



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

**PROBIDAD DE LA COMISIÓN EVALUADORA EN UNA LICITACIÓN
PÚBLICA**

MARÍA SOLEDAD MÉNDEZ ANACONA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Magister en Derecho Público

Profesor Guía: Nancy Barra Gallardo

Santiago, Chile

2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1.- COMISIÓN EVALUADORA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA:	4
I. Concepto:	4
II. Regulación:.....	4
III. Procedimiento de contratación:.....	6
CAPÍTULO 2.- PROBIDAD ADMINISTRATIVA:	11
I. Concepto:	11
II. Elementos que componen la probidad:	12
CAPITULO 3.- Casos en que la relación o experiencia de los integrantes de una comisión evaluadora podrían generar un conflicto de interés o una falta de objetividad e imparcialidad:	27
CONCLUSIONES:.....	39
BIBLIOGRAFÍA.....	41

TABLA DE ABREVIATURA:

CPR	Constitución Política de la República
EA	Ley N° 18.834 Estatuto Administrativo
LCP	Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.
LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional N° 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado.
RLCP	Reglamento de la Ley N° 19.886

INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual existe una fuerte desconfianza en relación a nuestras instituciones debido a los múltiples casos de corrupción en los que se han visto envueltas,¹² en este contexto la probidad juega un rol cada vez más importante, como un estándar que inhibe a los funcionarios estatales a ejecutar conductas que puedan ser consideradas como corruptas. En el ámbito estatal nadie juega o apuesta su propio patrimonio, sino que el de los contribuyentes, por lo que el ordenamiento jurídico debe velar para que los fondos estatales no se desvíen para satisfacer intereses individuales, como ocurre con las prácticas asistencialistas o las malversaciones.

La probidad es considerada como uno de los aspectos esenciales de un régimen democrático como se señaló en el mensaje presidencial de la Ley N° 20.880: *“El principio de probidad se vincula íntimamente a la existencia de un régimen democrático. La democracia no sólo tiene una naturaleza procedimental, sino también una de carácter sustantivo. Es ese carácter sustantivo el que genera mayores grados de legitimidad al sistema democrático. Parte de ese carácter sustantivo lo constituye, además de un gobierno eficiente y respetuoso de los derechos fundamentales, entre otras cosas, el respeto del principio de probidad.”*³

¹ Lo cual evidencia la Encuesta CEP al preguntarle al universo de encuestados: “En su opinión ¿cuántos políticos en Chile están involucrados en actos de corrupción?”, un 35% respondió “Casi todos”, mientras que otro 35% indicó “Bastantes”. *Estudio Nacional de Opinión Pública N°77* (Julio – Agosto 2016). [fecha de consulta: 8/09/2016], Disponible en: http://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160818/asocfile/20160818165239/encuestacep_julio_agosto_2016.pdf

² En el marco de la Encuesta Bicentenario UC Adimark del año 2014 se formuló la siguiente pregunta: “¿Cuánta confianza tiene usted en las siguientes instituciones?”, donde las Fuerzas Armadas obtuvieron un 31%, la Iglesia Católica un 27%, las Iglesias evangélicas un 19%, los Partidos Políticos un 3% y los Parlamentarios un 3%. [fecha de consulta: 8/09/2016], Disponible en: http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/05/Reporte_15_UC_Confianza-v09.pdf

³ Historia de la Ley 20.880. Mensaje Presidencial. 03 de Mayo de 2011.

Nuestro Ordenamiento Jurídico ha intentado dar una respuesta a los casos de corrupción en el aparato Estatal a través de la dictación de una serie de normas que tienen como objetivo fortalecer la ética pública a través de la regulación del principio de probidad. Una de las modificaciones más importantes en este tema ha sido la consagración del principio de probidad a nivel constitucional en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, así como la dictación de dos leyes abocadas a la reglamentación de este principio: la Ley N° 19.653 sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la Administración del Estado y por otro lado, la Ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y la prevención de conflictos de intereses.

Las normas legales antes mencionadas son consecuencia del rol central que ha tomado el principio de probidad en el ordenamiento jurídico-administrativo nacional; sin embargo uno de los aspectos menos estudiados ha sido la influencia de este principio en las normas de la licitación pública especialmente en lo que dice relación con la regulación de la comisión evaluadora. La referida comisión actúa en el marco de una licitación pública o privada y ha visto fuertemente reforzadas y regladas las conductas, relaciones y actuaciones de sus integrantes, ya que, son ellos los que proponen a la autoridad superior de un Servicio Público cuál es la mejor oferta a adjudicar. Este es el fundamento para que el presente trabajo tenga como hipótesis la siguiente pregunta: ¿Cuándo una relación o experiencia de un integrante de una comisión evaluadora de un proceso licitatorio de Compras Públicas, con un determinado proveedor trae como consecuencia un conflicto de interés, una falta de neutralidad u objetividad y por tanto vulnera el principio de probidad?, esta pregunta se intentará dilucidar a través del estudio de las normas que regulan la probidad administrativa y la comisión evaluadora, con el fin de obtener un diagnóstico sobre el estado actual del sistema de la ley de compras en Chile.

Este trabajo se iniciara con un breve análisis de las principales características de las comisiones evaluadoras de un proceso de licitación regido por la Ley N° 19.886 (en adelante Ley de Compras) y su reglamento, para luego contrastarlas en el capítulo siguiente con las normas que regulan el principio de probidad en nuestro país, con la finalidad de determinar en qué casos, la relación o experiencia de uno de los integrantes de una comisión evaluadora vulnera el principio de probidad.

CAPÍTULO 1.- COMISIÓN EVALUADORA DE LA LICITACIÓN PÚBLICA:

I. Concepto:

A grandes rasgos podemos señalar que las comisiones evaluadoras están insertas en los procesos licitatorios donde *lo normal es que las bases establezcan una comisión encargada de examinar las ofertas, la que emite un parecer acerca de éstas a la autoridad facultada para contratar. Atendiendo que se trata de un acto formal de apertura y examen, dicha comisión debe ser nombrada por una resolución el jefe de Servicio.*⁴

Las comisiones evaluadoras cumplen un rol primordial en la tramitación de los procesos de licitación, especialmente durante la etapa de evaluación de la oferta, al punto que si su recomendación es desecha sin expresión de causa por la entidad licitante esta decisión puede ser impugnada por los proponentes que se sienten perjudicados⁵ a pesar de esto, no posee una definición legal ni doctrinal, por lo que para efectos del presente trabajos diremos que es aquel órgano que dentro de un procedimiento administrativo de licitación, se encarga de evaluar las ofertas y proponer a la entidad licitante la (oferta) más conveniente para su adjudicación.

II. Regulación:

Las comisiones evaluadoras cuentan con una regulación escasa y dispersa en la legislación administrativa de nuestro país, como se puede

⁴ BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. 3° ed. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing. 2014, página 266.

⁵ MORAGA KLENNER, Claudio. Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado. Coordinador Académico: PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Tomo VII. Legalpublishing, 2010, página

apreciar en las normas sobre compras públicas, al respecto la Ley N° 19.886, también denominada Ley de Compras Públicas (LCP) no menciona las comisiones evaluadoras, sino que es su reglamento el que las regula en escuetos artículos.

Una de las principales normas que regulan el funcionamiento de las comisiones evaluadoras es el Decreto N° 75 de 2004 del Ministerio de Obras Públicas, que aprueba el Reglamento para Contratos de Obras Públicas, que en sus artículos 84 y siguientes regula el funcionamiento y composición de las “Comisiones de Evaluación”, las cuales tienen entre sus principales funciones verificar si los oferentes han entregado todos los antecedentes exigidos en las bases, luego pre-seleccionará la oferta más conveniente y por último deberá emitir un informe con la propuesta de adjudicación.

Sin embargo, en materia de compras públicas, la norma más importante en relación con las comisiones evaluadoras es el Decreto N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda que contiene el Reglamento de la Ley N° 19.886 (en adelante RLCP). En términos generales este Reglamento regula los siguientes aspectos de las comisiones evaluadoras: En su artículo 22 N° 10 señala que la forma en que serán designados sus miembros estará establecida en las Bases Administrativas del respectivo proceso de licitación. Luego el artículo 37 del Reglamento se centra en su composición, en donde podemos encontrar una manifestación del principio de probidad administrativa, en el inciso 4° del mencionado artículo, que establece una inhabilidad para los miembros de la comisión evaluadora quienes no podrán tener conflictos de intereses con ninguno de los oferentes. El artículo 38 establece que los miembros de la comisión evaluadora podrán elaborar pautas que precisen la forma de calificar los factores y subfactores definidos en las bases de licitación, y por último el artículo 40 bis establece el contenido que debe tener el informe de la comisión evaluadora.

Como podemos apreciar, son escasos los artículos del Reglamento de la Ley de Compras que hacen referencia a las comisiones evaluadoras, quedando algunos vacíos en su regulación, como sucede por ejemplo en la posibilidad de aplicar a sus miembros las reglas generales sobre probidad administrativa.

Es la LCP en su artículo 1° la que permite deducir el ámbito de aplicación en el que se desenvolverán las comisiones evaluadoras en estudio: Son los procesos de licitación que realice la Administración del Estado para contratar a título oneroso, el suministro de bienes muebles y servicios. Esta forma de determinar el ámbito de aplicación sigue criterios objetivos, ya que, establece cuáles son las formas de contratación que están regidas directamente por la Ley de Compras Públicas⁶.

La Ley N° 20.730 que regula el Lobby, señala en su artículo 4 N° 7, que los integrantes de las comisiones evaluadoras también son sujetos pasivos de dicha ley, en el ejercicio de sus funciones. Esta ley busca fortalecer el principio de probidad y obliga a los sujetos pasivos a registrar audiencias, viajes y donativos oficiales y protocolares, si los hubiere. Como veremos más adelante, esto cobra importancia en el caso que un integrante de una comisión evaluadora celebre una audiencia con un oferente del proceso licitatorio, lo cual puede constituir una falta al principio de imparcialidad.

En conclusión, podemos señalar que esta regulación posee las siguientes características: Es una regulación dispersa, escueta y de carácter reglamentario.

III. Procedimiento de contratación:

El objetivo de las comisiones evaluadoras es evaluar las ofertas hechas por los proponentes en un proceso administrativo de contratación, sin embargo no en todos los mecanismos de contratación será necesaria la existencia de este órgano.

