

## La Ley 19.886 de 2003, como posible Ley Marco para la contratación administrativa chilena

*Enrique Rajevic Mosler\**

### RESUMEN

*Este trabajo examina críticamente la variedad de regímenes de contratación administrativa en Chile y entrega argumentos para reformar la Ley 19.886, de 2003, y transformarla en un marco básico o general para la contratación administrativa chilena.*

Contratación administrativa; Ley de Bases; Gestión Pública

### *Law 19.886 (2003) as a general framework for chilean administrative contracts*

### ABSTRACT

*This paper critically examines the variety of administrative contracting regimes in Chile and provides arguments to reform Law 19,886 of 2003, and to transform it into a basic or general framework for administrative contracts in Chile.*

Administrative contracting; Law of Bases; Public Management

---

\* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Chile. ORCID: 0000-0002-7856-0919. Correo electrónico: [erajevic@uahurtado.cl](mailto:erajevic@uahurtado.cl)

Este artículo fue recibido el 30.4.2020 y aceptado para su publicación el 21.1.2021.

## I. LA IDEA DE UNA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORIGEN DE LA LEY 19.886, DE 2003

Distintos impulsos confluyeron para que el Ejecutivo remitiera al Congreso Nacional, en octubre de 1999, el proyecto que, finalmente, sería la Ley 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (LBCASPS). El primero vino de la Comisión Nacional de Ética Pública, que en 1994 alertó acerca del peligro de corrupción que rondaba la contratación pública y la heterogeneidad de las normas existentes "...diseminadas en distintos instrumentos legales...", con merma de su "...unidad, homogeneidad y coherencia". La solución propuesta era dictar una ley marco respecto de contratos y licitaciones del Estado que asegurase "...la transparencia, objetividad, imparcialidad, certidumbre del cumplimiento contractual y detallada publicidad (especialmente de volúmenes y precios comparados) de todos los procesos de adjudicaciones de compra de bienes y servicios por parte del Estado...", contemplando un sistema de "adjudicación electrónica" de licitaciones, que sería un "...instrumento privilegiado para garantizar la transparencia y objetividad de determinadas contrataciones públicas..."<sup>1</sup>. La necesidad de perfeccionar el marco normativo fue reiterada en el Informe pertinente a contrataciones públicas que elaboró en 1996 el Consejo de Auditoría Interna de Gobierno (MEYER y FATH, 2001, p. 552) y en 1998 el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública sancionó un "Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones", que contemplaba elaborar una normativa marco de compras y contrataciones del sector público. A su turno, la Comisión Presidencial de Nuevas Tecnologías de la Información propuso, en 1999, desarrollar un sistema electrónico de compras y contrataciones del sector público, que se aprobaría el mismo año por medio del D.S. Nº 1.312/1999, MINHAC, como un "Sistema de Compras y Contrataciones Públicas" alojado en la dirección [www.compraschile.com](http://www.compraschile.com) y que serviría de "pizarra electrónica" para, gradualmente, publicar la información concerniente a licitaciones de los servicios públicos.

En este marco el Ministerio Secretaría General de la Presidencia formuló un extenso "Anteproyecto de Ley de Bases sobre Contratos de la Administración Pública" que seguía la entonces vigente ley española 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (de 219 artículos), con un título dedicado a la regulación general de los contratos administrativos y otro referido a los distintos contratos específicos, que incluía los de obras, gestión de servicios públicos, suministro, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración. Tras recibir comentarios de diferentes servicios, el proyecto fue abreviado y adaptado a la realidad nacional, optándose por restringirlo a los contratos de suministro y prestación de servicios como afirma su artículo 1º, casi sin variación desde el inicio de la tramitación.

La razón para limitar el objeto del proyecto de ley, sin siquiera admitir que sirviera de regulación supletoria para otros tipos contractuales (algo que se modificaría

<sup>1</sup> COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA, 1994, p. 211 y pp. 234-237.

en el curso de su tramitación), fue que la Dirección de Presupuestos (DIPRES) temió que un enfoque amplio generase problemas de interpretación o colisiones normativas difíciles de anticipar. A ello se suma que, en esa época, el foco de atención estaba en la obsolescencia del modelo de negocio de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado (DAE), a saber, la compra y bodegaje centralizado de suministros que se ofrecían a los servicios públicos<sup>2</sup>.

Lo anterior se refleja en la exposición de motivos del proyecto de ley, que alude a la reforma del Estado y el vínculo entre compras y gestión pública, *accountability* y eficiencia, además de la suscripción de tratados de libre comercio que incluían el acceso al mercado de compras públicas (justificaciones que, en todo caso, no eran exclusivas de los contratos de servicios y suministro y podrían haber inspirado igualmente un proyecto de ley general).

## II. VESTIGIOS DEL CARÁCTER GENERAL DE LA LBCASPS: ALGUNOS ASPECTOS QUE EXCEDEN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y SERVICIOS

Pese a lo anterior, la LBCASPS tiene algunas características que la proyectan más allá del ámbito de la contratación de suministros y servicios, al que se circunscribe en principio.

El primero es que aunque el anteproyecto inicial experimentó una importante transformación hasta su ingreso al Parlamento, que hizo que su fisonomía difiera de la ley de contratación española<sup>3</sup>, todavía en su estructura puede reconocerse la del Libro Primero de aquella<sup>4</sup>, construida como una regulación contractual análoga a la de la contratación privada y de alcance general.

Asimismo, el artículo 49 del proyecto presentado exigía informar los contratos de ejecución de obra, los de concesión de obra pública y los referidos a la transferencia del dominio o a la cesión del uso o goce de bienes raíces mediante el “Sistema de Información e Intermediación Electrónica de Compras y Contrataciones”, y permitía que sus procedimientos de contratación se efectuasen por intermedio de aquel. Esto se

---

<sup>2</sup> Por ello los D.F.L. N° 1/1999 y N° 1/2000, MINHAC, permitieron trasladar a otros servicios casi la totalidad del personal que tenía la DAE.

<sup>3</sup> Puede verse el contraste con la coetánea Ley 19.880, que mantuvo numerosos artículos idénticos a su inspiración ibérica, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

<sup>4</sup> Los capítulos iniciales del proyecto presentado coincidían literalmente (o casi) con capítulos y títulos del libro primero de la Ley 13/1995 (“De los contratos de las Administraciones Públicas en general”) si bien en diferente orden, como mudos testigos de la adaptación de este texto (“I. Disposiciones generales”, “II. De los requisitos para contratar con la Administración”, “III. De las actuaciones relativas a la contratación”, “IV. De la extinción de los contratos” y “V. De la cesión y subcontratación”), al igual que algunos párrafos de aquellos (p. ej., “De las facultades de la Administración” y “De la ejecución y modificación de los contratos” en el Capítulo III, y “Del Cumplimiento de los contratos” en el Capítulo V). Sin embargo, su desarrollo interno difiere del que tiene la ley española. El texto definitivo agudizaría la síntesis refundiendo el capítulo cuarto con el tercero.

atenuó en la indicación sustitutiva que presentó el Ejecutivo en mayo de 2011, durante el primer trámite constitucional —que agudizó el enfoque “minimalista” del proyecto reduciéndolo a solo 33 artículos permanentes—, para finalmente volcarse en el artículo 21 de la LBCASPS que exige a los órganos públicos que no se rigen por ella, exceptuando las empresas públicas creadas por ley, someterse a sus artículos 18, 19 y 20 *para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento*.

