¹ Directiva N°2014/24/UE, del 26 de febrero de 2014, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea.

no existen otros proveedores que otorguen esa seguridad y confianza”, también detectamos una serie de problemas. De la muestra analizada, en el 76% de los casos en que las entidades públicas invocaban este motivo, la causal no se encontraba correctamente justificada de acuerdo con lo señalado en la regulación y la jurisprudencia administrativa, a pesar del alto grado discrecionalidad que por sí misma significa. Consideramos que no existen argumentos que expliquen la existencia de esta causal de contratación directa en nuestro ordenamiento jurídico. Entonces, dado el alto riesgo que lleva envuelta esta causal para la competencia y probidad, y por su mala utilización en la práctica, proponemos que sea eliminada⁶²².

iv. Elección de tipo de contrato

648. Con respecto al tipo de contrato, en términos de su flexibilidad, estimamos que estos no siempre son diseñados tomando en cuenta las características propias del bien o servicio que se piensa proveer. De hecho, a diferencia de lo que ocurre con el mecanismo de contratación, no hay una directiva clara que indique u oriente a los organismos contratantes sobre cuál es la mejor relación contractual posible para cada compra que se realiza.
649. Como resultado de lo anterior, hemos encontrado que una proporción importante de bienes o servicios cuya demanda es recurrente en el tiempo se asignan a través de licitaciones de orden fija, es decir, se realiza una licitación nueva cada vez que se adquiere el bien. Esto conlleva costos administrativos importantes⁶²³.
650. En vista de lo anterior, consideramos conveniente que dentro de la planificación de compras de cada repartición se realice un análisis de las necesidades del organismo, estudiando si ciertas compras que se hicieron a través de sucesivas licitaciones se pudieron haber evitado por la vía de diseñar una sola licitación que fije el precio del bien junto con otras condiciones comerciales y que permita adquirir el bien de manera inmediata, sin pasar por un nuevo

⁶²² Respecto a este punto, se ha señalado que “también destaca el uso de la causal ‘Confianza y seguridad de los proveedores, derivados de su experiencia’ (25% en monto y 22% en cantidad de OC), en la que no se utiliza un mecanismo competitivo y transparente, en desmedro de la posible contratación a un proveedor recurrente. La alta aplicación de esta causal evidencia su posible mal uso y el alto riesgo que puede existir en materia de probidad”. Observatorio del Gasto Fiscal en Chile «Radiografía a las compras del Sector Salud» (2019), 26, disponible [aquí](#).

⁶²³ En la Directiva 2014/24/EU y OCDE, «Brief 29: Detecting and Correcting Common Errors in Public Procurement», *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 29 (2013) se señala que la no agregación de compras recurrentes similares es un error frecuente en el diseño de las compras públicas.

proceso de licitación⁶²⁴. Este contrato es lo que la literatura de contratación pública llama *Framework Agreement single-award*⁶²⁵.

651. El anterior cambio puede generar un ahorro anual significativo en términos de costos administrativos.

D. Recomendaciones en relación con la Gestión de Contratos

i. Registrar digitalmente la información sobre la gestión de los contratos

652. Al revisar las bases de datos de ChileCompra, observamos que muchas de las variables que caracterizan a los contratos (p. ej., duración, formas de pago, uso de garantías o términos anticipados) dejaron de registrarse durante el periodo abarcado en este Estudio, lo que dificulta la supervisión de la gestión de contratos por parte de la entidad fiscalizadora. En efecto, es posible que contratos de ciertas características sean más propensos a ser mal gestionados, por lo que conocer esta información permitiría una mejor dirección de los esfuerzos de supervisión por parte de ChileCompra. Debido a lo anterior, y sumado a los beneficios que ha traído el *e-procurement* a las compras públicas en todas sus etapas⁶²⁶, se recomienda actualizar dichas bases con los datos de los contratos vigentes y continuar registrando estos datos para los contratos futuros.

ii. Fortalecer el pago oportuno a proveedores

653. A pesar de haberse detectado fallas en los pagos a proveedores del Estado⁶²⁷ y habiéndose fomentado o implementado varias medidas que apuntan a solucionar este problema⁶²⁸, al

⁶²⁴ En OCDE, «Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements». (Paris: OECD Publishing, 2017), se señala que efectivamente este tipo de contratos reduce la duplicación de esfuerzos administrativos.