⁶ CELIS DANZINGER, Gabriel. Principios Constitucionales en la Ley de Compras. Revista de Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar. N° 1 Primer Semestre. 2008. Página 74.

En el Derecho Administrativo la formación del consentimiento en los contratos administrativos está supeditada a la utilización de determinados procedimientos administrativos. Los Procedimientos de Contratación son *aquellos procedimientos administrativos destinados a perfeccionar un contrato administrativo*.⁷

En nuestro país existen cuatro tipos de mecanismos de contratación administrativa: Los convenios marcos, la licitación pública, la licitación privada y los tratos directos:

a) Convenios Marco: Se encuentra definido en el artículo 2 N° 14 RLCP como aquel: *“procedimiento de contratación realizada por la Dirección de Compras, para procurar el suministro directo de bienes y/o servicios a las Entidades, en la forma, plazo, y demás condiciones establecidas en dicho convenio”*.

El procedimiento para contratar un Convenio Marco está regulado en los artículos 14 y 18 del RLCP.

Este procedimiento consta de dos etapas: La primera tiene destinada a la suscripción de Convenio Marco por parte de la Dirección de Compras, en el que participan diversos oferentes, y la segunda fase consiste en la suscripción de convenios marco a través de la Dirección, por parte de las entidades estatales.

La primera etapa del procedimiento de un Convenio Marco es de carácter concursal. Los procedimientos son concursales cuando los proponentes compiten entre sí por obtener un contrato oneroso con la Administración⁸. La relevancia de determinar si un procedimiento es concursal, es que determinara el ámbito de aplicación de las comisiones evaluadoras como se revisará más adelante.

b) Licitación Pública: La LCP en su artículo 7 letra a) la define como: *“el procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.”*.

⁷ CELIS DANZINGER, Gabriel. Contratos Administrativos. Santiago, Chile. Editorial El Jurista. 2016. página 46.

⁸ JARA SCHNETTLER, Jaime. Revisión crítica del Trato o Contratación Directa como modalidad de Contratación Administrativa. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2008, página 59.

Este mecanismo de contratación es la regla general en materia de compras pública como se desprende del mensaje de la LCP y del artículo 9 del RLCP⁹.

Este procedimiento de contratación cuenta con una serie de fases:

- **Elaboración de bases:** En esta etapa se confeccionan las bases administrativas y técnicas que rigen el proceso de licitación pública, el cual debe ser aprobado mediante un acto administrativo. Las bases son definidas por el artículo 2 N° 3 del RLC como: *“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”*.

Esta etapa tiene especial relevancia para el funcionamiento de las comisiones evaluadoras, ya que, al menos dos aspectos de estas son parte del contenido mínimo que deben contener las bases de la licitación: En primer lugar, los criterios objetivos en base a los cuales se deberá analizar las ofertas (artículo 21 N° 7 del RLCP) y la forma en que serán designados sus miembros (artículo 21 N° 10).

Por otra parte, la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas ha señalado que el funcionario encargado de redactar las bases administrativas no integre posteriormente una comisión evaluadora, con el fin de evitar prácticas contrarias al principio de probidad¹⁰.

- **Llamado a presentar propuestas:** Es *aquella fase en que la Administración realiza un llamado público o abierto a los interesados, para presentar sus propuestas.*¹¹

- **Aclaratoria de bases:** Es *aquella fase en que la Administración procede de oficio o por medio de respuestas a interrogantes de los interesados, a determinar o clarificar el sentido y alcance de las bases administrativas y/o técnicas de la licitación.*¹²

⁹ MUÑOZ CHIU, Natalia. Contratación Administrativa. Revista de Derecho CDE, N° 12, 2004. Página 20.

¹⁰ DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES PÚBLICAS. Actualización de la Directiva de Contratación Pública N° 14: “Recomendaciones para el funcionamiento de las comisiones evaluadoras.” Santiago, Chile. 17 de Febrero de 2016, página 4.

¹¹ CELIS DANZINGER (2016), Óp. cit., página 58.

¹² Ibíd., página 58

- Recepción y apertura de ofertas: *Consiste en que la Administración recibe las propuestas presentadas por los oferentes, - electrónica o materialmente, según fuere el caso-, dentro del plazo y condiciones definidas en las bases.*¹³.

- Evaluación de las ofertas: *Consiste en un análisis económico y técnico de los beneficios y los costos presentes y futuros del bien y servicio ofrecido por los diversos postulantes, que efectúa la entidad licitante en base a los criterios de evaluación definidos en las Bases.*¹⁴.

Esta etapa es especialmente relevante para el objeto de estudio de este trabajo, ya que, es en esta fase en donde surgen las comisiones evaluadoras.

Las características de las evaluaciones han sido desarrolladas por la jurisprudencia de la CGR, dentro de las cuales podemos destacar las siguientes: La evaluación es un aspecto de mérito y oportunidad que le compete calificar a la Administración¹⁵; la propuesta más beneficiosa no será necesariamente aquella de menor valor económico, sino que pueden ser considerados otros elementos al momento de ponderar las ofertas¹⁶; por último, es posible que se establezcan en las bases como requisito para adjudicar una licitación, el alcanzar por parte de los oferentes un mínimo de puntaje.¹⁷

- Adjudicación de la propuesta: Nuestra legislación la ha definido en el artículo 2 N°1 del Reglamento de la Ley de Compras como: *“Acto administrativo fundado, por medio del cual la autoridad competente selecciona a uno o más Oferentes para la suscripción de un Contrato de Suministro o Servicios, regido por la Ley N° 19.886, en adelante, también, la “Ley de Compras”.*”

A través de este acto (adjudicación) la entidad licitante selecciona la oferta más conveniente, pasando el proponente a ser adjudicatario, liberando a los demás oferentes de la mantención de sus ofertas, una vez han sido desestimadas.

- Celebración del contrato: Finalmente este procedimiento concluirá con la suscripción del contrato administrativo respectivo, el que posteriormente será aprobado a través de un acto administrativo. El contrato respectivo no podrá contener cláusulas

¹³ *Ibíd.*, página 59.

¹⁴ *Ibíd.*, página 62.

¹⁵ Contraloría General de la República Dictamen N° 743 de 2013.

¹⁶ Contraloría General de la República Dictamen N° 30.873 de 2009.

¹⁷ Contraloría General de la República Dictamen N° 4.307 de 2012.

que pugnen con lo establecido en las bases del respectivo procedimiento, siendo esto una manifestación del principio de estricta sujeción de las bases.

c) Licitación Privada: Son definidas por el artículo 7 letra b) de la Ley de Compras 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 conveniente.”*

d) Trato Directo: Según el artículo 7, letra c), de la Ley de Compras consiste en: *“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.”*

A diferencia de los mecanismos ya mencionados, el trato directo no es un procedimiento concursal, *ya que la Administración no llama a concurso público ni invita a determinadas personas para que sujetándose a las bases fijadas por ésta, formulen propuestas de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente.*¹⁸ .

De este análisis podemos establecer que las comisiones evaluadoras tienen su campo de aplicación limitado a los mecanismos de contratación que sean concursales, ya sea en el Convenio Marco en su primera etapa, en una Licitación Pública o una Licitación Privada, quedando al margen la contratación por Trato Directo, ya que, en este último caso no existirán variadas ofertas que deban ser evaluadas, sino que la Administración pasará a contratar directamente con el proveedor. Por tanto, en los mecanismos de contratación concursal podrá designarse comisiones evaluadoras, sin embargo en aquellos casos de contrataciones de alta complejidad o montos superiores a 100 UTM, esta designación será obligatoria¹⁹

¹⁸ BARRA GALLARDO, CELIS DANZINGER. Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras. 4a.ed. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2015, página 121.

¹⁹ ÁVALOS SÁEZ, Stephanie. Resguardo de la competencia en el sistema de contrataciones chileno establecido en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y su Reglamento. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015, página 37.

CAPÍTULO 2.- PROBIDAD ADMINISTRATIVA:

I. Concepto:

Para poder determinar cuándo una actuación de un integrante de una comisión evaluadora de un proceso de licitación regido por la Ley N° 19.886, ha vulnerado el principio de probidad, por un conflicto de interés, o por una falta de objetividad o neutralidad, es necesario con anterioridad establecer en qué consiste el principio de probidad y en especial, cuando se configura un conflicto de interés o una falta de objetividad o neutralidad.

En primer lugar, es necesario definir la probidad, para establecer el marco general en el que se encuentran insertos los conflictos de intereses. La palabra probidad proviene del latín *probitas* y según la Real Academia de la Lengua española significa *honradez*²⁰, en términos generales podemos decir que la probidad: *“es la rectitud y moralidad a que tiene que ajustarse la conducta humana, y en lo público, la que debe observarse en el ejercicio de funciones públicas.”*²¹, por otro lado, Luis Cordero Vega define la probidad desde una perspectiva normativa en los siguientes términos: *“Impone el deber de los funcionarios del Estado de actuar de conformidad a los intereses públicos y fines a los cuales debe servir, prohibiendo otorgar preferencias o desfavores a él u otras personas”*²². En el ordenamiento jurídico nacional podemos encontrar una definición de la probidad entendida como principio, en el artículo 52 inciso segundo de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante LOCBGAE): *“consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.”*, de este concepto

²⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. [fecha de consulta: 30 de Octubre de 2016]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UEI8LOD>.

²¹ REYES RIVEROS, Jorge. PROBIDAD Y CORRUPCION. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. dic. 1995, vol.6 [citado 28 Julio 2016], p.74-92. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501995000100004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

²² CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago, Chile. Editorial LegalPublishing, 2015, página 119.

podemos apreciar que *los destinatarios directos de éste (principio) son los funcionarios que conforman el órgano y no el órgano mismo. Ello se entiende en cuanto la probidad es un principio jurídico, pero también ético, que dependerá en buena medida de lo que en la sociedad en un momento determinado sea considerado como conducta proba.*²³ De lo anterior, podemos extraer que los destinatarios de este principio son los miembros de una comisión evaluadora y no la comisión en sí misma, en cuanto a órgano. Sin embargo, como se estudiará a continuación no es un tema pacífico la determinación de los miembros de una comisión evaluadora a los que se le debe aplicar dicho principio.