En la misma dirección, el Ejecutivo presentó otra indicación al que actualmente es el inciso final del artículo 3° —durante el segundo trámite constitucional— que establece que los contratos excluidos de la ley se rigen *por sus propias normas especiales*, para agregar que esto era *...sin perjuicio de lo establecido en el inciso final del artículo 19 de la presente ley*. El propósito declarado de esta norma era que los contratos excluidos quedasen “sujetos a las normas sobre transparencia que contiene el proyecto”<sup>5</sup> pero, posteriormente, el inciso tercero del artículo 19 se desgajó como artículo independiente para, a la postre, transformarse en el ya mencionado artículo 21 de la LBCASPS. Por un error de técnica legislativa la referencia no se ajustó y alude al *...inciso final del artículo 20 de la presente ley*, norma que exceptúa de publicar en el sistema la información de adquisiciones y contrataciones *calificada como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley*, de manera que su literalidad carece de sentido. Con todo, aplicando el artículo 19 del Código Civil debemos recurrir a la intención expresamente declarada en la historia fidedigna y al contexto de la ley y entender que se quiere aludir al artículo 21, con lo que se eleva al sistema electrónico —actualmente <http://www.mercadopublico.cl/>— a mecanismo de transparencia general para la contratación pública. El artículo 57 f) del Reglamento de la LBCASPS establece la información mínima que debería publicarse en el portal en estos casos, algo que muchas veces no se cumple.

La transparencia de la contratación pública recibió un nuevo impulso con el artículo 7° e) de la Ley de Transparencia, aprobada por el art. 1° de la Ley 20.285, que exige a la Administración mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos, en una fórmula que va más allá de la LBCASPS, *Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión*<sup>6</sup>.

En consecuencia, en lo relativo a la transparencia se ha optado por un régimen unitario para toda la contratación administrativa, pero lo explicado previamente no siempre se cumple en la página web <http://www.mercadopublico.cl/>. Tratándose del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU), las Bases Generales Reglamentarias para los contratos

<sup>5</sup> Puede verse el texto de la indicación y las razones de su aprobación en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2003, p. 342, y el texto del proyecto que se discutía entonces en *Ibíd.*, p. 291-310.

<sup>6</sup> El inciso 3° del art. 7° añade que para las contrataciones sometidas al Sistema de Compras Públicas basta incluir un vínculo al portal de compras públicas que permita acceder directamente a la información correspondiente al respectivo servicio u organismo, mientras que las demás contrataciones deben incorporarse a un registro separado, al que también deberá accederse desde el sitio electrónico institucional.

de ejecución de obras que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización (SERVIU) establecen que las licitaciones públicas deben publicarse en el sitio de Internet [www.chilecompra.cl](http://www.chilecompra.cl), antecesor de <http://www.mercadopublico.cl><sup>(7)</sup>, y en muchos casos esto permite acceder al historial de toda la contratación por medio del sistema, si bien el procedimiento en sí mismo se realiza en soporte papel y no de forma directa en la plataforma debido a que la regulación reglamentaria así lo contempla<sup>8</sup>. En cambio, el D.S. N° 75/2004 o Reglamento para Contratos de Obras Públicas, del Ministerio de Obras Públicas (MOP), omite cualquier mención al respecto.

También la LBCASPS mantuvo en su artículo 18 que los organismos regidos por ella deben emplear este sistema de intermediación electrónica para *...desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley* (destacado nuestro). El artículo 20 insiste en la publicación de información acerca de contratos de obras (y “construcciones”), pues incluye dentro de los antecedentes que deben incluirse en este portal *...los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, **construcciones y obras**, todo según lo señale el reglamento* (destacado nuestro). Vestigios de la idea amplia que presidió la redacción inicial, pero que no se adecuan a la definición del artículo 1°, inciso 2°, y la exclusión del artículo 3° e). Sin embargo, Contraloría ha salvado el punto interpretando que las “obras” aludidas en el artículo 18 *...no pueden ser sino aquellas a que hace alusión el mencionado artículo 3°, letra e), cuando se refiere a la aplicación supletoria de la ley...*, de manera que los organismos sujetos a la LBCASPS *...que tengan facultades para ejecutar o conceder obras públicas y que carezcan de normas específicas que rijan dichas acciones deben supeditarse a las disposiciones de la aludida ley en las condiciones que determina el citado artículo 18, por ejemplo, en cuanto a ejecución de obras, los Servicios de Salud..., la Corporación de Fomento de la Producción, los Municipios, etc.* (Dictamen N° 59.566/2004).

Dicho de otro modo, a falta de regulación específica para la contratación de obras operará el portal general de la LBCASPS no procediendo, por ejemplo, una recepción física de las ofertas (dictamen N° 75.571/2010). Existiendo esta, como en el caso de los SERVIU o el MOP, el portal es solo un mecanismo de transparencia. Por esta razón CGR ha reprobado que los SERVIU en la licitación de un contrato de obra exijan ingresar la oferta en el portal electrónico y, además, en las oficinas del servicio en soporte papel.

Es admisible señalar que a partir de la Ley 20.141, de Presupuestos del Sector Público para 2007, el Capítulo y Programa del Presupuesto correspondiente a la Dirección de Compras y Contratación Pública (o Chilecompra) incluye una glosa que permite a los órganos del sector público no regidos por la LBCASPS *adherir voluntariamente* al portal y a los convenios marco<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Artículos 1° y 24 del D.S. N° 236/2002, MINVU.

<sup>8</sup> Así, se han rechazado bases que contemplan ingresar las ofertas tanto físicamente (en las oficinas respectivas) como mediante el sistema electrónico, pues la regulación de los SERVIU solo contempla la primera opción, lo que descarta la supletoriedad del art. 3° e) de la LBCASPS (así el dictamen N° 47.561/2008).

<sup>9</sup> Glosa presupuestaria 02 del programa 01 del capítulo 07 de la partida 08. Desde 2008 se permite la adhesión de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos, conforme la Ley 19.862, respecto de

Un tercer punto que amplía el alcance de la Ley viene de la discusión parlamentaria, pues la idea de elaborar una ley general de contratación administrativa fue defendida, entre otros, por el Senador y destacado profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva C. quien en el segundo trámite constitucional presentó un conjunto de indicaciones que seguían el modelo español y agregaban un capítulo dedicado a “Contratos Especiales” (que incluía los de obras, gestión de servicios públicos, suministro, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración). Con un criterio muy discutible la unanimidad de la Comisión declaró que casi todas eran inadmisibles por exceder las ideas matrices del proyecto, a saber, “el marco de las compras públicas”. Entre las que sobrevivieron se encuentra la que introdujo la supletoriedad de la LBCASPS sobre los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas, a los que además se aplicaron las normas relativas al Tribunal de Contratación Pública, todo lo cual quedó consignado en el inciso 3° del literal e) de su artículo 3°<sup>(10)</sup>. Esto no hace sino reforzar el potencial carácter de marco general que tiene este texto legal, cuya supletoriedad ha sido reconocida por la Contraloría General de la República en múltiples ocasiones (p. ej., en sus dictámenes N° 21.607/2004, N° 37.572/2012, N° 35.844/2012 y N° 29.281/2013).

Conviene reparar en que la misma inclusión del literal e) del artículo 3° (agregado en mayo de 2001) es, en sí mismo, contradictoria con la restricción del objeto de la LBCASPS, pues si éste incluía solamente suministros y servicios (art. 1°, inciso 1°) “la ejecución y concesión de obras públicas” quedaba fuera por definición.