⁶²⁵ Albano, *Law and Economics of Framework Agreements*.

⁶²⁶ OCDE, «Brief 17: E-procurement». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 17 (2011).

⁶²⁷ Véase Chile Transparente, «Capítulo Chileno de Transparencia Internacional»; Observatorio del Gasto Fiscal en Chile «Transparencia y competencia en las compras públicas chilenas», 108; y Dirección ChileCompra, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016, 181.

⁶²⁸ Véase Circular N°3: «Pago a proveedores en 30 días máximo», 6 de junio de 2006; Directiva N°23 «Orientaciones sobre el pago oportuno a proveedores en los procesos de contratación pública», del 1 de diciembre de 2015, ambas de la Dirección ChileCompra; y Consejo Asesor, «Informe final del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción» (2015), 44.

analizar los reclamos de los proveedores del Estado, vemos que éstos se concentran casi exclusivamente en la falta de pago por parte de los organismos demandantes.

654. Luego, dada la poca efectividad de las medidas mencionadas anteriormente, se propone la incorporación a las MEI de un indicador relacionado a demoras injustificadas en los pagos, de un modo similar a lo mencionado para mejorar la sujeción a los PAC. La definición del indicador y su umbral de cumplimiento debiese ser determinado por la Dirección de Presupuestos con asistencia de ChileCompra. No obstante, se recomienda que su definición considere tanto la cantidad absoluta de los reclamos en el período de evaluación como su mejoría o empeoramiento respecto del mismo trimestre del año anterior, para así evitar un potencial estancamiento en el grado de mejoría una vez cumplido el umbral de tolerancia. Esta medida contribuiría a alinear los incentivos de los compradores públicos con los del jefe de servicio y el resto de los miembros de la organización, dada la menor bonificación que obtendrían por cumplimiento de las MEI en caso de que el indicador no llegue a su nivel mínimo.

iii. Formalizar la asignación de responsabilidades entre el personal de compras

655. Como observamos en la sección de GDC, una proporción relevante de los organismos públicos admiten no tener un proceso formal que asigne roles a la supervisión de los contratos que suscriben, lo que puede derivar en ineficiencias o duplicidad de funciones, malgastando así recursos públicos. Esta situación se da pese a que cada contrato suscrito debe tener un encargado en el portal de Mercado Público de cada institución.
656. Para desincentivar esta mala práctica, recomendamos la creación de una directiva vinculante por parte de ChileCompra que determine cómo debe asignarse la supervisión de los contratos y las responsabilidades que esto conlleva, considerando la cantidad de personal con que cuenta el organismo, el nivel educacional y/o experiencia en compras, sus habilidades “duras” o “blandas”, la complejidad de la compra adjudicada, la posibilidad de externalización de la gestión, etc. Esto ha sido recomendado por el Banco Mundial⁶²⁹ y países desarrollados, como el Reino Unido⁶³⁰ y Nueva Zelanda⁶³¹.

⁶²⁹ Banco Mundial, *Procurement Guidance – Contract Management Practice* (2018), 6-7.