Otra característica del concepto de probidad utilizado por nuestra legislación es su amplitud, ya que, *abarca situaciones y conductas no prohibidas expresamente por la ley, pero que resultan reñidas con este principio –las que han dado lugar a una nutrida jurisprudencia administrativa-, de lo que se sigue que resulta prácticamente imposible describir en la ley todas las posibles conductas que atentan en contra de la probidad, por lo que se estimó necesario que ella se mantenga a nivel de principio, por sobre las normas legales que prohíben las conductas impropias más evidentes*²⁴. Esta amplitud es la que justifica el objeto de estudio del presente trabajo, en cuanto no están expresamente establecidas las conductas que constituyen un conflicto de interés o una falta de objetividad o imparcialidad, por tanto es necesario determinar los criterios que permitan discernir una conducta lícita de una que atenta contra el principio de probidad.

II. Elementos que componen la probidad:

Los elementos que componen el principio de probidad se desprenden de las normas que lo regulan a nivel constitucional y legal, y en base a estos elementos se realizará posteriormente un contraste con las principales características de las comisiones evaluadoras. A nivel Constitucional, la probidad se encuentra consagrada en el artículo 8 inciso primero de la Constitución Política de la

²³ BERMÚDEZ SOTO, Óp. Cit., página 390.

²⁴ BARRA GALLARDO, Nancy. Probidad Administrativa. Aproximación a la ley N° 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa. 3° ed. Santiago, Chile. Editorial Lexisnexis. 2007, página 28.

República (CPR)²⁵, mientras que a nivel legal, existen dos disposiciones que establecen el marco general de la probidad administrativa en nuestro país: en primer lugar, se encuentra la Ley N° 19.653 que modificó la LOCBGAE, y en segundo lugar, fue dictada recientemente la Ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y prevención de los conflictos de intereses.

En base a este marco normativo la doctrina, distingue tres elementos que integran o que se constituyen como requisitos del principio de probidad, *a saber, una “conducta funcionaria intachable y el desempeño honesto y leal; el ámbito de aplicación de la normativa que, sobre probidad administrativa, contiene la ley 18.575, atendiendo que ya no sólo se alude a un cargo público sino también al desempeño de una “función”; y la posición preeminente el interés general sobre el particular.”*²⁶

Los tres elementos que componen el principio de probidad, a saber: a) La conducta funcionaria intachable y desempeño honesto y leal; b) El ámbito de aplicación: y c) La preeminencia del interés general sobre el particular, serán analizados exhaustivamente debido a la importancia que tienen para el presente trabajo, contrastándolos con las normas que regulan las comisiones evaluadoras ya estudiadas:

a) Conducta funcionaria intachable y desempeño honesto y leal:

Este elemento hace referencia a la forma en que los funcionarios públicos deben desarrollar sus actividades, la ley en este caso hace una enumeración amplia de los requisitos que debe tener la conducta del funcionario para que sea considerada ajustada al principio de probidad.

La frase conducta funcionaria intachable y desempeño honesto y leal alude a *“la integridad (moral) en el obrar de una persona, esto es, el actuar en forma recta, proba, intachable desde el punto de vista ético, y por tanto,*

²⁵ Artículo 8 CPR: *El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.*

²⁶ BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 29.

*puede considerársela como un valor y una virtud moral que pueden poseer o desarrollar las personas para guiar su comportamiento en el sentido de la corrección moral en el desempeño de cualquier actividad o trabajo que lo requiera, sea éste en el ámbito particular o público*²⁷

Las conductas anteriormente desarrolladas por la doctrina tienen recepción en nuestra legislación a través del establecimiento de inhabilidades, incompatibilidades para el desempeño de la función pública y prohibiendo ciertas conductas que contravienen especialmente el principio de probidad, los cuales pasaremos a desarrollar brevemente a continuación:

- Inhabilidades: Reguladas de manera general en los artículos 54 al 56 de la LOCBGAE. No existe en nuestra legislación una definición de inhabilidades ni de incompatibilidades, pero es posible señalar que consisten en *impedimentos legales para ejercer cargos públicos, referidos a situaciones de diversa índole, que el legislador considera pueden afectar el principio de probidad administrativa*.²⁸, además podemos agregar que la presunción por falta de probidad *vendría a ser de derecho, ya que no admite prueba en contrario, vale decir, establecidos que sean los presupuestos de hecho descritos por la ley, se configura la causal de inhabilidad o incompatibilidad, sin permitirse probar que quien ejerce el cargo público se encuentra de buena fe*.²⁹

La LOCBGAE establece cuatro clases de inhabilidades generales, sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establece la ley. Estas inhabilidades son: artículo 54 letra b) que regula las

²⁷ DRAPKIN BUNSTER, Álvaro. Algunas precisiones sobre la noción de probidad en la función pública. Instituto de Ciencias Políticas, editado por el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Escuela de Gobierno y Gestión Pública, Documento de Trabajo N° 44, Santiago, 1994, página 6.

²⁸ LAPORTE Ribera, Óp. cit., página 64.

²⁹ *Ibíd.*, página 64-65.

inhabilidades por parentesco, la inhabilidad por litigio establecida en la letra a) inciso segundo del artículo ya mencionado; la inhabilidad por contrato o caución regulado en la letra a) inciso primero del artículo en cuestión y por último; la inhabilidad por condena de la letra c) del artículo 54 LOCBGAE.

- Incompatibilidades: Son *limitaciones generales para ejercer determinadas actividades, cuando éstas resulten incompatibles con la función pública.*³⁰

Las incompatibilidades establecidas en el artículo 56 de la LOCBGAE pueden ser clasificadas en: Incompatibilidades en razón de la jornada de trabajo, ampliamente desarrollada en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República³¹; Incompatibilidades en razón de la materia o asunto, que son aquellas que se establecen en relación con *la profesión, el oficio, la industria o el comercio, cuando ésta esté referida a materias específicas o a casos concretos que deba informar, analizar o resolver el funcionario, autoridad o el servicio a que pertenece*³²; Incompatibilidades especiales para ex funcionarios de instituciones fiscalizadoras, en este caso la ley establece que los ex funcionarios de entidades fiscalizadoras *no pueden dar inicio a una relación laboral con instituciones del sector privado que son objeto de fiscalización por el órgano fiscalizador al cual pertenecieron, hasta seis meses después de la cesación de funciones.*³³

- Conductas contrarias a la probidad: En este punto encontramos una manifestación de la consagración en nuestro país de un concepto amplio de probidad, ya que, *si bien no es posible fijar un catálogo completo de conductas contrarias a la probidad, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la*

³⁰ *Ibíd.*, página 70.

³¹ Como se puede ver en los Dictámenes: N°s 48.235/07, 37.107/06, 17.336/07.

³² LAPORTE Ribera, Óp. Cit., página 73.

³³ *Ibíd.*, página 74.

*Administración del Estado en su artículo 62 establece expresamente ciertas conductas consideradas especialmente graves en su transgresión al principio que resguarda.*³⁴

Dentro de las conductas que menciona la LOCBGAE, nos encontramos con: El uso indebido de información reservada o privilegiada, consagrada en el artículo 62 N° 1; Tráfico de influencias, del numeral 2 del artículo 62; Emplear bienes de la institución en provecho propio o de terceros regulado en el numeral 3 del artículo ya mencionado; Ocupar tiempo de la jornada o utilizar personal en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales, normado en el numeral 4 del artículo en cuestión; Solicitar o aceptar donativos, ventajas o privilegios, salvo ciertas excepciones, del numeral 5 del artículo 62; Intervenir en asuntos en que se tenga interés personal, del numeral 6; Omitir o eludir la propuesta pública, regulado en el numeral 7; y por último, Contravenir los deberes de eficiencia, eficacia y legalidad que rigen el desempeño de los cargos públicos, del numeral 8 del artículo en cuestión.

Respecto a las comisiones evaluadoras su regulación guarda silencio, no siendo posible encontrar en ninguno de los artículos de la Ley de Compras o en su Reglamento alguna referencia a este elemento del principio de probidad, por lo que al ser aplicable de manera supletoria la LOCBGAE es posible establecer que las comisiones evaluadoras son compatibles con este elemento de la probidad administrativa.

b) *Ámbito de aplicación:* Respecto al ámbito de aplicación de las normas que regulan la probidad administrativa en nuestro país, podemos señalar de manera general son aplicables a las personas que ejercen un cargo o función pública, esto según la autora Nancy Barra Gallardo: *“constituye el segundo elemento que, de acuerdo a nuestro enfoque, conforma el principio de probidad administrativa, esto es, quienes*

³⁴ Ídem.

*desempeñan un cargo o función pública*³⁵. Por tanto, para poder dilucidar a quienes le es aplicable el principio de probidad administrativa en nuestro país, es necesario en primer lugar, esclarecer que entendemos por cargo o función pública.

En el sentido anterior destacan ciertas normas que definen lo que se debe entender por cargo público, un ejemplo de esto es la Ley N° 18.834, denominada como Estatuto Administrativo (EA), que en su artículo 3 letra a) lo define como: *“Es aquél que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º, a través del cual se realiza una función administrativa.”*, de este precepto es posible dilucidar que la nota distintiva del concepto *cargo público*, a partir de su definición legal, se encuentra claramente delimitado, reconociéndose que mediante él se realiza una *“función administrativa”*, pero referido sólo a los empleos de planta de una determinada institución o al desempeño en ella de cargos a contrata denominándose a quienes sirven tales plazas *“funcionarios o empleados públicos”*³⁶.

Para poder adentrarnos en este segundo elemento de la probidad administrativa, es necesario desarrollar el concepto de función pública, que como ya fue analizado cumple un rol fundamental respecto a la determinación del ámbito de aplicación del principio en cuestión.

La función pública en términos generales es: *“La actividad que desarrollan los órganos del Estado en la consecución de su fin, vale decir, ella representa la actividad que debe desarrollar el agente público”*³⁷, también ha sido definida de manera estricta como: *“la actividad que desarrolla la dotación o elemento humano de la Administración del Estado para poner en funcionamiento el servicio público”*³⁸, finalmente la doctrina moderna la ha definido como: *“El conjunto de recursos humanos, las mujeres y los hombres, que se encuentran directamente al servicio el*

³⁵ BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 32.

³⁶ *Ibíd.*, páginas 32 y 33.

³⁷ *Ibíd.*, página 33.

³⁸ SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, 4º ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993, página 111.