Una última manifestación del carácter general *in pectore* que tiene la LBCASPS es la modificación del inciso 1° del artículo 11 que introdujo la Ley 20.238, en 2008, pues señala que las garantías que aseguren el fiel y oportuno cumplimiento del contrato, tratándose de la prestación de servicios, “...permanecerán vigentes hasta 60 días hábiles después de recepcionadas las obras o culminados los contratos”. Nuevamente una referencia aplicable a contratos de obras. Podría argumentarse que esta precisión vale para los casos en que la LBCASPS se aplique supletoriamente a estos contratos, pero está redactada como norma directamente aplicable.

### III. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EXCLUIDA DE LA LBCASPS

Revisemos ahora con más detalle las figuras contractuales excluidas de la regulación de la LBCASPS e indaguemos en la justificación de su exclusión. No me referiré

---

tales fondos, y desde 2009 la Dirección puede aceptar la incorporación de otras organizaciones afectas a la Ley 20.285, esto es, de otros órganos públicos que no integren la Administración del Estado.

<sup>10</sup> Pueden verse las indicaciones del senador Silva C. en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2003, pp. 323-326, 328-338 y 340, y el rechazo en pp. 343-344. En la p. 348 se consigna que en su segundo informe la Comisión de Hacienda ...acordó recoger en este literal {e del artículo 3°} parte de la indicación número 42, del Senador señor Silva, en lo que se refiere a los contratos de obras, para lo cual agregó también al precepto un inciso tercero...

a los literales b) a d) y f) de su artículo 3º, que me parecen explicables<sup>11</sup>, sino a ciertas contrataciones de servicios, los contratos de obras y los de concesión.

### 1. *Los contratos de prestación de servicios excluidos*

En esta categoría se encuentra, primero, la contratación de “acciones de apoyo” con municipalidades o entidades de derecho privado bajo la Ley 18.803, de 1989. Conforme con el artículo 34, inciso 2º, de la LBCASPS, *...deben efectuarse en conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 8º bis de la Ley N° 18.575 [artículo 9º en su texto refundido], en aquellos casos en que se llame a propuesta privada para la adjudicación de tales contratos*. CGR entendió que la LBCASPS *...reconoce la vigencia de la Ley N° 18.803 como un estatuto jurídico especial para efecto de las contrataciones de acciones de apoyo, limitándose a incorporar un requisito adicional para el caso de celebrarse una propuesta privada* (Dictamen N° 53.462/2005). Por lo demás, originalmente el proyecto reformaba esta ley para restringirla a contratos con municipalidades, idea descartada en el curso de la tramitación. La delimitación entre estos contratos y los demás servicios puede ser ardua<sup>12</sup>, al punto que CGR entiende que puede aplicárseles la LBCASPS en todo aquello que no resulte inconciliable con la Ley 18.803 (Dictamen N° 7.241/2007). La distinción importa cuando se quieren “aprovechar” las peculiaridades de esta última, como el trato directo con Universidades o la suscripción de cláusulas arbitrales. No se ve una razón cualitativa que justifique estas diferencias que bien podrían integrarse en el régimen general.

La segunda exclusión eran los contratos a honorarios con personas jurídicas que involucren la prestación de servicios personales, admitida por el artículo 16 del D.L. N° 1.608/1976. El inciso 1º del artículo 34 de la LBCASPS reconoció expresamente la vigencia del reglamento que los regía (D.S. N° 98/1991, del Ministerio de Hacienda o MINHAC) en tanto no fuese reemplazado, lo que hizo el D.S. N° 250/2004, MINHAC, al aprobar el Reglamento de la LBCASPS pero replicando la regulación de 1991 que tenía importantes diferencias con la LBCAPSS. En 2009, en el contexto de una amplia modificación del Reglamento<sup>13</sup>, esta parte fue reemplazada por un nuevo procedimiento terminando las ya inexplicables especificidades de este sistema de contratación, pero nada evita que pudieran revivir en una futura modificación debido a la vigencia del D.L. N° 1.608/1976.

<sup>11</sup> De ello puede verse MORAGA, 2019, pp. 297-298.

<sup>12</sup> P. ej., aunque el art. 1º, inciso 2º, de la Ley 18.803 califica los servicios de aseo como acciones de apoyo, el dictamen N° 46.834/2007 admite que la licitación de estos servicios para el edificio de un servicio público se rija integralmente por la LBCASPSLBCASPS exigiendo eliminar de los vistos de la resolución aprobatoria de las bases la mención de la Ley 18.803. Previamente la Ley 18.803 también se superponía con el artículo 16 del D.L. N° 2.879/1979 (el dictamen N° 11.495/2000 reconoció la posibilidad de optar por uno u otro), pero ello terminó con la LBCASPSLBCASPS que derogó dicho precepto.

<sup>13</sup> Aprobada por el D.S. N° 1.763/2009, MINHAC.

Una tercera exclusión son los convenios que se celebren con personas naturales e involucren la prestación de servicios personales del contratante, pues esta figura queda regida por el ...*decreto supremo N°98 del Ministerio de Hacienda, de 1991; el artículo 11 del decreto con fuerza de ley N°29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N°18.834, en su caso, y 33 del decreto ley N°249, de 1974, o del artículo 13 del decreto ley 1.608, de 1976, y demás disposiciones que complementan o reglamentan dichos textos legales* (artículo 109 D.S. N° 250/2004, MINHAC). La cantidad de fuentes para regular una misma realidad no hace sino graficar la extrema discrecionalidad que existe en este tipo de contrataciones, y que reconoce el art. 3° a) de la LBCASPS al excluir de sus normas *Las contrataciones de personal de la Administración del Estado reguladas por estatutos especiales y los contratos a honorarios que se celebren con personas naturales para que presten servicios a los organismos públicos, cualquiera que sea la fuente legal en que se sustenten*. Desde mi perspectiva, la única exclusión razonable es la de la relación funcionarial, pues su lógica demanda una regulación diferente. Se trata de personas que van a ser funcionarios públicos, esto es, van a tener una relación tendencialmente permanente con la Administración Pública, no de personas que prestan un servicio específico y puntual por un honorario. Además, no se ve por qué aplicar una lógica diferente en la contratación de un servicio según si la contraparte sea una persona física o una persona jurídica. Es más, aplicar las reglas de la contratación pública probablemente contribuiría a evitar que se abuse de esta figura generando vínculos laborales encubiertos<sup>14</sup>.

Finalmente, hay otras situaciones que también pueden homologarse a la prestación de servicios pero que no se regulan por la LBCASPS debido a que el legislador ha optado por configurarlas de un modo diverso, como ocurre con el artículo 10 de la Ley 19.898, que permite al Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS) convenir la contratación de personas naturales o jurídicas para la realización de actividades relacionadas con sus objetivos conforme con un procedimiento especial, previo a la LBCASPS, en lo que el inciso 1° de la norma califica de una modalidad del encomendamiento de acciones que regula el art. 37 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE), con lo que ...*difieren de los (contratos) relativos al suministro de bienes muebles y de servicios de que trata Ley N° 19.886, {y} no resultan aplicables a los primeros las disposiciones de esta última*, quedando solo regidos por su normativa específica y el artículo 9° de la LBGAE (Dictamen N° 59.540/2003). El problema es que este último ofrece solo criterios generales que, precisamente, la LBCASPS vino a desarrollar. También existe una regulación especial para la contratación de estudios, proyectos y asesorías para la construcción de obras y la realización de actividades propias del MOP, pues se rigen por el Reglamento para Contratación de Trabajos de Consultoría de esta cartera (D.S. N° 48/1994, MOP), en tanto *relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas*, lo que los somete solo supletoriamente a la LBCASPS conforme con su artículo 3° e) y hace que, como explicaremos en el siguiente apartado, CGR haya respetado la supervivencia de su Reglamento en su dictamen N° 57.288/2003.