⁶³⁰ Northern Ireland Department of Finance, «Contract Management Principles and Procedures», acceso el 31 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

⁶³¹ New Zealand Government Procurement, «Creating a Contract Management Plan», acceso el 31 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

iv. Reglamentar e incentivar la externalización de la gestión de contratos cuando la compra o los medios de la entidad contratante así lo ameriten

657. Según la Encuesta a Compradores Públicos, casi la totalidad de los organismos admitió que el 25% o menos de los contratos adjudicados el año 2019 fueron externalizados a terceros para su gestión. Considerando además que sólo la mitad de los compradores públicos cumple sus funciones con dedicación exclusiva⁶³², y que se ha documentado la necesidad de regular u orientar mejor los procedimientos para compras complejas y/o estratégicas⁶³³, es que se recomienda incentivar y reglamentar más claramente la delegación de la gestión de contratos a entidades externas en los casos que el objeto de compra o los medios del organismo comprador así lo ameriten. En términos prácticos, esto significa clarificar en el Reglamento de Compras Públicas los escenarios donde es recomendada la externalización del seguimiento del contrato, así como también la clarificación de sus beneficios y riesgos mediante una directiva por parte de ChileCompra.

⁶³² Para mayor detalle ver Tabla 3.

⁶³³ Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS 2016*, 43.

BIBLIOGRAFÍA

Albano, Gian Luigi y Sparro, Marco, «A simple model of framework agreements: Competition and efficiency», *Journal of Public Procurement* Vol. 8, No. 3 (2008): 356–378.
Albano, Gian Luigi. *Law and Economics of Framework Agreements*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Arias Yurisch, Karina. «Ideas, intentos y fracasos en el proceso modernización administrativa entre las dos administraciones de Ibáñez (1927-1958)». *Universum* (Talca), 27(1), (2012) 13-27.

Bajari, Patrick y Hortaçsu, Ali, «The Winner's Curse, Reserve Prices, and Endogenous Entry: Empirical Insights from eBay Auctions», *The RAND Journal of Economics*, Vol. 34, No.2 (2003): 329–355.

Bajari, Patrick y Tadelis, Steven «Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts» Documento de trabajo, No. 99-029, Universidad de Stanford, Departamento de Economía (2001).

Bakker, Elmer, et al., «Choosing an organisational form: the case of collaborative procurement initiatives», *International journal of procurement management*, vol. 1 n°3 (2008): 297-317.

Bakker, Elmer, Walker, Helen y Harland, Christine, «Organizing for collaborative procurement: An initial conceptual framework», en *Advancing public procurement: Practices, innovation and knowledge-sharing*, ed. por Khi Thai y Gustavo Piga: 14-44. Boca Raton: PrAcademics Press, 2006.

Banco Mundial y Comité de Asistencia para el Desarrollo (OCDE), *Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS)* (2018).

Banco Mundial, *Procurement Guidance – Contract Management Practice* (2018). Disponible [aquí](#).

Barra, Nancy y Celis, Gabriel. *Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

Becerra, Carlos. «La Adhesión voluntaria del Senado al sistema de información de compras y contrataciones de la Administración y a los convenios marco suscritos por la Dirección de Compras Públicas». *Revista 50 + UNO*, No. 4 (2016): 72.

Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Valparaíso: Abeledo Perrot, 2011. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. «Historia de la Ley N°19.886». Acceso el 22 de julio de 2020. Disponible [aquí](#).

Borrás Infante, Diego, «Estudio crítico de la potestad dictaminadora de la Contraloría General de la República». Actividad formativa equivalente a tesis magíster en derecho, mención derecho público, Universidad de Chile, 2018. Disponible [aquí](#).

Buj Montero, Mónica. *La Licitación Pública: Principios Generales*, Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot, 2002.

Camacho, Gladys, «Los Contratos Administrativos, en especial el Contrato de Suministro», en *Derecho Administrativo: 120 años de cátedra*, 357 - 391. Santiago: Editorial Jurídica, 2008.

CENABAST. «Quiénes Somos». Acceso el 11 de mayo de 2020. Disponible [aquí](#).

Centro de Sistemas Públicos, «Estudio de relevamiento del proceso óptimo de compra, asociado a costos de transacción y satisfacción de usuarios de ChileCompra», *Programa de Modernización del Sector Público* (2016).