*Estado, pero también las funciones y servicios públicos que éstos desempeñan y el régimen jurídico y la organización en que se encuadran*³⁹

Considerando que el objetivo de éste capítulo es estudiar el principio de probidad administrativa, el enfoque que se le dará a la función pública se hará en relación con la subfunción pública administrativa, al respecto *corresponde analizar la terminología que se emplea respecto de quienes pueden ejercer tal función a fin de establecer a qué personas- además de aquellos que sirven empleos de planta y a contrata- en razón del mecanismo de sujeción o vinculación que mantengan con la Administración, se les aplican las disposiciones, sobre probidad administrativa.*⁴⁰

La forma en que el RLCP regula la conformación de las comisiones evaluadoras no permite apreciar con claridad si le son aplicables las normas de la probidad administrativa a todos sus integrantes, ya que, el artículo 37 inciso 4 del reglamento antes mencionado establece que estarán conformadas por: *“al menos tres funcionarios públicos, internos o externos al organismo respectivo (...) podrán integrar esta comisión personas ajenas a la administración y siempre en un número inferior a los funcionarios públicos que la integran.”* Por lo que es necesario dilucidar si esas personas ajenas a la administración (que pueden ser funcionarios de hecho o personal contratado a honorarios entre otros) pueden ejercer una función pública.

La función pública administrativa, no solamente es ejercida por funcionarios o empleados públicos, sino que abarca también a *quienes laboran para el Estado en cualquier ámbito de la Administración, desde cualquier poder público e incluyendo a las empresas estatales.*⁴¹ Esto obliga a analizar algunas figuras que se dan en nuestro país, en especial a los agentes públicos, los funcionarios de hecho y las autoridades.

³⁹ BERMÚDEZ SOTO, Óp. cit., página 435.

⁴⁰ BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 37.

⁴¹ Comisión Nacional de Ética Pública, Informe: Ética Pública: Probidad, transparencia y responsabilidad al servicio de los ciudadanos. Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, Santiago, Chile, 1994, página 4.

Respecto al agente público es el que posee el mayor alcance y se refiere a: *“Todo aquel sujeto que desempeñe funciones estatales, sean judiciales legislativas o administrativas, se trate de un funcionario público propiamente tal o no, autoridad o empleado”*⁴². Está es una figura amplia, que incluye a cualquier persona que desempeñe una función pública, aun cuando lo haga de manera temporal y en cualquier calidad y cargo. Esta figura toma gran relevancia al momento de establecer si los integrantes de las comisiones evaluadoras (especialmente los externos a la administración) se encuentran dentro del ámbito de aplicación de las normas acerca de la probidad administrativa, debido a que permite subsumir ciertas figuras en su interior, como por ejemplo los trabajadores que se desempeñan en empresas públicas creadas por ley quienes tienen la calidad de servidores públicos, como ha señalado la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República⁴³.

Respecto a los trabajadores contratados a honorarios, por regla general no son funcionarios o empleados públicos en sentido estricto⁴⁴, sin embargo la jurisprudencia administrativa les ha reconocido la calidad de servidores estatales⁴⁵ y ha determinado que les son aplicables las normas sobre probidad administrativa⁴⁶.

Los funcionarios de hecho, es una institución que surge *en aquellos casos en que un individuo con un título irregular o aparente ejerce funciones como si fuera un verdadero funcionario público, siendo reputado como tal no obstante carecer de esta calidad desde el punto de vista*

⁴² BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 38.

⁴³ Contraloría General de la República, Dictámenes N°s: 52.682 de 1976, 12.350 de 1989, 16.489 de 1991, 20.108 de 1994

⁴⁴ La excepción a esta regla la constituye las contrataciones hechas bajo la Ley de Presupuesto, que reconoce en una de sus glosas una modalidad distinta de contratación a honorarios con carácter de agente público. Para mayor información consultar: http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Capacitacion/MaterialDocente/Ejecutadas/2013/9ESTATUTO_ADMINISTRATIVO_NE/PPT_1.pdf, y el Dictamen N° 51.669 de 2015 de la CGR.

⁴⁵ Contraloría General de la República, Dictámenes N°s: 13.575 de 1998, 12.538 de 1999, 24.466 de 2000.

⁴⁶ Contraloría General de la República, Dictámenes N°s: 25.694 de 2005, 16.360 de 2010.

*legal*⁴⁷. En el caso en que una persona cumpla los requisitos para ser considerado funcionario de hecho tendrá derecho a recibir remuneraciones por el período correspondiente; y por otro lado, sus actuaciones serán consideradas válidas durante el tiempo intermedio entre la asunción del cargo y la notificación de la ilegalidad, *por lo que también se encuentra obligado por las normas que regulan la conducta funcionaria, entre ellas, las relativas al acatamiento del principio de probidad administrativa.*⁴⁸.

En el caso de las autoridades, el artículo 52 de la LOCBGAE, hace aplicable el principio de probidad tanto a los funcionarios públicos como a las autoridades, por lo que será necesario establecer en qué consiste el concepto autoridad establecido en nuestra legislación. La Real Academia de la Lengua Española define autoridad desde distintas perspectivas entre las que podemos destacar: *“Poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho”* o también *“Potestad, facultad, legitimidad.”*⁴⁹, además la doctrina ha señalado dos elementos fundamentales para que estemos en presencia de una autoridad, *del primero el cometido específico que, por medio de una atribución entregada por la Carta Fundamental, se efectúa a una persona determinada y, del segundo, la relación de subordinación, que es consustancial a la potestad de mando.*⁵⁰ Esta distinción realizada por nuestra legislación entre funcionarios públicos y autoridades, permite incluir dentro del ámbito de aplicación del principio de probidad autoridades que no son considerados funcionarios públicos como los Ministros de Estado o los concejales, en conclusión *la incorporación de la locución “autoridades” dentro de los obligados por el principio de probidad, tiene por objeto no dejar margen a la duda de que éste resulta vinculante para todos quienes, en el más amplio de los sentidos, desempeñan una función pública gestionando los intereses de la comunidad.*⁵¹

⁴⁷ BERMÚDEZ SOTO, Óp. cit., página 444.

⁴⁸ BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 50.

⁴⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. [fecha de consulta: 30 de Octubre de 2016]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=4UNmzWP> .

⁵⁰ BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 51.

⁵¹ *Ibíd.*, página 53.

Es posible llegar a la conclusión que el ámbito de aplicación del principio de probidad incluye a los funcionarios públicos sean de planta o contrata, el personal regido por el Código del Trabajo, el personal a honorarios⁵², las autoridades, los funcionarios de hecho y los agentes públicos, es decir, todas aquellas personas que ejerzan función pública al interior de la Administración del Estado, *esta extensión del ámbito de aplicación del principio que nos ocupa es sólo una consecuencia del establecimiento de un estatuto ético general y básico para todos los servidores públicos, el que, conforme al principio de igualdad ante la ley, debe regir respecto de todos ellos, sin que corresponda conceder privilegios o imponer obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros, por cuanto en términos generales, los empleados de la Administración se encuentran en condiciones similares, consultándose, además, la subsistencia de preceptos más rigurosos basados en razonables diferencias.*⁵³

Por último, respecto a los integrantes de las comisiones evaluadoras, ¿es posible incluirlos dentro del ámbito de aplicación ya mencionado?, para responder esto debemos remitirnos a lo establecido en el artículo 37 inciso quinto del Reglamento de la Ley de Compras que establece: *“En las licitaciones en las que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad y en todas aquellas superiores a 1.000 UTM, las ofertas deberán ser evaluadas por una comisión de al menos tres funcionarios públicos, internos o externos al organismo respectivo, de manera de garantizar la imparcialidad y competencia entre los oferentes. Excepcionalmente, y de manera fundada, podrán integrar esta comisión personas ajenas a la administración y siempre en un número inferior a los funcionarios públicos que la integran.”*, esta es la única norma que hace referencia a los integrantes de la comisión evaluadora.

⁵² POBLETE VINAIXA, Julia. Ley de Bases y Estatuto Administrativo. Santiago, Chile. Librotecnia. 2014, página 43.

⁵³ BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 57.

En primer lugar, dicho precepto establece que en las licitaciones en las que la evaluación de las ofertas revista gran complejidad y en todas aquellas superiores a 1.000 UTM, las comisiones evaluadoras estarán compuestas por al menos tres funcionarios públicos, internos o externos al organismo respectivo, en este caso para efectos de la aplicación del principio de probidad no importa si los funcionarios públicos son internos o externos al organismo respectivo, ya que, en ambos casos le son aplicables las normas del principio ya mencionado.

También podemos deducir una segunda hipótesis de composición de las comisiones evaluadoras, en aquellos casos en que la evaluación de las ofertas de las licitaciones no revisten de una gran complejidad y en todas aquellas menores a las 1.000 UTM, caso en el cual debemos ir a lo establecido en las Bases respectivas, según lo señala el artículo 22 N° 10 del Reglamento de la Ley de Compras.

En último lugar, el artículo 37 señala que excepcionalmente podrán integrar esta comisión personas ajenas a la Administración y siempre en un número inferior a los funcionarios públicos que la integran. Esta redacción de la norma nos trae una nueva interrogante, ¿Qué debemos entender por personas ajenas a la Administración? Y por tanto, ¿Es aplicable a estas personas el principio de probidad administrativa ya estudiado?, respecto a estas personas ajenas, al parecer la norma quiso establecer una facultad amplia para que la Administración pudiera integrar las comisiones evaluadoras como más le pareciera conveniente según las necesidades del caso, si estas personas externas tienen el rango de funcionarios contratados a honorarios le son aplicables las normas del principio de probidad administrativa, ya que, son considerados como agente públicos. En el caso en que sea designada una persona que no ostente el rango de funcionario contratado a honorarios, podemos señalar que estas personas igualmente están ejerciendo una función pública, ya que, al integrar una comisión evaluadora pasan a ejercer labores para el Estado colaborando con este en la consecución de una finalidad pública, lo que amerita su

calificación como agentes públicos, los cuales como ya analizamos se encuentran dentro del ámbito de aplicación del principio de probidad.

c) Preeminencia del interés general: El último elemento de la probidad administrativa que señala el artículo 52 inciso segundo de la LOCBGAE es la *preeminencia del interés general sobre el particular*. El interés general es un concepto central del Derecho Administrativo, que consiste en la búsqueda del *bien general para de todos y cada uno de los ciudadanos*⁵⁴ y *consiste en que los primeros se refieren a los asuntos y bienes que son de toda la comunidad y que, en consecuencia, no pertenecen ni son apropiables por nadie*⁵⁵.