<sup>14</sup> Cfr. MORAGA K., 2019, pp. 70-72.

Por último, hay que advertir del riesgo de excluir contrataciones de servicios (y de suministros, incluso) de la LBCASPS, total o parcialmente, por medio de glosas presupuestarias. Por ejemplo, en 2011 se dispuso que las actividades identificadas en el “Plan Chile Seguro 2010/2014”, del Ministerio del Interior, pudieran contratarse con entidades públicas o privadas sujetándose, en el primer caso, a ...*las normas que rigen a dichas entidades, en especial la ley N° 19.886, sobre compras públicas, salvo cuando la naturaleza o normativa no lo haga necesario. Para la contratación de las entidades privadas* —añade la glosa— *se aplicarán procedimientos transparentes y objetivos*<sup>15</sup>. Afortunadamente, al año siguiente se eliminó la mención a la innecesariedad de aplicar la LBCASPS en función de la “naturaleza” de la contratación, pero se mantuvo, al igual que en años sucesivos, la exigencia de *procedimientos transparentes y objetivos* en la contratación de privados, como si ello no quedara resguardado por la LBCASPS y la LBGAE o, peor aún, esto abriera una excepción al ámbito de aplicación de aquellas, lo que sería inaceptable. Por fortuna esta práctica es excepcional, pues de generalizarse perturbaría seriamente los propósitos de la LBCASPS.

## 2. La contratación de obra pública

Una segunda categoría a examinar son los contratos de obra pública, que como ya vimos se encuentran excluidos de la LBCASPS (salvo en lo relativo a publicar cierta información) y fundamentalmente competen al MINVU y MOP, pues también existen otros organismos que los celebran como los Servicios de Salud o los Municipios. El Título VII de la Ley Orgánica del MOP, llamado “De la Ejecución de las Obras” (artículos 84 a 104 del D.F.L. N° 850/1997), contiene un conjunto de normas respecto de contratación de obras puntuales y poco sistemáticas, cuestión que viene a remediar el D.S. N° 75/2004, MOP, que reglamenta los contratos de obras públicas y los define como *un acto por el cual el Ministerio encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinan los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales* (art. 4 N° 15). Obra pública, a su turno, es *Cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por este, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público* (art. 4 N° 14), agregando al concepto acuñado previamente por Contraloría la propiedad estatal de la obra construida<sup>16</sup>. En el derecho comparado es usual que la naturaleza inmueble del bien a construir sea el elemento central de esta figura, más que su propiedad o finalidad, si bien en ocasiones se ha prescindido de propiedad, finalidad y naturaleza inmueble con

<sup>15</sup> Glosa 08 del Subtítulo 24.03.17 (Barrio en Paz - Residencial y Comercial) del Programa de Seguridad y Participación Ciudadana del Ministerio del Interior (Partida 05, Capítulo 01, Programa 05) de la Ley 20.481, de Presupuestos del Sector Público para el 2011.

<sup>16</sup> Así, por ejemplo, los dictámenes N° 38.839/1976 y N° 21.607/2004 afirmaron que obra pública ... *comprende toda obra inmueble, financiada con fondos del Estado y destinada a cumplir una finalidad pública, requisitos que es menester que concurren en forma copulativa.*

lo que “obra pública” pasa a ser, simplemente, todo ... *bien construido o realizado por el Estado, directa o indirectamente* (MARIENHOFF S., 1998, p. 516)<sup>17</sup>.

Por su parte, la legislación del MINVU se limita a permitir la contratación de obras en los artículos 17 c) y 51 de la Ley 16.391, Orgánica del MINVU, abarcando un amplio objeto de inmuebles (... *programas de construcción, alteración o reparación de viviendas, equipamiento comunitario, obras de infraestructura y remodelaciones*), incluidas viviendas para ser transferidas a beneficiarios de subsidios habitacionales que, técnicamente, no son obras públicas.

¿Tiene sentido que la construcción de obras tenga regulaciones diferentes a la prestación de servicios y el suministro? Por cierto. Se trata de contratos de una elevada cuantía, lo que exige especiales cautelas en materia de transparencia y objetividad, una importante gestión empresarial y plazos relativamente largos, que correlativamente demandan de la Administración especiales herramientas de gestión, dirección y supervigilancia, innecesarios en otros contratos. Por esta razón no es extraño que el denominado “Acuerdo sobre Modernización del Estado, Transparencia y Promoción del Crecimiento”, alcanzado en enero de 2003 por la oposición y el Gobierno para zanjar la crisis combinada del llamado “MOPGate” y la revelación de los sobresueldos pagados a los Ministros<sup>18</sup>, incluyera entre sus medidas regular la licitación de proyectos de inversión pública con el objetivo de “sistematizar y uniformar los procesos de adjudicación de contratos de inversión en el sector público, estableciendo la licitación pública como el mecanismo general para la adjudicación de dichos contratos, e incluyendo normas que aseguren la igualdad de oportunidades en los procesos de licitación”. Esto motivó el Proyecto de “Ley de bases de contratos administrativos de estudios y proyectos de inversiones de obras públicas” (Boletín N° 3802-09), de 2005 que fue, finalmente, abandonado y archivado en 2010. Esto genera una situación totalmente paradójica desde la perspectiva de las fuentes, pues CGR ha interpretado que la supletoriedad de la LBCASPS en materia de contratos de obras que establece su artículo 3° ... *dice relación, de acuerdo al contexto normativo a la época de su dictación, y a los antecedentes que se advierten de la historia fidedigna de su establecimiento* —como el Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado—, *con el reconocimiento de la normativa de orden administrativo vigente a su fecha de entrada en vigor (aplica criterio contenido en el dictamen N° 38.794, de 2009)* (Dictamen N° 35.844/2012). Esto quiere decir que la normativa reglamentaria es suplida por una

<sup>17</sup> MARIENHOFF estima que el concepto de obra pública ha sido “desfigurado” por la doctrina al vincularlo, por una parte, con la satisfacción de determinados fines o funciones estatales, siendo que ello es de la esencia de toda actuación administrativa, y conectarlo, por la otra, con su destinación al uso público directo o indirecto, elemento finalista que importa para determinar si un bien integra el dominio público pero resulta irrelevante para definir a una obra como pública. De allí que afirme que *para dar la noción pura de “obra pública” ha de prescindirse, pues, de toda referencia a las funciones o fines que el Estado cumplirá con dicha obra y al uso a que se le destine*. Descarta la naturaleza inmueble, por último, al incluir en la noción de obra pública muebles y objetos inmateriales *por accesoriadad* como, por ejemplo, los estudios, consultorías o asesorías que entre nosotros regula el D.S. N° 48/1994, MOP (MARIENHOFF, 1998, pp. 515 y 545 y ss., cursivas en el original).