Chile Transparente y Observatorio del Gasto Fiscal en Chile «Transparencia y competencia en las compras públicas chilenas» (2019). Disponible [aquí](#).

Chile Transparente, «Capítulo Chileno de Transparencia Internacional» (2016). Disponible [aquí](#).

ChileCompra, «Misión, visión, valores y objetivos». Disponible [aquí](#).

Chong, Eshien, Klien, Michael y Saussier, Stéphane, *The use and abuse of discretionary procurement procedures: Evidence from the European Union*. París: Institut d'Administration des Entreprises, 2016. Disponible [aquí](#).

Christine Harland et al., *Collaborative Public Procurement: a conceptual framework* (2018).

Comisión Europea, «Explanatory Note, *Framework Agreements*, Classic Directive » (2005).

Comisión Europea, *GPP Training Toolkit – Needs Assessment* (2019).

Comisión Europea, *Public Procurement Guidance for Practitioners* (2018).

Comisión Europea, Recomendación de decisión del consejo por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit que se considera necesaria para poner remedio a la situación de déficit excesivo, (2016). Disponible [aquí](#).

Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública. «Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones del Sector Público, Documento de Política» (1998).

Commission of the European Communities, «Impact assessment report-remedies in the field of public procurement» (2006). Citado en Díaz Bravo, Enrique «El Tribunal de Contratación Pública chileno: Examen a su regulación». En *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas* editado por Enrique Díaz y José Antonio Moreno. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Consejo Asesor, «Informe final del Consejo Asesor Presidencial Contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción» (2015).

Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, «Documento Técnico N°101 Versión 0.1, Estructura y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna de Gobierno y Coordinación con el CAIGG» (2018). Acceso el 22 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

Consejo de Auditoría Interna General del Gobierno, «Documento Técnico N°69 Versión 0.2, Aseguramiento al proceso de compras públicas» (2016). Acceso el 22 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

Cordero Vega, Luis, «La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: fundamento de cuatro falacias», *Revista de Derecho Público* No. 69 (2016): 153 - 166.

Cordero Vega, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

Cunill Grau, Nuria. «La modernización de la gestión pública en Chile y su impacto en el proceso de descentralización». Programa CAPACIDES de InWEnt para los países andinos 2007 – 2009: 2009. Acceso el 11 de mayo de 2020. Disponible [aquí](#).

Curristine, Teresa, Lonti, Zsuzsanna e Joumard, Isabelle, «Improving public sector efficiency: Challenges and opportunities», *OECD journal on budgeting*, N°7(1) (2007): 1-41.

De la Cruz, Alicia y Garcés, Fernanda. «Orientaciones para un control interno fuerte y eficiente y una coordinación efectiva con la Contraloría General de la República». En *Un Estado para la Ciudadanía*, editado por Isabel Aninat y Slaven Razmilic, 677-713. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2018.

Díaz Bravo, Enrique, «El Tribunal de Contratación Pública chileno: Examen a su regulación». En *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, editado por Enrique Díaz y José Antonio Moreno. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Díaz Bravo, Enrique. «La Contraloría General de la República de Chile como foro de tutela de la contratación pública. Observatorio de los contratos públicos». En *Observatorio de los Contratos Públicos 2016*, editado por José María Gimeno, 597-624. Pamplona: Aranzadi, 2017.

Díaz Bravo, Enrique. «Los principios de la contratación administrativa: el acuerdo de asociación Chile-Unión Europea». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n° 22. Dirección ChileCompra, «Conoce el Observatorio, canal de denuncia». Acceso el 21 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

Dirección ChileCompra, «Contrataciones a través de Trato o Contratación Directa» (2016). Acceso el 21 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

Dirección ChileCompra, «Informe Final Mesa de Trabajo para la modificación de la Ley N°19.886» (2016).

Dirección ChileCompra, *Chile, Evaluación del Sistema de Compras Públicas, Metodología MAPS* (2016).