Los intereses privados por su parte están vinculados *con los fines individuales de cada miembro de la sociedad, especialmente con aquellos referentes a la propiedad, la riqueza y el lucro*.⁵⁶

Estos dos tipos de intereses (públicos y privados) deben conjugarse de tal manera que no se den cabida a privilegios, con la finalidad de alcanzar el bien común⁵⁷.

La preeminencia del interés general por sobre el particular es contraria a dos conceptos: por un lado al conflicto de intereses y por otro al tráfico de influencias.

- Conflicto de intereses: En la doctrina existen varios conceptos que intentan definir que debemos entender por conflictos de intereses, por una parte se señala que desde una perspectiva financiera consistiría en: *“enfrentan al cargo o funcionario público ante el dilema de beneficiar su interés pecuniario o económico personal o de favorecer el interés general, por más que ambos puedan verse una vez más*

⁵⁴ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. El interés general en el Derecho Administrativo: notas introductorias [en línea], 2012, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/11/art/art3.pdf> .

⁵⁵ BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 57.

⁵⁶ Ibíd., página 58.

⁵⁷ POBLETE VINAIXA, J. (2014) Ob. Cit., página 41.

*entrelazados.*⁵⁸. También como: *“existencia de situaciones de riesgo objetivo para los intereses públicos o los intereses de determinado colectivo porque una persona (funcionario público o agente privado) que se encuentra sometida al deber fiduciario de velar por tales intereses, mantiene, a la vez, cargos, intereses o relaciones de carácter privado (excepcionalmente, también de carácter público) que le generan el incentivo de favorecer éstos en desmedro o por encima de aquellos.”*⁵⁹ Por último, la Ley N° 20.880 sobre probidad en la función pública y conflictos de intereses, innova en esta materia, consagrando en el ordenamiento jurídico nacional una definición legal de conflicto de intereses en su artículo 1 inciso tercero : *“Existe conflicto de intereses en el ejercicio de la función pública cuando concurren a la vez el interés general propio del ejercicio de las funciones con un interés particular, sea o no de carácter económico, de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él determinados por la ley, o cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad en el ejercicio de sus competencias.”*

Los conflictos de intereses en nuestro país tienen recepción en diversas normas del ordenamiento jurídico administrativo, siendo el fundamento de inhabilidades como la establecida en el artículo 54 letra b) de la LOCBGAE, por parentesco, además de incompatibilidades y conductas prohibidas, reguladas de manera general en la LOCBGAE. Sin embargo, el conflicto de interés pasó a ocupar un lugar central dentro de la regulación del principio de probidad en nuestro país con la dictación de la ya mencionada Ley N° 20.880, que regula de manera específica dos instrumentos de carácter preventivo

⁵⁸ GARCÍA MEXÍA, Pablo, Reflexiones al hilo del Primer Congreso Internacional de Ética Pública. Manifestaciones jurídico-públicas. Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Constitucionales, N°136, 1995, página 501.

⁵⁹ ZALAUQUETT, José. Conflictos de intereses: normas y conceptos. Revista Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile. 2011, página 182.

declarativo, *que tienen por objeto garantizar la vigencia del principio de probidad y la protección del patrimonio público*⁶⁰, nos referimos a las declaraciones de interés y de patrimonio. Estos mecanismos buscan evitar posibles conflictos de intereses o facilitar una posible vulneración al patrimonio público al *utilizarse como medio de comparación de la envergadura del patrimonio privado al ingresar en la función pública y al término de la misma o como mecanismo de detección de las posibles incompatibilidades e inhabilidades en la actuación del funcionario*.⁶¹.

Respecto a los conflictos de intereses, si se estableció una norma expresa en la regulación de las comisiones evaluadoras, en el artículo 37 inciso cuarto que establece: “*Los miembros de la comisión evaluadora, si existiera, no podrán tener conflictos de intereses con los Oferentes, de conformidad con la normativa vigente al momento de la evaluación.*” Por tanto, según la referencia que hace la norma citada, se debe tener presente la normativa general que regula los conflictos de intereses en nuestro país al momento de designar a una persona como miembro de las comisiones evaluadoras y como lo ha mencionado la Dirección de Compras y Contratación Públicas, una vez designados los miembros de una comisión evaluadora deberán suscribir una declaración jurada en la que expresen no tener conflictos de interés con los actuales o potenciales oferentes⁶², lo que se relaciona con el deber de abstención que analizaremos más adelante.

- Tráfico de influencias: Esta es la denominación que se utiliza para referirse a *conductas específicas denominadas*

⁶⁰ BERMÚDEZ SOTO, Óp. cit., página 393.

⁶¹ BERMÚDEZ SOTO, Óp. cit., páginas 393 y 394.

⁶² DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES PÚBLICAS. Ob. Cit., página 3.

*nepotismo, amiguismo o compadrazgo*⁶³ y consiste en ejercer una presión sobre otra persona con los fines señalados. Esta influencia debe ser indebida, es decir, fuera del campo de atribuciones que le corresponde al funcionario o fuera de la esfera de su competencia.⁶⁴

El objetivo de esta figura es conseguir que la persona sobre la que se ejerce (sujeto pasivo) acceda al requerimiento que le es formulado, para beneficio de quien trafica con su influencia o para un tercero relacionado o allegado al inductor. Sin embargo, lo que determina la ilicitud de esta figura es la sola circunstancia de abusar o utilizar la autoridad, cargo o posición funcionaria en que se encuentre el sujeto activo, y no sólo su objetivo –el que por sí solo puede configurar una desviación de fin en el ejercicio de las atribuciones o potestades inherentes a un determinado empleo público-, o las consecuencias o efectos del perfeccionamiento de un acto de esta índole.⁶⁵

La prohibición de realizar conductas que pueden ser consideradas como tráfico de influencias tiene recepción en nuestro país, a través del N° 2 del artículo 62 de la LOCBGAE.}

Como las normas que regulan las comisiones evaluadoras guardan silencio al respecto, debemos entender que le son aplicables las normas generales respecto del tráfico de influencias.

⁶³ BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 65.

⁶⁴ LAPORTE RIBERA, Óp. cit., página 75.

⁶⁵ BARRA GALLARDO, Óp. cit., página 67.

CAPITULO 3.- LA RELACIÓN O EXPERIENCIA DE LOS INTEGRANTES DE UNA COMISIÓN EVALUADORA Y LOS CONFLICTOS DE INTERESES POR FALTA DE IMPARCIALIDAD:

Luego de haber analizado los principales elementos de las comisiones evaluadoras y del principio de probidad, es necesario pasar a estudiar el momento en que una relación o experiencia de un integrante de una comisión evaluadora con un determinado proveedor trae como consecuencia un conflicto de interés, una falta de neutralidad u objetividad. Para esto es necesario establecer un límite que nos permita distinguir cuando una actuación de un integrante del organismo ya mencionado constituye una vulneración al principio de probidad por conflictos de intereses y cuando esa misma acción se ajusta a derecho.

Para que la conducta del funcionario antes mencionado constituya un conflicto de intereses debe encontrarse en alguno de los dos supuestos que establece el artículo 1 inciso tercero de la Ley N° 20.880: En primer lugar, cuando el interés general propio del ejercicio de las funciones de un integrante de una comisión evaluadora concurre con un interés particular, sea o no de carácter económico, por parte de quien ejerce dichas funciones o de los terceros vinculados a él, lo cual está establecido en el artículo 54 letra b) de la LOCBGAE. Por su parte, el segundo supuesto se ocasiona cuando concurren circunstancias que le restan imparcialidad al integrante de una comisión evaluadora en el ejercicio de sus competencias. Si analizamos en detalle estas normas, es posible concluir que estamos frente a un solo supuesto que es la falta de imparcialidad, ya que, lo que hace el legislador en el primer caso es regular en forma específica una de las muchas formas en que puede faltar la imparcialidad a un determinado funcionario por confluir un interés privado por sobre el general.

Es por lo anterior, que se pasará a analizar con mayor profundidad el conflicto de interés como una falta de imparcialidad en el actuar del integrante de una comisión evaluadora, por lo que estaremos frente a un concepto amplio que es necesario pasar a desarrollar.

El principio de imparcialidad consiste en que los actos emitidos (en este caso por los miembros de una comisión evaluadora) deben ser objetivos y probos en su tramitación y decisión, absteniéndose el agente público de intervenir en aquellos casos en los que tenga un interés comprometido⁶⁶, por tanto, este principio garantiza un mínimo de objetividad exigible a los agentes públicos, a través de las causales de impiccancias, recusaciones y el deber de abstención⁶⁷.

Ligado al principio de probidad y la imparcialidad se encuentra el deber de abstención, directriz que limita la actuación de los funcionarios públicos en los casos que exista alguna razón que afecte su imparcialidad, constituyéndose su vulneración en un atentado grave a la probidad administrativa⁶⁸. Al respecto, juega un rol fundamental el artículo 6 bis del Reglamento de la Ley de Compras que establece: *“Deber de abstención: Las autoridades y funcionarios, así como los contratados a honorarios en los casos en que excepcionalmente participen en procedimientos de contratación, de los organismos regidos por la ley N° 19.886 y el presente Reglamento, deberán abstenerse de participar en los procedimientos de contratación regulados por dichos cuerpos normativos, cuando exista cualquier circunstancia que les reste imparcialidad, en los términos del artículo 62, N° 6, de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.”*. Lo que debe ser concordado con el artículo 62 N° 6 de la LOCBGAE que establece que contravienen especialmente el principio de probidad las conductas que consistan en: *“Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. Las autoridades y funcionarios deberán*

⁶⁶ POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. 4ª. Ed. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2008, página 41.

⁶⁷ MORAGA KLENER, Claudio. Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Anotaciones sobre el Procedimiento Administrativo según la Jurisprudencia de los Tribunales Chilenos. Tomo XIV, Volumen I. Santiago, Chile. Legalpublishing. 2013, página 28.