<sup>18</sup> Cfr. RAJEVIC, 2009.

norma legal (tal como ha acontecido respecto del D.S. N° 48/1994, MOP, esto es, las consultorías referidas a obras públicas). Pues bien, si es la vigente a la fecha de dictación de la LBCASPS quiere decir que toda modificación posterior en materias reguladas por esta sería inaplicable. Pero, peor aún, hace que la materia contratación pública quede en una suerte de limbo entre el dominio legal y el dominio reglamentario, lo que no se ajusta al artículo 63 de la Constitución. O es materia legal y debe regularla el Congreso o es propia de la potestad reglamentaria de ejecución del artículo 32 N° 6. Volveré sobre esto en el apartado 4.

Dicho lo anterior, no parece tener sentido que la contratación de obras tenga una regulación *completamente* separada de la de los servicios y los suministros. Sus especificidades no se oponen a que comparta una amplia parte general común a todos los contratos, como muestra abundantemente el derecho comparado. Así, por ejemplo, si se comparan las hipótesis en que puede prescindirse de la licitación pública que contiene el artículo 86 del del D.F.L. N° 850/1997 con las que establece el artículo 8° de la LBCASPS se aprecia que los primeros tres literales son prácticamente idénticos y no se ve por qué no podrían aplicarse todos estos últimos. De hecho, el Proyecto de Ley de 2005 establecía que los principios generales de la contratación de obras eran la libre concurrencia, la igualdad entre los oferentes, la publicidad, la transparencia y la impugnabilidad, todos estos ya están en nuestro ordenamiento. Establecía definiciones que ya estaban contempladas en la LBCASPS, su Reglamento o el del propio MOP, lo que demostraba su innecesariedad, y las hipótesis en que podía omitirse la licitación pública estaban incluidas en la LBCASPS. En suma, aunque no todo era idéntico al régimen de esta última (p. ej., la regulación del registro o de las modificaciones contractuales era más detallada) se incurría en duplicidades incomprensibles.

Al menos una parte de este panorama ha empezado a cambiar desde que la Ley de Presupuestos de 2017 autorizara al MOP, mediante una glosa, a contratar consultorías, asesorías, estudios y ejecución de obras públicas por medio de la plataforma de la LBCASPS “cuando las bases del concurso, o la respectiva autorización de trato directo, así lo establezcan”, advirtiendo que esto no altera los demás aspectos de los reglamentos de contratación de este Ministerio<sup>19</sup>. Esta glosa se ha reiterado en los años siguientes y en 2019 se extendió al MINVU en similares términos<sup>20</sup>, también repitiéndose en 2020. No cabe duda de que este es un avance, pero la temporalidad de la Ley de Presupuestos, la remisión a las bases del caso concreto y el carácter circunscrito de los contenidos de la LBCASPS que resultan aplicables le quitan fuerza.

### 3. *Los contratos de concesión*

La última categoría excluida que examinaré son los contratos de concesión. Tradicionalmente la doctrina distingue entre las concesiones de obra, las de servicios y

<sup>19</sup> Glosa presupuestaria 12 de la partida 15, correspondiente al MOP.

<sup>20</sup> Glosa presupuestaria 15 de la partida 18, correspondiente al MINVU.

las de uso. Nuestra legislación admite las tres variantes, pero en normativas desperdigadas. Nos referiremos solo a las dos primeras porque la última se refiere, más que al ámbito contractual, a la gestión de bienes públicos.

La Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP) faculta al MOP para encomendar la ejecución de obras públicas a cambio de la concesión temporal de su explotación o de la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan<sup>21</sup>. El MOP puede, incluso, celebrar este contrato respecto de bienes que estén entregados a la competencia de otro organismo público, como un municipio, si es mandatado por el titular. La LCOP regula integralmente esta figura en 43 artículos y está reglamentada por el D.S. N° 956/1997 (MOP). Otra figura semejante –si bien escasamente utilizada– es el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido, regulado por la Ley 19.865 en 35 artículos y su reglamento, el D.S. N° 132/2003 (MINVU), que permite a los SERVIU y las municipalidades celebrar *contratos de participación* cuyo objeto es *la adquisición de bienes o a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, a cambio de una contraprestación, que podrá consistir en otorgar a aquellos derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o más inmuebles u obras*<sup>22</sup>. Ambas figuras tienen importantes especificidades, como su objeto, ciertas características de las bases, la posibilidad de ser convocadas por iniciativa de un particular y la forma y condiciones en que pueden modificarse los contratos celebrados. Ello explica que cuenten con regulaciones propias extensas y relativamente complejas. Por lo mismo, parece del todo apropiada la fórmula empleada por nuestro legislador en el art. 3° e) de la LBCASPS, a saber, una ley especial a la que se aplica, solo supletoriamente, la LBCASPS. Esto, con una salvedad: que, tal como en el contrato de obras, estos contratos no debiesen estar entre las excepciones del artículo 3°, pues están fuera del ámbito de la LBCASPS atendido el tenor de su artículo 1°.

Por su parte, las concesiones que recaen sobre la prestación de servicios públicos suponen que aquellos sean asumidos por la Administración concedente como propios de su competencia, pues mal podría “concederse” algo ajeno. El concesionario puede efectuar cobros a los usuarios o recibir el pago directamente de parte de la Administración. Carecemos de una regulación general en este material, salvo en el ámbito municipal en que el artículo 8°, inciso 3°, de la LOCM permite a las municipalidades *otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título*, estableciendo allí y en el artículo 65 j) algunos aspectos del procedimiento. El artículo 66 de la misma ley dispuso que *los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la LBCASPS y sus reglamentos*, con lo que podía afirmarse que aquella regía las concesiones debido a que toman la forma de un contrato. Sin embargo, en su dictamen N° 34.883/2004 Contraloría optó por una interpretación restrictiva y

<sup>21</sup> Para estos efectos el art. 39, inc. 1°, de la LCOP, expande la noción de obra pública a obra pública fiscal, que es *...cualquier inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicios*.

<sup>22</sup> Artículo 1° de la Ley N° 19.865.

afirmó que en estos casos prevalecía la faceta unilateral de la concesión y, por ello, no era aplicable la LBCASPS<sup>23</sup>. Este criterio cambió tras la modificación del artículo 66 de la LOCM, operada en 2009 por la Ley 20.355, que expresamente sujetó el procedimiento administrativo para otorgar concesiones municipales a la LBCASPS con ciertas salvedades<sup>24</sup>. Dicho de otro modo, este segmento de la contratación fue “reconducido” legislativamente a la LBCASPS.

Las demás hipótesis que podrían incluirse en esta categoría nos hacen descender a la casuística. Así, por ejemplo, la Defensoría Penal Pública creada con el propósito de proporcionar defensa penal a imputados o acusados por algún ilícito penal que carecieran de abogado (art. 2° Ley 19.718), encarga la prestación de este servicio a personas jurídicas o abogados particulares que serán pagados, salvo excepciones, por la propia Defensoría<sup>25</sup>, mediante licitaciones que tienen una detallada regulación en la Ley 19.718 (artículos 11 a 15 y 42 a 50), un Reglamento de Licitaciones (D.S. N° 495/2002, Ministerio de Justicia) y unas Bases Generales de Licitación (Resolución N° 38/2003, Defensoría Penal Pública). A causa de que esta normativa es previa a la LBCASPS era lógico que regulase todo el procedimiento, pero parece evidente que de existir entonces podría haberse regido en buena parte por aquella y que, incluso ahora, podría aplicársele supletoriamente.