Dirección de Aprovisionamiento del Estado. Publicación que da a conocer las funciones realizadas. Acceso el 11 de mayo de 2020. Disponible [aquí](#).

Dirección de Compras y Contratación Pública, «Políticas y Condiciones de Uso Modalidad Microcompra», (2017).

Dirección de Presupuestos, «Objetivos estratégicos». Acceso el 15 de junio de 2020, disponible [aquí](#).

Escanilla, Eduardo, «El Tribunal de Contratación Pública en Chile: Un análisis crítico propositivo», *Revista Derecho Público Iberoamericano*, No. 1 (2013): 103-149.

Figueroa Huencho, Verónica, Olavarría Gambi, Mauricio y Navarrete Yáñez, Bernardo. «Política de Modernización de la Gestión Pública en Chile 1990-2006: evidencias a partir de un modelo de análisis». *Convergencia*, Vol.18, No. 57 (2011): 61-99. Acceso el 15 de julio de 2020. Disponible [aquí](#).

Fiscalía Nacional Económica, «Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración» (2012). Disponible [aquí](#).

Fundación Observatorio Fiscal, «Análisis del marco jurídico de las corporaciones municipales en Chile» (2017). Disponible [aquí](#).

Fundación Observatorio Fiscal, «Concentración del Gasto Público en diciembre: Análisis y propuestas para su control» (2020). Disponible [aquí](#).

Gaggero, Alberto A. y Piga, Claudio A., «*Airline Market Power and Intertemporal Price Dispersion* », *The Journal of Industrial Economics* Vol. 59, No. 4 (2011): 552–577.

Gallego, Isabel, «Derecho de la contratación pública de la Unión Europea y mecanismos de tutela». En *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, editado por Enrique Díaz y José Antonio Moreno, 617-658. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Gupta, Srabana, «Competition and collusion in a government procurement auction market», *Atlantic Economic Journal* Vol. 30 (2002): 13-25.

Gur, Yonatan, Lu, Lijian y Weintraub, Gabriel Y., «Framework Agreements in Procurements: An auction model and design recommendations», *Manufacturing & Service Operations Management* Vol. 19, No. 4 (2017): 586-603.

Hortaçsu, Ali y Syverson, Chad, «Product Differentiation, Search Costs, and Competition in the Mutual Fund Industry: A Case Study of S&P 500 Index Funds », *The Quarterly Journal of Economics* Vol. 119, No.2 (2004): 403–456.

Hussmann, Karen. «La promesa de las compras públicas electrónicas: el caso de ChileCompra (2000 – 2003)». Versión resumida de Estudio de Caso para obtener el grado de Magíster en Gestión y Políticas Públicas. Universidad de Chile, 2004.

Lara, José Luis y García-Huidobro, Luis, «Aspectos críticos de la solución de controversias en la contratación administrativa bajo la Ley N°19.886: El caso del Tribunal de Contratación Pública». En *Procedimiento administrativo y contratación pública. Estudios a diez años de la entrada en vigencia de las leyes 19.880 y 19.886*, editado por José Luis Lara y Gabriel Bocksang, 405-448. Santiago: Thomson Reuters, 2013.

Lara, José Luis y Helfmann, Carolina. *Repertorio Ley de Procedimiento Administrativo*, Santiago: Thomson Reuters, 2015.

Lara, José Luis, «Funcionamiento del sistema nacional de compras públicas y evaluación del caso del Tribunal de Contratación Pública: propuestas de cambio». En *Un Estado para la Ciudadanía*, editado por Isabel Aninat y Slaven Razmilic, 715-752. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2018.

Levenstein, Margaret C. y Suslow, Valerie Y., «What Determines Cartel Success?», *Journal of Economic Literature* Vol. 44, No. 1 (2006): 43–95.

Lohr, Sharon, «Sampling with Unequal Probabilities». En *Sampling: Design and Analysis* (2nd ed.), 179 - 220. Boston: Brooks/Cole, 2010.