⁶⁸ RODRÍGUEZ MUÑOZ, Carolina. La contratación pública en la Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios. Revisión de sus principios. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2015, página 134.

abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta". En ambos artículos el legislador hace referencia a la imparcialidad, concepto que si bien parece de fácil aprehensión, la doctrina ha señalado que su alcance no está claramente definido: *"La primera de ellas reside en el carácter intuitivo de las mismas, tal como señala J.A. Santamaría, para quien "estos conceptos de objetividad e imparcialidad es algo que cualquier jurista aprende intuitivamente. Concretar ese significado se revela, de inmediato como una tarea cargada de problemas"; problematismo que, asimismo, destaca A. Nieto al recordar "la dificultad de precisar con cierta exactitud en qué consiste y qué alcance tiene algo aparentemente tan sencillo como es la objetividad de una conducta"*⁶⁹ De todas maneras, Francisco García Costa la ha definido en los siguientes términos: *"Esta imparcialidad de los funcionarios públicos, obviamente, (...) para concretarse en la neutralidad absoluta del funcionario en el desempeño de sus obligaciones, de manera que el fundamento y finalidad de su actuación sean exclusivamente el interés general y la estricta legalidad de sus decisiones, sin acepción de personas, grupos, partidos políticos o gobiernos."*⁷⁰.

En la práctica es común que los integrantes de una comisión evaluadora tengan algún tipo de contacto con los oferentes de un servicio determinado, pues existe la posibilidad de que tengan que relacionarse con ellos por razones del servicio. Con la finalidad de mantener el principio de imparcialidad indemne, la Dirección de Compras y Contrataciones Públicas recomienda incluir en las bases de licitación una cláusula que prohíba a los integrantes de una comisión evaluadora, mientras ejercen sus funciones, aceptar solicitudes de reunión de

⁶⁹ GARCÍA COSTA, Francisco. Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad. Revista de Documentación Administrativa N° 289, Enero-Abril 2011, página 22.

⁷⁰ GUILLÉN-CARAMÉS, Javier, FUENETAJA PASTOR, Jesús. El principio de objetividad en la Función Pública (un análisis desde la jurisprudencia). Revista de Documentación Administrativa N° 289, Enero-Abril 2011, página 151.

parte de terceros (sean oferentes o no), sobre asuntos referidos a dicho proceso licitatorio⁷¹.

Por las razones antes expresadas, es muy difícil que se pueda alcanzar en la práctica un estándar de imparcialidad absoluta, lo que no debe llevar a pensar que cualquier contacto o relación con los oferentes va a ser lícito en virtud del principio de probidad. Para poder determinar cuando estamos frente a conductas que vulneran el principio de probidad por falta de imparcialidad y cuando esa misma conducta o relación es lícita deberemos estudiar los criterios que ha establecido la jurisprudencia administrativa nacional con el fin de extraer reglas que nos permitan delimitar la licitud o ilicitud de una determinada conducta o experiencia de un integrante de una comisión evaluadora de un proceso de licitación regulado por la Ley N° 19.886.

Para determinar los casos en que existe un conflicto de interés por una falta de imparcialidad, debemos recurrir a los criterios establecidos por la jurisprudencia administrativa de la CGR:

- a) La primera regla que podemos extraer de la jurisprudencia es que cualquier circunstancia que reste imparcialidad configura una causal de abstención para el funcionario o agente público⁷², aun cuando el riesgo sea solo potencial⁷³, lo que significa que no es necesario que el funcionario llegue a perder realmente la imparcialidad en el caso concreto, sino que basta el riesgo de que esto pudiera ocurrir. Por tanto en principio, tenemos una regla de carácter absoluta, sin embargo como analizaremos más adelante, esta regla posee distintas limitaciones que restringen su ámbito de aplicación.
- b) En segundo lugar, respecto de las relaciones de amistad, éstas constituyen una falta de imparcialidad, cuando es íntima y no se configura esta causal por el solo hecho de que el funcionario o agente público tenga como contacto a la persona en una red social: *“En su presentación, la señora*

⁷¹ DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES PÚBLICAS. Ob. Cit., página 5.

⁷² Contraloría General de la República Dictamen N° 65.376 de 2016.

⁷³ Contraloría General de la República Dictamen N° 30.313 de 2013.

Rubilar Parra sostiene que la fiscal debió inhabilitarse por tener una relación de amistad con uno de los inculpados, lo que vulnera la imparcialidad con la que esta debería haber actuado. Sobre el particular, resulta pertinente expresar que en los documentos adjuntos, aparece que la reclamante recusó a la investigadora, entre otros motivos, por figurar en la red social Facebook como contacto de uno de los inculpados (...) En efecto, no se aprecia irregularidad en la decisión adoptada por la autoridad en el asunto que cuestiona, toda vez que, por una parte, el mencionado acto administrativo expresa los motivos de tal determinación, fundada en el hecho que la citada plataforma social no revela una amistad íntima”⁷⁴. Si bien, en este caso la Contraloría analizó una reclamación en el contexto de un sumario administrativo, es perfectamente posible que un integrante de una comisión evaluadora tenga como contacto en una red social a alguno de los oferentes, por lo que según este Dictamen, eso no sería suficiente para restarle imparcialidad al funcionario o agente público.

- c) El solo hecho de que un integrante de una comisión evaluadora haya sido miembro del directorio de una empresa al mismo tiempo que el oferente, no implica cercanía por tanto no le resta imparcialidad, como señala la Contraloría en un caso similar: *“En primer término, en cuanto a la “cercanía” que según indican los peticionarios existiría entre la Ministra de Minería y la señora Barahona del Pedregal, cabe señalar que la sola circunstancia de que ambas integren el directorio de ENAMI es insuficiente para presumir que esa autoridad ministerial haya visto mermada su imparcialidad en la materia, y, por ende, haya debido abstenerse de integrar el aludido comité en la oportunidad en cuestión.”⁷⁵.*
- d) Tampoco le resta imparcialidad a un miembro de una comisión evaluadora el ser designado como representante del Alcalde: *“Se ha dirigido a esta Contraloría General la señora Alejandra Smith Becerra, concejal de la Municipalidad de Concepción, consultando si el Decreto Alcaldicio N° 30-E-*

⁷⁴ Contraloría General de la República Dictamen N° 61.555 de 2016.

⁷⁵ Contraloría General de la República Dictamen N° 51.933 de 2016.

13, de 2013, de ese municipio que contempla a un representante del alcalde entre los integrantes de la comisión evaluadora de las ofertas, se ajusta a derecho, atendido lo dispuesto en la directiva de contratación pública N° 14, de la Dirección de Compras y Contratación Pública. (...) de los antecedentes tenidos a la vista aparece que a través del decreto alcaldicio N°30-E-13, de 2013, de la Municipalidad de Concepción, se dispuso que en los procesos concursales que indica, la comisión evaluadora de las ofertas estaría integrada por “representantes de las siguientes direcciones municipales: (...) d) un representante del alcalde (...)” En este contexto, resulta del caso considerar que los integrantes de las aludidas comisiones, en el ejercicio de la función pública que desempeñan deben dar cabal cumplimiento principio de probidad administrativa, consagrado en los artículos 8° de la Constitución Política de la República, y 52 y 53 de la ley N° 18.575, siendo irrelevante para esos efectos, quien lo haya designado para evaluar las ofertas, debiendo abstenerse de participar en los procedimientos de contratación si existe cualquier circunstancia que les reste imparcialidad, conforme lo disponen los artículos 12 de la ley N° 19.880 y 6 bis del decreto N° 250, de 2004. Atendido lo precedentemente expuesto, no resulta objetable el citado decreto alcaldicio N° 30-E-13, de 2013, de la Municipalidad de Concepción, en lo que dice relación con la integración de las comisiones evaluadoras de procedimientos concursales.”⁷⁶

- e) La entidad licitante o la comisión evaluadora respectiva no podrá solicitar a los proponentes la complementación de su oferta, debido a que los oferentes no pueden mantener ningún tipo de contacto con la entidad licitante, con excepción de la solicitud de aclaraciones, y la petición a los oferentes que salven errores u omisiones formales, siempre y cuando las rectificaciones de dichos vicios u omisiones no les confieran una situación de privilegio respecto de los demás competidores. Como señala CGR: “La solicitud realizada por la comisión de apertura y evaluación para que el

⁷⁶ Contraloría General de la República Dictamen N° 305 de 2016.

adjudicatario complementara la experiencia señalada en el formulario N°5 importó una transgresión a la normativa precitada, toda vez que dicha complementación no puede calificarse como una aclaración o enmienda de un error u omisión formal, sino que implica la petición de documentación adicional, posibilidad no prevista por expresa disposición de las bases que hicieron inaplicable el inciso segundo del citado artículo 40 del reglamento de la ley N°19.886”⁷⁷.

- f) La falta de imparcialidad debe ponderarse en base a circunstancias objetivas⁷⁸, en este sentido la CGR ha señalado: *“En este orden normativo es posible sostener que, para que se entienda que se presenta un conflicto de intereses que implique que una autoridad deba inhibirse de conocer un determinado asunto, es menester que existan antecedentes que objetiva y fundadamente acrediten que se ha configurado tal hipótesis.”⁷⁹*. Esta es la más importante de todas las limitaciones mencionadas anteriormente, ya que, constituye un límite general para la aplicación del principio de probidad por falta de imparcialidad. El principal problema que presenta este límite es poder determinar en qué ocasión estaremos ante circunstancias objetivas que afecten la imparcialidad. Al respecto la CGR resuelve el tema de manera casuística y sin un razonamiento que nos permita formular una regla clara sobre la aplicación de esta excepción. Podemos definir lo objetivo como: *“Actitud crítica imparcial que se apoya en datos y situaciones reales, despojada de prejuicios y apartada de intereses, para concluir sobre hechos o conductas.”⁸⁰*, lo objetivo por tanto, se contrapone a lo subjetivo que es *lo determinado por los sentimientos o afirmaciones personales del sujeto⁸¹*. Al aplicar este concepto en materia de conflicto de intereses por

⁷⁷ Contraloría General de la República Dictamen N° 30.050 de 2013.

⁷⁸ Contraloría General de la República Dictámenes N°s 30.313 de 2013, y 21.414 y 76.394, ambos de 2014.

⁷⁹ Contraloría General de la República Dictámenes N° 51.933 de 2016.

⁸⁰ Ossorio Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* [en línea] [fecha de consulta: 14 de Noviembre de 2016] <https://conf.unog.ch/tradfraweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf>

⁸¹ Massini Correas, Carlos. *La objetividad en la interpretación jurídica. La objetividad jurídica modesta y sus problemas* [en línea]. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, 2007. [Fecha de

falta de imparcialidad podemos extraer dos dimensiones: en primer lugar, no es relevante para la aplicación del deber de abstención que el funcionario o agente público pierda la imparcialidad en su fuero interno, sino que basta con que se ubique en una posición que permita presumir un potencial conflicto de interés, esto sucedería por ejemplo en el caso de un miembro de una comisión evaluadora que proponga para la adjudicación de un proyecto la oferta de un pariente, incluso si ese funcionario optó por la mejor oferta con la convicción interna de que su actuar beneficia a la Administración y no a sus intereses particulares. La segunda dimensión de la objetividad, se configura en los casos en que el funcionario actúa dentro de sus competencias en circunstancias que no permiten presumir una falta de imparcialidad aun cuando en su fuero interno el funcionario haya tomado una decisión sin ningún fundamento racional y en el que se favorece a alguno de los oferentes, ejemplo de esto es el caso en que un miembro de una comisión evaluadora opte por un oferente en virtud de la buena imagen que tiene de este o simplemente por los comentarios entre los propios compañeros de trabajo de la misma área.