Algo semejante puede decirse de las concesiones para practicar revisiones técnicas a los vehículos motorizados que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) debe otorgar *...mediante licitación pública, al oferente que ofrezca el menor precio por los servicios para la tecnología y calidad técnica especificada en las bases de licitación*, conforme con el artículo 4° de la Ley 18.696. La misma norma permite determinar por vía reglamentaria la forma, requisitos, plazo, causales de caducidad y procedimientos para la asignación y cancelación de estas concesiones, lo que hizo el D.S. N° 156/1990, del mismo Ministerio, el que apenas fija algunos criterios respecto de las licitaciones con los que estas se regulan fundamentalmente en las bases respectivas. Así, el legislador ha renunciado a fijar las bases de este procedimiento conforme exige la CPR, tarea

---

<sup>23</sup> Afirma el dictamen que *...las contrataciones que impliquen el otorgamiento de tales concesiones no se encuentran regidas por la referida Ley 19.886, toda vez que revisten una naturaleza distinta al de las contrataciones reguladas por ese cuerpo legal, ya que no constituyen propiamente un acuerdo de voluntades entre una Municipalidad y un concesionario ubicados en un plano de igualdad, sino que ellas importan el ejercicio de un acto de la autoridad, quien actúa en un plano de preeminencia respecto del particular, estableciendo las respectivas condiciones, y cuya regulación se somete a un régimen jurídico de derecho público* (Aplica criterio contenido en el Dictamen N° 6.512, de 1999, entre otros).

<sup>24</sup> Véanse, por ejemplo, los dictámenes N° 1.754/2010 y N° 68.473/2012, que aplicando la LBCASPS han restringido las cláusulas de renovación automática en las concesiones del servicio de tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales, lo que pone de relieve la importancia de aplicar la LBCASPS en estos contratos.

<sup>25</sup> Conforme con el art. 36 de la Ley 19.718 excepcionalmente puede cobrarse, total o parcialmente, la defensa prestada a quienes *dispongan de recursos para financiarla privadamente*.

pendiente y que se cumpliría en parte con la aplicación de la LBCASPS<sup>26</sup>, si bien esto exigiría una expresa decisión legislativa<sup>27</sup>.

#### IV. ¿NECESITAMOS UNA LEY PERTINENTE A PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA QUE TENGA APLICACIÓN GENERAL?

##### 1. *El artículo 9° de la LBGAE como norma básica*

Como se ha expuesto, importantes sectores de la contratación administrativa están parcial o totalmente ajenos a la regulación de la LBCASPS sin razones convincentes. La única base transversal a los procesos de contratación es el artículo 9° de la LBGAE, que exige que todos los *contratos administrativos* se celebren *previa propuesta pública, en conformidad a la ley*, la que debe regirse *por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato*, procediendo la licitación privada solo *previa resolución fundada... salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo*.

Curiosamente, al controlar este precepto la STC Rol N° 299/1999 declaró que era propio de Ley Orgánica Constitucional con base en el inciso 1° del artículo 38 de la Constitución, que sujeta a una ley de este tipo la regulación de la *organización básica de la Administración Pública*. Sin embargo, lejos de ser una norma “organizatoria” se trata de una que regula un procedimiento específico, el aplicable para la celebración de contratos administrativos. Nos indica cuándo procede la propuesta pública, cuándo la licitación privada y cuándo el trato directo, y nos señala los principios que regirán el procedimiento concursal en los primeros dos casos. Pues bien, si es un procedimiento administrativo el artículo 63 N° 18 CPR, en una lógica de dominio legal máximo, asigna a esta materia el rango de ley común y restringida a las puras bases de la materia<sup>28</sup>, esto es, a los aspectos principales que luego desarrollará la potestad reglamentaria. En efecto, las leyes de bases *...restringen la competencia del legislador a las bases de una materia determinada y dejan lo demás a la regulación por la potestad reglamentaria del Presidente de la República*<sup>29</sup>,

<sup>26</sup> Aparte de las dificultades de cara al artículo 63 N° 18 de la Constitución (véase *infra* IV) esta habilitación no resistiría los criterios acerca de la reserva legal que señala la STC Rol N° 437/2005 en lo relativo a las causales de caducidad y los procedimientos de cancelación, al menos de cara a la norma legal indicada y la Ley 18.059.

<sup>27</sup> Véase el dictamen de CGR N° 35.340/2011.

<sup>28</sup> Según el artículo 63 N° 18 CPR *Solo son materias de ley... Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública*.

<sup>29</sup> MOLINA, 1987, p. 37. Véase también BULNES, 1982, p. 133-153, donde se afirma que la noción de bases *...limitaría la competencia del legislador a formular solo las bases o principios fundamentales, pudiendo el Presidente de la República, por su potestad reglamentaria, desarrollar por la vía del reglamento dichas bases o principios. Sería esta una potestad reglamentaria de ejecución de la ley, “pero más amplia”* (ob. cit., p. 139, cursivas en el original). La misma autora, como Ministra del TC, expresó en una disidencia que los numerales del art. 63 de la CPR que corresponden a leyes de bases (el 4, el 18 y el 20) *...evidentemente dan más amplitud a la potestad*

así como señaló la STC Rol N° 254/1997 a propósito de la Ley de Presupuestos<sup>30</sup> (si bien esta figura, en la paráctica, no se verifica entre nosotros). No debe confundirse el claro sentido del artículo 38 con el epígrafe que antecede a este artículo, a saber, *Bases Generales de la Administración del Estado*, pues el ámbito “orgánico constitucional” debe interpretarse restrictivamente en tanto excepción a la regla democrática de la mayoría.

## 2. *La insuficiencia del artículo 9° de la LBGAE*

En cualquier caso, la parquedad del artículo 9° está lejos de establecer las bases de los procedimientos de contratación pública. Necesitamos un texto al estilo de la LBCASPS, pero con alcance general y aplicación directa, pues la supletoriedad es contradictoria con su carácter básico (como queda en evidencia con la LBPA). Esto no se opone, por cierto, a que existan excepciones, siempre que sean establecidas por el legislador. De lo contrario, alteramos el orden jerárquico del ordenamiento jurídico.

En este plano no puede sino resultar extraño advertir, tras el recuento precedente, que en ciertos casos el mismo aspecto de un procedimiento de licitación esté regulado directamente en la ley y, en otros, solo por el Reglamento. Mucho más confuso resulta que la supletoriedad de una ley opere no ante el silencio de otras leyes, sino que, también, el del reglamento, como ha señalado CGR respecto de las obras públicas y los reglamentos del MINVU y el MOP en una *comprensión elástica* del dominio legal cuyo contenido puede ser ampliado o retraído a voluntad del Ejecutivo. Una idea totalmente contradictoria con un sistema de dominio legal máximo, como el que aparentemente procuró establecer el artículo 63 de la CPR (*Solo son materias de ley...*) e, incluso, con uno de “dominio mínimo” (que, en realidad, es el que funciona entre nosotros).

Una distinción que podría contribuir a abordar estos problemas es diferenciar entre procedimiento de contratación y ejecución contractual. Lo que hemos analizado en este trabajo dice relación exclusivamente con lo primero, donde las diferencias son muy pocas, lo que no ocurre si revisamos las peculiaridades de la ejecución en las diversas tipologías contractuales. Los recursos involucrados y la duración son muy diferentes, por lo general, si comparamos un contrato de obra o de concesión con uno de suministros o de prestación de servicios. Pretender un marco común en esta materia sería ambicioso y, probablemente, innecesario.

---

*reglamentaria del Presidente de la República...* Los demás numerales, en cambio, indican *...específicamente la materia que corresponde que el legislador regule, lo que no da la amplitud a la potestad reglamentaria que dan las leyes que solo deben contener las bases* (Consid. 18° del voto disidente en la STC Rol N° 282/1998).