Lumley, Thomas. *Complex surveys: A guide to analysis using R*. Estados Unidos: John Wiley & Sons, 2011.

Mares, Vlad y Shor, Mikhael, «Industry Concentration in Common Value Auctions: Theory and Evidence», *Journal of Economic Theory*, Vol. 35 No. 1 (2008): 37-56.

Memoria Chilena, «El Cabildo colonial». Biblioteca Nacional de Chile. Acceso el 12 de mayo de 2020. Disponible [aquí](#).

Meyer, David y Fath, Jean Marie. «Evaluación de las contrataciones públicas en Chile». En *Reforma del Estado. Volumen ii. Dirección pública y compras públicas*, editado por Salvador Valdés Prieto. Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2002.

Ministerio Secretaría General de la Presidencia, «Conceptos Generales Sobre Delitos Funcionarios» (2016). Acceso el 20 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

Montalva, Carlos, «Control Presupuestario en el Derecho Público Chileno». Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, Universidad de Chile, 2017. Disponible [aquí](#).

Moraga Klenner, Claudio. «La Contraloría General de la República y la contratación administrativa», *Revista de Derecho Público* N°78 (2013): 79-96. Disponible [aquí](#).

Moraga Klenner, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago: Thomson Reuters, 2019.

Moreno, José Antonio. «Contratación Pública Internacional». En *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, editado por Enrique Díaz y José Antonio Moreno. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

New Zealand Government Procurement, «Creating a Contract Management Plan». Acceso el 31 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

New Zealand Government, *Constructive Market Engagement: A guide to engaging effectively with suppliers* (2015).

New Zealand Government, Ministry of Economic Development, *Mastering procurement: A structured approach to strategic procurement* (2011). Acceso del 1 de Agosto de 2020, disponible [aquí](#).

Nicolás Turrays, Jenny, «Contratación administrativa a través de convenios marco: naturaleza jurídica y aplicación práctica», *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 20 (2015): 43-80.

Northern Ireland Department of Finance, «Contract Management Principles and Procedures». Acceso el 31 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

Northern Ireland Department of Finance, «Contract Management Principles and Procedures». Acceso el 31 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

OCDE «Manual for Framework Agreements» (Paris: OECD Publishing, 2014). Disponible [aquí](#).

OCDE, «¿Cuándo y por qué es necesaria la independencia y por qué se necesita esta guía?». En *Creando una cultura de independencia: Guía práctica contra influencias indebidas*, 17-21. París: OECD Publishing, 2017. Disponible [aquí](#).

OCDE, «Brief 17: E-procurement». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 17 (2011).

OCDE, «Brief 25: Establishing Procurement Review Bodies». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 25 (2013).

OCDE, «Brief 28: Audit of Public Procurement». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 28 (2016).

OCDE, «Brief 29: Detecting and Correcting Common Errors in Public Procurement». *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 29 (2013).

OCDE, «Detecting and Correcting Common Errors in Public Procurement», *SIGMA Public Procurement Briefs*, No. 29 (2013).

OCDE, «OECD Best Practices for Performance Budgeting» (2018).

OCDE, «Performance Budgeting Survey: Integrating Performance and Results in Budgeting» (2016).

OCDE, «Principles for Integrity in Public Procurement». Paris: OECD Publishing, 2009. Disponible [aquí](#).

OCDE. «Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements». Paris: OECD Publishing, 2017. Disponible [aquí](#).

Organización de las Naciones Unidas, *UN Procurement Practitioner's Handbook* (2006).

Patrucco et al., *Exploring Collaborative Public Procurement Practices* (2018).

Patrucco, Andrea, Luzzini, Davide y Ronchi, Stefano, «Evaluating the effectiveness of public procurement performance management systems in local governments», *Local Government Studies* N°42(5) (2016), 739-761.