El derecho comparado también puede arrojar luces al respecto a esta distinción. Podemos observar que en el caso Español, el ordenamiento jurídico enumera una serie de causales que comprometen la imparcialidad de las autoridades y del personal administrativo en el artículo 23 de la Ley 40/2015, que consisten en: Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado; Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el

consulta: 14 de Noviembre de 2016] <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8035/9990>>.

procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato; Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior; Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate y; Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar⁸². Por otro lado, el Derecho Administrativo Francés no ha consagrado expresamente causales de falta de imparcialidad, pero por vía jurisprudencial se han desarrollado cuatro supuestos de falta de imparcialidad: En los casos en que el funcionario tenga un interés personal; también cuando el funcionario albergue una animosidad personal contra el destinatario de un determinado acto; además se afectaría la imparcialidad si el funcionario adopta una postura pública particular y anterior a la resolución y; por último la falta de discernimiento o de valoración se considera incontestablemente un signo de parcialidad⁸³.

El análisis antes realizado sirve de base para poder extraer los criterios generales que permitirán distinguir entre conductas que vulneran a la probidad y aquellas que es posible considerar como legítimas, que son:

En primer lugar, falta la imparcialidad cuando alguno de los oferentes tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad respecto a algunos de los miembros de la comisión evaluadora, como se desprende del artículo 54 letra b) de la LOCBGAE.

En segundo lugar, tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los oferentes. El primer supuesto se extrae los dictámenes de la CGR antes mencionados y del numeral 3 del artículo 12 de la Ley 19.880, por su parte la

⁸² MÍGUEZ-MACHO, Luis. El principio de objetividad en el procedimiento administrativo. Revista de Documentación Administrativa N° 289, Enero-Abril 2011, página 108.

⁸³ DELAUNAY, Benoît. El principio de objetividad en el Derecho Administrativo francés. Revista de Documentación Administrativa N° 289, Enero-Abril 2011, páginas 286 y 287.

enemistad manifiesta es mencionada en el mismo artículo antes mencionado y en el derecho comparado. No constituirá amistad íntima el solo hecho que un integrante de una comisión evaluadora tenga a alguno de los oferentes como contacto en una red social.

En tercer lugar, el haber tenido una relación de servicios con alguno de los oferentes también podría constituir una falta de imparcialidad. Esta afirmación debe ser matizada en base a lo que ha señalado la CGR, en su dictamen 51.933 de 2016: *“en cuanto a la “cercanía” que según indican los peticionarios existiría entre la Ministra de Minería y la señora Barahona del Pedregal, cabe señalar que la sola circunstancia de que ambas integren el directorio de ENAMI es insuficiente para presumir que esa autoridad ministerial haya visto mermada su imparcialidad en la materia, y, por ende, haya debido abstenerse de integrar el aludido comité en la oportunidad en cuestión”*.

En cuarto lugar, podemos establecer que el principal límite son las circunstancias objetivas, en virtud de las cuales se verá afectada la imparcialidad si existen manifestaciones externas que permitan presumirla, sin atender a consideraciones de orden subjetivo o del fuero interno.

Luego de establecer cuál es el límite que permite distinguir cuándo una conducta carece de imparcialidad, es necesario pasar a analizar en base a las reglas ya estudiadas una serie de situaciones que se dan en la práctica y que generan dudas acerca de la imparcialidad del actuar de un integrante de una comisión evaluadora:

- Es común que los funcionarios o agentes públicos que integren una comisión evaluadora tengan algún tipo de contacto con los proveedores de un producto o servicio, incluso es posible que se topen durante un procedimiento de licitación con oferentes que se han adjudicado y ejecutado anteriormente proyectos del servicio público respectivo, lo que puede terminar en la emisión por parte del funcionario o agente público de un certificado de trabajos

conformes o una carta de satisfacción⁸⁴, la que puede ser presentada por ese oferente en una licitación posterior como documento que acredite su experiencia en el campo respectivo. En estos casos no se ve afectada la imparcialidad del integrante de una comisión evaluadora, ya que, no estamos frente a circunstancias objetivas que permitan deducir un conflicto de interés; en primer lugar el que un determinado funcionario o agente público considere positivo el desempeño de un determinado proveedor que se presenta en un nuevo proceso de licitación no se manifiesta en una conducta externa que pueda ser apreciada objetivamente, siempre que se cumplan con los criterios de evaluación objetivos establecidos en las bases administrativas respectivas; en segundo lugar, en el caso en que el funcionario o agente público haya expedido un certificado de trabajos conformes o carta de satisfacción, tampoco podría ser considerado como una falta de imparcialidad, ya que, el funcionario al otorgar el certificado da cumplimiento a un deber jurídico establecido en las bases administrativas del procedimiento de licitación, el cual es obligatorio para él en virtud del principio de estricta sujeción a las bases.

- Visitas a terreno, entrevistas y entregas de muestras: Las Bases Administrativas pueden establecer la obligación de realizar ciertas conductas que ponen en contacto a los oferentes con la entidad licitante, como por ejemplo: las visitas a terreno, la solicitud de aclaraciones, entrevistas, presentaciones y la entrega de muestras o pruebas. Al respecto, la doctrina ha señalado que solo pueden mantener contacto con la entidad licitante si las

⁸⁴ Esta carta o certificación es la denominación que suele dar en las bases administrativas al documento que señala el momento en que la prestación o los servicios respectivos han sido ejecutados de manera satisfactoria por parte del contratista, dándose por terminada la obligación de ejecutar el contrato administrativo respectivo, un ejemplo de esto puede ser observado en el título 6.3 de las siguientes bases administrativas del Ministerio de Hacienda: http://www.dipres.gob.cl/594/articles-44363_doc_pdf.pdf.

conductas han sido reconocidas por las bases, quedando absolutamente prohibido cualquier otro tipo de contacto⁸⁵. En necesario realizar algunos matices a lo que ha mencionado la doctrina. Los casos antes mencionados no constituyen una vulneración al principio de probidad debido a que el contacto que se produce entre los funcionarios o agentes públicos y los oferentes, no denota una conducta voluntaria que relacione al integrante de una comisión evaluadora con un determinado oferente en virtud de la cual pueda este último verse beneficiado, sino que esa conducta es la que necesariamente debe ejecutar el funcionario o agente respectivo, en base a un deber legal establecido en las bases administrativas y que es reconocido por el Reglamento de la Ley de Compras (en los artículo 27 inciso final y 39) como una de las formas en que puede tener contacto el oferente con la entidad licitante, por lo mismo estas conductas no son consideradas como acciones de lobby o gestiones particulares por la Ley N° 20.730⁸⁶.

- Una situación que ha sido planteada en la práctica es el caso en que se adjudicó una licitación a una persona del mismo partido o movimiento político que el Director de un organismo público⁸⁷, lo cual puede ser extrapolado a los integrantes de una comisión evaluadora. En este caso la relación que existe entre ambas personas no es íntima, ya que, no necesariamente las personas que militan en un mismo partido político pueden llegar a conocerse y además el interés en común que comparten es de carácter político por lo que se aleja de los objetivos de una

⁸⁵ BARRA GALLARDO; CELIS DAZINGER. Ob. Cit., página 111.

⁸⁶ Plataforma de ayuda para la Ley del Lobby. Guía para Administradores Institucionales de la Plataforma Lobby y Administradores de Chile Compra. [En línea] [Fecha de consulta: 22 de Marzo de 2017]. Disponible en: http://ayuda.leylobby.gob.cl/site/assets/files/1083/gui_a_para_administradores_chilecompra_y_lobby_190515.pdf

⁸⁷ Situación que se dio por una asesoría comunicacional que adjudico el INJUV a una persona del mismo movimiento político que su Director Nacional: <http://www.theclinic.cl/2014/07/31/escala-conflicto-en-el-injuv-por-millonaria-asesoria-que-se-adjudico-sebastian-iglesias/>

licitación y no permite presumir que la decisión que se toma sea parcial.

- También puede un integrante de una comisión evaluadora haber tomado una postura pública particular respecto a algún oferente con anterioridad a su designación. En este caso, es posible observar una conducta externa que constituye una circunstancia objetiva que afecta la imparcialidad.
- El hecho de que un integrante de una comisión evaluadora preste servicios a un proponente o en el caso contrario, afecta la imparcialidad. Esta situación puede darse especialmente en el caso de los integrantes que son ajenos a la Administración. Es posible observar en este supuesto una relación de subordinación, que se manifiesta externamente y que configura una circunstancia externa que afecta la imparcialidad.
- La existencia de correos electrónicos entre los oferentes y los integrantes de la comisión constituyen circunstancias objetivas y vulneran lo establecido por nuestro ordenamiento jurídico que solo permite el contacto en casos determinados establecidos en el artículo 39 del RLCP. En este mismo sentido se ha pronunciado la CGR⁸⁸.

CONCLUSIONES:

⁸⁸ Contraloría General de la República: Informe Final N° 743/2015 de 2016, página 12.

1.- Las comisiones evaluadoras son órganos que surgen al interior de un proceso licitatorio, específicamente en la etapa de evaluación de las propuestas. Su finalidad es analizar las propuestas y proponer a la entidad licitante la oferta más conveniente para su adjudicación. El objeto de estudio de este trabajo fueron aquellas comisiones evaluadoras de un proceso de licitación regido por la Ley N° 19.886. Al respecto, tanto la Ley de Compras como su Reglamento establecen una difusa y escueta reglamentación de este órgano, que no permite apreciar claramente si le son aplicables a sus miembros las normas sobre probidad administrativas vigentes en nuestro país, especialmente aquellas que se refieren a los conflictos de intereses por falta de imparcialidad ni cuál sería su alcance en las diversas actuaciones que realizan sus miembros

2.- Al analizar los requisitos establecidos por la legislación para la aplicación del principio de probidad administrativa fue posible concluir que los integrantes de una comisión evaluadora cumplen con dichos requisitos, ya que, están conformadas por funcionarios o agentes públicos que ejercen funciones públicas, lo que implica que su actuar debe ser intachable, honesto y leal, dando preeminencia al interés general por sobre el interés particular, evitando cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir en el desarrollo de sus funciones, en conformidad con lo establecido principalmente en el artículo 37 de la Ley de Compras que les hace aplicable las normas sobre conflictos de intereses y en la LOCBGAE que regula de manera general el principio de probidad.