<sup>30</sup> Dice su cons. 22°: *Que, la Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución. En este orden de ideas resulta útil recordar la opinión del profesor José Luis Cea Egaña que estima que “la Ley de Presupuestos no es más que un ejemplo particular de aquella configuración global del dominio máximo legal, es decir, que a ella corresponde establecer las bases del régimen presupuestario del sector público, entregando a la potestad reglamentaria la particularización y ejecución del presupuesto nacional”* (negritas nuestras).

Esta distinción cobra más fuerza si volvemos al art. 63 N° 18 CPR, porque según este precepto el legislador debería regular *las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública*, lo que debería aplicarse al procedimiento para la celebración de contratos. Pese a denominarse “Ley de Bases”, la LBCASPS no afronta esta tarea, sino que únicamente regula el procedimiento de contratación de los suministros y de los servicios (con exclusiones). Paradojalmente, su contenido se limita casi solo al procedimiento de contratación, pues apenas tres de sus artículos (los arts. 13 a 15) se refieren a cuestiones relativas a la ejecución o terminación del contrato. Por cierto, la construcción de estas bases no debiera hacerse a imagen de la Ley 19.880, sobre “bases de los procedimientos administrativos”, pues como es bien sabido aquella ha terminado siendo un marco simplemente supletorio, aunque la doctrina se esfuerce en encontrar ese carácter básico, por ejemplo, considerándola como una “Ley cabecera de grupo normativo”<sup>31</sup> o identificando ciertos estándares genuinamente “básicos” (derogatorios y no supletorios) en su contenido<sup>32</sup>. Lo deseable, si se quisiera que la LBCASPS fuese una Ley de Bases de procedimientos de contratación, sería establecer explícitamente un conjunto de normas básicas –a desarrollar reglamentariamente– con efecto derogatorio, y otras de carácter supletorio.

### 3. *Algunas ventajas que puede proporcionar un marco común*

Transformar la LBCASPS en una ley que establezca un marco común para los procedimientos de contratación administrativa evitaría duplicidades innecesarias y que muchas veces siembran confusión porque no coinciden del todo (basta, por ejemplo, una definición general de la licitación pública o de cuándo puede declararse desierta una licitación). Asimismo, facilitaría el conocimiento y aplicación de estas normas por parte de sus operadores (funcionarios públicos, ciudadanos, contratistas, abogados, etc.) y contribuiría a que tuviesen una jurisprudencia sistemática, sólida y estable. No es extraño que el informe final de una mesa de trabajo convocado por Chilecompra incluyese, en 2016, propuestas semejantes a las aquí planteadas (pero menos radicales)<sup>33</sup>.

Todo ello se traducirá en una mayor seguridad jurídica y en un mejor funcionamiento de los mercados de contratación pública, aspecto crucial considerando el riesgo de corrupción envuelto en ellos. La OCDE ha señalado que esta es la actividad gubernativa más vulnerable a este flagelo, lo que no extraña si se consideran “...los intereses financieros en juego, el volumen de transacciones a nivel global y la estrecha interacción entre los sectores públicos y privado...”<sup>34</sup>. No en vano el Informe del Consejo Asesor Anticorrupción de 2015 propuso transitar gradualmente “desde el actual Sistema de Compras Públicas hacia un Sistema Integrado de Contratación”<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> JARA, 2008, p. 296-297.

<sup>32</sup> VERGARA, 2013, p. 270-275.

<sup>33</sup> ZÚÑIGA, *et al.*, 2017, p. 480.

<sup>34</sup> OECD, 2009, p. 17.

<sup>35</sup> CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL, 2015, p. 42.

## V. CONCLUSIONES

La LBCASPS surge del intento por elaborar una Ley General de Contratación Administrativa que terminó restringiéndose al ámbito de los servicios y los suministros, con ciertas exclusiones. El análisis realizado revela que, salvo excepciones, no parecen existir razones fuertes que justifiquen regulaciones diferentes en los procedimientos de contratación o que, al menos, desaconsejen un marco general. Por otro lado, desde una perspectiva constitucional debiera existir una ley de bases del procedimiento que los órganos administrativos emplean para contratar, independiente de la regulación sustantiva de las convenciones. La LBCASPS no es esa ley, pues ni se restringe a las bases de la materia ni sirve de “cabecera de grupo normativo”, lo que va en perjuicio de la eficiencia y la seguridad jurídica.

Con algunos medidos ajustes la LBCASPS podría transformarse en el común denominador de nuestros procedimientos de contratación<sup>36</sup>, pues su estructura mantiene vestigios de su propósito original y tiene un carácter procedimental.

Si bien el análisis realizado tiene que ver con el ámbito objetivo de aplicación de la ley, es totalmente compatible con la idea de ampliar su universo subjetivo, comprometida en la aprobación de la Ley de Presupuestos 2020<sup>37</sup> e incluida en la consulta pública de un anteproyecto de reforma a la LBCASPS realizada por el Gobierno en octubre de 2020<sup>38</sup>, algo también planteado para conjurar una indeseable huida del derecho administrativo<sup>39</sup>.

Por último, una ley marco para los procedimientos de contratación administrativa debiese abarcar a todos los órganos del Estado, pues incide en una función administrativa expuesta a semejantes riesgos y oportunidades en todos ellos que debería superar el

---

<sup>36</sup> Un intento en este sentido en la indicación formulada el 20.12.2006 al Proyecto de Ley que establecía el Sistema de Auditoría Interna de Gobierno (Boletín N° 3937-06), archivado en 2010.

<sup>37</sup> Véase el punto 13 del “Marco de Entendimiento de la Ley de Presupuestos del Sector Público año 2020”, suscrito por el Ministro de Hacienda y los/as parlamentarios/as integrantes de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos (disponible en [https://www.dipres.gob.cl/597/articles-198742\\_doc\\_pdf.pdf](https://www.dipres.gob.cl/597/articles-198742_doc_pdf.pdf) [Fecha de consulta 05.10.2020]).

<sup>38</sup> Cfr. <https://compraspublicas.consultahacienda.cl/> (Fecha de consulta el 07.01.2021, a las 15:30 hrs.). El 29 de marzo de 2021, ya finalizada la revisión de este artículo, el Gobierno presentó un Proyecto de Ley que modifica diversos aspectos de la LBCASPS (Boletín 14137-05) y que, de acuerdo con lo planteado en la señalada consulta pública, amplía su ámbito de aplicación subjetivo (y en alguna medida objetivo). Por razones de tiempo y espacio, sin embargo, debemos dejar su análisis para otra oportunidad.