Poblete Vinaixa, Julia. «Sistema de identificación, documentos de identidad, de viajes y servicios relacionados: una reflexión necesaria sobre los principios y deberes de la administración», *Revista de Derecho Público* 77 (2012): 217-236. Disponible [aquí](#).

Racca, Gabriella y Albano, Gian Luigi, «Collaborative Public Procurement and Supply Chain in the EU experience», *SSRN Electronic Journal* (2011). Disponible [aquí](#).

Racca, Gabriella, «Professional Buying Organisations, Sustainability and Competition in Public Procurement Performance». Conferencia en la 4th International Public Procurement Conference, Seoul, 26 a 28 de agosto de 2010.

Reiley, David H., «*Experimental Evidence on the Endogenous Entry of Bidders in Internet Auctions*». En *Experimental Business Research*, editado por Amnon Rapoport y Rami Zwick, 103–121. Estados Unidos: Springer Publishing, 2005.

Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

Rogerson, William P., «Economic Incentives and the Defense Procurement Process», *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 8, No. 4 (1994): 65–90.

Rogerson, William P., «Excess capacity in weapons production: An empirical analysis», *Defence Economics*, Vol. 2, No.3 (1991): 235–249.

Rogerson, William P., «Incentives, the budgetary process, and inefficiently low production rates in defence procurement», *Defence Economics* Vol. 3, No.1 (1991): 1–18.

Rogerson, William P., «Quality vs. Quantity in Military Procurement», *The American Economic Review*, Vol. 80, No. 1 (1990): 83–92.

Sánchez Graells, Albert. *Public Procurement and the EU Competition Rules (Hart Studies in Competition Law* (2nd ed.). Londres: Bloomsbury, 2015.

Sánchez, Albert, «Competition Law and Public Procurement», en *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, editado por Enrique Díaz y José Antonio Moreno, 111-140. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Schillemans, Thomas, «The public accountability review. A meta-analysis of public accountability research in six academic disciplines». Documento de trabajo, Utrecht University School of Governance (2013). Disponible [aquí](#).

Silva Cimma, Enrique. *Derecho Administrativo chileno y comparado. El Servicio Público*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Silva Opazo, Juan Carlos. «La costumbre como fuente del derecho indiano en Chile: las actas del cabildo de la ciudad de Santiago». *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* [Sección Historia del Derecho], XVIII (1996).

Stigler, George, «A Theory of Oligopoly», *Journal of Political Economy* Vol. 72, No. 1 (1964): 44–61.

Stubbing, Richard. *The Defense Game*. New York: Harper and Row, 1986.

Tirole, Jean, «Dynamic Price Competition and Tacit Collusion». En *The Theory of Industrial Organization*, 247-251. Cambridge: MIT Press, 1988.

Tribunal de Contratación Pública. «Facultades del Tribunal». Acceso el 2 de agosto de 2020. Disponible [aquí](#).

UNCITRAL, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (1985). Disponible [aquí](#).

UNCTAD. «Intergovernmental Group of Expert on Competition Law and Policy, Competition policy and Public procurement». United Nations Conference on Trade and Development: 2012. Acceso el 1 de julio de 2020, disponible [aquí](#).

Vergara Blanco, Alejandro, «La invalidación como potestad de cada órgano administrativo y la garantía del debido proceso», *El Mercurio Legal*, 17 de septiembre de 2019. Disponible [aquí](#).

Vergara, Alejandro, «Tribunal de Contratación Pública: bases institucionales, organización, competencia y procedimiento», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLVI (2016): 347-378.

Verma, Sandeep, «Collaborative Public Procurement: A Quick Review of International Best Practices and the Indian Position on Pooled Procurement from Competition Law

Perspectives», *IICA School of Competition Law and Market Regulation Working Paper Series*, No, 1 (2013). Disponible [aquí](#).

World Bank Group, *Benchmarking Public Procurement 2017, Assessing Public Procurement Regulatory Systems in 180 Economies*. Washington DC: World Bank, 2017.