3.- Una vez que ha quedado establecido que son aplicables las normas que regulan la probidad administrativa a los miembros de las comisiones evaluadoras, es necesario pasar a analizar los alcances de ciertos aspectos de la probidad administrativa en el funcionamiento de estas comisiones. El punto más crítico de este análisis lo constituye el deber de abstención en el caso de un potencial conflicto de intereses por falta de imparcialidad del funcionario o agente público que integra una comisión evaluadora, ya que, ni la ley ni la doctrina nacional han podido establecer cuáles son los límites en la aplicación de esta regla, por lo que

fue necesario recurrir a la jurisprudencia Administrativa de la Contraloría General de la República.

4.- En virtud de lo que ha señalado el principal órgano de control en diversos dictámenes y el Derecho Comparado es posible concluir que los miembros de una comisión evaluadora deberán abstenerse de ejercer sus funciones cuando se encuentran en circunstancias que objetivamente puedan afectar su imparcialidad durante la evaluación de las propuestas. Son circunstancias objetivas en primer lugar, los casos en que cuando alguno de los oferentes tengan la calidad de cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad respecto a algunos de los miembros de la comisión evaluadora, como se desprende del artículo 54 letra b) de la LOCBGAE; también el tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los oferentes, queda excluida de esta causal aquellos casos en que un miembro de una comisión evaluadora tiene como contacto en una red social a un oferente, ya que, no constituiría una relación íntima; por otra parte, las relaciones de servicio que existan o hayan existido entre el integrante de la comisión y un oferente también vulneran las normas sobre imparcialidad; y por último, cualquier manifestación externa de una falta de objetividad, como sucede por ejemplo en aquellos casos en que el integrante de una comisión haya opinado públicamente a favor o en contra de un oferente.

BIBLIOGRAFÍA

ÁVALOS SÁEZ, Stephanie. Resguardo de la competencia en el sistema de contrataciones chileno establecido en la Ley N° 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios y su Reglamento. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2015. 175 p.

BARRA GALLARDO, Nancy. Probidad Administrativa. Aproximación a la ley N°. 19.653 y a la Jurisprudencia Administrativa. 3a. ed. Santiago, Chile: Lexisnexis. 2007. 209 p.

BARRA GALLARDO, Nancy; CELIS DANZINGER Gabriel. Contratación Administrativa bajo la Ley de Compras. 4a.ed. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2015. 280 p.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. 3a.ed. Santiago, Chile: LegalPublishing, 2014. 794 p.

CELIS DANZINGER, Gabriel. Principios Constitucionales en la Ley de Compras. Revista de Derechos Fundamentales Universidad de Viña del Mar. N° 1 Primer Semestre: 71-106 pp, 2008.

CELIS DANZINGER, Gabriel. Contratos Administrativos. Santiago, Chile: El Jurista, 2016. 465 p.

COMISIÓN NACIONAL de Ética Pública, Informe: Ética Pública: Probidad, transparencia y responsabilidad al servicio de los ciudadanos. Santiago, Chile: Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República, 1994. 46 p.

CORDERO VEGA, Luis. Lecciones de Derecho Administrativo. Santiago, Chile. LegalPublishing, 2015. 786 p.

DELAUNAY, Benoît. El principio de objetividad en el Derecho Administrativo francés. . Revista de Documentación Administrativa N° 289, Enero-Abril 2011. 281-303.

DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES PÚBLICAS. Actualización de la Directiva de Contratación Pública N° 14: “Recomendaciones para el funcionamiento de las comisiones evaluadoras.” Santiago, Chile. 17 de Febrero de 2016. 12 p.

DRAPKIN BUNSTER, Álvaro. Algunas precisiones sobre la noción de probidad en la función pública. Instituto de Ciencias Políticas. Santiago: Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Chile, Escuela de Gobierno y Gestión Pública, 1994. 36 p.

DROMI, ROBERTO. Licitación Pública. 3a. ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Ciudad Argentina, 1995: 790 p.

GARCÍA COSTA, Francisco. Delimitación conceptual del principio de objetividad: Objetividad, neutralidad e imparcialidad. Revista de Documentación Administrativa, (289): 21-42 pp, Enero-Abril 2011.

GARCÍA MEXÍA, Pablo. Reflexiones al hilo del Primer Congreso Internacional de Ética Pública. Manifestaciones jurídico-públicas. Revista de Administración Pública. Centro de Estudios Constitucionales, (136): 497-511pp, 1995.

GUILLÉN-CARAMÉS, Javier, FUENTETAJA PASTOR, Jesús. El principio de objetividad en la Función Pública (un análisis desde la jurisprudencia). Revista de Documentación Administrativa, (289): 151-182 pp, Enero-Abril 2011

JARA SCHNETTLER, Jaime. Revisión crítica del Trato o Contratación Directa como modalidad de Contratación Administrativa. Memoria para optar al grado de

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2008. 139 p.

LAPORTE Ribera, Michelle Andrea. El principio de probidad y publicidad de los actos de la Administración y su reconocimiento constitucional. Memoria Licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2009. 158 p.

MARIENHOFF, MIGUEL. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III. 4a. Ed. Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot, 1998. 490 p.

MASSINI CORREAS, Carlos. La objetividad en la interpretación jurídica. La objetividad jurídica modesta y sus problemas [en línea]. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho, 2007. [Fecha de consulta: 05 de Noviembre 2015]. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/8035/9990>.

MÍGUEZ-MACHO, Luis. El principio de objetividad en el procedimiento administrativo. Revista de Documentación Administrativa N° 289, Enero-Abril 2011. 99-127 pp.

MORAGA KLENNER, Claudio. Tratado de Derecho Administrativo. La actividad formal de la Administración del Estado. Coordinador Académico: PANTOJA BAUZÁ, Rolando. Tomo VII. Legalpublishing, 2010. 574 p.

MORAGA KLENER, Claudio. Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Anotaciones sobre el Procedimiento Administrativo según la Jurisprudencia de los Tribunales Chilenos. Tomo XIV, Volumen I. Santiago, Chile. Legalpublishing. 2013. 247 p.

MUÑOZ CHIU, Natalia. Contratación Administrativa. Revista de Derecho CDE, N° 12, 2004. 13 - 40 pp.

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales [en línea] 2016, [fecha de consulta: 20 Octubre 2016]. Disponible en: https://conf.unog.ch/tradfrweb/Traduction/Traduction_docs%20generaux/Diccionario%20de%20Ciencias%20Juridicas%20Politicas%20y%20Sociales%20-%20Manuel%20Ossorio.pdf

Plataforma de ayuda para la Ley del Lobby. Guía para Administradores Institucionales de la Plataforma Lobby y Administradores de Chile Compra. [En línea] [Fecha de consulta: 22 de Marzo de 2017]. Disponible en: http://ayuda.leylobby.gob.cl/site/assets/files/1083/gui_a_para_administradores_chilecompra_y_lobby_190515.pdf

POBLETE VINAIXA, Julia. Actos y Contratos Administrativos. 4ª. Ed. Santiago, Chile. Lexis Nexis. 2008. 311 p.

POBLETE VINAIXA, Julia. Ley de Bases y Estatuto Administrativo. Santiago, Chile. Librotecnia. 2014. 453 p.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. [Fecha de consulta: 30 de Octubre de 2016]. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=UEI8LOD>

REYES RIVEROS, Jorge. Probidad y corrupción. Rev. Derecho (Valdivia). [Online]. dic. 1995, vol.6 [citado 28 Julio 2016], p.74-92. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501995000100004&lng=es&nrm=iso

REYES RIVEROS, Jorge. Introducción al Derecho Administrativo General. Los principios básicos que obligan a todo órgano estatal que desarrolla una función pública. Santiago, Chile: Legal Publishing, 2013. 354 p.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime, Principios de Ética Pública ¿Corrupción o Servicio?, Madrid, España. Montecorvo, 1993. 106 p.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. El interés general en el Derecho Administrativo: notas introductorias [en línea], 2012, [fecha de consulta: 10 de Octubre 2016]. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/aida/cont/11/art/art3.pdf>.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, Carolina. La contratación pública en la Ley de Bases de Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios. Revisión de sus principios. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2015. 168 p.

SILVA CIMMA, Enrique, Derecho Administrativo Chileno y Comparado, 4a. ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1993. 235 p.

ZALAUQUETT, José. Conflictos de intereses: normas y conceptos. Revista Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, N° 7: 179-189 pp, 2011.

JURISPRUDENCIA:

Tribunal Constitucional, Sentencia ROL N° 1413, c. 13 y 14.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA:

Contraloría General de la República, Dictamen N° 29.382 del año 1993

Contraloría General de la República Dictamen N° 8.478 del año 1998.

Contraloría General de la República Dictamen N° 44.672 del año 1999.

Contraloría General de la República Dictamen N° 8.082 del año 2002

Contraloría General de la República Dictamen N° 32.424 del año 2004

Contraloría General de la República Dictamen N° 24.152 del año 2005

Contraloría General de la República Dictamen N° 27.327 del año 2007

Contraloría General de la República Dictamen N° 30.873 del año 2009.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 58.558 del año 2012

Contraloría General de la República Dictamen N° 4.307 del año 2012

Contraloría General de la República Dictamen N° 743 del año 2013.

Contraloría General de la República Dictamen N° 30.050 de 2013.

Contraloría General de la República Dictamen N° 63.030 del año 2013.

Contraloría General de la República, Dictamen N° 69.434 del año 2013

Contraloría General de la República Dictamen N° 15.909 del año 2014.

Contraloría General de la República Dictamen N° 305 del año 2016.

Contraloría General de la República Dictamen N° 50.854 del año 2016.

Contraloría General de la República Dictamen N° 51.933 del año 2016.

Contraloría General de la República Dictamen N° 65.376 del año 2016.

Contraloría General de la República Dictamen N° 61.555 del año 2016.