<sup>39</sup> Así PÉREZ, 2013, quien objeta la exclusión de entidades de derecho privado que integran el sector público o que, siendo ajenas a él, son verdaderos instrumentos de aquel. De todas formas, una reforma legal debiera examinar con detención la situación de las empresas públicas y su competitividad, problema que puso de relieve la demanda que interpuso CODELCO contra CGR por un informe de fiscalización en que esta le aplicó los arts. 9° de la LBGAE y 4° de la LBCASPS. La sentencia de primera instancia Rol C-19357-2017, del 25° Juzgado Civil de Santiago, rechazó esta demanda respaldando el actuar de CGR, pero probablemente será apelada.

enfoque orgánico característico de nuestro derecho administrativo<sup>40</sup> e integrar el derecho común de lo público<sup>41</sup>, aún por construir en Chile.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2003: *Historia de la Ley Nº 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*. Valparaíso.
- BULNES, Luz, 1982: "Leyes de bases y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho UCV* VI, 1982, pp. 133-153.
- COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA, 1996: "Informe Sobre la Probidad y la Prevención de la Corrupción (1994)", en *Revista de Ciencia Política* Vol. 18 Nº 1-2, pp. 202-247.
- CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN, 2015: Informe Final.
- JARA S., Jaime, 2008: "La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley Nº 19.880", en *Revista de Derecho Público* Nº 70, p. 287-311.
- MARIENHOFF S., Miguel, 1998: *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, reimpr. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- MEYER, David y FATH, Jean, 2002: "Evaluación de las contrataciones públicas en Chile", en *Reforma del Estado, V. II: Dirección Pública y Compras Públicas*, Valdés P., Salvador, pp. 543-05, Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- MOLINA G., Hernán, 1987: "La distribución de materias entre el dominio legal y el reglamentario", en *XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Facultad de Derecho U. de Concepción, pp. 31-37.
- MORAGA K., Claudio, 2019: *Contratación Administrativa*, 2ª ed. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- OECD, 2009: *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z* (traducción de Isabel Sánchez G.). Madrid: INAP.
- PÉREZ G., Dorothy, 2013: "Extensión del ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas, un desafío pendiente", en *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*, Bocksang H., Gabriel, y Lara A., José L. (coords.), Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 481-508.
- RAJEVIC M., Enrique, 2009: "Las agendas de probidad de los gobiernos de la Concertación: entre la realidad y el deseo", en *Buen Gobierno y Corrupción. Algunas Perspectivas*, Romero G., Juan, et. al (edits.), Santiago de Chile: Derecho UC, pp. 159-225.
- VALDIVIA O., José, 2018: *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VERGARA B., Alejandro, 2013: "Eficacia normativa, transparencia y (nuevo) fracaso del silencio positivo en la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo", en *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*, Bocksang H., Gabriel, y Lara A., José L. (coords.), Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 257-287.
- ZÚLIGA U., Francisco, et al., 2017: *Ley Nº 19.886. Jurisprudencia judicial y administrativa*, 2ª ed. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

<sup>40</sup> VALDIVIA, 2018, pp. 36-37.

<sup>41</sup> Al modo del inciso 8º del artículo 4º de la LBCASPS, que extiende determinadas prohibiciones para suscribir contratos administrativos a ... *ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial y los Alcaldes y Concejales, según sea el caso*. La minuta de posición de la consulta pública del anteproyecto de reforma de la LBCASPS tiene señales en este sentido (*supra* nota 33, p. 11).

*Normas citadas*

- LEY N° 19.886, de bases de los contratos administrativos de prestación de servicios y suministro, publicada el 30 de julio de 2003.
- D.F.L. N° 1/19.653 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicado el 17 de noviembre de 2001.
- LEY N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada el 29 de mayo de 2003.
- D.F.L. N° 1/2006 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicado el 26 de julio de 2006.
- DFL N° 900/1996 que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.F.L. N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, publicada el 18 de diciembre de 1996.
- LEY N° 16.391, Orgánica del MINVU, publicada el 16 de diciembre de 1965.
- LEY N° 19.718, crea la Defensoría Penal Pública, publicada el 10 de marzo de 2001.
- LEY N° 19.865, Sistema de Financiamiento Urbano Compartido, publicada el 1 de abril de 2003
- LEY N° 20.141, de Presupuestos del Sector Público para el año 2007, publicada el 14 de diciembre de 2006.
- LEY N° 20.238, modifica la Ley N° 19.886, publicada el 19 de enero de 2008.
- LEY N° 20.355, modifica el artículo 66 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicada el 25 de junio de 2009.
- LEY N° 20.481, de Presupuestos del Sector Público para el año 2011, publicada el 18 de diciembre de 2010.
- D.L. N° 1.608/1976, dicta normas para implantar la segunda etapa de la carrera funcionaria y otras disposiciones, publicado el 7 de diciembre de 1976.
- D.F.L. N° 850/1997, texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del D.F.L. N° 206/1960, sobre construcción y conservación de caminos, publicada el 25 de febrero de 1998.
- D.F.L. N° 1/1999, traspasa personal de la Dirección de Aprovevisionamiento del Estado, publicado el 30 de diciembre de 1999.
- D.F.L. N° 1/2000, traspasa personal de la Dirección de Aprovevisionamiento del Estado al Servicio de Impuestos Internos, publicado el 29 de marzo de 2000.
- D.S. N° 156/1990, del MTT, reglamenta revisiones técnicas y la autorización y funcionamiento de las plantas revisoras, publicado el 29 de noviembre de 1990.
- D.S. N° 98/1991, MINHAC, establece modalidades a que deberá ajustarse la celebración de convenios que involucren la prestación de servicios personales, publicado el 19 de marzo de 1991.
- D.S. N° 48/1994, MOP, que aprueba el Reglamento para Contratación de Trabajos de Consultoría, publicado el 9 de septiembre de 1994.
- D.S. N° 956/1997, MOP, publicado el 20 de marzo de 1999.
- D.S. N° 1.312/1999, MINHAC, que establece sistema de información de compras y contrataciones públicas, publicado el 26 de noviembre de 1999.
- D.S. N° 495/2002, Ministerio de Justicia, aprueba el Reglamento de Licitaciones y Prestación de la Defensa Penal Pública, publicado el 19 de agosto de 2002.
- D.S. N° 236/2002 que aprueba las bases generales reglamentarias de contratación de obras para los SERVIU, publicado el 1 de julio de 2003.
- D.S. N° 132/2003, reglamenta Sistema de Financiamiento Urbano Compartido, publicado el 30 de agosto de 2003.

- D.S. N° 250/2004, MINHAC, aprueba reglamento de la Ley N° 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, publicado el 24 de septiembre de 2004.
- D.S. N° 75/2004, MOP, deroga Decreto N° 15, de 1992, y aprueba Reglamento para Contratos de Obras Públicas, publicado el 1 de diciembre de 2004.
- D.S. N° 1.763/2009, MINHAC, modifica Decreto 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 6 de octubre de 2009.
- RESOLUCIÓN N° 38/2003, Defensoría Penal Pública, Formaliza las Bases Administrativas Generales de Licitaciones de Defensa Penal Pública, publicada el 17 de enero de 2003.
- LEY 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, publicada el 27 de noviembre de 1992 (España).
- LEY 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, publicada el 19 de mayo de 1995 (España).

### *Jurisprudencia citada*

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 28 de enero de 1999, Rol N° 282-98
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 26 de abril de 1997, Rol N° STC 254/1997.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 22 de noviembre de 1999, Rol N° 299-99.
- 25° JUZGADO Civil de Santiago, sentencia de 9 de septiembre de 2020, rol C-19357-2017.
- GGR, Dictamen N° 38.839/1976.
- GGR, Dictamen N° 11.495/2000.
- GGR, Dictamen N° 57.288/2003.
- GGR, Dictamen N° 59.540/2003.
- GGR, Dictamen N° 21.607/2004.
- GGR, Dictamen N° 34.883/2004.
- GGR, Dictamen N° 59.566/2004.
- GGR, Dictamen N° 53.462/2005.
- GGR, Dictamen N° 7.241/2007.
- GGR, Dictamen N° 46.834/2007.
- GGR, Dictamen N° 47.561/2008.
- GGR, Dictamen N° 75.571/2010.
- GGR, Dictamen N° 35.340/2011.
- GGR, Dictamen N° 35.844/2012.